

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE
MILANO

Dottorato di Ricerca in Diritto Commerciale
Interno ed Internazionale

Ciclo XXXI

S.S.D.: IUS/04

GLI ASSETTI PROPRIETARI E LA FUNZIONE
AMMINISTRATIVA
NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Tesi di Dottorato di: Rocco ANTONINI

Matricola: 4511751

Anno Accademico 2017 / 2018



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Dottorato di ricerca in Diritto Commerciale

Interno ed Internazionale

Ciclo XXXI

S.S.D.: IUS/04

**GLI ASSETTI PROPRIETARI E LA FUNZIONE
AMMINISTRATIVA
NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA**

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Duccio Regoli

Tesi di Dottorato di: Rocco ANTONINI

Matricola: 4511751

Anno Accademico 2017 / 2018

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

LA RILEVANZA DEL SOCIO PUBBLICO

1. L'iniziativa economica pubblica	pag. 5
1.1. Introduzione	pag. 5
1.2. Le società a partecipazione pubblica	pag. 9
1.3. Le società a partecipazione pubblica nel codice civile	pag. 14
1.4. Le società a partecipazione pubblica nel TUSPP	pag. 19
2. La qualificazione delle società a partecipazione pubblica	pag. 26
2.1. Il dibattito in merito alla natura pubblica o privata	pag. 26
2.2. L'ulteriore frammentazione dell'interesse sociale	pag. 30
3. Lo statuto dell'impresa pubblica e la delimitazione del campo d'indagine	pag. 32

CAPITOLO SECONDO

IL CONTROLLO

1. L'assetto proprietario e il controllo nel TUSPP	pag. 40
1.1. Il controllo	pag. 40
1.2. Il controllo analogo	pag. 43
1.2.1. Il controllo analogo e l'influenza determinante	pag. 44
1.2.2. Il controllo analogo e l'influenza dominante	pag. 49
1.2.3. Il controllo analogo nel TUSPP	pag. 60
1.3. Il controllo congiunto	pag. 62
1.4. Il controllo negativo	pag. 70
2. Il controllo e i patti parasociali	pag. 73
2.1. I patti parasociali come strumento per soddisfare il requisito del controllo analogo	pag. 73
2.2. La disciplina dei patti parasociali stipulati dal socio pubblico	pag. 85
3. Gruppi di società a partecipazione pubblica	pag. 93

3.1. Attività di direzione e coordinamento di società a partecipazione pubblica	pag. 93
3.2. L'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 2497- <i>bis</i> e ss. c.c.	pag. 97

CAPITOLO TERZO

L'AMMINISTRAZIONE

1. L'organo amministrativo nel TUSPP	pag. 99
2. La nomina degli amministratori di società a partecipazione pubblica	pag. 102
2.1. Il coordinamento tra l'art. 2449 c.c. e le norme contenute nel TUSPP	pag. 102
2.2. Le modalità di nomina	pag. 108
3.1. L'articolazione interna al Consiglio d'amministrazione	pag. 114
3.1.1. L'ammissibilità della deroga alla competenza esclusiva degli amministratori	pag. 119
3.1.1.1. Il rapporto tra il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società e la deroga alla competenza esclusiva degli amministratori <i>ex art. 2380-bis c.c.</i>	pag. 119
3.1.1.2. La correlazione tra il principio di cui all'art. 2380- <i>bis</i> e le autorizzazioni assembleari previste all'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c.	pag. 130
3.1.2. I comitati di controllo analogo	pag. 140
3.1.3. La rilevanza dell'art. 147 TUEL	pag. 141
4. Gli amministratori delle società a partecipazione pubblica	pag. 144
4.1. La responsabilità	pag. 144
4.2. La responsabilità in presenza della deroga alla competenza esclusiva degli amministratori	pag. 153
Bibliografia	pag. 156

CAPITOLO PRIMO

LA RILEVANZA DEL SOCIO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. L'iniziativa economica pubblica – 1.1. Introduzione – 1.2. Le società a partecipazione pubblica – 1.3. Le società a partecipazione pubblica nel codice civile – 1.4. Le società a partecipazione pubblica nel TUSPP – 2. La qualificazione delle società a partecipazione pubblica – 2.1. La natura privata – 2.2. L'ulteriore frammentazione dell'interesse sociale – 3. Lo statuto dell'imprenditore pubblico e la delimitazione del campo d'indagine

1. L'iniziativa economica pubblica – 1.1. Introduzione

In principio, l'intervento pubblico nell'attività economica venne regolato dal nostro legislatore con la l. n. 103 del 29 marzo 1903¹, in tema di costituzione e amministrazione di “aziende speciali”: i Comuni potevano legittimamente assumere “l'impianto e l'esercizio diretto dei servizi pubblici” aventi ad oggetto una delle materie di cui all'art. 1 della legge in parola².

La presenza pubblica si estrinsecò nella municipalizzazione, nelle assicurazioni di Stato e in qualche servizio pubblico, ma – a ben vedere – (i) la municipalizzazione ebbe scarso rilievo, (ii) le assicurazioni di Stato (Inail e Inps) iniziò alla fine del XIX secolo e (iii) il primo intervento rilevante e diretto nel settore dei servizi pubblici si verificò nel 1905 con la nazionalizzazione delle ferrovie³.

¹ È invece precedente l'intervento dello Stato nell'attività economica. Sul punto v. BONELLI, *Lo sviluppo di una grande impresa in Italia. La Terni dal 1884 al 1962* (Torino, 1975), pag. 15, per il quale “il 10 marzo 1884 gli azionisti della «Società degli Alti forni, Acciaierie e Fonderie di Terni Cassian Bon e C.» si riunirono per esaminare la valutazione del patrimonio della società e ne decisero la trasformazione da accomandita in anonima, sotto la denominazione di «Società degli Alti forni, Acciaierie e Fonderie di Terni»”, alla formazione del capitale sociale non partecipò lo Stato, che però prese “l'impegno di anticipare 12 milioni – e senza onere di interessi – sul conto delle forniture assegnate all'impresa assicurando l'acquisto ... di una quantità di prodotto che desse lavoro agli stabilimenti in misura sufficiente ad ammortizzare le previste spese di impianto”, sicché “la nascita della Terni ... può essere ritenuto l'episodio strategico che segnò l'avvio dell'itinerario protezionistico-siderurgico del modello di sviluppo industriale italiano” e ROMEO, *Breve storia della grande industria in Italia. 1861/1961* (Bologna, 1972), pagg. 53 e 54.

² Cfr., per ulteriori cenni storici, CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia* (Milano, 1977), pag. 1; CIRENEI, *Le imprese pubbliche* (Milano, 1983), pag. 1 e TONINELLI, *Storia d'impresa* (Bologna, 2006), pag. 207.

³ POSNER - WOOLF, *L'impresa pubblica nell'esperienza italiana* (Torino, 1967), pag. 30.

Prima della citata legge del 1903, nota come “Legge Giolitti”, occorre osservare come lo Stato non disponesse della possibilità di operare direttamente sul mercato.

Ciò posto e prescindendo dalle norme contenute nel codice civile (sulle quali si rinvia a quanto *infra* illustrato), può indicarsi brevemente – e con riferimento agli interventi principali – il percorso legislativo in materia di iniziativa economica pubblica nel nostro ordinamento.

A seguito della “Legge Giolitti”, interviene il R.D. n. 2578 del 15 ottobre 1925 (Approvazione del testo unico della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province), che attribuisce alle cc.dd. aziende speciali la capacità di compiere atti e negozi giuridici (*ex art. 2, co. 3*), ribadendo come l’ente sia tenuto con il proprio patrimonio – in ragione di appositi finanziamenti – a far fronte alle eventuali perdite (*ex artt. 2, co. 6 e 3, co. 1, lett. d*)⁴.

Merita poi un cenno la nascita dell’Istituto per la Ricostruzione Industriale (I.R.I.), costituito in virtù del r.d.l. n. 5 del 23 gennaio 1933⁵, allo scopo di rilevare le partecipazioni azionarie e i crediti immobilizzati dei principali istituti bancari italiani, derivanti dalle sovvenzioni accordate alle imprese industriali⁶.

Così come – nel decennio successivo – non può trascurarsi la portata innovativa (di cui si tratterà nel paragrafo successivo) conseguente all’entrata in vigore degli artt. 41, co. 3, 42, co. 1 e 43 Cost., ove, come è stato ben osservato⁷, si nega implicitamente sia il primato dell’iniziativa economica privata, sia il principio di eccezionalità dell’intervento pubblico. L’importanza dei richiamati principi della nostra Carta fondamentale si riscontra in un significativo cambiamento di prospettiva: l’intervento dello Stato in economia mediante l’assunzione di un’attività di produzione o di scambio di beni e servizi non è più eccezionalmente consentito dall’ordinamento, ma è un carattere proprio della pubblica

⁴ EBERLE, *Le società pubbliche e il testo unico sulle partecipate* (Milano, 2016), pag. 8.

⁵ IRTI, “Dall’ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)”, in *Riv. soc.*, 1993, pag. 465 e in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 31; SARACENO, *Il sistema delle imprese a partecipazione statale nell’esperienza italiana* (Milano, 1975), pag. 7 e MINISTERO DELL’INDUSTRIA E DEL COMMERCIO, *L’istituto per la ricostruzione industriale, I, Studi e documenti*, a cura di V.U. Ristagno, Torino, 1955, pag. 8;

⁶ Alle necessità finanziarie dell’istituto provvide lo Stato con lo stanziamento di £ 11.000.000.000 diviso in 39 annualità.

⁷ CIRENEI, “Le società per azioni a partecipazione pubblica”, in Colombo e Portale (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, vol. 8 (Torino, 1992), pag. 14.

amministrazione. È, tuttavia, opportuno precisare come tale attività debba, in ogni caso, giustificarsi alla luce di un interesse pubblico⁸.

Negli anni Ottanta si rilevano due interventi in materia (la l. n. 153 del 23 aprile 1981, in materia di contabilità pubblica, e il D.P.R. n. 902 del 4 ottobre 1986, in tema di aziende di servizi dipendenti dagli enti locali).

Successivamente, venne promulgata la l. n. 142 dell'8 giugno 1990 (Ordinamento delle autonomie locali), che introdusse, tra l'altro, la possibilità di gestione (art. 22, co. 3) dei servizi pubblici: (a) in economia, qualora non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda, (b) in concessione a terzi, (c) a mezzo di azienda speciale⁹, quale ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, che informa la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed ha l'obbligo di raggiungere il pareggio di bilancio, (d) a mezzo di "istituzione", cioè un organismo strumentale dell'ente locale costituito per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale, dotato di mera autonomia gestionale e disciplinato dallo statuto e dai regolamenti dell'ente locale da cui dipende, nonché (e) a mezzo di s.p.a. a prevalente capitale pubblico locale.

Relativamente alle società, è con la l. n. 498 del 23 dicembre 1992 che il legislatore eliminò il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, purché il socio privato venisse individuato a seguito di una procedura di evidenza pubblica ("procedimento di confronto concorrenziale" *ex art. 12*).

Non si può trascurare, in questa pur breve disamina, un passaggio argomentativo in tema di c.d. privatizzazioni: il d.l. n. 309 del 3 ottobre 1991 ha disposto la possibilità per enti di gestione delle partecipazioni statali, altri enti pubblici economici e aziende autonome statali di trasformarsi in società per azioni e il d.l. n. 333 dell'11 luglio 1992, (contenente misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica e convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 dell'8 agosto 1992), comportò la trasformazione di alcuni enti pubblici economici di primaria importanza (si pensi, tra gli altri, alle Ferrovie dello Stato e alle Poste). La fase esecutiva delle privatizzazioni è invece iniziata con una delibera del Consiglio dei Ministri del 30 dicembre 1992, nella quale è stata assunta la decisione di

⁸ OPPO, "Pubblico e privato nelle società partecipate", in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pag. 157.

⁹ CASSESE - MASSERA, "Tipologie di aziende di produzione pubbliche", in Cafferata (a cura di), *Economia delle imprese pubbliche*, Milano, 1986, pag. 60.

dismettere l'intera partecipazione detenuta da IRI nel Credito Italiano e da ENI in alcune società controllate. Il fenomeno della privatizzazione ha assunto molteplici connotati (che, a ben vedere, non sempre si sono sommati tra loro), tra i quali è possibile ricordare il mutamento della struttura organizzativa dell'ente, che assume il modello tipico della società per azioni, la presenza nella compagine sociale di un soggetto privato e la perdita del controllo della società da parte della pubblica amministrazione.

Se il d.lgs. n. 267 del 18 agosto 2000 non introdusse particolari novità, è degno di nota il d.l. n. 269 del 30 settembre 2003 che, a seguito della notissima sentenza “Teckal”¹⁰, riconobbe espressamente la possibilità dell'affidamento diretto *in house providing*¹¹: la

¹⁰ Corte di Giustizia Europea, V sez., 18 novembre 1999, n. 107 in *www.iusexplorer.it*. Nella celebre vicenda “Teckal” la Corte di Giustizia ha affrontato l'annosa questione dell'applicabilità delle direttive sugli appalti pubblici di forniture e servizi ai rapporti tra gli enti locali e le società di cui questi sono soci. Si ricordi come, nel caso di specie, un Comune italiano aveva proceduto ad affidare la gestione di un servizio ad un consorzio c.d. intracomunale senza procedere ad alcuna gara. La Corte, pronunciandosi sulla questione demandata dal T.A.R. dell'Emilia Romagna, ha stabilito come “la direttiva del Consiglio, n. 93/36/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente diverso da essa sul piano formale ed autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice”. Perseguendo l'obiettivo di assicurare maggiore effettività alla normativa comunitaria richiamata, i giudici della Corte di Giustizia hanno affermato che il riconoscimento della qualità di “amministrazione aggiudicatrice” al consorzio c.d. intracomunale non deve comportare la disapplicazione delle direttive comunitarie nell'aggiudicazione dell'appalto di forniture, in quanto si tratta di un soggetto terzo rispetto all'ente partecipante. Occorre dunque equipararlo agli altri soggetti privati attivi sul mercato e capaci di svolgere l'attività richiesta. Potrebbe ritenersi contrario ai principi di ragionevolezza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa imporre ad un ente pubblico di indire procedure concorsuali, cui partecipa la società da esso stesso costituita, per garantire la *par condicio* di tutti i soggetti interessati, qualora l'amministrazione non intenda esercitare in via diretta il pubblico servizio. Ma, oltre all'eccezione prevista dall'art. 6 della direttiva n. 92/50/CEE (in tema di appalti di servizi), la sentenza “Teckal” statuisce l'obbligo di rispettare il principio di concorrenza, e le norme da esso informate, anche ove siano coinvolte amministrazioni dello Stato – tra le quali la Corte annovera anche le società a partecipazione pubblica – purché l'applicazione di tali norme non impedisca l'esercizio della specifica funzione pubblica loro affidata. D'altra parte, l'importanza della sentenza “Teckal” discende dalla statuizione per cui non si ha appalto e soggezione all'esperimento di una gara nel caso in cui l'ente pubblico “eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”. Cfr. LIBERTINI, “Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148”, in *Riv. dir. soc.*, 2012, fasc. 2, pag. 211.

¹¹ Cfr. CAPRARA, “«In house providing» e mercato: rette parallele o incroci pericolosi?”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 515; CARUSO, *Il socio pubblico* (Napoli, 2016), pagg. 290 e 322; COPPOLA, “La dinamica della *governance* sulle società «in house»”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag.

fattispecie concerne l'autoproduzione di beni e servizi da parte di una pubblica amministrazione. Con la nozione di *in house providing* si indica una sorta di delegazione interorganica della pubblica amministrazione, in virtù della quale è ammissibile l'inosservanza del principio di concorrenza e del metodo competitivo (la c.d. procedura di evidenza pubblica) nel caso di affidamento di servizi o forniture da parte di un ente pubblico.

1.2. Le società a partecipazione pubblica

L'intervento diretto dello Stato nell'economia ha assunto, nel corso del tempo, tre diverse forme¹²: (i) impresa-organo, (ii) impresa-ente pubblico e (iii) impresa a partecipazione pubblica.

(i) La prima fattispecie ricorre ove l'impresa pubblica sia direttamente gestita dallo Stato o da un ente pubblico¹³: esiste un organo dello Stato oppure di un altro ente pubblico che gestisce l'impresa e tale organo può assumere la titolarità o meno dell'attività imprenditoriale (così distinguendosi in autonomo o meno). Ciò che caratterizza la figura in esame è l'appartenenza alla organizzazione della pubblica amministrazione.

(ii) L'impresa-ente pubblico (o ente pubblico economico), invece, identifica sia gli enti pubblici istituiti per l'esercizio di un'attività economica (che quindi partecipano direttamente all'attività economica), sia quelli che esercitano un'attività di direzione di

219; COSSU, "Le s.r.l. *in house providing* per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale", in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 243; DE LUCA, "Il nuovo Testo Unico sulle società partecipate: obblighi di modifiche statutarie e nuovi aspetti operativi", in www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it, pag. 19; EBERLE (*supra*, nt. 4), pag. 86; GRASSO, "Le società a partecipazione pubblica in Italia", in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 49 e PIPERATA, "La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti", in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 29.

¹² La classificazione è riportata, tra gli altri, da ARENA, "L'impresa pubblica e la sua inesistenza giuridica", in *Riv. soc.*, 1963, pag. 36; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I, Diritto dell'impresa*, Torino, 2016, pag. 76; CASSESE - MASSERA (*supra*, nt. 8), pag. 60; CIRENEI, (*supra*, nt. 7), pag. 14 e ROVERSI-MONACO, "L'attività economica pubblica", in Galgano (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ., La costituzione economica* (Padova, 1977), I, pag. 413, ma si deve a GIANNINI, "Le imprese pubbliche in Italia", in *Riv. soc.*, 1958, pag. 227.

¹³ NAPOLITANO, "Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie", in *Riv. soc.*, 2006, pag. 1010;

imprese private¹⁴.

(iii) La società (privata) a partecipazione pubblica si colloca, invece, al di fuori della struttura e dell'organizzazione dei pubblici poteri¹⁵: è tale l'ente societario la cui titolarità di una partecipazione societaria è in capo ad una amministrazione pubblica, nel senso che verrà illustrato nel proseguo della trattazione. Detto ente – lo si chiarisca dal principio – è caratterizzato dalla personalità giuridica di diritto privato ed è assoggettato alla disciplina delle norme di diritto comune¹⁶.

Negli ultimi decenni, anche alla luce delle c.d. privatizzazioni, si è assistito alla marginalizzazione delle prime due forme di intervento diretto dello Stato nell'economia a favore della terza, che assume sempre maggiore centralità.

Come anticipato, il dettato costituzionale risulta negare il primato dell'iniziativa economica privata su quella pubblica, benché le due categorie non paiano esattamente

¹⁴ Parte della dottrina parla di “ente pubblico imprenditoriale”, v. ROVERSI-MONACO (*supra*, nt. 12), pag. 414. Per l'a., inoltre, “negli enti pubblici imprenditori ... l'interesse pubblico si manifesta come interesse all'impresa, non all'oggetto della sua attività; non è prefissato, ma definito attraverso un'attività esterna di governo”. Gli enti pubblici economici rappresentavano il nucleo centrale delle imprese pubbliche, ma dagli anni Novanta si è avviato il noto processo di privatizzazione degli enti in esame, in ragione del perseguimento di obiettivi di efficiente gestione imprenditoriale e riduzione della spesa pubblica: si tratta del d.lgs. n. 356 del 20 novembre 1990, della l. n. 35 del 29 gennaio 1992, della l. n. 359 dell'8 agosto 1992 (c.d. privatizzazione formale) e della l. n. 474 del 30 luglio 1994 (c.d. privatizzazione sostanziale), così CAMPOBASSO (*supra*, nt. 12), pag. 77. Cfr. MARCHETTI, “Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti (dicembre 1992-marzo 1994)”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 45; MINERVINI, “Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 165; ROSSI, “Privatizzazioni e diritto societario”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 125 e SCHLESINGER, “La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 13.

¹⁵ La nozione della medesima è oggi lontana da quella di società pubblica prospettata da ARENA, *Le società commerciali pubbliche* (Milano, 1942), pag. 38, in cui – con riferimento alle società legali dell'epoca – si legge che nelle “società commerciali pubbliche” si individuano le “seguenti principali caratteristiche comuni: a) sorgono direttamente o indirettamente per volere di legge; b) sono quasi sempre dichiarati di diritto pubblico; c) il capitale è diviso in quote; d) le quote devono quasi sempre appartenere ad enti pubblici e sia pure con l'osservanza di speciali formalità sono generalmente trasferibili; e) la responsabilità dei partecipanti è limitata alle quote conferite; f) sono soggetti a controllo ministeriale; g) alcuni degli organi amministrativi o di controllo spesso nominati dai competenti ministeri; h) lo statuto è soggetto ad impresa statale”. Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale* (Milano, 1979), pag. 24.

¹⁶ CASSESE - MASSERA (*supra*, nt. 9), pag. 76.

poste sullo stesso piano¹⁷: a ben vedere, infatti, il concetto di “libera iniziativa” è espressamente richiamato solo per l’attività privata (*ex art. 41, co. 1, Cost.*) e non per quella pubblica. Quest’ultimo termine non può ritenersi affermato implicitamente dalla predetta norma, anche alla luce dell’art. 42, co. 1, primo periodo, Cost., in cui si asserisce perentoriamente che “la proprietà è pubblica o privata”. In buona sostanza, può osservarsi come la duplice specificazione “pubblica o privata” sia espressamente enunciata, ove ritenuta necessaria, nella nostra Carta fondamentale.

Deve tuttavia rilevarsi come la libertà di iniziativa economica pubblica si consideri “equiordinata ... a quella privata” dalla dottrina¹⁸, sulla scorta della capacità giuridica dello Stato e degli altri enti pubblici¹⁹.

È, quindi, l’art. 41, co. 3, Cost. a legittimare l’iniziativa economica pubblica; detta previsione richiede l’intervento del legislatore per indirizzare e coordinare a fini sociali non soltanto l’attività economica pubblica, ma anche quella privata: in tal maniera, si dimostra come la natura pubblica dell’operatore economico non comporti necessariamente la socialità del risultato. La norma in parola costituisce una riserva di legge per gli interventi di programmazione e controllo delle attività economiche (sia private, sia pubbliche), ma non rappresenta una riserva di legge per la legittimità dell’attività economica pubblica, sicché quest’ultima non necessita di una previsione di legge particolare per essere esercitata.

La disposizione di cui al co. 3 assoggetta l’attività economica pubblica agli medesimi criteri di indirizzo e coordinamento previsti per l’impresa privata, così evidenziando come si siano ritenuti inadeguati allo svolgimento di un’attività produttiva i criteri caratteristici dell’attività della pubblica amministrazione.

¹⁷ Cfr. G. VISENTINI (*supra*, nt. 15), pagg. 61 e ss.

¹⁸ Per tutti LIBERTINI, “Testo unico sulle Società a Partecipazione Pubblica, imprese pubbliche e mercato”, Relazione, non pubblicata, al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017, pag. 1. L’a. rileva come “il progresso socioeconomico ottocentesco portò con sé la crescita dei monopoli di servizio pubblico, prima gestiti prevalentemente dai privati in concessione e poi, sempre più spesso, da aziende pubbliche nazionalizzate o municipalizzate. Successivamente, l’affermazione dello «Stato sociale», nella prima metà del XX secolo, portò ad un’ulteriore espansione dell’impresa pubblica, come strumento di politiche industriali di equilibrio o di salvataggio o anche di promozione di nuovi settori produttivi. ... in questa prospettiva la «attività economica pubblica» ... fu vista non più come figura eccezionale, o comunque complementare” e LISERRE, “L’impresa pubblica tra socialità e profitto”, in *Contr. e impr.*, 1988, pag. 815.

¹⁹ *Ex multis v. GALGANO, Le istituzioni dell’economia di transizione* (Roma, 1978), pag. 1.

L'attività economica pubblica è, dunque, sottratta allo statuto della pubblica amministrazione ed è sottoposta allo statuto – per così dire, generale – dell'impresa, applicabile tanto all'impresa privata, quanto all'impresa pubblica.

Tornando alla società a partecipazione pubblica, bisogna tener conto di come la dottrina²⁰, prima dell'intervento del d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016, ritenesse improprio parlare compiutamente di “statuto sociale” per detta società, stante la frammentata ed estesissima legislazione in materia, che costituiva un “ventaglio di discipline di specie” che non sempre rilevavano sul piano del diritto societario, in quanto a volte si limitavano ad incidere esclusivamente sul regime dell'impresa e sull'iniziativa economica del socio pubblico.

Tuttavia, anche a titolo di premessa, occorre chiarire la portata dell'istituto della società a partecipazione pubblica²¹.

È tale la società in cui almeno un'unità di partecipazione al capitale sociale è di titolarità della pubblica amministrazione²², assumendo in tal modo la qualità di socio pubblico. Tra le caratteristiche principali dell'istituto è possibile anzitutto indicare la compresenza dell'interesse pubblico, perseguito dal socio pubblico, e della causa lucrativa, perseguita

²⁰ Così CIRENEI (*supra*, nt. 7), pag. 3. Il tema è affrontato anche da A. MAZZONI, “Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?”, in Ibbà-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 63, per il quale “a ben vedere, le società pubbliche, più che costituire una categoria, sono un classico esempio di pseudo-categoria o di non-categoria”. L'a. rileva come la qualifica di “società pubblica” fosse attribuita (i) sia a società che operavano su un piano nazionale o internazionale, sia a quelle che operavano sul territorio regionale o locale; (ii) sia a società che operavano in mercati aperti, sia a quelle presenti in regime di monopolio od oligopolio; (iii) sia a società con una *governance* regolata da norme pubblicistiche, sia quelle interamente regolate dal diritto societario comune.

²¹ CLARICH, “Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e privato”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 1; GUERRERA, “Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 97; IBBA, “Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline”, in Ibbà-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 1 e ID. “Tipologia e «natura» delle società a partecipazione pubblica”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 13.

²² Com'è noto, la definizione di pubblica amministrazione è indicata all'art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 ove si richiamano, tra le altre, “tutte le amministrazioni dello Stato ..., gli istituti e scuole di ogni ordine e grado ..., le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie ..., le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale”.

dalla società (che, come già illustrato, è soggetta allo statuto c.d. generale dell'impresa).

Può osservarsi come queste due componenti assumano diversa rilevanza a seconda che le si consideri nella prospettiva della disciplina pubblica o in quella della disciplina privata, potendosi precisare come la prima regoli l'attività del socio e la seconda quella dell'ente partecipato²³.

Dal primo punto di vista, l'interesse pubblico può definirsi quale obiettivo primario che il socio intende perseguire: tale interesse regolerebbe, infatti, il contegno del socio pubblico, mentre lo scopo di lucro assurgerebbe ad interesse secondario, strumentale per la realizzazione dell'obiettivo primario.

D'altra parte, nella prospettiva della disciplina privata, l'interesse lucrativo costituirebbe la causa della partecipazione dei soci e, quindi, dello stesso contratto sociale (ove presente), mentre quello pubblico rappresenterebbe il motivo della partecipazione nella società di uno dei soci (come tale giuridicamente irrilevante).

Come appare evidente, le esigenze poste dall'ordinamento richiedono che le due discipline risultino tra loro compatibili.

L'interesse pubblico dev'essere disciplinato in modo che la causa lucrativa sia compatibile con la sua soddisfazione, di guisa che, il socio pubblico, perseguendo il profitto e rispettando nella società la causa lucrativa, realizzi – nello stesso tempo – anche l'interesse predetto.

In altre fattispecie, invece, il perseguimento dell'interesse pubblico non è compatibile con la causa lucrativa della società: si è quindi proposto di individuare il coordinamento tra la norma che pone l'interesse pubblico (perseguito come richiamato dal socio pubblico) e la causa della società in virtù del principio secondo il quale la norma speciale deroga alla generale²⁴.

Così inquadrata la figura della società a partecipazione pubblica, è opportuno – prima di esaminare la disciplina contenuta nel codice civile e nel TUSPP – fare menzione dei

²³ Cfr. VISENTINI (*supra*, nt. 17), pag. 86.

²⁴ Così VISENTINI (*supra*, nt. 17), pag. 87. Si deve – tuttavia – ricordare, in verità, come si possa osservare una molteplicità di interessi tutelati dal legislatore nella disciplina delle società a partecipazione pubblica: (i) la tutela della concorrenza per il mercato, (ii) la gestione della spesa pubblica, (iii) l'efficienza del servizio pubblico e (iv) la liberalizzazione dei rapporti economici. In tal senso v. CINTIOLI, "Disciplina pubblicistica e *corporate governance* delle società partecipate da enti pubblici", in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 143.

principi dettati dal TFUE sul tema.

Si consideri il disposto dell'art. 106 TFUE (prima contenuto nell'art. 90 Trattato C.E.E.²⁵), ove emergono due principi fondamentali in tema di società a partecipazione pubblica²⁶: (i) la parità concorrenziale tra impresa pubblica e privata e (ii) la facoltà dei singoli ordinamenti nazionali di attribuire diritti speciali alle imprese, a patto che siano necessari per conseguire interessi economici generali. Questo secondo principio legittima, sul piano del diritto europeo, le norme di cui si tratterà nel paragrafo seguente.

1.3. Le società a partecipazione pubblica nel codice civile

Al codice civile del 1942 è riconosciuta una certa “audacia innovatrice”²⁷, stante il superamento del dibattito formatosi in dottrina e giurisprudenza in ordine alla compatibilità²⁸ fra Stato e società per azioni.

L'introduzione dell'impianto normativo vigente, infatti, supera il problema dell'ammissibilità di esercizio dell'attività d'impresa da parte degli enti pubblici: occorre ricordare come il codice di commercio del 1882 prevedeva all'art. 7 che “lo Stato, le Province e i Comuni non possono acquistare la qualità di commerciante, ma possono fare atti di commercio, e per questo rimangono soggetti alle leggi e agli usi commerciali”.

L'art. 2093, co. 1, c.c. prevede che le disposizioni del titolo V del codice si applichino agli

²⁵ Il Trattato C.E.E., noto anche come Trattato di Roma, è stato firmato il 25 marzo 1957. Al tempo della stesura del medesimo, si fronteggiavano due visioni opposte sul tema delle imprese pubbliche, connotate non soltanto per il loro carattere giuridico, ma anche per quello socio-economico. Nello specifico, si poteva distinguere (i) una tesi fondata sulla netta separazione tra pubblico e privato, per la quale la pubblica amministrazione era legittimata a svolgere attività produttive solo ove connotate dalla funzione di pubblico servizio e in assenza di concorrenza con l'attività degli operatori di mercato privati e (ii) una seconda impostazione, invece, in ragione della quale sussisterebbe una parità giuridica tra l'iniziativa economica privata e quella pubblica, sicché i soggetti pubblici sarebbero legittimamente liberi di esercitare attività d'impresa. Sul punto v. CIRENELI, (*supra*, nt. 7), pag. 14 e LIBERTINI (*supra*, nt. 10), pag. 200.

²⁶ Cfr. GIANNELLI, “La gestione delle partecipazioni pubbliche”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 127, che osserva come il principio di neutralità e di parità di trattamento tra imprese pubbliche e imprese di diritto privato sarebbe desumibile in virtù della “lettura combinata degli artt. 345 e 106 T.F.U.E.” e LIBERTINI (*supra*, nt. 10), pag. 201.

²⁷ IRTI (*supra*, nt. 5), pag. 468.

²⁸ V. IRTI (*supra*, nt. 5), pag. 468, parla di “contrasto ontologico” e RAVÀ, “L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici”, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, pag. 324.

«enti pubblici economici inquadrati nelle associazioni professionali»²⁹. La volontà del legislatore appare ben definita: la nozione di impresa è unitaria (o, per meglio dire, neutra) ed è soggetta alla medesima disciplina a prescindere da chi sia esercitata, soggetto pubblico o privato: vale a dire che tutti gli enti pubblici che svolgono attività d'impresa in maniera sistematica sono imprenditori. Pertanto, qualora l'ente pubblico esaurisca la sua attività nell'impresa sarà sottoposto (salvo quanto *infra* precisato) alle regole privatistiche.

La norma si applica, salvo eccezioni, agli enti pubblici economici³⁰ e agli altri enti pubblici che svolgano attività d'impresa³¹.

Il legislatore del codice del '42 disciplina non soltanto le «società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici», agli artt. 2458-2460 c.c. v.t., ma anche le «società per azioni d'interesse nazionale», all'art. 2461 c.c. v.t.³².

²⁹ Secondo la lettera della l. n. 1303 del 16 giugno del 1938, gli enti pubblici inquadrati nelle associazioni professionali erano «gli enti pubblici, comunque denominati, i quali operino nel campo della produzione e svolgano un'attività economica in regime di concorrenza»; pertanto la norma dell'art. 2093 c.c. fu riferita a lungo a quegli enti – cui già si dava il nome di enti pubblici economici, sebbene il termine appaia nella legislazione solo a partire dal 1970 – caratterizzati dal duplice requisito di (i) esercitare un'impresa e di (ii) operare in regime di concorrenza. Ma a ben vedere l'istituzione dell'Enel, nel dicembre del 1962, comportò una sostanziale eliminazione del secondo dei predetti requisiti, sicché – da quel momento – deve ritenersi sussistere effettivamente soltanto il primo, che, com'è noto, si traduce non necessariamente nella ricerca dell'utile, ma nel perseguimento dell'equilibrio finanziario (ovvero la copertura dei costi mediante i ricavi) rispettando il c.d. criterio di economicità.

³⁰ Sono enti pubblici economici, anzitutto, quelli che tali siano espressamente riconosciuti per legge: si pensi, ad es., al Consorzio Autonomo del Porto di Napoli (d.l. n. 1 dell'11 gennaio 1974), al Provveditorato del Porto di Venezia (l. n. 6 del 12 gennaio 1974), al Consorzio Autonomo del Porto di Genova (l. n. 168 del 19 maggio 1975), alle Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini dei porti (l. n. 494 del 10 ottobre 1974), all'Istituto Poligrafico dello Stato (l. n. 266 dell'11 luglio 1988) o ancora alle Poste Italiane (d.l. n. 487 del 1 gennaio 1993, conv. l. n. 71 del 29 gennaio 1994) e all'Azienda di Assistenza al Volo (l. n. 665 del 21 dicembre 1996), nonché all'Istituto per studi, ricerche e informazioni sul mercato agricolo (previsto nel D.P.R. n. 200 del 31 marzo 2001). Si ritengono, tuttavia, enti pubblici economici anche quelli rispondenti ai parametri generali della categoria o ad essa riconducibili. È stato discusso se gli enti di gestione delle partecipazioni statali (ad es., I.R.I.) rientrassero – sul piano classificatorio – nella categoria in esame: la questione è stata risolta affermativamente dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. Un., n. 6328, del 14 dicembre 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, pag. 1667).

³¹ Pare meno agevole l'individuazione degli enti pubblici di cui al co. 2 dell'art. 2093 c.c., ma può darsi atto di come la giurisprudenza vi abbia ricondotto le Camere di Commercio (Cass. n. 1192, del 23 febbraio 1979 in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it), le aziende municipalizzate (Cass., Sez. Un., n. 1243, del 1 dicembre 2000 in *Giornale Dir. Amm.*, 2001, 2, pag. 168) e quelle consorziali fra Comuni e Province (Cass. n. 2532, del 18 aprile 1984 in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it).

³² Nel § 998 della Relazione del Ministro Guardasigilli si legge che «In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche

Le norme di cui agli articoli riportati sono le sole che il codice civile abbia dedicato alle società a partecipazione pubblica (o di interesse pubblico), tuttavia, nonostante il numero esiguo, assumono una particolare rilevanza in quanto trattano, come indicato, la nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo di tali società.

La riforma del diritto societario del 2003 – come si dirà *infra* – ne ha modificato la collocazione, ma non ha apportato novità particolarmente evidenti rispetto alla normativa precedente: si tratta di adattamenti, che potrebbero definirsi formali, alle varie configurazioni che – in virtù della riforma – possono assumere i sistemi di amministrazione e controllo delle società per azioni, che possano adottare modelli alternativi a quello tradizionale: il sistema dualistico e quello monistico.

Le norme dell'art. 2458 c.c. v.t., come modificate, trovano ora collocazione all'art. 2449 c.c., quelle degli artt. 2459 e 2460 c.c. v.t. – dopo la trasposizione all'art. 2450 c.c. – risultano abrogate dall'art. 3, d.l. n. 10 del 15 febbraio 2007, conv. in l. n. 46 del 6 aprile 2007 e quella di cui all'art. 2461 c.c. v.t. è prevista all'art. 2451 c.c.³³.

alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente». Cfr. IBBA (*supra*, nt. 17), pag. 6.

³³ Sul tema della nomina *ex art.* 2449 c.c., v., tra gli altri, ABBADESSA, “La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)”, in *Impresa, amb., pubbl. amm.*, 1975, pag. 369; ANGELICI, “In tema di «socio pubblico»”, in *Riv. dir. comm.*, 2015, pag. 175 e in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Roma, 2017, pag. 69; ARENA, “Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica”, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, pag. 80; BASSI - MORETTI, *Le partecipazioni societarie pubbliche. Vincoli e prospettive di operatività delle amministrazioni pubbliche in ambito societario* (Santarcangelo di Romagna (RN), 2017), pag. 217; BLANDINI, “Riflessioni in tema di governance di società pubblica”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Roma, 2017, pag. 45; CAGNASSO, “La governance delle società a partecipazione pubblica: statuti e patti parasociali”, in *Il nuovo diritto delle società*, 2016, 7, pag. 60; CARUSO (*supra*, nt. 11), pag. 329; ID., “Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 183; CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità* (Napoli, 2018), pag. 114; EAD., “Nomina pubblica alle cariche sociali *ex art.* 2449 c.c. e giurisdizione applicabile”, in *Giur. comm.*, 2017, II, pag. 817; DIVIZIA - OLIVIERI, “La nomina degli amministratori nelle società pubbliche e l'istituto della *prorogatio*”, in *Vita not.*, 2010, pag. 1687; GHEZZI - 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, pag. 668; GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica. Profili civilistici e di diritto comparato* (Torino, 2017), pag. 82; MINERVINI, “Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici”, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1954, I, pag. 712; ID., “La revoca dei sindaci «designati» dallo Stato (in tema di sindaci Rai)”, in *Soc.*, 2004, pag. 273; 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, pag. 962; ROVERSI-

L'abrogato art. 2450 c.c. indicava le caratteristiche degli amministratori e dei sindaci nominati dall'ente pubblico: si riteneva che tali soggetti fossero legati, da un lato, all'ente pubblico in virtù di un rapporto di natura pubblicistica e, dall'altro, alla società in ragione di un rapporto privatistico.

L'art. 2449 c.c. disciplina il potere di nomina diretta di alcuni membri degli organi sociali³⁴ di società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio attribuibile ai soci pubblici in forza di norma statutaria³⁵, così riconoscendo a questi ultimi un diritto volto a soddisfare interessi di natura pubblica³⁶. Tale nomina è ritenuta dalla dottrina maggioritaria “diretta ed extra-assembleare”³⁷, non necessitando di alcuna ratifica da parte

MONACO, “Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 ss. del codice civile)”, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, pag. 258; RUOTOLO - PUGLIELLI, “Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)”, Studio C.N.N. n. 150-2008/I, in *www.notariato.it*, pag. 1; SALAFIA, “Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici”, in *Soc.*, 2001, pag. 773 e VANONI, “Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla «golden share» ai fondi sovrani)”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 212.

³⁴ Il tema sarà oggetto di autonoma trattazione nel par. 2 del cap. III del presente contributo.

³⁵ V. CARUSO (*supra*, nt. 11), pag. 329; DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, (Milano, 2016), pag. 563; IBBA (*supra*, nt. 21), pag. 6 e IBBA - DEMURO, *sub 2449 c.c.*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari* (Milano, 2016), II, pag. 2830, ove si ricorda che “l'esercizio di tale diritto ... dovrà rispettare le ulteriori disposizioni speciali che condizionano la formazione degli organi sociali nelle società a partecipazione pubblica” e in particolare i requisiti e i limiti di cui (i) all'art. 1, co. 734, l. n. 296 del 27 dicembre 2006, (ii) all'art. 4, co. 19-21, d.l. n. 138 del 13 agosto 2011 conv. in l. n. 148 del 14 settembre 2011, all'art. 3, co. 14, della l. n. 244 del 2007, (iii) art. 3 l. n. 120 del 12 luglio 2011, (iv) art. 1 della l. n. 296 del 27 dicembre 2006 e (v) art. 3 della l. n. 244 del 24 dicembre 2007.

³⁶ ABBADESSA (*supra*, nt. 31), pag. 370 e DONATIVI, “Esperienze applicative in tema di nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali (artt. 2458-2459 c.c.)”, in *Riv. soc.*, 1998, pag. 1258.

³⁷ IBBA - DEMURO (*supra*, nt. 35), pag. 2836, in cui è evidenziata la duplice ricostruzione dell'istituto: una prima tesi accoglie la natura pubblicistica dell'atto di nomina, che sarebbe quindi un provvedimento amministrativo emanato dall'ente pubblico nell'esercizio della pubblica potestà amministrativa; un'altra impostazione, c.d. privatistica, considera l'atto di nomina essenzialmente negoziale e quindi espressione di un diritto soggettivo. Sul punto, giova osservare come la giurisprudenza di legittimità si sia espressa, sulla scorta dell'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 6 luglio 2012, conv. in l. n. 135 del 7 agosto 2012, a favore della natura di atto “*uti socius*” e non “*jure imperii*” in riferimento alla revoca dell'amministratore di nomina pubblica. Giova inoltre osservare come, in una dimensione comparatistica, l'ordinamento francese si caratterizzi per una disciplina diversa (contenuta nell'*Ordonnance* n. 2014-948 del 20 agosto 2014), per la quale la nomina ha necessariamente efficacia diretta ove lo Stato sia titolare di una partecipazione sociale maggiore del 50% del capitale sociale; diversamente, ove detta partecipazione sia superiore al 10% del capitale sociale ma inferiore alla soglia di cui sopra, l'efficacia della nomina può – facoltativamente – essere diretta.

dell'assemblea³⁸.

Gli amministratori e i componenti degli organi di controllo hanno gli stessi diritti ed obblighi di quelli nominati dall'assemblea, come affermato dall'art. 2449, co. 2, secondo periodo, c.c. (la medesima disposizione era prevista, prima della l. n. 34 del 25 febbraio 2008, al co. 3 dello stesso art. 2449 c.c.), così chiarendosi come il loro funzionamento sia analogo a quello ordinario.

In riferimento ai requisiti di eleggibilità e di permanenza in carica stabiliti agli artt. 2382 (per gli amministratori), 2397, co. 2 e 2399 (per i sindaci), 2409-*duodecies*, co. 10 (per i membri del consiglio di sorveglianza) e 2409-*septiesdecies*, co. 2 e 2409-*octiesdecies*, co. 2 c.c. (per i membri del comitato di controllo sulla gestione), pare potersi affermare come i membri nominati dallo Stato o dagli enti pubblici saranno anch'essi soggetti alle medesime caratteristiche.

Come affermato dalla dottrina³⁹, inoltre, deve escludersi che l'inattività o l'indugio dell'ente pubblico nel procedere alle nomine di propria facoltà possa legittimare la società, o meglio l'organo assembleare, a procedere altrimenti, fatta salva l'eventualità che una clausola statutaria non lo consenta espressamente. Pertanto, l'eventuale *impasse* che ne potrebbe scaturire condurrebbe alle medesime conseguenze che derivano dall'impossibilità di funzionamento degli organi della società, compresa l'ipotesi dello scioglimento (*ex art. 2484 c.c.*). Alla luce di quanto indicato, la nomina di uno o più amministratori o sindaci (o membri del consiglio di sorveglianza) da parte dello Stato o di altro ente pubblico, che l'art. 2449 c.c. definisce "facoltà", potrebbe assumere la conformazione di un vero e proprio obbligo, "dipendente dal dovere di comportarsi secondo buona fede" nell'esercizio dei doveri che impone il contratto sociale, dal quale deriverebbero le relative responsabilità ove venisse disatteso.

³⁸ La norma deve coordinarsi con il dettato di cui all'art. 9, co. 7, TUSPP, in cui si prevede che – ove lo statuto sociale della partecipata preveda, *ex art. 2449 c.c.*, la facoltà del socio pubblico di nominare o revocare direttamente uno o più componenti di organi interni della società – i relativi atti sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o revoca, facendosi salva l'applicazione dell'art. 2400, co. 2, c.c. Cfr. DI RIENZO, "Gli organi di amministrazione e controllo nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica", in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 145 e ROSSI, "Nomina, revoca e *prorogatio* degli amministratori di società a partecipazione pubblica", in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 136.

³⁹ RORDORF, "Le società «pubbliche» nel codice civile", in *Soc.*, 2005, pag. 428.

L'art. 2451 c.c.⁴⁰ prevede che alle società d'interesse nazionale⁴¹ si applichi – attraverso il richiamo al capo V del titolo V del codice – il diritto azionario comune, compatibilmente con le disposizioni speciali dettate in ordine alla gestione sociale, alla trasferibilità delle azioni, al diritto di voto e alla nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti. È importante rilevare come la società d'interesse nazionale non coincida con la società a partecipazione pubblica, come peraltro avvalorato dalla collocazione delle norme in parola in due diverse sezioni: le società d'interesse nazionale, infatti, potrebbero avere tale qualifica anche ove si caratterizzassero per la presenza esclusiva di partecipazioni private, in quanto ciò che rileva è l'attività svolta (e non la compagine sociale); d'altra parte, non tutte le società a partecipazione pubblica sono d'interesse nazionale, che non si identifica con l'interesse pubblico.

1.4. Le società a partecipazione pubblica nel TUSPP

Si è già menzionata la frammentaria e vastissima legislazione in materia di società a partecipazione pubblica⁴² presente nel nostro ordinamento al tempo dell'intervento – in

⁴⁰ Cfr. IBBA - DEMURO, *sub* 2451 c.c., in Abbadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari* (Milano, 2016), II, pag. 2852.

⁴¹ Si discute se l'identificazione dell'interesse nazionale ricorra esclusivamente in presenza di una qualificazione legislativa (ad es. la RAI, soggetta ad una legislazione speciale: l. n. 103 del 14 aprile 1975, l. n. 223 del 6 agosto 1990, l. n. 206 del 25 giugno 1993) o se possa ricavarsi anche in via interpretativa, in ragione della natura dell'attività svolta dalla società, v. IBBA - DEMURO (*supra*, nt. 40), pag. 2836.

⁴² Secondo il Report ISTAT pubblicato in data 23 ottobre 2017, in www.istat.it, con riferimento all'anno 2015, le partecipate pubbliche sono 6.859, di cui: 2.141 società per azioni, 2.943 società a responsabilità limitata, 356 società cooperative, 1.281 consorzi di diritto privato e altre forme di cooperazione tra imprese e 138 tra enti pubblici economici, aziende speciali e aziende pubbliche di servizi, autorità indipendenti. Ma come illustrato dal Commissario straordinario per la revisione della spesa, C. Cottarelli, nel "Programma di razionalizzazione delle partecipate locali", del 7 agosto 2014, in www.revisionedellaspesa.gov.it, "non si conosce il numero esatto delle partecipate perché non tutte le amministrazioni locali forniscono le informazioni richieste e perché le banche dati esistenti si fermano ad un certo livello di partecipazione (diretta, indiretta di primo livello, eccetera). La banca dati del Dipartimento del Tesoro del MEF ..., che sarà il riferimento principale in questo rapporto, censiva 7.726 partecipate locali al 31 dicembre 2012 ... Di queste 1.377 erano indirette. Tuttavia, la banca dati del Dipartimento delle Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio, che include un numero più elevato di partecipate indirette, comprende circa 10.000 partecipate. Si tratta di numeri molto elevati: in Francia le partecipate locali sono circa un migliaio." Il programma dà, inoltre, conto del fatto che "esistono altre tre banche dati rilevanti. La banca dati CONSOC del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio (circa 7.500 partecipate), la banca dati CERVED alimentata dai dati delle Camere di Commercio (circa 8.800 partecipate) e la banca dati della Corte dei Conti con circa 7.500 partecipate." Pare interessante rilevare, altresì, i dati indicati nel Comunicato stampa n. 189 del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 20 novembre 2017, ove "risulta che le società a

attuazione della delega contenuta nell'art. 16, co. 7, della l. n. 124 del 7 agosto 2015⁴³ – del d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016 (d'ora in avanti, TUSPP)⁴⁴.

Come enunciato all'art. 1 TUSPP, le disposizioni del decreto hanno ad oggetto non soltanto la costituzione di società da parte della pubblica amministrazione, ma anche l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni in dette società; per quanto non derogato dalle disposizioni del TUSPP, si applicano alle società a partecipazione pubblica

partecipazione diretta delle amministrazioni sono 4.701. L'analisi di tale campione denota già alcuni significativi risultati del processo di riforma: circa una su tre di queste sarà interessata da interventi di dismissione. Nello specifico, si evidenzia che: (i) di 2.558 società in cui gli enti possiedono, singolarmente o nel loro complesso, la maggioranza del capitale, 747 sono le società interessate da procedure di dismissione e 118 le società oggetto di procedure di fusione; (ii) di 2.143 società in cui gli enti, nel loro complesso, non detengono la maggioranza del capitale, 785 sono le società da cui gli enti intendono uscire dalla compagine azionaria", in www.mef.gov.it;

⁴³ Nella stessa relazione illustrativa della legge delega si indicava come "il quadro normativo attuale" fosse "il risultato di una serie di interventi disorganici" e sussistesse "la necessità di operare una generale semplificazione e stabilizzazione normativa", ponendo espressamente l'obiettivo di "intervenire sulla disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, al fine di assicurare la chiarezza delle regole, la semplificazione normativa e di garantire la tutela e promozione del fondamentale principio della concorrenza". È, invece, l'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016 ad illustrare come le disposizioni ivi contenute debbano applicarsi mirando "all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica". Cfr. ASSONIME, "Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", in www.assonime.it, pag. 1.

⁴⁴ Il testo unico è stato poi oggetto di un intervento integrativo e correttivo, in virtù del d.lgs. n. 100 del 6 giugno 2017: tale modifica si è resa necessaria alla luce della Corte Cost. n. 251 del 55 novembre 2016, in www.iusexplorer.it, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale, tra gli altri, dell'art. 18 della legge delega, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, co. 1 e 4, prevede che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del "parere" reso in Conferenza unificata, anziché previa "intesa". In particolare, la sentenza in parola ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge delega, non ritenendo rispettato, su alcune specifiche materie di competenza anche regionale, il principio di leale collaborazione. La Corte ha affermato che tale principio deve essere assicurato nell'ambito del procedimento legislativo mediante il ricorso al sistema delle Conferenze e, più specificamente, con un coinvolgimento delle autonomie regionali attraverso lo strumento dell'intesa (non ritenendo quindi sufficiente il mero parere). La pronuncia rileva come l'illegittimità costituzionale sia circoscritta alle disposizioni della legge delega oggetto del ricorso e non si estenda alle relative disposizioni attuative. Può inoltre darsi conto di come il Consiglio di Stato, con il parere n. 83 del 17 gennaio 2017, si sia espresso sugli adempimenti da compiere a seguito della richiamata sentenza. In detta pronuncia, il Consiglio di Stato – conformemente a quanto statuito nella sentenza della Corte Costituzionale – ha indicato, quale percorso più ragionevole e compatibile con l'impianto della sentenza, l'adozione di decreti correttivi da parte del Governo che intervengano direttamente sul decreto legislativo e che si risolvano nell'applicazione della disciplina della delega – come modificata dalla Corte costituzionale – al processo di riforma in corso. Ciò posto, il d.lgs. n. 100 del 16 giugno 2017 pare aver soddisfatto le esigenze individuate dalla sentenza, modificando il TUSPP e prevedendo, sia relativamente al testo originario, sia relativamente alle modifiche apportate in sede di correttivo, l'acquisizione dell'intesa in Conferenza unificata.

le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato⁴⁵.

La disciplina in esame si sviluppa su un doppio binario: da un lato, prevede norme in tema di partecipazioni societarie di titolarità della pubblica amministrazione cui sono soggetti gli stessi enti partecipanti e, dall'altro, previsioni concernenti le società a partecipazione pubblica. In buona sostanza, il testo si compone di norme che regolano le partecipazioni societarie pubbliche e di norme che disciplinano le società a partecipazione pubblica.

Infatti, per ciò che concerne il primo aspetto, il TUSPP regola sia la costituzione di società e l'acquisto di partecipazioni, sia la gestione delle medesime; per quanto riguarda le norme in tema di società a partecipazione pubblica, invece, la disciplina concerne le società partecipate, dando così luogo ad un "diritto societario speciale" che – come si tenterà di illustrare nel proseguo dell'indagine – prescrive le disposizioni sugli assetti gestori e organizzativi, in maniera derogatoria rispetto al diritto comune delle società⁴⁶.

Si pone a questo punto il dubbio una questione relativa alla disciplina applicabile alle società nella cui compagine è presente un c.d. socio pubblico. In questo senso è forse ultroneo il disposto dell'art. 1, co. 3, TUSPP secondo il quale, per quanto non derogato dalle disposizioni dello stesso decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato⁴⁷.

Occorre dunque guardare alla disciplina dei singoli tipi di società dettata nel codice civile e

⁴⁵ Si osserva, in questo senso, una radicale differenza con il diritto tedesco, che è privo di società cui si applica una significativa disciplina speciale in luogo di quella generale. Vale a dire che la presenza del socio pubblico nella società non determina una modifica dell'assetto organizzativo della società. In Germania, infatti, alla pubblica amministrazione è riconosciuta una sostanziale libertà di iniziativa economica, cui però fa da contraltare l'applicazione della disciplina societaria comune. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (Berlino, 2006), pag. 277 e STÖBER, "Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung", in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, pag. 449 e, tra gli a. italiani, CARUSO (*supra*, nt. 11), pag. 484 e GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società legali in mano pubblica di rilievo nazionale* (Torino, 2009), pag. 398. Quest'ultimo afferma come dalla lettura dei principi costituzionali sarebbe possibile desumere l'obbligo di non derogare il diritto privato al fine di soddisfare interessi pubblici, giacché ove ciò si rendesse necessario occorrerebbe procedere utilizzando enti giuridici regolati dal diritto pubblico.

⁴⁶ La riflessione è stata sviluppata da IBBA, nella Relazione, non pubblicata, al XXXIII Convegno dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia su *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 13 novembre 2017, Università Cattolica del Sacro Cuore. Lo stesso a. osserva come le due prospettive regolatorie rimangano distinte, ma talvolta interferiscono tra loro.

⁴⁷ Il legislatore, tuttavia, con la norma in parola, tradisce l'esigenza di (ri)affermare la collocazione privatistica e societaria delle società a partecipazione pubblica e della disciplina a queste applicabile, tentando di porre fine all'annosa questione in materia.

pertanto una riflessione sulle società a partecipazione pubblica, muovendo dalle norme del testo unico in esame, non può prescindere da un'analisi in merito al tipo di società nel quale può configurarsi la presenza del socio pubblico⁴⁸.

Ai sensi dell'art. 3, co. 1, TUSPP⁴⁹, le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente⁵⁰ a società, anche consortili, costituite in forma di s.p.a. o di s.r.l., anche in forma cooperativa⁵¹.

⁴⁸ MARASÀ, “Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel d.lgs. 175/2016”, Relazione al convegno “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”, organizzato dall’Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 17-18 febbraio 2017, in *orizzontideldirittocommerciale.it*, pubblicata a seguito di revisione con il titolo “Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)”, in *Riv. soc.*, 2017, pag. 795 e STELLA RICHTER *jr*, “Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell’art. 3 T.U.S.P.”, Relazione al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017, Studio C.N.N. n. 227-2017/I, in *www.notariato.it*, pag. 1.

⁴⁹ GIANNELLI (*supra*, nt. 26), pag. 129 e PETTITI, *Sub art. 3*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 47.

⁵⁰ Il legislatore del testo unico non indica cosa accada nel caso di inosservanza della norma in esame, diversamente da quanto previsto in altri passaggi del testo normativo (ad es., art. 7, co. 6, TUSPP). Premesso che la violazione della disposizione di cui all’art. 3, co. 1, TUSPP farebbe senz’altro sorgere responsabilità amministrative ed erariali, alla luce della predetta lacuna, sembrano prospettarsi le seguenti possibilità: (i) la liquidazione delle partecipazioni, con eventuale applicazione dell’art. 2332 c.c. ove si trattasse di partecipazioni essenziali al conseguimento dell’oggetto sociale; (ii) l’inefficacia dell’atto di acquisto di una partecipazione sociale o preferibilmente (iii) la liquidazione in denaro in base ai criteri e al procedimento di cui agli artt. 2437-*ter et quater* c.c. Le soluzioni ora richiamate si fondano, rispettivamente, sull’applicazione analogica delle norme di cui agli artt. 7, co. 6, 8, co. 2 e 24, co. 5 e 6 TUSPP.

⁵¹ Il legislatore del TUSPP consente dunque all’ente pubblico una pluralità di alternative. La scelta del tipo sociale sarà effettuata tenendo in considerazione due principali parametri: (i) il modello organizzativo della società e (ii) il fine perseguito nell’esercizio dell’attività d’impresa. Sotto il primo profilo occorrerà distinguere tra s.p.a. e s.r.l., relativamente al secondo si evidenzia lo scopo lucrativo e quello consortile o mutualistico. Procedendo con ordine – relativamente alla contrapposizione tra società azionaria e non – si potrebbe ritenere, da un lato, che la s.p.a. rappresenti il paradigma societario, per così dire *standard*, che la pubblica amministrazione debba utilizzare per svolgere l’attività economica e, dall’altro, evidenziare la maggiore duttilità del tipo della s.r.l., agevolando il perseguimento delle finalità pubblicistiche. Ciò posto, va osservato come le differenze tra la disciplina della s.p.a. e della s.r.l. di diritto comune siano più marcate di quelle previste per i medesimi tipi sociali ove siano “a partecipazione pubblica”. Nelle norme dedicate alle società partecipate si rinvencono, infatti, previsioni che limitano l’autonomia statutaria dei soci di s.r.l.: - ai sensi dell’art. 3, co. 2, primo periodo, TUSPP, nelle s.r.l. a controllo pubblico l’atto costitutivo o lo statuto deve prevedere la nomina dell’organo di controllo o di un revisore; - *ex art. 11, co. 5, TUSPP*, ove la società a controllo pubblico sia costituita in forma di s.r.l., non è consentito, derogando all’art. 2475, co. 3, c.c., prevedere che l’amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci; - a norma dell’art. 13, co. 1 e 2, TUSPP, anche nella s.r.l., in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall’art. 2409 c.c., ciascun socio pubblico, indipendentemente dall’entità della partecipazione posseduta, è legittimato

La norma non contempla i tipi sociali della s.a.s. e della s.a.p.a., ma la loro esclusione letterale pare potersi riferire soltanto allo *status* di socio accomandatario⁵²: si può ritenere, quindi, legittima l'assunzione della qualità di accomandante da parte del socio pubblico, riconducendo la *ratio*⁵³ della previsione del comma in esame all'inammissibilità di partecipazioni che comportino l'assunzione della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali⁵⁴.

È, quindi, alla disciplina tipologica della società che l'interprete deve far riferimento, in ragione del dato per cui l'adozione della forma societaria comporta l'applicazione del diritto societario relativo ad un determinato tipo sociale.

Una conferma non marginale della validità del percorso argomentativo finora delineato emerge dalla disciplina in ordine alla pubblicità delle società di cui si tratta: non può, infatti, evitarsi di ricordare come detti enti siano iscritti nel Registro delle imprese quali società appartenenti ad un tipo determinato. Conseguentemente, la disapplicazione di norme societarie in ragione di disposizioni prive di natura societaria o comunque estranee al tipo di società indicato nel predetto Registro comporterebbe un illegittimo pregiudizio rispetto all'affidamento dei terzi⁵⁵.

a presentare denuncia per gravi irregolarità al tribunale. Relativamente alla seconda contrapposizione indicata (quella sul fine perseguito dalla società), si indica come l'azione del tipo consortile o di quello mutualistico possa rispondere ad un interesse peculiare della pubblica amministrazione. È stato già fatto riferimento alle caratteristiche necessarie per procedere all'affidamento diretto di un servizio (così derogando alla procedura competitiva di evidenza pubblica), il “controllo analogo congiunto” e la “destinazione prevalente dell'attività”: pare possibile immaginare come il modello di società consortile sia adottato dal socio pubblico proprio per configurare adeguatamente i due requisiti indicati.

⁵² Per la tesi contraria v. DONATIVI (*supra*, nt. 35), pag. 151 e STELLA RICHTER *jr* (*supra*, nt. 48), pag. 3. Il primo degli a. citati osserva come “la questione si pone forse in termini prevalentemente teorici, atteso che la natura e la funzione stessa di questo tipo sociale rendono estremamente improbabile che possa manifestarsi un qualche interesse meritevole di considerazione da parte di una pubblica amministrazione ad acquisirne partecipazioni”.

⁵³ Per STELLA RICHTER *jr* (*supra*, nt. 48), pag. 3, a fondamento dell'art. 3, co. 1, TUSPP non si porrebbe soltanto il regime della responsabilità limitata, ma anche “il carattere schiettamente corporativo, con previsione di articolata organizzazione, rigida suddivisione di competenze e funzioni tra uffici, irrilevanza della persona del socio nella conduzione degli stessi e, in generale, nella organizzazione della società”.

⁵⁴ Dalla lettera dell'art. 3 TUSPP non derivano impedimenti alla partecipazione ad (i) associazioni di diritto privato, (ii) fondazioni, (iii) enti associativi, (iv) consorzi, (v) g.e.i.e., (vi) reti di imprese o (vii) contratti associativi diversi dalla società.

⁵⁵ Disapplicazione che dovrà conformarsi al principio di “proporzionalità delle deroghe” rispetto alla disciplina privatistica, previsto dalla citata legge delega (art. 18, lett. a), l. n. 124 del 7 agosto 2015), per il quale devono ritenersi legittime soltanto le deroghe al diritto comune che tutelano degli interessi pubblici. La questione sarà esposta diffusamente nel corso della presente trattazione, ma pare opportuno ricordare sin

Ciò posto, occorre chiarire come le norme del TUSPP non configurino una disciplina generalmente applicabile a tutte le società a partecipazione pubblica. Infatti, il genere della società a partecipazione pubblica si articola, per espressa previsione del legislatore, in una pluralità di specie, sicché il rilievo della singola specie permette l'individuazione della disciplina di volta in volta applicabile.

Sono le lett. m), n), o) e p) dell'art. 2, co. 1, TUSPP⁵⁶ ad offrire le definizioni di alcune specie del genere società a partecipazione pubblica:

(i) mentre in quelle a controllo pubblico (lett. m) una o più amministrazioni pubbliche esercitano i poteri caratteristici del controllo – anche indirettamente⁵⁷ – di cui all'art. 2359 c.c.⁵⁸;

(ii) in quelle a partecipazione pubblica (lett. n) sono le società a controllo pubblico e quelle partecipate, direttamente, da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico;

(iii) infine, in quelle *in house* (lett. o) un'amministrazione esercita il controllo – anche indirettamente⁵⁹ – analogo⁶⁰ oppure più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, vale a dire un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della controllata⁶¹ (la cui disciplina è contenuta all'art. 16 TUSPP)⁶²;

d'ora come ai sensi dell'art. 1, co. 4, TUSPP restino ferme (i) le specifiche disposizioni che disciplinano le società a partecipazione pubblica di diritto singolare e (ii) le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni. Cfr. CODAZZI, “Le «nuove» società *in house*: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e «proporzionalità delle deroghe»”, Relazione al convegno “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”, organizzato dall'Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 17-18 febbraio 2017, in *orizzontideldirittocommerciale.it*, pag. 16.

⁵⁶ BRICI - DONATO, *Sub artt. 1-2*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 17.

⁵⁷ Si tratta del controllo esercitato tramite “una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”, *ex art. 2, co. 1, lett. c)*, TUSPP.

⁵⁸ Per una diffusa trattazione del tema v. LAMANDINI, *Il «controllo». Nozioni e «tipo» nella legislazione economica* (Milano, 1995), pag. 26.

⁵⁹ V. nt. 57.

⁶⁰ Per una disamina sull'evoluzione del concetto di “controllo analogo”, v. LIBERTINI (*supra*, nt. 10), pag. 217.

⁶¹ La stessa norma di cui alla lett. o) richiama l'art. 16 TUSPP, ove sono indicate le modalità con cui i privati partecipano alle società in parola ed il requisito dell'attività “prevalente”.

⁶² Sul punto v. ALAIMO, “Affidamenti diretti e «*in house*»: l'esperienza della Francia”, in *Amministrare*, 2006, fasc. 3, pag. 433; ALAIMO - TEMPESTA, “Affidamenti diretti e «*in house*»: l'esperienza del Regno

(iv) infine, le quotate (lett. p) sono le società a partecipazione pubblica che emettono azioni o – alla data del 31 dicembre 2015 – strumenti finanziari diversi dalle azioni quotati in mercati regolamentati (la cui disciplina è contenuta all’art. 18 TUSPP)⁶³.

Lasciando da parte le società a partecipazione pubblica quotate, ci si intende soffermare sulle prime tre categorie indicate poc’anzi. Anzitutto, d’acchito, è possibile osservare come l’elencazione delle tipologie di società non segua una prospettiva lineare: a ben vedere, infatti, seguendo un ordine logico di specialità⁶⁴, dovrebbero anteporsi le società a partecipazione pubblica (*genus*) a quelle a controllo pubblico (*species*), per poi concludere con quelle *in house* (*subspecies*), procedendo in tal maniera all’individuazione progressiva di quelli che potremmo definire sottoinsiemi⁶⁵.

Quanto illustrato è strumentale, come anticipato, all’individuazione della disciplina applicabile all’ente nella cui compagine è presente un c.d. socio pubblico, a seconda della

Unito”, in *Amministrare*, 2006, fasc. 3, pag. 425; CARUSO (*supra*, nt. 11), pag. 406; CASTELLANO, “Società *in house*: controllo analogo e strumenti di attuazione”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 77; 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, 4, pag. 406; CODAZZI (*supra*, nt. 49), pag. 1; COPPOLA (*supra*, nt. 11), pag. 219; CUSUMANO, “Affidamenti diretti e «*in house*»: l’esperienza della Spagna”, in *Amministrare*, 2006, fasc. 3, pag. 439; GIUSTI, “I requisiti dell’*in house* fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate”, in *Giur. it.*, 2, 2017, pag. 439; GUERRERA, “Autonomia statutaria e tipologia delle società «*in house*»”, in *Giust. civ.*, 2015, fasc. 4, pag. 775; IBBA, “Responsabilità erariale e società «*in house*»”, in *Giur. comm.*, 2014, fasc. 1, II, pag. 13; ID, “Società «*in house*»: nozione e rilevanza applicativa”, in *Munus*, 2015, fasc. 1, pag. 1; MALTONI, “Le società *in house* nel T.U. sulle partecipazioni pubbliche”, in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 1, pag. 7; PETTITI, *Sub art. 16*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 227; PINTO, “Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società *in house*”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 225; RIOLFO, “Attività «*in-house*» e il modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo»”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano, A.G.E.*, 2, 2015, pag. 533; RIZZI, “La società *in house*: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione”, in *Soc.*, 2018, pag. 71 e ROMANO TASSONE, “Gli statuti delle società per la gestione «*in house*» dei pubblici servizi”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 59.

⁶³ Cfr. TOLA, *Sub art. 18*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 263 e VANONI (*supra*, nt. 31), pag. 187.

⁶⁴ Cfr. ANGELICI, “Tipicità e specialità delle società pubbliche”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 16.

⁶⁵ Si rilevi come il controllo sia una *species* della partecipazione e il controllo analogo una *species* del controllo.

specie di società a partecipazione pubblica di cui si tratta.

Com'è evidente, dalla lettura delle disposizioni contenute nel testo unico emergono norme rispettivamente dettate per le società a partecipazione pubblica, per quelle a controllo pubblico e per le c.d. *in house*.

Tenendo a mente quanto appena indicato sull'ordine logico di specialità del *genus* (società a partecipazione pubblica), *species* (società a controllo pubblico) e *subspecies* (società *in house*) di società (e configurando una struttura che potremmo definire “a matrioska”) e considerando il principio per cui la norma speciale deroga quella generale, può affermarsi come le norme dettate per il genere regoleranno anche la specie e la sottospecie, mentre quelle dettate per la specie disciplineranno anche la sottospecie.

2. La qualificazione delle società a partecipazione pubblica – 2.1. Il dibattito in merito alla natura pubblica o privata

La qualificazione in chiave privatistica o pubblicistica della società a partecipazione pubblica deve pronunciarsi in ragione di alcune norme presenti nel testo unico⁶⁶.

In particolare, si intende fare riferimento alle norme di cui agli artt. 4, 5 e 14 TUSPP.

Procedendo nell'ordine elencato, l'art. 4 pare riferirsi all'operatore di mercato, prevedendo

⁶⁶ Paiono collocarsi in un'altra prospettiva le riflessioni sviluppate da ANGELICI (*supra*, nt. 64), pag. 24, per il quale la società *in house* si porrebbe “al di fuori del sistema del diritto societario”. L'a. argomenta la sua tesi sulla base delle norme di cui agli artt. 16, co. 2, lett. a) e 12 TUSPP: la prima disposizione consente di realizzare il controllo analogo (anche) in virtù di una deroga all'art. 2380-*bis* c.c., mentre la seconda stabilisce la competenza giurisdizionale della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in parola. Procedendo con ordine, secondo l'a. (i) una previsione statutaria in deroga alla richiamata norma del codice civile inciderebbe “profondamente ... sull'assetto tipico” della s.p.a., implicando una disapplicazione dell'art. 2364, n. 5, c.c. e – parallelamente – l'applicazione, in via analogica, dell'art. 2476 c.c.: una “siffatta alterazione del tipo società per azioni” non è “consentita ai soci privati”. (ii) Relativamente all'art. 12 TUSPP viene rilevato come la norma si ponga in contrasto con l'art. 2395 c.c., ossia con il principio per il quale in presenza di *mala gestio* del patrimonio sociale si procede alla reintegrazione del medesimo, escludendosi il “risarcimento del danno «riflesso» che il socio subisce per effetto del pregiudizio patrimoniale della società”: il superamento dei confini dettati dall'ultimo articolo citato pone in discussione il principio di autonomia e separazione patrimoniale della società (“la possibilità di far valere una responsabilità contabile per *mala gestio* del patrimonio sociale significa considerare tale patrimonio come facente parte *pro quota* del patrimonio del socio: significa in definitiva ipotizzare in tal senso una sorta di *confusione* dei due patrimoni”). Ciò posto, l'a. tenta di illustrare una soluzione applicativa coerente con le previsioni normative di cui sopra, affermando che l'uso del termine “società” vada riferito alle “regole organizzative del tipo societario prescelto” e che si pone un problema di tutela dei creditori sociali, stante la posizione peggiore del socio pubblico rispetto a questi ultimi. Sull'impostazione teorica ora richiamata e, in particolare, sulla portata della deroga all'art. 2380-*bis* c.c. si tornerà nel proseguo della trattazione.

un richiamo ai canoni propri di questo soggetto in materia di acquisto di partecipazioni in società aventi per oggetto esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle stesse amministrazioni. La norma pare in verità prescrivere un criterio generale, com'è confermato, a ben vedere, da un analogo rinvio contenuto nell'art. 18, co. 1, lett. l.) della l. n. 124 del 7 agosto 2015 (c.d. legge delega) in cui si stabiliva come “la regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate” debba avvenire con i crismi della “parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato”. Non pare esserci dubbio che, con l'espressione di cui agli artt. 4 TUSPP e 18 della legge ora richiamata, il legislatore intenda evocare la figura del soggetto che, in un regime di mercato, svolge la propria attività d'impresa perseguendo il fine della redditività del proprio investimento. Da ciò consegue che la pubblica amministrazione opererà alla stregua di un investitore privato, tentando di perseguire un profitto.

Il successivo art. 5, co. 1, TUSPP⁶⁷ impone – fatte salve le eccezioni previste – di motivare analiticamente l'atto deliberativo di costituzione o quello di costituzione di una società partecipata, dando evidenza “della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria”⁶⁸. Il primo periodo del comma citato esclude dall'applicazione della norma le ipotesi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione siano avvenuti in ragione di una espressa previsione di legge.

Si deve poi considerare il disposto che assoggetta le società a partecipazione pubblica al fallimento e alle altre procedure concorsuali dettato all'art. 14 TUSPP, osservando come la norma si applichi anche alla società *in house*⁶⁹, come confermato dalla lettera del co. 6.

⁶⁷ La norma in parola è connessa al disposto dell'art. 97 Cost., ove è previsto che la pubblica amministrazione debba agire secondo i principi di buon andamento e imparzialità. Cfr. PATRONI GRIFFI, “Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 197.

⁶⁸ In un'ottica comparata, può rilevarsi come l'ordinamento spagnolo abbia recentemente previsto delle norme di razionalizzazione della spesa pubblica in tema attività d'impresa esercitata dagli enti pubblici locali, vietando la costituzione di società qualora sia in atto un piano di risanamento v. SANTIAGO IGLESIAS, “El impacto de la crisis económica en el subsector societario local: análisis de las medidas adoptadas en España”, in Almeida Cerredá - Tubertini - Costa Gonçalves (a cura di), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Navarra, 2015, pag. 1.

⁶⁹ CODAZZI (*supra*, nt. 49), pag. 20 e IBBA, “Crisi dell'impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 64, il quale ricorda come, in tema di società *in house*, “nella giurisprudenza di merito anteriore al testo unico vi era qualche contrasto”.

Alle norme già indicate può aggiungersi quella – peraltro già citata – dell’art. 1, co. 3, TUSPP, ove si prevede 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”. La disposizione in parola non è stata, a ben vedere, introdotta nel nostro ordinamento con il testo unico, stante quanto previsto all’art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 6 luglio 2012, conv. in l. n. 135 del 7 agosto 2012. Il citato co. 13, contenuto in un provvedimento in tema di società a partecipazione pubblica, prevedeva espressamente che “le norme 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”. L’art. 1, co. 3, TUSPP pare assurgere a vera e propria “norma di sistema”, alla luce del rinvio allo strumento privatistico in esso contenuto: com’è evidente, l’assunto sotteso alla previsione in parola è quello per cui la disciplina e la struttura privatistiche assicurino maggiore efficacia e dinamicità della gestione rispetto a quelle pubblicistiche⁷⁰.

Dal tenore delle disposizioni illustrate pare potersi affermare la natura privatistica delle società a partecipazione pubbliche⁷¹, in quanto tali soggette alla disciplina del diritto civile, fatte salve le norme derogatorie⁷².

Discorso a parte merita, invece, la società *in house*: la natura giuridica della medesima è solitamente ricondotta a due diversi regimi applicativi⁷³.

Una prima impostazione, accolta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, nega la

⁷⁰ Impostazione non condivisibile secondo LIBERTINI (*supra*, nt. 18), pag. 6, per il quale è da “respingere l’assioma per cui privatizzazione equivale, per definizione, ad efficienza. Non occorre aderire all’ideologia «benicomunista» per riconoscere che le privatizzazioni possono avere effetti deludenti e, spesso, indesiderati ... Così come le gestioni private non sono «per natura» efficienti”.

⁷¹ Conformemente v. ANGELICI (*supra*, nt. 64), pag. 15. Cfr. GUARINO, “La causa pubblica nel contratto di società”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 134 e TERRACCIANO, “La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 93.

⁷² L’affermazione trova perfetta corrispondenza nell’art. 1, co. 3, TUSPP ed è coerente con quanto affermato dalla dottrina maggioritaria prima dell’entrata in vigore del testo unico, per tutti v. CLARICH, “Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e privato”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 3.

⁷³ Cfr. Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, affare n. 438 del 21 aprile 2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

natura di soggetto giuridico alla società *in house* sulla base della mancanza dell'imprescindibile requisito dell'alterità soggettiva rispetto alla pubblica amministrazione. In altri termini, non sussisterebbe una distinzione tra il socio pubblico e la società *in house*, ma soltanto la configurabilità di un patrimonio separato nell'ambito di un unico soggetto giuridico pubblico⁷⁴. A far propendere la giurisprudenza verso questa tesi è stata soprattutto l'assenza di un potere decisionale in capo alla società, in ragione della subordinazione dei suoi organi sociali alle decisioni dell'ente pubblico socio: da questa caratteristica deriva la classificazione della società in esame quale articolazione interna alla pubblica amministrazione.

Una seconda interpretazione, seguita invece dalla dottrina maggioritaria, ha osservato come la società *in house* debba considerarsi a tutti gli effetti una società di natura privata caratterizzata da una propria autonoma soggettività giuridica⁷⁵. L'assunto viene argomentato anzitutto sulla scorta dell'art. 2331, co. 1, c.c. in cui il legislatore stabilisce che la società "acquista personalità giuridica" in forza dell'iscrizione presso il registro delle imprese. Da tale considerazione si evidenzia quindi immediatamente l'esigenza di tutelare i terzi che, instaurando rapporti con la società, ripongono un legittimo affidamento sulla circostanza per cui la società (in questa fattispecie *in house*) sia dotata di una propria ed autonoma soggettività.

Come pare di immediata percezione, l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi sulla natura giuridica delle società *in house* comporta ricadute sulla individuazione della disciplina applicabile all'organizzazione della stessa.

Infatti, coerentemente con la qualificazione della società *in house* alla stregua di una mera organizzazione interna della pubblica amministrazione socio e, quindi, quale organo dell'ente stesso, si dovrebbero applicare le norme dettate per il regime delle pubbliche amministrazioni, con conseguente possibile concorrenza, a seconda delle circostanze e delle modalità di intervento, dei regimi di natura pubblica e privata.

Diversamente, il secondo orientamento descritto (cioè la qualificazione della società *in*

⁷⁴ Come è stato efficacemente ribadito dalla giurisprudenza, "il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva", v. Cass. civ., Sez. Un., n. 26283, del 25 novembre 2013, in www.dejure.it.

⁷⁵ Cfr. CAPRARA (*supra*, nt. 11), pag. 515; CARUSO (*supra*, nt. 11), pagg. 290 e 322; COPPOLA (*supra*, nt. 11), pag. 219; COSSU (*supra*, nt. 11), pag. 243, IBBA (*supra*, nt. 62), pag. 13 e ID. (*supra*, nt. 62), pag. 1.

house in termini di persona giuridica di diritto privato) condurrebbe all'assoggettamento al regime privatistico mitigato dalle deroghe operanti per le altre società: a ben vedere, si applicherebbero le norme di diritto privato relative allo svolgimento dell'attività di impresa e di servizio pubblico, ma anche quelle di diritto pubblico dettate dalle previsioni legislative sul procedimento amministrativo e sui contratti pubblici.

Su alcune delle peculiarità della società *in house* si avrà modo di tornare nel corso della presente trattazione, ma è ora opportuno affermare come, anche a prescindere dall'impostazione che si ritiene preferibile accogliere, la società *in house* è caratterizzata, anche alla luce del TUSPP, da molteplici specificità organizzative, imposte anche dal diritto di matrice sovranazionale, che ne rendono particolarmente complessa la piena riconducibilità allo schema generale della società risultante dalle norme di diritto privato.

2.2. L'ulteriore frammentazione dell'interesse sociale

L'interesse che muove l'ente pubblico ad utilizzare lo strumento societario è anzitutto quello di soddisfare un'esigenza della collettività, attraverso lo svolgimento di un'attività che gli operatori economici presenti sul mercato non offrono o magari offrono, ma a condizioni più gravose per gli utenti. Tale impostazione è coerente con le norme di cui all'art. 4 TUSPP, ove si prevede che le società debbano avere ad oggetto attività strettamente necessarie per il perseguimento di proprie finalità istituzionali (co. 1), e di cui all'art. 5 TUSPP, in cui è stabilito l'obbligo di motivazione analitica relativo all'atto deliberativo di costituzione della società a partecipazione pubblica.

Si potrebbe dire, pertanto, che la società a partecipazione pubblica è ontologicamente costituita "con uno sguardo verso l'esterno", nel senso che il socio pubblico intende perseguire un interesse non strettamente connotato (o comunque non totalmente) dal particolare fine di lucro⁷⁶. Quanto appena illustrato trova un'espressa conferma all'art. 6 T.U.S.P.P che riconosce agli amministratori della società la possibilità di adottare dei codici e dei programmi a tutela degli interessi dei c.d. *stakeholders*: il testo dell'articolo appena citato indica i principi fondamentali cui deve conformarsi la gestione delle società in esame. Il riferimento è ai "codici di condotta aventi ad oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e

⁷⁶ GRÜNER (*supra*, nt. 45), pag. 28 e GUARINO (*supra*, nt. 71), pag. 131.

collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società" (lett. c) e ai "programmi di responsabilità sociale dell'impresa, in conformità con le raccomandazioni dell'Unione Europea" (lett. d).

Vi è di più: il socio pubblico, in quanto tale, è soggetto – nella scelta del suo comportamento nei confronti della società – al rispetto di una serie di criteri normativi che regolano il suo agire in maniera "funzionale", alla luce degli obblighi di valutazione e motivazione cui egli soggiace. Si assiste, in buona sostanza, ad una compressione dei diritti sociali in ragione della presenza di interessi diversi da quelli strettamente privatistici propri del socio che non ha la qualifica di ente pubblico.

Ciò posto, è opportuno domandarsi se il percorso argomentativo ora esaminato permetta di individuare, in tema di società a partecipazione pubblica, un interesse sociale diverso da quello delle società di diritto comune. Non è questa la sede per affrontare il tema – peraltro già esplorato a fondo – delle ricostruzioni concettuali dell'interesse sociale, sicché sia sufficiente ricordare come, alle tradizionali concezioni "contrattualistiche"⁷⁷ e "istituzionalistiche"⁷⁸, si sia più recentemente aggiunta una visione che ricostruisce l'istituto in parola in termini "procedimentali"⁷⁹: vale a dire che l'interesse sociale sarebbe il risultato dei diversi interessi di cui sono portatori i singoli soci, come ricostruiti dalla

⁷⁷ Cfr. JAEGER, *L'interesse sociale* (Milano, 1964), pag. 1.

⁷⁸ Cfr. ASCARELLI, *Problemi giuridici* (Milano, 1959), II, pag. 379.

⁷⁹ ANGELICI, La società per azioni. I. Principi e problemi, in Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger (diretta da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, pag. 1. È però da ricordare come sia stata operata una rivalutazione sistematica della concezione contrattualistica, v. DENOZZA, "L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»", in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010, pag. 9 e ID., "Quattro variazioni sul tema: «contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici»", in *Giur. comm.*, 2013, I, pag. 480, per il quale non esisterebbe un interesse sociale diverso dagli interessi dei singoli soggetti che pongono in essere l'attività sociale, sicché nella società non si realizzerebbe una funzionalizzazione dei poteri interni al perseguimento di un interesse sovraordinato rispetto a quelli individuali. Quest'ultima impostazione viene respinta da LIBERTINI, "Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»", in *Giur. comm.*, 2014, I, pag. 669 e ID., "Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale", in *Riv. dir. soc.*, 2008, fasc. 2, pag. 231, l'a. indica che la presenza di formazioni sociali dotate di una struttura stabile e identificabile anche da parte dei terzi (nonostante al suo interno si presentino vari individui, portatori di molteplici e diversi interessi) e di norme giuridiche che ne regolano il funzionamento permette di rilevare l'esistenza di una "istituzione". Occorrerebbe perciò riconoscere "un «interesse» dell'istituzione (interesse alla continuità e alla crescita), distinto dagli interessi dei singoli individui che la compongono", che, tuttavia, non elimina le istanze particolari di questi ultimi.

discrezionalità gestoria gli amministratori secondo la norma dell'art. 2380-*bis* c.c.

È possibile esporre un passaggio ulteriore. Si è constatato come sia rilevabile la presenza di una dialettica permanente all'interno dell'organizzazione societaria, sviluppata anche in ragione del carattere conflittuale dei rapporti tra gli azionisti e delle loro istanze⁸⁰, che conduce alla formazione di un interesse sociale che potrebbe definirsi «frammentato». Sul punto, si ravvisa come lo sviluppo dell'organizzazione societaria in senso dinamico e la previsione di alcune norme⁸¹ consentano di individuare dei gruppi di azionisti portatori d'interessi particolari all'interno dell'assemblea dei soci.

Tornando all'interrogativo sopra prospettato, si vuole tentare di chiarire se e come la presenza del socio pubblico aggiunga un'ulteriore frammentazione dell'interesse sociale, per poi eventualmente chiarirne la portata.

3. Lo statuto dell'imprenditore pubblico e la delimitazione del campo d'indagine

La presenza del socio pubblico determina, in linea generale, l'applicazione di una disciplina parzialmente difforme da quella del diritto societario comune. Si tratta di una disciplina ora contenuta – almeno in parte – in un corpo normativo (il TUSPP) che, come è stato in parte illustrato, assurge a vero e proprio “statuto della società a partecipazione pubblica”⁸².

Detta società, in quanto tale, è tenuta al rispetto delle norme previste dal legislatore per ogni ente riconducibile alla categoria giuridica in parola e, alla luce della presenza di un socio pubblico nella compagine sociale, è soggetta alle norme speciali dettate in ordine alla fattispecie⁸³. Queste ultime costituiscono non soltanto una disciplina applicabile alla

⁸⁰ ANGELICI (*supra*, nt. 64), pag. 17.

⁸¹ Il riferimento è alle norme di cui agli artt. 127-*quater et quinques* del d.lgs. n. 58 del 1998 (dividendo maggiorato e voto maggiorato), ma anche a quelle di cui agli artt. 2349 e 2351 c.c. (azioni a favore dei prestatori di lavoro e voto scaglionato). Cfr. RESCIO, “Tetti di voto, tetti di partecipazione”, in *Riv. dir. soc.*, 2016, pag. 267.

⁸² DONATIVI (*supra*, nt. 35), pag. 15, ritiene che il legislatore abbia elaborato “uno statuto normativo e comportamentale del «socio pubblico virtuoso»”, in virtù di “una sorta di condizionamento reciproco biunivoco”: da una parte, si rilevano le previsioni cui è soggetta la società partecipata da un socio pubblico e, dall'altra, quelle che regolano il contegno dell'ente pubblico in quanto socio.

⁸³ Per individuare le singole norme applicabili alla fattispecie occorre dapprima procedere alla classificazione della società a partecipazione pubblica. Tra i vari criteri, è possibile indicare diversi presupposti applicativi a seconda di ciò che segue: (i) natura degli enti pubblici che partecipano alla società, (ii) entità della partecipazione, (iii) composizione della partecipazione pubblica, (iv) oggetto sociale, (v) modalità attraverso

società, ma anche alle partecipazioni di cui è titolare la pubblica amministrazione.

Prima di indicare i profili di deroga al diritto societario comune che si intendono affrontare nel corso della presente trattazione, pare opportuno premettere una sintetica indagine sul tema della struttura della società partecipata dal socio pubblico, chiarendo – dal principio – come dalla presenza di quest’ultimo nella compagine sociale non derivi un’alterazione tipologica della società⁸⁴.

Dapprima, si rileva come il socio pubblico differisca da quello privato, in quanto il legislatore ha previsto per gli enti pubblici norme che ne disciplinano i comportamenti anche nei confronti della società. Mentre il socio privato è libero di perseguire autonomamente i propri interessi e di prendere le decisioni, quello pubblico è soggetto ad una disciplina particolare, che – tra le altre previsioni – stabilisce le condizioni e le modalità con cui egli assume e dismette le partecipazioni sociali, come previsto agli artt. 7, co. 6, 20, co. 5 e 24, co. 5, TUSPP.

Tra questi, il co. 6 dell’art. 7⁸⁵ dispone che, in caso di mancanza o invalidità dell’atto deliberativo di partecipazione alla costituzione di una società⁸⁶, bisogna liquidare la partecipazione secondo le norme dettate all’art. 24 TUSPP e, ove quest’ultima risulti essenziale per il perseguimento dell’oggetto sociale, procedere alla liquidazione della società *ex art. 2332 c.c.*⁸⁷.

la quale la società risulta affidataria di determinati servizi o funzioni, (vi) eventuale quotazione presso un mercato regolamentato. In tal senso DONATIVI (*supra*, nt. 35), pag. 13.

⁸⁴ Il tema è stato affrontato da ANGELICI (*supra*, nt. 64), pag. 17.

⁸⁵ PASQUINI, *Sub art. 7*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 109.

⁸⁶ È compito del notaio verificare non solo l’esistenza della delibera di cui all’art. 7 TUSPP, ma anche che questa sia stata adottata legittimamente dai soggetti competenti. Sul punto v. BOGGIALI - SILVA, “Procedimenti amministrativi in materia di sottoscrizione, acquisto, cessione di partecipazioni sociali da parte di pubbliche amministrazioni ed onere di controllo notarile. Studio n. 229-2017/I”, in *www.notariato.it*, pag. 1 e GIANNELLI (*supra*, nt. 26), pag. 132.

⁸⁷ DONATIVI (*supra*, nt. 35), pag. 363. Occorre domandarsi quale sia il significato del termine “essenziale” adottato dal legislatore del t.u., potendosi distinguere due diversi orientamenti: il primo potrebbe definirsi quantitativo e il secondo qualitativo. (i) Nel primo senso, sarebbe essenziale il conferimento che, per entità e misura, ove fosse sottratto alla disponibilità della società, renderebbe impossibile il perseguimento dell’oggetto sociale per insufficienza dei mezzi patrimoniali. (ii) Nell’altra interpretazione, invece, si ricondurrebbe il lemma utilizzato al concetto di pregiudizio determinante causato dal venir meno di un conferimento che, per natura e peculiarità, condurrebbe alle conseguenze di cui sopra.

L'art. 20 TUSPP⁸⁸ stabilisce che la pubblica amministrazione è tenuta a redigere annualmente un'analisi complessiva delle società in cui detiene partecipazioni, predisponendo un piano di riassetto per la loro "razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione"⁸⁹; tali piani devono essere adottati ove si rilevi uno dei requisiti di cui al co. 2 dell'articolo citato, a pena di una sanzione amministrativa pecuniaria, salvo il danno eventualmente rilevato in sede di giudizio amministrativo contabile (co. 7)⁹⁰.

Una particolare previsione in tema di revisione straordinaria delle partecipazioni è contenuta all'art. 24, co. 5, TUSPP⁹¹, in cui è disposto che alla data del 30 settembre 2017 le pubbliche amministrazioni debbono indicare, in un provvedimento motivato di ricognizione, le partecipazioni detenute in società (i) non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'art. 4, (ii) che non soddisfano i requisiti di cui all'art. 5, co. 1 e 2, o (iii) che ricadono in una delle ipotesi di cui all'art. 20, co. 2; le partecipazioni così individuate vengono alienate oppure assoggettate alle misure di cui all'art. 20, co. 1 e 2. La mancata adozione delle disposizioni in parola comporta, per il socio pubblico, l'impossibilità di esercitare i propri diritti sociali nei confronti della società e l'obbligo di procedere alla liquidazione in denaro della partecipazione, in ragione dei criteri e del procedimento

⁸⁸ DONATO, *Sub art. 20*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 293 e PETTINARI, "Società pubbliche e vincoli finanziari europei e nazionali", in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 440.

⁸⁹ DONATIVI (*supra*, nt. 35), pag. 272; DONATO (*supra*, nt. 35), pag. 293; FORTUNATO, "La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica", in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 103; MARASÀ (*supra*, nt. 47), pag. 812 e PETTINARI (*supra*, nt. 89), pag. 440.

⁹⁰ Il comunicato stampa n. 189 del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 20 novembre 2017, relativamente ai piani in parola, indica che "dei circa 10.500 enti tenuti ad approvare la ricognizione straordinaria stabilita dal nuovo Testo Unico, l'83 per cento del totale ha provveduto alla trasmissione del piano. La percentuale di inadempimento è pari al 17 per cento ed appare fisiologica. Inoltre, il 72 per cento dei Comuni inadempienti ha una popolazione inferiore a 5.000 abitanti ed è quindi presumibile che il numero delle partecipazioni da essi detenute non sia tale da modificare il quadro complessivo della rilevazione. Da una prima verifica dei dati pervenuti emerge che delle 8.771 amministrazioni pubbliche che hanno trasmesso provvedimenti motivati di ricognizione, l'89 per cento ha dichiarato di detenere partecipazioni, mentre il restante 11 per cento ha dichiarato di non detenerne.", in *www.mef.gov.it*;

⁹¹ DONATIVI (*supra*, nt. 35), pag. 128; DONATO, *Sub art. 24*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 343; MARASÀ (*supra*, nt. 47), pag. 808 e PETTINARI (*supra*, nt. 89), pag. 440. Cfr. MARCHESI, "Riordino delle partecipate degli enti locali, criticità, possibili policy, interventi in atto", in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 335.

stabiliti agli artt. 2437-ter et quater c.c. (facendosi salva, in ogni caso, la possibilità di alienare la partecipazione).

Le tre norme richiamate paiono porsi su due diversi piani: da un lato si può collocare la previsione dell'art. 20 e dall'altro le disposizioni di cui agli artt. 7 e 24 TUSPP, stante la diversa disciplina che si applica alle fattispecie.

Come si è indicato, la violazione dell'obbligo di dismissione delle partecipazioni contenute nel piano di razionalizzazione periodico comporta l'applicazione di una sanzione pecuniaria che, per sua natura, si colloca all'esterno della vicenda societaria e non incide su quest'ultima.

D'altra parte, invece, l'inosservanza dei dettami ex artt. 7 e 24 TUSPP conduce alla liquidazione della partecipazione sociale o, addirittura, alla liquidazione della società; vale a dire che l'illegittimità del procedimento dettato, ai sensi di legge, per la pubblica amministrazione comporterebbe delle conseguenze sull'assetto societario, potendo finanche determinarne la liquidazione.

Si è quindi, evidentemente, di fronte ad una società con alcune peculiarità, determinate dalla presenza del socio pubblico, che – tuttavia – non pare comportare quella che (ove la si ritenga ammissibile) potrebbe definirsi un'alterazione tipologica della società⁹². La deroga al diritto societario comune ora esposta, infatti, non implica la disapplicazione delle previsioni dettate per il tipo di società adottato al momento dell'atto costitutivo, nel rispetto del principio di tipicità⁹³.

La società a partecipazione pubblica è quindi una società “speciale” (con ciò intendendosi che la medesima è caratterizzata da una disciplina in deroga a quella generale), alla quale si applicano le norme di diritto comune come integrate e derogate dalle previsioni di legge speciali, in conformità e nel campo d'applicazione delle disposizioni dettate per il tipo

⁹² In ordine alla tipicità in generale v., per tutti, MORELLO, *Le società atipiche* (Milano, 1983), pag. 1 e SCIUTO - SPADA, “Il tipo della s.p.a.”, in Colombo-Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni. Tipo – Costituzione – Nullità* (Torino, 2004), 1*, pag. 4. In ordine, invece, alla tipicità in tema si società a partecipazione pubblica, v. IBBA (*supra*, nt. 21), pag. 1; NAPOLITANO, “Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie”, in *Riv. soc.*, 2006, pag. 999 e SMARRA, “La «mappatura delle aree di rischio» nelle fasi di sviluppo e di aggiornamento dei modelli organizzativi: le tipicità delle società a partecipazione pubblica”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 167.

⁹³ ANGELICI (*supra*, nt. 64), pag. 21, ritiene invece che il “carattere transitorio e di prima applicazione” dell'art. 24 TUSPP non permetta di trarre particolari conseguenze in ordine alla “caratterizzazione tipologica della società a partecipazione pubblica”.

adottato.

Più concretamente, la disciplina normativa applicata alle società a partecipazione pubblica si può distinguere in tre diversi gruppi di norme: (i) quelle specificamente dettate per tali società, (ii) quelle di diritto societario comune, in quanto non derogate e (iii) quelle di natura pubblicistica previste per gli enti pubblici, applicabili in virtù di una previsione di legge o in via analogica⁹⁴.

Alla prima categoria appartengono le disposizioni contenute all'art. 2449 c.c. (oggetto di trattazione nel par. 1.3 del presente cap.) e quelle contenute nelle leggi speciali, come ad esempio il TUSPP.

Il secondo gruppo di norme si articola in dettami che compongono la disciplina generale di diritto comune in materia di società, principalmente collocata nel codice civile, ma anche in norme speciali. Come previsto dal richiamato art. 1, co. 3, TUSPP, la disciplina generale si applica solo ove non espressamente o implicitamente derogata.

L'ultimo insieme di precetti richiamato è quello formato dalle disposizioni dettate per le pubbliche amministrazioni che, tuttavia, in ragione di una previsione di legge oppure di un'applicazione analogica, si applicano anche ad alcune società partecipate⁹⁵. Sostanzialmente, si verifica, in relazione all'applicazione di una determinata norma, una parificazione – espressamente prevista dal legislatore o desunta in via interpretativa – tra l'ente pubblico e la società di cui quest'ultimo è socio.

Ciò posto, tenendo a mente il descritto rapporto tra il diritto societario comune e la disciplina “speciale” applicabile alle società a partecipazione pubblica, è possibile descrivere le materie e le questioni problematiche che saranno affrontate nel corso della presente trattazione, indicando inoltre sin d'ora le tematiche che risulteranno escluse.

Come in parte anticipato, la disciplina contenuta nel TUSPP sembra classificabile in due diverse aree:

- un primo aggregato di previsioni del corpo normativo in esame regola la società, con le norme in tema di funzionamento, amministrazione, organizzazione e struttura dell'ente;
- il secondo insieme concerne, invece, le partecipazioni di titolarità del socio pubblico,

⁹⁴ DONATIVI (*supra*, nt. 35), pag. 9 e IBBA (*supra*, nt. 21), pag. 1.

⁹⁵ A titolo di es., si v. il dettato dell'art. 6, co. 11 del d.l. n. 78 del 31 maggio 2010, conv. con modif. in l. n. 122 del 30 luglio 2010, in tema di riduzione della spesa per consulenze, convegni, pubblicità, attività di rappresentanza e sponsorizzazioni.

mediante disposizioni in materia di acquisto, gestione e alienazione delle medesime⁹⁶.

L'indagine del presente contributo concerne il primo dei due gruppi di norme contenuti nel testo unico, riferendosi, in maniera particolare, alle tematiche del controllo (oggetto del cap. II) e dell'amministrazione (oggetto del cap. III).

Occorre chiarire che il carattere di controllo cui si fa riferimento nel caso di specie è quello che potrebbe definirsi "proprietario" (e quindi "esterno" alla società), da contrapporsi a quello "sulla gestione"⁹⁷ (e quindi "interno" alla società), chiarendo come quest'ultimo sia assimilabile al concetto di vigilanza sull'amministrazione della società⁹⁸. L'analisi dell'istituto giuridico che si intende affrontare è, dunque, riferibile al controllo societario inteso quale organizzazione e assetto di potere necessario per sviluppare un'adeguata

⁹⁶ Tale gruppo di norme risulta, a ben vedere, prevalente, sicché non pare errato considerare il T.U. una normativa che regola le partecipazioni sociali di società a partecipazione pubblica, ancor più di un T.U. sulle medesime società.

⁹⁷ Com'è noto, nel modello di amministrazione tradizionale della s.p.a. la funzione di controllo interno è esercitata da un organo sociale (il c.d. collegio sindacale di cui agli artt. 2397 e ss. c.c.) e, relativamente ai profili contabili, ad un soggetto esterno alla società (il c.d. revisore legale dei conti di cui agli artt. 2409-*bis* e s. c.c.); nella s.r.l., invece, l'organo di controllo interno è meramente eventuale e assume carattere obbligatorio solo in presenza dei requisiti di cui all'art. 2477 c.c., in quanto tale funzione è individualmente affidata a ciascuno dei soci che non partecipa all'amministrazione, *ex art.* 2476, co. 2, c.c.

⁹⁸ Deve però rilevarsi come la disciplina contenuta nel TUSPP si caratterizzi per la presenza di deroghe al diritto comune. Tra le altre, per la s.p.a. si prevede che (i) al collegio sindacale sia sottratta la revisione contabile, con una deroga all'art. 2409-*bis* c.c. che per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato permette in via statutaria di attribuire tale funzione al predetto organo. (ii) Il testo unico è composto di norme sia in tema di revoca dei componenti del collegio sindacale, sia in materia di *prorogatio* dell'organo di controllo, ove al socio pubblico spettino i diritti di cui all'art. 2449 c.c. (iii) È, altresì, possibile prevedere, sempre in virtù di una norma statutaria, la presenza di un ufficio di controllo interno, strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che trasmetta periodicamente all'organo di controllo relazioni sulla regolarità e sull'efficienza della gestione. Cfr. DI RIENZO (*supra*, nt. 38), pag. 147; FURGIUELE, "I controlli interni nelle società per azioni a partecipazione pubblica", in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 191 e STRAMPELLI, "Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza" in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 91. Per la s.r.l., invece, è anzitutto imposta la nomina dell'organo di controllo o di un revisore legale dei conti. Cfr. CICCHINELLI, "I controlli interni nella società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica", in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 242. Relativamente alle società quotate, v. RIGANTI, "I controlli interni nelle società pubbliche quotate", in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 197. Per ciò che concerne la disciplina vigente anteriormente all'introduzione del TUSPP, v. SANTOSUOSSO, "I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici", in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 133.

funzionalità del sistema di impresa⁹⁹.

Tale assetto si articola, a propria volta, in un duplice ordine di piani: quello “interno” alla società e quello “esterno” alla medesima, quale situazione di influenza sulla gestione.

Il primo concerne la distribuzione del potere nella società (quindi, in altri termini, all’interno della medesima) ed è volto ad assicurare – in via generale – la capacità di assumere delibere in assemblea e, conseguentemente, una maggiore efficienza decisionale; il secondo riguarda la relazione che sussiste tra diverse società, in ragione di un interesse partecipativo di una società in un’altra; chi assume una posizione di controllo frequentemente esercita un’attività di direzione e coordinamento (nei confronti della società controllata).

Si è soliti distinguere quest’ultima fattispecie di controllo (quella “esterna”) in tre diverse forme: (i) quello c.d. di diritto, (ii) quello c.d. di fatto e (iii) quello c.d. contrattuale.

Nell’ipotesi in cui una società disponga della maggioranza dei voti esercitabile nell’assemblea ordinaria di un’altra società si verifica un controllo c.d. di diritto: ciò che rileva è la capacità di esprimere il diritto di voto, non la titolarità della partecipazione azionaria (sicché occorre considerare, ad es., anche azioni oggetto di pegno o usufrutto).

Ove, invece, una società non detenga la maggioranza dei voti, ma un numero di questi sufficienti ad esercitare un’influenza dominante si avrà un controllo c.d. di fatto; tale influenza verrà manifestata, anzitutto, nel potere di nomina dei membri degli organi sociali.

D’altra parte, si manifesta un controllo c.d. contrattuale qualora una società sia soggetta all’influenza dominante di un’altra, in ragione di particolari vincoli contrattuali con la medesima.

In particolare, nel corso della trattazione¹⁰⁰, si affronterà il tema del controllo, nel senso sopra richiamato, declinandolo nelle diverse fattispecie di quello “analogo”, di quello “congiunto” e di quello “negativo”, trattando delle peculiarità di dette nozioni ove soggette alla disciplina delle società a partecipazione pubblica.

Successivamente, in relazione a quanto ora indicato, diverrà oggetto d’esame il rapporto tra le norme del TUSPP dedicate ai patti parasociali e gli artt. 2341-*bis et ter* c.c.

⁹⁹ Cfr. LAMANDINI (*supra*, nt. 58), pag. 1.

¹⁰⁰ L’esposizione – pur dedicando alla s.r.l. alcuni riferimenti – si concentra sul tipo della s.p.a., che risulta maggiormente derogato dal TUSPP rispetto alla disciplina di diritto comune.

L'ultima parte del secondo capitolo sarà, invece, dedicata ad una riflessione sull'attività di direzione e coordinamento di società a partecipazione pubblica, unitamente all'analisi dei rapporti con la disciplina di cui agli artt. 2497-*bis* e ss. c.c.

Terminata la disamina delle nozioni di controllo nelle forme indicate, si intende procedere – nel terzo capitolo – alla trattazione dei caratteri distintivi dell'organo amministrativo delle società a partecipazione pubbliche, indicandone il regime derogatorio rispetto a quello di diritto comune. Ci si propone di illustrare il nesso che insiste tra gli assetti proprietari prospettabili nelle società a partecipazione pubblica e la funzione gestoria delle medesime, osservando la correlazione esistente tra le forme di controllo “esterno” e l'estrinsecazione e la conformazione dell'organo amministrativo.

In maniera peculiare, verrà sviluppata una riflessione sulla questione della nomina degli amministratori, alla luce del legame tra la disciplina civilistica (di cui all'art. 2449 c.c.) e quella speciale (gli artt. 9 e 11 TUSPP), a seguito della quale si affronterà un'indagine sulle possibili articolazioni interne al Consiglio d'amministrazione, valutando – alla luce di quanto indicato – la responsabilità che ne deriva in capo agli amministratori delle società a partecipazione pubblica. Relativamente a quest'ultimo passaggio, si pone la questione di illustrare le possibili alterazioni del regime di responsabilità degli amministratori in presenza della deroga all'art. 2380-*bis* c.c. legittimamente prevista nello statuto sociale ai sensi del TUSPP.

CAPITOLO SECONDO

IL CONTROLLO

SOMMARIO: 1. L'assetto proprietario e il controllo nel TUSPP – 1.1. Il controllo – 1.2. Il controllo analogo – 1.2.1. Il controllo analogo e l'influenza determinante – 1.2.2. Il controllo analogo e l'influenza dominante – 1.2.3. Il controllo analogo nel TUSPP – 1.3. Il controllo congiunto – 1.4. Il controllo negativo – 2. Il controllo e i patti parasociali – 2.1. I patti parasociali come strumento per soddisfare il requisito del controllo analogo – 2.2. La disciplina dei patti parasociali stipulati dal socio pubblico – 3. Gruppi di società a partecipazione pubblica – 3.1. Attività di direzione e coordinamento di società a partecipazione pubblica – 3.2. L'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 2497-bis e ss. c.c.

1. L'assetto proprietario e il controllo nel TUSPP – 1.1. Il controllo

L'art. 2, lett. b), TUSPP riconduce la nozione di controllo alla situazione descritta nell'art. 2359 c.c., precisando come il medesimo possa sussistere anche ove, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale.

Il legislatore del TUSPP utilizza, dunque, in detto passaggio – così come in altre disposizioni del corpo normativo – la tecnica del c.d. rinvio.

Alla luce del richiamo ora indicato, pare opportuno soffermarsi sulla nozione codicistica di controllo prima di esaminare l'istituto in riferimento alla società a partecipazione pubblica. La definizione di cui all'art. 2359 c.c. rappresenta un parametro fondamentale per la nozione di controllo del nostro ordinamento, trattandosi della più risalente tra quelle previste dal nostro legislatore tuttora vigenti¹⁰¹. Non sorprende dunque come siano molteplici i richiami al contenuto dell'art. 2359 c.c. da parte della legislazione speciale¹⁰².

¹⁰¹ La formulazione attuale è stata introdotta con l'art. 6 della l. n. 216 del 1974. La disciplina attuale è volta, da un lato, ad evitare alcune fattispecie di incroci di partecipazioni azionarie e, dall'altro, a permettere l'evidenza dei rapporti all'interno del gruppo, mediante indicazioni contenute nel bilancio di esercizio e nella relazione degli amministratori.

¹⁰² Si è osservato – tuttavia – come le nozioni di controllo presenti nel nostro ordinamento siano molteplici, così determinandosi diverse problematiche applicative. Tra le varie definizioni dell'istituto, è possibile ricordare (i) la l. n. 416 del 1981 e la l. 67 del 1987 in tema di editoria; (ii) la normativa *antitrust* di cui alla l. n. 287 del 1990 (recepita dalla l. n. 1 del 1991), (iii) la l. 157 del 1991, che regola il c.d. *insider trading*, (iv) la l. n. 149 del 1992, sulle offerte pubbliche, (v) il d.lgs. n. 87 del 1992, avente ad oggetto i bilanci bancari e

L'art. 2359 c.c. è inserito nella disciplina della s.p.a. e definisce il controllo di una società in un'altra società¹⁰³.

La fattispecie di controllo descritta ai nn. 1, 2 e 3 dell'art. 2359 c.c. concerne, come noto, la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (n. 1), la disposizione di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nella medesima assemblea (n. 2) e, da ultimo, la situazione di influenza dominante determinata da particolari vincoli contrattuali (n. 3).

Il dettato normativo del TUSPP non ricomprende espressamente il concetto di "influenza dominante"¹⁰⁴ di cui all'art. 93 del d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF), che si è soliti ricondurre alla possibilità in capo alla società controllante di determinare l'attività della società controllata (l'assunzione di decisioni), mediante l'esercizio del diritto di voto in assemblea¹⁰⁵. In altri termini, l'influenza dominante andrebbe intesa quale capacità non soltanto di impedire che siano assunte decisioni contrarie alla propria volontà, ma anche di imporre il proprio intento, in particolare nella decisione di acquisto e nella gestione delle quote o azioni della società controllante da parte della controllata¹⁰⁶.

È opinione prevalente in dottrina che la norma dell'art. 2359 c.c. si applichi anche nei casi di società in accomandita per azioni e di società a responsabilità limitata, sia controllanti, sia controllate¹⁰⁷.

La lett. b) dell'art. 2 TUSPP amplia però la fattispecie dell'art. 2359 c.c., prevedendo che il controllo possa sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge, di norme statutarie o di patti parasociali, sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che

(vi) il d.lgs. n. 90 del 1992 sulle società quotate. Cfr. LAMANDINI, "Qualche spunto esegetico sulla nozione di "controllo" ai fini del consolidamento integrale", in *I Gruppi di Società, Atti del Convegno della Rivista delle Società*, Milano, 1996, pag. 1453 e MARCHETTI, "Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale", in *Riv. soc.*, 1992, pag. 3.

¹⁰³ Cfr. *supra* cap. I, par. 3.

¹⁰⁴ LAMANDINI, "Appunti in tema di controllo congiunto", in *Giur. comm.*, 1993, I, pag. 232; PAVONE LA ROSA, "Le società controllate - I gruppi", in Colombo-Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*. (Torino, 1991), 2**, pag. 581 e SPOLIDORO, "Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust", in *Riv. soc.*, 1995, pag. 479.

¹⁰⁵ L'art. 2, co. 1, lett. c) TUSPP, in riferimento al controllo analogo, parla invece di "influenza determinante". Il tema sarà affrontato nel prossimo paragrafo.

¹⁰⁶ Così SPOLIDORO (*supra*, nt. 104), pag. 479.

¹⁰⁷ Cfr. LAMANDINI, *Il «controllo». Nozioni e «tipo» nella legislazione economica* (Milano, 1995), pag. 18. A sostegno della tesi minoritaria v., invece, Circolare Assonime n. 179 del 1974 in *Riv. soc.*, 1974, pag. 875 e FANELLI, *Le partecipazioni sociali reciproche* (Milano, 1957), pag. 129.

condividono il controllo per assumere le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale.

Oltre all'indicazione di cui alla lett. b) dell'art. 2 del TUSPP, il legislatore ha avvertito l'esigenza di definire il concetto di "società a controllo pubblico" (*ex* lett. m) del medesimo articolo): tale fattispecie ricorre ove una o più amministrazioni pubbliche esercitano i poteri di controllo di cui alla predetta lett. b). La norma contiene, pertanto, quello che può definirsi un "doppio rinvio", che conduce alla disposizione, già esaminata, dell'art. 2359 c.c.

Il combinato disposto delle norme di cui alle lett. b) e m) dell'art. 2 TUSPP permette, pertanto, di ritenere che la sussistenza del controllo pubblico vada individuata sia (i) nell'ipotesi in cui una singola amministrazione pubblica o una pluralità di amministrazioni pubbliche congiuntamente si trovino in una delle fattispecie di cui all'art. 2359 c.c., sia (ii) nell'ipotesi in cui, a prescindere dalla sussistenza dei presupposti di cui all'articolo ora citato, i soggetti che condividono il controllo siano tenuti ad esprimersi all'unanimità sulle "decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale", in virtù di norme di legge, previsioni statutarie o patti parasociali.

L'utilizzo dell'espressione "una o più amministrazioni pubbliche" di cui alla lett. m) dimostra come il carattere pubblico del controllo sussista anche ove il controllo di cui all'art. 2359 c.c. venga esercitato da più amministrazioni pubbliche (e non da una sola) che – complessivamente considerate – detengano la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di diritto), un numero di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di fatto) o siano in grado di esercitare un'influenza dominante determinata da particolari vincoli contrattuali (c.d. controllo contrattuale).

La ricostruzione ora esposta consente, come si è tentato di dimostrare, l'attribuzione di un rilievo all'esercizio che potrebbe definirsi "congiunto" del controllo di cui all'art. 2359 c.c., in quanto esercitato da parte di più amministrazioni pubbliche¹⁰⁸. Pertanto, nonostante

¹⁰⁸ Conformemente v. Deliberazione n. 3/2018/PAR, Corte dei conti, Sez. Regionale di Controllo per la Liguria in www.corteconti.it e Deliberazione n. 42/2018/SRCPIE/PAR, Corte dei conti, Sez. Regionale di Controllo per il Piemonte, in www.corteconti.it. La prima deliberazione citata concerne una società consortile senza scopo di lucro partecipata da vari soggetti pubblici (il primo al 25%, il secondo al 25%, il terzo al 25%, il quarto al 20%) e da un soggetto privato al 5%. I soci pubblici dispongono, pertanto, del 95% del capitale,

il legislatore del TUSPP non indichi espressamente la definizione di “controllo congiunto”, ma soltanto quella di “controllo analogo congiunto”¹⁰⁹, non paiono presentarsi dubbi circa l’ammissibilità e il rilievo del medesimo.

1.2. Il controllo analogo

Il legislatore del TUSPP, all’art. 2, co. 1, alle lett. b), c) e d), procedendo secondo una esposizione via via più specifica, prevede e indica varie forme qualificate di controllo: alla lett. c) è illustrato il concetto di controllo analogo¹¹⁰.

ma nessuno, singolarmente considerato, ha il controllo della società. Non sussistono, d’altra parte, patti parasociali, né norme che permettano, ai soci pubblici, di conseguire l’unanimità nelle decisioni. Le disposizioni dello statuto, a loro volta, richiedono (i) il raggiungimento dell’85% del capitale per assumere alcune deliberazioni e (ii) che spettino agli enti pubblici tre consiglieri nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da cinque membri o quattro consiglieri nel caso di sette membri. Al consiglio di amministrazione competono, una volta definite le linee generali di indirizzo da parte dell’assemblea dei soci, ampi poteri per la gestione degli affari sociali e, in genere, per l’attuazione dell’oggetto sociale, con facoltà di compiere tutti gli atti ritenuti opportuni, senza limitazione a quelli di amministrazione ordinaria, salvo quanto riservato alla competenza dell’assemblea in forza di previsione di legge inderogabile. In sostanza, lo statuto non conterrebbe alcuna prescrizione che renda palese il controllo da parte dei soci pubblici, i quali risultano a volte portatori di opinioni e di interessi divergenti. Sulla base di quanto esposto, uno dei soci pubblici ha posto un quesito, domandando se la società possa essere considerata a “partecipazione pubblica” oppure a “controllo pubblico” qualora nella medesima, sebbene sia partecipata quasi totalmente da amministrazioni pubbliche, nessun ente abbia poteri di controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. e non siano presenti patti parasociali o norme statutarie che permettano il consenso unanime da parte dei soci pubblici. La risposta all’interrogativo determina, come pare evidente, l’applicazione dell’una o dell’altra disciplina. Come anticipato, l’individuazione delle società a controllo pubblico deve effettuarsi in ragione del combinato disposto delle lett. b) ed m) dell’art. 2 TUSPP. Tale interpretazione si pone in conformità alla *ratio* normativa ed evita che le società a capitale pubblico frazionato possano strumentalmente sottrarsi all’applicazione delle disposizioni dettate per le “società a controllo pubblico” e non per quelle a “partecipazione pubblica”. La deliberazione in esame evidenzia come debbano qualificarsi “società a controllo pubblico” sia (i) le società in cui “una o più” amministrazioni dispongono dei voti o dei poteri indicati nell’art. 2359, nn. 1), 2) e 3) c.c., sia (ii) quelle indicate al secondo periodo della lett. b) dell’art. 2 del TUSPP.

¹⁰⁹ La cui disamina sarà oggetto del par. 1.3 del presente capitolo.

¹¹⁰ Cfr. BRICI - DONATO, *sub* artt. 1 e 2, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 18; CASTELLANO, “Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 77; CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità* (Napoli, 2018), pag. 33; EAD., “Le «nuove» società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e «proporzionalità delle deroghe»”, Relazione al convegno “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”, organizzato dall’Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 17-18 febbraio 2017, in *orizzontideldirittocommerciale.it*; DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica*

Il termine “analogo”, di per sé, richiama il concetto di relazione e di affinità. Il riferimento, per espressa previsione normativa, è al controllo esercitato sui propri servizi, in virtù di una c.d. “influenza determinante”¹¹¹.

1.2.1. Il controllo analogo e l’influenza determinante

Il concetto di “influenza determinante” è previsto dal nostro ordinamento nella l. n. 287 del 10 ottobre 1990, nota come “legge *antitrust*”, ove – all’art. 7 – si afferma che il controllo sussiste sia (i) nei casi regolati dall’art. 2359 c.c., sia (ii) in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, la possibilità di esercitare un’influenza determinante sulle attività di un’impresa, tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, in virtù di diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un’impresa oppure di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un’influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un’impresa.

della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza (Milano, 2016), pag. 1254; GUERRERA, “Appunti su controllo, controllo analogo e controllo congiunto nella disciplina del TUSP”, Relazione al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017, pubblicata con il titolo “Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP”, Studio C.N.N. n. 228-2017/I, in www.notariato.it, pag. 1; IBBA, “Società *«in house»*: nozione e rilevanza applicativa, prima e dopo il Testo unico”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Roma, 2017, pag. 95; LIBERTINI, “Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 21; ID, “Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148”, in *Riv. dir. soc.*, 2012, fasc. 2, pag. 199; PECORARO, “Le società *in house*: profili societari”, in Ibba - Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 191; PETTITI, *sub art. 16*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 234; RIOLFO, “Attività *«in-house»* e il modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo»”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 533 e TASSONE, “Gli statuti delle società per la gestione *«in house»* dei pubblici servizi”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 59.

¹¹¹ La terminologia era presente, come si indicherà infra, in alcune pronunce della Corte di Giustizia europea, v. Corte Giust. UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, in *Racc.*, 2008, I, pag. 8457 e Corte Giust. UE, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, in www.curia.europa.eu.

Si pone dunque il tema di indagare il significato e la portata del concetto di influenza determinante, ma pare opportuno premettere un passaggio argomentativo sulle norme dettate dal legislatore in materia.

Come anticipato, si intende affrontare la normativa dettata in materia di concorrenza. Ove un soggetto fosse capace di influenzare in maniera significativa l'attività d'impresa in specifici settori, pur in assenza della capacità di incidere, anche in via potenziale, sulle procedure gestorie dell'impresa e senza assumere sull'impresa alcun potere di vera determinazione dell'attività si verificherebbe una c.d. influenza determinante. Si ponga, a titolo di esempio, la fattispecie in cui le partecipazioni sociali attribuiscono un potere negativo e di blocco al socio in tema di delibere dell'assemblea straordinaria di società di capitali ovvero un'ipotesi di controllo dell'assemblea straordinaria dissociato da quello dell'assemblea ordinaria.

Dovrebbe allora desumersi, conseguentemente, che l'influenza determinante ammetterebbe il controllo congiunto, ma non altrettanto può affermarsi rispetto all'influenza dominante.

Analizzando con maggiore attenzione la normativa in tema di "influenza determinante" sembrano palesarsi alcuni elementi degni di riflessione. A ben vedere, accogliendo la prospettata ricostruzione – funzionale anzitutto alla disciplina *antitrust* – dovrebbe coerentemente giungersi al risultato di configurare quali "concentrazioni" fattispecie in cui sono presenti delle forme di coordinamento del comportamento concorrenziale delle imprese, anche in assenza di qualsiasi concomitante processo di sottoposizione dell'impresa ad un più generale potere di determinazione della sua azione da parte di un'altra impresa. Questa affermazione comporterebbe due diversi risvolti: da una parte tali fattispecie beneficerebbero di un trattamento più favorevole rispetto a quello che loro spetterebbe in quanto intese (in maniera ingiustificata e contraria rispetto alle intenzioni della disciplina sulle concentrazioni); dall'altra, emergerebbe il rischio di favorire una considerazione unitaria sotto il profilo *antitrust* delle imprese raccolte intorno a quel tipo di influenza "debole", guadagnando alle stesse, per tale via e ingiustificatamente, l'applicazione dei benefici della teoria sulla *intercompany conspiracy*. In effetti non sono a tal fine richiamabili valutazioni di tipo, per così dire, funzionale derivanti dalle norme

contenute nella legge sull'editoria¹¹². È possibile constatare, infatti, come in tale materia una interpretazione il più possibile lata della categoria normativa delle concentrazioni si imponga in ragione dell'assenza di una disciplina dettata appositamente per le c.d. intese. A tal fine sembrerebbe più appropriato valorizzare la nozione di collegamento utilizzata dal legislatore dell'editoria, senza estendere pertanto la nozione di influenza determinante. Ancora a titolo di premessa, prima di domandarsi cosa debba intendersi con l'espressione "influenza determinante", occorre chiarire come il tipo di controllo che si vuole affrontare in questo passaggio è quello che si potrebbe definire "monocratico", in quanto esercitato da un singolo soggetto (e così contrapposto a quello "congiunto", di cui si tratterà nel paragrafo che segue).

L'"influenza determinante" concerne, ai sensi del TUSPP, gli obiettivi strategici e le decisioni significative della società controllata, ponendosi allora il dubbio sul significato dei lemmi utilizzati dal legislatore. In particolare, ci si può chiedere in quale frangente un obiettivo sia "strategico" e una decisione sia "significativa" per la vita della società.

La terminologia appena indicata è presente anche in altri corpi normativi. Il nostro ordinamento (con riferimento particolare al codice civile) richiama i "piani strategici"

¹¹² Il tema è stato oggetto di una nota pronuncia giurisprudenziale, v. Trib. Milano 6 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1997, pag. 412. Il concetto di "posizione dominante" all'interno del mercato editoriale si fonda esclusivamente sui rapporti indicati nell'art. 4, co. 2, l. n. 416 del 5 agosto 1981 e non pare potersi integrare con i più ampi rapporti di controllo previsti dall'art. 1, co. 7 della legge in parola. Nel mercato editoriale, la posizione dominante rileva anche ove si configuri in ragione di soggetti legati a quello dominante in virtù di uno dei rapporti previsti dalla lettera dell'art. 2359 c.c. Nella fattispecie oggetto della pronuncia ora citata, il sindacato costituito tra alcuni soci di una s.p.a. non si è ritenuto idoneo – alla luce delle proprie particolari caratteristiche – ad attribuire il controllo di cui all'art. 2359, n. 2, c.c. ad un'altra s.p.a. La nota posta in calce al modello D del bilancio consolidato che si trova allegato al regolamento di cui al d.p.r. n. 73 dell'8 marzo 1983, prevede la possibilità di procedere al consolidamento proporzionale nei casi in cui un'impresa rientrata nell'area di consolidamento detenga il controllo di un'altra impresa congiuntamente con terzi, tuttavia da tale elemento non può ritenersi che legge sull'editoria implichi l'esistenza della fattispecie del controllo congiunto. Il legislatore del codice civile ammette esplicitamente il controllo indiretto (a mezzo di società controllate), ma non contiene alcun cenno al collegamento indiretto, così da far propendere per l'irrelevanza del medesimo. Il collegamento può configurarsi in presenza di una partecipazione minoritaria che non pone in capo al soggetto un'influenza dominante, sicché potrebbe affermarsi che, in mancanza di un potere decisorio di natura determinante, il legislatore non voglia considerare la società collegata alla stregua di un mero "strumento" nelle mani della società partecipante, in quanto le decisioni assunte della partecipante sono a lei imputabili e non possono riferirsi ad altro soggetto. Alla stessa maniera si è ritenuto di escludere la legittima rilevanza di un collegamento diretto tra due gruppi di società nella legge sull'editoria.

all'art. 2381, co. 3, c.c. e le “operazioni strategiche” all'art. 2409-*terdecies*, co. 1, lett. f-*bis*), c.c.¹¹³.

Le categorie enunciate paiono provenire dalla terminologia economica aziendale e non da quella giuridica.

L'art. 2381, co. 3, c.c. regola gli obblighi del consiglio di amministrazione in presenza di uno o più amministratori delegati, prevedendo che il medesimo debba esaminare – ove siano stati elaborati da questi ultimi – i piani strategici, industriali e finanziari della società¹¹⁴. I piani strategici consistono in documenti prospettici di programmazione, con i quali il *management* indica gli obiettivi e le strategie concernenti l'attività d'impresa, illustrando la modalità di svolgimento di quest'ultima.

La nozione di “operazioni strategiche” si può ricondurre alle operazioni che incidono stabilmente sulla struttura organizzativa dell'impresa sociale¹¹⁵. È quindi duplice la natura degli effetti delle operazioni in parola: da un lato, sono tendenzialmente duraturi e, dall'altro, hanno la capacità di modificare la struttura organizzativa.

D'altra parte, invece, non risultano riferimenti a “decisioni significative” nel codice civile, sicché non è possibile tentare una ricostruzione del significato della nozione alla luce di altre norme.

L'influenza si può definire determinante ove il socio (l'amministrazione) abbia il potere di stabilire l'attività (l'azione gestoria) della società controllata, in conformità alle regole della struttura organizzativa adottata¹¹⁶.

Si tratta dunque di un controllo relativo alla c.d. “alta gestione”, dalla quale si esclude pertanto la gestione ordinaria o corrente dell'impresa, conformemente a quanto indicato nelle norme di cui agli artt. 12, dir. 2014/24/UE e 5, co. 2, d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

La dottrina si è proposta di indicare i caratteri che devono necessariamente ricorrere perché possa verificarsi la fattispecie in parola, individuando il requisito della “stabilità”, della

¹¹³ CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria* (Milano, 2009), pag. 157.

¹¹⁴ V., *ex multis*, PEROTTA - BERTOLI, “Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi. La *corporate governance* a dieci anni dalla riforma del diritto societario”, in *Riv. dott. comm.*, 2013, pag. 863.

¹¹⁵ Cfr. CARIELLO (*supra*, nt. 113), pag. 166.

¹¹⁶ LAMANDINI (*supra*, nt. 107), pag. 56.

prevedibilità di una futura persistenza e dalla indipendenza da una “libera ... scelta dei soci”¹¹⁷.

La presenza del controllo analogo andrà valutata sulla base delle circostanze del caso concreto¹¹⁸ e, per espressa previsione normativa, detto controllo potrà essere esercitato anche da una persona giuridica diversa dall’amministrazione pubblica, purché sia a sua volta controllata da quest’ultima secondo le medesime modalità. In altri termini, si verifica una forma di controllo analogo ove l’amministrazione pubblica eserciti un’influenza determinante su una società attraverso un’altra (controllo c.d. indiretto).

In ragione di illustrato, si evidenzia come il concetto di influenza determinante non risulti così netto né dal punto di vista astratto, cioè quale configurazione concettuale che normalmente verrebbe realizzata la fattispecie, né da quello concreto. A ciò sembrerebbero opporsi sia la rilevata elasticità della fattispecie, sia la molteplicità delle forme di manifestazione che si accompagnano all’esercizio del potere imprenditoriale. Dal primo punto di vista ora considerato (quello astratto), occorre osservare come si possa affermare, con riguardo alla fattispecie individuata all’art. 2359 c.c., che il concetto di influenza dominante si determina ogniqualvolta una società può indirizzare l’attività di un’altra società nella maniera da essa voluto. Si tratta, com’è evidente, di una formula che tradisce un’evidente genericità e rivela la matrice codicistica soltanto societaria della nozione di controllo: tale definizione, alla luce del fatto che i successivi sviluppi della nozione di controllo ne hanno mutato la portata – quanto al termine passivo del controllo – dal livello societario a quello dell’impresa (prescindendo dalla forma giuridica del suo esercizio, sia quindi individuale o collettivo), deve essere evidentemente estesa e ricalibrata. È infatti evidente come il termine “società” sia spesso stato sostituito con quello più ampio di “impresa”, che in senso stretto dovrebbe legarsi al concetto di attività svolta dalla società. Relativamente al soggetto che esercita la funzione di controllo, sembrano sempre più ricorrenti le discipline normative che danno rilievo giuridico alle persone fisiche quale soggetto controllante. Secondo quanto è possibile riscontrare, alla luce di quanto indicato, l’influenza dominante risulta quindi come un concetto lato, che si sostanzierebbe nella facoltà di uno o più soggetti giuridici di determinare in maniera stabile l’attività d’impresa.

¹¹⁷ Così RESCIO, “I sindacati di voto”, in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, vol. 3* (Torino, 1994), pag. 621.

¹¹⁸ Analogamente, in riferimento all’influenza dominante, v. LAMANDINI (*supra*, nt. 7), pag. 61.

Ciò posto, si deve però rilevare la difficoltà di indicare in quali fattispecie l'influenza dominante si realizzi in concreto è, dovendosi tenere conto di tutte le circostanze che caratterizzano il caso concreto.

1.2.2. Il controllo analogo e l'influenza dominante

Anzitutto, su un piano generale, si può ricordare come le caratteristiche della facoltà di determinare stabilmente l'attività d'impresa mutino a seconda del tipo di organizzazione adottata per l'esercizio dell'attività: si pensi alle differenze che intercorrono tra l'impresa individuale e la società, sia essa di persone o di capitali.

(i) Nella fattispecie dell'impresa individuale, il concetto di influenza dominante si configura nell'esercizio dell'attività d'impresa¹¹⁹. Nonostante la gestione dell'impresa possa essere caratterizzata dalla preposizione institoria di cui agli artt. 2203 e ss. c.c., il potere di determinazione in esame non viene meno in capo al soggetto che dispone dei mezzi di produzione e sopporta il rischio d'impresa. Si pensi quindi all'ipotesi in cui l'imprenditore individuale si avvalga di un institore (anche generale): non vi è dubbio che il primo controlli e determini l'operato dell'institore, come confermato dalla circostanza per cui l'imprenditore continui comunque, da un lato, a disporre dei mezzi di produzione e, dall'altro, a sopportare il rischio che deriva dall'attività d'impresa.

Può infatti osservarsi come, anche nelle ipotesi di maggiore gestione "delegata", l'imprenditore individuale conserva in ogni caso il potere, di carattere discrezionale, di nominare e revocare l'institore (ai sensi dell'art. 2207 c.c.), dovendosi pertanto ritenere che il legislatore ricolleggi a questa fattispecie una presunzione assoluta di vigilanza e di esercizio dell'impresa, sia sulla scorta del fatto che l'imputazione del rischio d'impresa rimane in capo all'imprenditore, sia in ragione della semplificazione della dialettica dei rapporti di potere interni all'impresa.

(ii) Si passi ora alla disamina della fattispecie della società di persone o di capitali, tenendo presente che – al netto delle differenze tecniche di esercizio del potere dovute alle particolarità relative alla struttura e alla organizzazione degli enti – le medesime

¹¹⁹ Cfr. SIRAGUSA - SUBIUTTO, "Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della commissione", in *Giur. comm.*, 1992, pag. 233.

argomentazioni risulterebbero valide per ogni altra ipotesi di esercizio dell'attività d'impresa attraverso organizzazioni di carattere collettivo.

L'influenza dominante nelle società si manifesta nella titolarità e nell'esercizio di poteri di incidenza sulle funzioni e sulla struttura al fine di indirizzarne e orientarne l'attività imprenditoriale nella maniera desiderata.

Il contenuto e l'intensità del livello di influenza, come nella fattispecie di cui sopra, è suscettibile di variazioni¹²⁰. Possono infatti sussistere (a) delle fattispecie in cui le determinazioni della società coincidono integralmente con quelle del soggetto che esercita il controllo, ipotesi che si verifica perché sussiste una legittimazione organica a produrla e a manifestarla (si pensi al soggetto amministratore dell'ente con ampie competenze gestorie che disponga della maggioranza in assemblea) oppure perché si dà luogo a peculiari forme di eterodeterminazione della volontà sociale (si pensi ai modelli organizzativi di gestione accentrata); ma sono presenti anche (b) diverse fattispecie in cui, diversamente, il potere di influenza si manifesta in maniera indiretta.

La stessa fattispecie di controllo interno prevista dalla norma dall'art. 2359 c.c. deve ricomprendersi tra le ipotesi da ultimo citate: in tale circostanza, infatti, l'influenza dominante si esteriorizza, secondo le norme, nel potere di nomina e di revoca degli amministratori della società e nella facoltà di determinazione della volontà assembleare. La disposizione dell'art. 2359 c.c., a ben vedere, sembra presupporre un contenuto più ampio rispetto al suo tenore letterale. Nonostante possa ritenersi che il modello codicistico della società di capitali debba apprestare un legame tra l'organo assemblea e quello gestorio con una totale remissione a quest'ultimo della gestione dell'impresa, sul piano della fattispecie concreta, potrebbe ritenersi che le competenze spettanti all'assemblea ordinaria esercitate (di fatto) dal socio di controllo e il potere di nomina e di revoca degli amministratori non siano comunque capaci di incrinare la ripartizione dei poteri tra gli organi sociali e, in particolare, non concretizzino un vero e proprio potere di gestione in capo al socio di controllo. Tale considerazione, anche sotto un profilo terminologico, si pone alla base di una netta distinzione tra il controllo societario e quello sull'impresa: mentre il primo verrebbe direttamente esercitato dal socio, il secondo verrebbe praticato in via mediata. Si

¹²⁰ Cfr. GUERRA, "Il «controllo analogo»", in *Giur. comm.*, 2011, I, pag. 774 e GUERRERA, "Compiti del socio di controllo", in *Riv. dir. soc.*, 2009, pag. 506.

deve però osservare come dissociazione tra proprietà azionaria e potere gestorio, come del resto è noto, sia un concetto per lo più destinato a rimanere su un livello ideale che non su quello concreto, posto che l'organo amministrativo normalmente non è altro che una struttura di rappresentanza degli azionisti di controllo. Sul punto è però ancora la stessa lettera dell'art. 2359 c.c. a fornire un interessante spunto di riflessione: l'attribuzione di rilievo alla posizione di controllo di una società nell'assemblea ordinaria di un'altra società, ancorché in via eccezionale, pone in discussione, sul piano normativo, sia la fondatezza del principio per cui il controllo societario non dovrebbe avere un legame diretto con la gestione dell'impresa sociale, sia la stessa ragionevolezza del modello astratto di società di capitali, inteso quale modello organizzativo con specifiche e ripartite competenze. In effetti, ragionevolmente, ha senso considerare una società sotto il controllo di un'altra ove l'assemblea ordinaria della prima sia soggiogata dalla seconda, in quanto tale facoltà di determinazione si eserciti sugli amministratori, anche con modalità e con intensità variabile, e attraverso questi sulle decisioni della società.

Tale conclusione si confermerebbe sulla base di due diversi argomenti che si fondano sulla portata del testo normativo:

- (i) da un lato, già nella stessa *ratio* sottesa alle norme di cui agli artt. 2359-*bis* e ss. c.c., ove la necessità di tutela della effettiva volontà assembleare potrebbe ricorrere solo partendo dall'assunto per cui la gestione dell'impresa controllata, per quanto venga ad attribuita amministratori che non coincidono con le persone dei soci di controllo, non sia effettivamente dipendente dai primi, ma venga condizionata dai secondi;
- (ii) dall'altro, con riguardo al principio, legato alla disciplina dell'art. 2359 c.c., della trasparenza contabile del gruppo di società¹²¹.

Ciò posto, nella prospettiva di indagare l'istituto dell'influenza determinante occorre domandarsi se il potere di determinazione debba concernere l'intera azione sociale oppure se sia sufficiente che il medesimo concerna solo alcune delle aree in cui si esercita l'attività d'impresa, che mutano a seconda delle discipline cui si ritiene funzionale la specifica nozione di controllo.

Sul tema occorre distinguere la disciplina dettata dal codice civile dalla normativa in materia di *antitrust*.

¹²¹ PAVONE LA ROSA (*supra*, nt. 104), pag. 581.

Mentre l'art. 2359 c.c. pare riferirsi soltanto alle incidenze sul comportamento gestionale degli amministratori che concernono l'azione in assemblea – da parte della controllante – degli stessi per garantire la corretta formazione della volontà assembleare, esaminando la disciplina *antitrust* (ma analoghe considerazioni valgono per l'editoria), potrebbe affermarsi che il controllo rilevante al fine di configurare la fattispecie della “concentrazione” sia quello che permette di determinare l'azione concorrenziale del controllato, anche prescindendo dalla ricorrenza di un'influenza per così dire generale sui comportamenti dell'impresa.

Tuttavia, riferendosi all'istituto del controllo, il nostro ordinamento pare aver intrapreso un diverso percorso: quello di considerare ricomprese le influenze su singole determinazioni di impresa entro quella più generale di carattere gestorio e di richiedere la sussistenza di quest'ultima (quella gestoria, anche soltanto potenziale o presunta) per l'applicazione delle discipline pur ove queste intendano regolamentare soltanto manifestazioni caratterizzate da una determinata peculiarità e specificità del potere di influenza.

Si pensi, a titolo di esempio, all'accordo tra due diverse società in ragione del quale il comportamento di natura concorrenziale dell'una venga rimesso alla determinazione volitiva dell'altra; nell'ambito della normativa *antitrust*, non necessariamente integri una concentrazione se le due imprese sono gestite in maniera autonoma e indipendente e soltanto la loro azione concorrenziale è soggetta al controllo¹²².

Come si è cercato di illustrare, sia il sistema di diritto positivo, sia la materialità empirica, fanno emergere con una certa sicurezza la seguente conclusione: la fattispecie dell'influenza dominante o dell'influenza determinante non deve necessariamente coincidere con quella di direzione unitaria, potendosi ritenere che quest'ultima sia assimilabile ad un potere di decisione accentrato ed esclusivo da parte del soggetto controllante.

D'altra parte, per evidenziare la natura elastica dell'istituto giuridico dell'influenza determinante, possono segnalarsi varie ipotesi in cui la legge prevede espressamente che l'istituto del controllo coesista con un'autonomia dell'ente rispetto al soggetto controllante.

¹²² GUERRERA, “Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina TUSP”, in *Studi e materiali*, 2017, fasc. 3 - 4, pag. 537.

(i) Si pensi anzitutto alle c.d. imprese comuni. Il tema è stato oggetto di una disciplina normativa in materia di concorrenza e tutela del mercato. Una comunicazione sulle operazioni di concentrazione e cooperazione emanate dalla Commissione UE ha fornito delle linee di interpretazione del Regolamento CE n. 4064 del 21 dicembre 1989 con le quali si prescrive che la valutazione di un'impresa comune quale fattispecie "concentrativa" debba caratterizzarsi per una serie di elementi:

(a) la natura autonoma rispetto alle imprese fondatrici (che deve però conciliarsi con la presenza di un controllo congiunto, di cui infra);

(b) il controllo congiunto, quale possibilità per più di un singolo soggetto di esercitare direttamente o indirettamente una c.d. influenza determinante sull'attività dell'impresa comune;

(c) il requisito della stabilità, in maniera che possa svolgere la propria attività a lungo termine o a tempo indeterminato;

(d) la sussistenza di un complesso di beni organizzato e finalizzato all'esercizio dell'attività d'impresa, che operi sul mercato come un'entità economica (dotata di propri mezzi di produzione) idonea a svolgere un procedimento produttivo completo.

Al ricorrere di questi requisiti trova applicazione la norma dell'art. 81 (ex art. 85) del Trattato istitutivo della Comunità Europea, per il quale gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune sono incompatibili con il mercato comune e quindi vietati¹²³.

In buona sostanza, dalla lettura dei criteri appena richiamati, emerge chiaramente che ad opinione della Commissione, l'impresa comune deve – in via autonoma – essere capace di determinare, programmare, decidere e agire circa la propria attività. L'unico limite cui deve ritenersi soggetta è quello dell'oggetto sociale.

¹²³ Sul tema v., tra gli altri, DE CARLI, "Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese. Introduzione alla nuova disciplina delle concentrazioni. Gli artt. 85 e 86 del Trattato e il regolamento sulle concentrazioni", in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, fasc. 4, pag. 1167.

Si osservi come tale requisito di autonomia si riverbera in particolar modo sulla determinazione del proprio comportamento concorrenziale, che avverrà in maniera indipendente e conformemente ai propri interessi economici.

I criteri indicati dalla Commissione permettono di affrontare una delle tematiche più interessanti che riguardano il controllo: quello del rapporto tra quest'ultimo e l'autonomia del soggetto controllato. Ci si domanda, in buona sostanza, cosa significhi esercitare un'influenza determinante su un ente che possa definirsi autonomo. Di per sé, il concetto di autonomia, non solo a livello giuridico, richiama la capacità e la facoltà di autodeterminarsi e amministrarsi liberamente; sicché tale requisito potrebbe apparire in contraddizione con il requisito del controllo, che invece richiama un profilo di influenza e di eterodirezione rispetto ad un soggetto terzo.

In realtà, a ben vedere, si tende a negare quella che risulta una contraddizione basata sulla letteralità che può ritenersi soltanto apparente: è infatti ben possibile che si manifestino forme di influenza determinante, compatibili con i crismi del controllo, rispettose però dell'alterità soggettiva dell'ente controllato e dell'interesse concorrenziale proprio dell'impresa comune. Dovrà in altri termini configurarsi un controllo e un'influenza dominante che non creino forme di gestione totalmente accentrata e completa eterodeterminazione della volontà della controllata.

Con riferimento particolare al potere di nomina e di revoca degli amministratori dell'impresa comune – conformemente a quanto illustrato – dovrebbe dedursi la possibilità che i soggetti controllanti siano titolari di tale potere e che lo esercitino regolarmente; ma si porrebbe in contrasto con il requisito dell'autonomia l'eventualità in cui detto potere venga esercitato secondo modelli di gestione accentrata, con lo scopo di imporre comportamenti specifici.

Si pensi alla presenza dei *co-ventures*, quali imprese esercitate in c.d. compartecipazione¹²⁴:

l'impostazione appena illustrata pare accolta da varie prese di posizioni della Commissione, che ha accolto un concetto di autonomia, per così dire, “debole”. Sono state considerate “concentrazioni” delle imprese comuni la cui volontà sociale e i cui comportamenti risultavano determinati dai *co-ventures*, purché – sotto il profilo dell'analisi

¹²⁴ DE CARLI (*supra*, nt. 123), pag. 1167.

di mercato – tale impresa si sostituisse, sul singolo mercato rilevante, alle imprese madri. Del resto, anche ove si accogliesse un’accezione restrittiva della nozione di concentrazione, apparirebbe in verità assai poco credibile, che un’impresa comune possa dirsi concentrativa in presenza di *co-ventures* che svolgano un ruolo di meri e passivi investitori.

(ii) Lo stesso ordine di considerazioni sviluppate per le c.d. imprese comuni, trova applicazione relativamente a determinate società operanti nel mercato finanziario: si pensi alle banche, alle assicurazioni, alle società di gestione di fondi comuni, alle SIM e alle SICAV.

In materia bancaria deve essere in ogni caso garantita la gestione sana e prudente dell’ente nel rispetto dei principi di separazione tra banca e industria, regolato dapprima all’art. 28 della l. n. 287 del 10 ottobre 1990, modificato dal d.lgs. n. 481 del 14 dicembre 1992 e infine definitivamente disciplinato negli artt. 19 e ss. TUB.

Nelle fattispecie appena citate, i soggetti che esercitano funzioni di controllo sono tenuti all’adesione a determinati protocolli di autonomia gestionale, con i quali si prevede espressamente il divieto di influire su una gestione indipendente dell’ente controllato.

Il nostro legislatore, più che garantire l’indipendenza dall’influenza dei soci di controllo, intende garantire che l’influenza del socio (o dei soci) di controllo non possa determinare, da un lato, conflitti di interesse nella gestione e, dall’altro, l’inosservanza di criteri prudenziali di amministrazione al fine di assicurarne la stabilità. Pertanto, l’influenza dei soci espressa nella nomina degli amministratori, non deve spingersi fino ad imporre alla società determinazioni di carattere gestionale idonee a violare i parametri ora indicati.

Come si è quindi illustrato, la nozione di controllo è connotata da una certa elasticità, ma la configurazione dell’influenza determinante può essere individuata secondo le argomentazioni esaminate; ciò posto, si intende affrontare la problematica legata al c.d. profilo della prova. Nella fattispecie in esame, infatti, si presenta frequentemente di individuare quando si determini effettivamente un controllo.

Il legislatore, in materia, ha introdotto una varietà di previsioni che hanno comportato quella che può indicarsi come una tipizzazione normativa di varie forme di influenza dominante, con la precisa intenzione di agevolarne l’individuazione¹²⁵. Le nozioni di

¹²⁵ GUERRERA (*supra*, nt. 120), pag. 506.

controllo dettate dal nostro ordinamento risultano degli strumenti volti all'individuazione dell'influenza dominante, ben adattandosi alla flessibilità dell'istituto. Osservando tale disciplina è possibile rilevare come la nozione di influenza dominante si sviluppi in un duplice ordine di articolazioni:

(a) in primo luogo, attraverso un richiamo ad ipotesi concrete, si indicano presunzioni relative di controllo al ricorrere di situazioni già ricomprese (almeno implicitamente) nella definizione dettata all'art. 2359 c.c., si pensi – a titolo di esempio – all'inclusione dei contratti di dominio tra i rapporti di natura contrattuale fonte di controllo ove la legge applicabile consenta tali contratti oppure al possesso di una partecipazione al capitale sociale tale a consentire la nomina della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione;

(b) in secondo luogo, si effettua una integrazione dei contenuti della nozione di controllo prevista dall'art. 2359 c.c., aggiungendo alla fattispecie delle ipotesi che erano escluse, dal punto di vista letterale, della norma del codice civile, nonostante fossero compatibili con la fattispecie di determinazione che qualificata come influenza dominante; il riferimento corre alle previsioni di controllo formate in ragione di clausole statutarie o per effetto della coincidenza degli amministratori (*interlocking directorates*).

Tanto premesso, è opportuno indagare alcune delle norme che hanno portato alla citata tipizzazione normativa delle varie fattispecie di controllo.

(i) Una prima versione dell'art. 1, co. 8, della c.d. legge sull'editoria si riferendosi al controllo di una società sull'altra, ma conteneva una casistica esemplificativa dei collegamenti di carattere finanziario e organizzativo che costituiscono controllo, facendo un espresso richiamo agli accordi tra le imprese a struttura paritaria, escludendo invece quelli volti a determinare una struttura gerarchica. Si trattava di una previsione normativa capace di mutare non soltanto il concetto di controllo, ma anche la sua configurazione tipologica, perché si “smarcava” dal requisito dell'influenza dominante. Il parametro individuato dalla norma era senz'altro meno pregnante e si individuava quindi nella collaborazione tra società (peraltro già ricorrente nella legislazione sui raggruppamenti di imprese)¹²⁶. Tale normativa, in quanto priva del richiamo all'istituto dell'influenza

¹²⁶ Nei commenti alla normativa in esame, si osservava come il nostro legislatore avesse tratto certamente spunto dalla normativa tedesca, ma preoccupandosi di “non far riferimento a contratti che determinano storni

dominante, portò gli interpreti a sostenere che il legislatore avesse introdotto un concetto di gruppo estremamente ampio ed esteso, nel quale potevano rientrare non soltanto le situazioni in cui si verifica la “dipendenza”, ma anche quelle “paritarie”. Tali risultati sono stati smentiti, con un’interpretazione autentica, dalle successive modifiche della norma. Nella versione successiva la norma prevede espressamente che le singole fattispecie di rapporti di carattere finanziario e oggettivo integrano delle ipotesi in presenza delle quali si ritiene esistente, fatta salva la prova contraria, l’influenza dominante prevista dal primo comma dell’art. 2359 c.c.

Tale tenore letterale comporta che simili fattispecie non siano, per così dire, “finzioni terminologiche” di controllo ma fattispecie che, per quanto a volte imprecise, possono ricondursi al controllo ove presentino il requisito dell’influenza dominante come proprio tratto qualificante. Pertanto, qualora in tali ipotesi il dominio non ricorresse in concreto, la presunzione di controllo relativa prevista dalla legge sarebbe superabile e non potrebbe configurarsi la fattispecie del controllo. Ciò equivale a ritenere che la casistica indicata non costituisca un novero di ipotesi ulteriori rispetto all’influenza dominante e al concetto di controllo, ma che ne sia, invece, un’applicazione di carattere esemplificativo.

Il percorso argomentativo sviluppato non esclude però la possibilità di ricondurre i c.d. gruppi paritetici¹²⁷ al fenomeno del controllo: com’è noto, in tali fattispecie due o più società sono poste sotto il medesimo controllo congiunto, realizzato attraverso forme di coordinamento della direzione comune dei soggetti concentrati svolto dai controllanti e quindi non attraverso l’uso di una società *holding*, quale unitario controllante formale.

di utili ovvero situazioni di dominio nella direzione delle imprese”. Se da un lato la normativa contiene un riferimento alla comunicazione degli utili e delle perdite che induce a pensare a rapporti bilaterali, nei quali dunque la partecipazione agli utili e alle perdite può essere reciproca, dall’altro lato, il riferimento all’esercizio dei poteri imprenditoriali propri di ciascun soggetto in funzione di uno scopo comune pare rimarcare il concetto di assenza di abdicazione al potere decisionale e di assenza di subordinazione degli interessi di un’impresa all’altra. In altri termini, i poteri imprenditoriali rimangono propri di ciascuna impresa, ma lo scopo deve essere comune. In tale prospettiva si è ritenuto particolarmente rilevante che il legislatore non avesse riproposto il criterio della direzione comune, già utilizzato nella precedente disciplina sull’amministrazione straordinaria: “la cautela del legislatore” nell’utilizzo di espressioni che permettessero riferimenti a rapporti contrattuali d’impresa di tipo gerarchico, alla sottoposizione dell’impresa editrice alla direzione o all’amministrazione di altro soggetto, si ritenne che andasse del resto imputata “al fatto che la validità dei contratti che danno vita a siffatti rapporti è in Italia generalmente negata”.

¹²⁷ Per tutti v. SANTAGATA, “I «gruppi paritetici» nella disciplina antimonopolistica”, in *Riv. soc.*, 2003, pag. 254.

(ii) La stessa Comunicazione della Commissione in tema di imprese comuni concentrative e cooperative, come si è già illustrato, pare confermare l'impostazione appena enunciata: "due o più imprese possono unirsi anche senza porre un essere una relazione di subordinazione e senza perdere la loro personalità giuridica" e "per il riconoscimento di una concentrazione configurata come un gruppo combinato" è necessario che "le imprese e i gruppi interessati non soltanto siano soggetti ad una direzione economica unica e permanente", ma anche che si formi "una vera e propria entità economica caratterizzata internamente dalla compensazione dei profitti e delle perdite tra le varie imprese nell'ambito del gruppo ed esternamente da una responsabilità comune".

(iii) Altra normativa da annoverare è quella che indica una presunzione di influenza dominante connessa a fenomeni di coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese al fine del raggiungimento di uno scopo comune, si cui agli artt. 37 della l. n. 223 del 6 agosto 1990 e 23 TUB. L'espressione, nella sua articolazione, pare idonea a ricoprire anche rapporti meramente coordinativi tra strutture organizzative in cui si configura un controllo "paritetico" e in cui i soggetti non perdono il loro carattere di indipendenza, come si verifica nelle ipotesi di consorzi temporanei, associazioni tra imprese e raggruppamenti. Come è noto, secondo le previsioni della disciplina *antitrust* delle concentrazioni, i rapporti tra imprese tra loro indipendenti aventi natura meramente coordinativa, che possono anche avere natura occasionale, non costituiscono una fattispecie di influenza dominante. Tali ipotesi di collaborazione tra imprese, nonostante siano ricollegabili al fenomeno del gruppo in senso lato sono ben diverse rispetto al gruppo in senso stretto, che è quello basato sul potere di controllo¹²⁸.

Dall'esposizione delle discipline normative appena effettuata si evince come il legislatore sia a volte incorso in eccessive semplificazioni e altre volte in contraddizioni di natura concettuale, in ragione delle espressioni e dei lemmi utilizzati, descrivendo ipotesi di presunzione relativa del dominio in fattispecie ipotesi nelle quali quest'ultimo potrebbe essere del tutto estraneo.

Al fine di concludere la disamina circa i meccanismi di presunzione e di individuazione della prova pare opportuno sviluppare un ulteriore passaggio: ci si può domandare se alcune delle situazioni che le predette disposizioni qualificano come presunzione relativa

¹²⁸ SANTAGATA (*supra*, nt. 127), pag. 254.

di controllo possono utilizzarsi nel contesto di nozioni di controllo che non sono richiamate espressamente da tali situazioni, non considerandole alla stregua di una presunzione, ma semmai quale mero indizio liberamente valutabile dal giudice. A fronte di una clausola generica come quella di cui all'art. 2359, co. 1, n. 2, c.c. può ritenersi che tutte le nozioni di controllo siano norme c.d. "di secondo grado", volte ad individuare situazioni di potere qualificabili come influenza determinante.

Pertanto, qualora alcuni indici corrispondano allo scopo e non siano in contrasto con le forme di controllo previste dalla specifica nozione di controllo esaminata, essi appaiono meritevoli di utilizzo, senza condurre evidentemente all'inversione dell'onere della prova (perché, si è detto, non hanno valore di presunzione), ma alla stregua di indizi probatori, pur in difetto di una previsione legislativa espressa.

Ciò posto, pare opportuno soffermarsi sulla ricostruzione giurisprudenziale del concetto di controllo analogo, partendo dalle pronunce della Corte di Giustizia europea per arrivare a quelle del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e infine della Corte costituzionale.

Come si è indicato all'inizio del presente paragrafo, il termine "analogo", di per sé, richiama il concetto di relazione e di affinità, sicché il rapporto che rileva è quello che lega la pubblica amministrazione e la società affidataria, in ragione di una c.d. delegazione interorganica¹²⁹. Il tema – come anticipato – è stato affrontato dalla giurisprudenza europea, ove risulta che il controllo in esame debba caratterizzarsi per i requisiti di effettività e funzionalità¹³⁰, inconciliabili con la presenza di ampi ed autonomi poteri di gestione dell'organo amministrativo¹³¹.

Conseguentemente, la facoltà degli amministratori di compiere tutti gli atti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale escluderebbe la sussistenza dell'influenza determinante¹³², che invece si verificherebbe ove la pubblica amministrazione (in qualità di socio) possa nominare i membri degli organi sociali e coordinare le attività della società¹³³. D'altra parte, il Consiglio di Stato si è pronunciato sull'argomento, stabilendo che il controllo analogo si verifichi ove l'ente pubblico possa esercitare un'ingerenza assoluta

¹²⁹ Così la Corte Giust. UE, sez. IV, 8 dicembre 2016, causa C-553/15, in www.curia.europa.eu ove emerge chiaramente che tale rapporto non ha carattere contrattuale.

¹³⁰ Corte Giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13, in www.curia.europa.eu.

¹³¹ Corte Giust. UE, sez. I, 11 maggio 2006, causa C-340/04, in www.curia.europa.eu.

¹³² Corte Giust. UE, sez. I, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, in www.curia.europa.eu.

¹³³ Corte Giust. UE, sez. I, 17 luglio 2008, causa C-317/05, in www.curia.europa.eu.

sulla gestione e sull'andamento della società, in virtù di un determinato assetto organizzativo¹³⁴.

Dalle sentenze della Corte dei Conti, invece, pare emergere chiaramente il richiamo al requisito del carattere strutturale con il quale viene esplicitato l'esercizio del controllo analogo, in merito alle decisioni relative alla direzione strategica della società¹³⁵.

Quanto finora illustrato permette di affermare che il controllo analogo si differenzia dal potere (o meglio, dall'attività) di direzione e coordinamento, di cui all'art. 2497 c.c., e – conseguentemente – la relativa disciplina dovrebbe applicarsi anche alla fattispecie in esame (il tema verrà affrontato nel successivo par. 3 del presente capitolo): la società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, infatti, rimane giuridicamente autonoma rispetto alla società capogruppo, sicché si può ritenere che sussistano diversi centri di interesse in presenza di un gruppo di società, a differenza di quanto accade nella fattispecie del controllo analogo¹³⁶.

1.2.3. Il controllo analogo nel TUSPP

Per tirare le fila dell'esposizione precedente, si può affermare come la nozione di influenza dominante sia più ristretta di quella di influenza determinante: mentre la prima presuppone una capacità in ordine alla definizione della volontà della società controllata di carattere positivo (che potremmo definire dominio), la seconda deve ritenersi più ampia e pare idonea a ricomprendere un potere di stabilire la volontà altrui in maniera meramente negativa o impeditivo, ma anche, eventualmente, positiva.

Ciò posto, si noti che l'art. 2, lett. b), TUSPP, come anticipato, fa riferimento – nella definizione di controllo analogo – alla “situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”, attraverso l'esercizio di un'influenza determinante”, sia sugli “obiettivi strategici”, sia “sulle decisioni significative della società controllata”.

¹³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, in *www.dejure.it* e in *Giur. it.*, 2005, pag. 851.

¹³⁵ Corte Conti, sez. contr., Lazio, 20 gennaio 2015, n. 2 in *www.dejure.it* e in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

¹³⁶ Analogamente v. CODAZZI (*supra*, nt. 110), pag. 54. L'a. rileva come il controllo analogo debba essere altresì distinto dai “particolari diritti riguardanti l'amministrazione” ai sensi dell'art. 2468, co. 3, c.c. poiché in presenza di questi ultimi l'organo amministrativo rimarrebbe comunque titolare del dovere di compiere la propria attività al fine di perseguire l'oggetto sociale, così conservando un certo grado di autonomia.

L'influenza concerne quindi, anzitutto, il potere di nomina e di revoca degli amministratori, che consente la creazione di un rapporto di confronto e di fiducia tra il socio di maggioranza e gli amministratori nominati e che permette, di fatto, una forma di ingerenza del socio di controllo in materia di gestione di impresa, che – almeno in punto di diritto – gli è preclusa.

Si è detto che l'influenza determinante si esercita sugli “obiettivi strategici” e sulle “decisioni significative” della società, sicché occorre ricondurre la sfera d'influenza all'alveo delle competenze legali degli organi societari e quindi – in prima battuta – all'organo assembleare e a quello amministrativo.

Posto che le “decisioni significative” possono avere un contenuto non soltanto di carattere gestionale, ma anche organizzativo e finanziario e che pertanto una parte di esse deve comprendersi nel potere dell'assemblea dei soci, relativamente a tali decisioni sarebbe sufficiente che il socio avesse un'influenza, appunto, “determinante” in assemblea, mentre in riferimento alle ulteriori materie oggetto dell'influenza determinante da comprendere nella competenza legale degli amministratori in materia di gestione (si pensi ad es. agli obiettivi strategici e alle decisioni gestionali più significative) occorrerebbe sostenere che il controllo analogo venga soddisfatto in ragione dell'influenza di fatto esercitata nei confronti degli amministratori.

Il socio pubblico che esercita il controllo analogo, infatti, è in grado di svolgere un condizionamento sulle scelte degli amministratori nominati, avendo la facoltà di revocare l'amministratore dall'incarico.

Ma poiché gli amministratori conservano una propria autonomia nelle scelte di gestione, si dovrebbe accertare un *quid pluris* di soggezione nei confronti del socio pubblico.

Nella prassi statutaria successiva all'introduzione del TUSPP, paiono evidenziarsi due diverse tecniche di indicazione degli elementi in virtù dei quali si configura il controllo analogo: alcuni statuti sociali contengono un articolo nel quale si indicano le forme e le modalità con le quali si esercita detto controllo¹³⁷, mentre altri prevedono l'attribuzione dei

¹³⁷ V. tra gli altri lo statuto sociale della “Cortona Sviluppo s.r.l.”, reperibile in www.cortonasviluppo.it.

poteri in singole norme dello statuto che non risultano organicamente raccolte nel medesimo articolo¹³⁸.

Al di là della scelta formalistica, tuttavia, gli statuti sociali delle società in cui viene esercitato il controllo analogo paiono caratterizzarsi per la previsione di (i) controlli sul bilancio e sulla qualità della amministrazione, (ii) poteri ispettivi, (iii) definizione di indirizzi operativi sui servizi affidati e sugli obiettivi strategici, (iv) potere di proporre iniziative inerenti l'esecuzione dei contratti di servizio, (v) vigilanza sull'andamento della società, con poteri di influenza diretta sulle scelte decisionali, nonché (vi) approvazione degli atti di indirizzo generale della società.

1.3. Il controllo congiunto

L'art. 2, co. 1, lett. c), TUSPP riconduce e qualifica la fattispecie del controllo in esame all'ipotesi in cui il medesimo venga esercitato “congiuntamente con altre amministrazioni”¹³⁹.

¹³⁸ Per tali ipotesi il riferimento corre, *ex multis*, allo statuto sociale della “SANITAS SERIATE S.R.L.” reperibile in *comune.seriate.bg.it*.

¹³⁹ Cfr. CARIELLO, «Controllo congiunto» e accordi parasociali (Milano, 1997), pag. 1; ID., “Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento”, in *Riv. soc.*, 2007, pag. 1, in cui l'a. rileva come la questione della “rilevanza tipologica e giuridica” del controllo congiunto nel diritto generale delle società per azioni emerga immediata e delinei una notevole diversità di approccio e di impostazione tra la maggioranza degli interpreti italiani e quelli tedeschi, benché sussista una sostanziale convergenza di formulazione letterale dei dati normativi di riferimento di partenza: deve infatti osservarsi come sia l'art. 2359 c.c., sia il § 17 AktG prevedano una declinazione al singolare del soggetto controllante o dominante (rispettivamente “un'altra società” e “un'altra impresa”). Il tenore letterale della norma ha giocato tuttavia un ruolo diverso nelle due esperienze, comportando tale diversità una “non corrispondente consapevolezza sistematica, e prima ancora tipologica e concettuale”, della tematica di cui si tratta. Nell'esperienza del nostro ordinamento deve considerarsi infatti come minoritaria, nonostante venga accolta maggiormente rispetto al passato, la tesi favorevole ad affrontare la problematica del controllo congiunto alla stregua di una questione tipologica e sistematica, propendendo per esaminare l'istituto secondo la sua portata generale; mentre la maggior parte degli autori, in senso contrario, da un lato considera risolutiva l'espressione “un'altra società” controllante, prevista nell'art. 2359, co. 1, c.c., giungendo conseguentemente all'irrelevanza del controllo congiunto e, dall'altro, a ritenere la rilevanza del controllo congiunto un'ipotesi eccezionale o addirittura da un punto di vista concettuale e da un punto di vista tipologico anomala (“di cui spesso non si rinuncia a rimarcare la presunta anomalia”), mentre secondo l'a. l'istituto si caratterizzerebbe – e secondo tali termini dovrebbe essere indagato – per una “purezza logica, prima ancora che giuridica”. La legislazione che risulta estranea al codice civile, sia di carattere generale, sia di carattere speciale, pare spesso riferirsi a norme definitorie menzionanti, almeno sul piano letterale, fattispecie di controllo solitario (si pensi, a titolo di esempio, a quanto stabilito in tema di patti parasociali), ma tale circostanza non merita di ritenersi, per così dire, preclusiva, almeno per alcune di queste discipline, della rilevanza, ai fini della stessa norma, di altre

determinate fattispecie di controllo congiunto; si deve infatti osservare come la stessa normativa mostri espliciti e significativi riconoscimenti del controllo congiunto o dell'influenza dominante congiunta, soprattutto ove configurati in forza di accordi parasociali (è questo il caso dell'art. 122, co. 5, lett. d), d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998), dei quali non può trascurarsi una portata sistematica. Ciò posto, è degno di attenzione il panorama interpretativo tedesco, nel quale si sviluppa un percorso argomentativo completamente differente: nonostante, come anticipato, si parta da un dato letterale analogo, l'interpretazione ampiamente prevalente in dottrina accoglie nell'ambito di applicazione del § 17 AktG la fattispecie del "controllo congiunto" o della "dominazione congiunta" (*gemeinsame Beherrschung*) di più imprese su altra o altre imprese. Inoltre, le disposizioni dell'Aktiengesetz in cui si configura una relazione di "dominio-dipendenza" sono applicate sia in quanto tali (lo stesso a. cita l'esempio delle operazioni sulle azioni della società controllante di cui ai §§ 56 Abs. 2, 71d AktG), sia ove sussista una connessione con l'esercizio di una direzione unitaria (§§ 18, 311 e seguenti AktG). L'a. osserva come la circostanza per cui le argomentazioni valorizzate e assolutizzate nell'esperienza italiana con lo scopo di escludere la rilevanza del controllo congiunto nel diritto generale delle società per azioni, vengano in quella tedesca notevolmente ridimensionate, nel senso di una loro radicale emarginazione e neutralizzazione, impone una approfondita riflessione. In Germania, l'impostazione interpretativa preponderante giunge ad una irrilevanza dell'argomento letterale, che al contrario in Italia è posta a fondamento delle posizioni di rifiuto della rilevanza del controllo congiunto sotto un profilo codicistico. A ben vedere, nel contesto normativo tedesco emerge in maniera evidente, sia dalla manualistica e dalla letteratura specialistica, sia dalla giurisprudenza, come l'interpretazione letterale abbia ceduto il passo ad argomentazioni di diversa natura. In altri termini, si assume come la lettera del § 17 Abs. 1 AktG, sotto un profilo di esegesi della norma, non impedisca la rilevanza della dominazione congiunta ai fini della medesima previsione, posto che l'utilizzo del termine coniugato al singolare non permette in nessuna maniera di giungere al risultato per cui il legislatore abbia con tale scelta terminologica voluti escludere l'applicazione del § 17 AktG nelle fattispecie in cui si rilevi la presenza di più soggetti dominanti, in maniera da restringere l'ammissibilità di una "relazione di dominio-dipendenza alle sole fattispecie di influenza dominante solitaria". Partendo dall'assunto, peraltro di difficile censura, per il quale un'impresa può essere legittimamente dipendente, in senso giuridico, da due o più imprese si rilevano constatazioni per le quali nonostante dalla lettura del § 17 Abs. 1 AktG parrebbe desumersi la rilevanza giuridica di ipotesi in cui siano presenti più imprese dipendenti, ma non più imprese dominanti, si arriverebbe a conclusioni incoerenti e prive di logicità. Alla luce di quanto esposto e perdendo rilevanza l'argomento per il quale nella fattispecie di controllo congiunto, in verità, nessuno dei controllanti potrebbe imporre la propria volontà (in ragione della circostanza per cui le singole possibilità di influenza nella facoltà solitaria di quei distinti soggetti finirebbero per annullarsi a vicenda, così degradando il concetto di "dominazione congiunta" a quello di "dominazione mancata"), si sgombrerebbe il campo dal tentativo di una contestazione del carattere anomalo del controllo congiunto. D'altra parte, non si incontrano ostacoli nell'ammissione dell'argomento per cui il controllo congiunto si atteggia, sia sul piano tipologico, sia sul piano concettuale, come una autentica forma di controllo purché ne ricorrano i caratteri, garantendosi uno stabile ed effettivo esercizio delle determinazioni tali da configurare un'influenza munita delle caratteristiche necessarie per far sorgere una "situazione di dominio-dipendenza". Nell'esperienza tedesca si ritengono ammissibili sia (i) le possibilità di esercizio di un'influenza dominante (§ 17 Abs. 1 AktG) da parte di più imprese coordinate, sia (ii) che il le decisioni circa l'attività di un'impresa siano determinate non da un'altra, ma da altre imprese, i cui termini non verrebbero indicati dal § 17 Abs. 1 AktG quale possibile esercizio di una influenza dominante, ma da quelli del § 18 AktG, quale esercizio di una direzione unitaria. Si giunge così al risultato per il quale la dominazione congiunta si configura ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni che consentono l'esercizio della dominazione risultante dal coordinamento e dall'interazione dei poteri di determinazione che sono nella disponibilità originaria dei soggetti coordinati e del convergere dei loro interessi rispetto all'impresa soggetta alla dominazione, trattandosi poi di stabilire, in relazione alle singole discipline considerate, caso per caso, quali caratteristiche – soprattutto in termini di stabilità e intensità –

debba assumere questo coordinamento per far sorgere la fattispecie di controllo dalle medesime discipline considerata. Negli stessi termini, invece, la dominazione congiunta non si configura nella fattispecie in cui i differenti poteri di influenza manchino di coordinamento e unificazione di esercizio, indipendentemente dalla circostanza per cui tale difetto abbia natura originaria o incidentale. Una diversa problematica concerne il rilievo per cui il controllo congiunto possa acquistare rilevanza in presenza di specifici fini normativi: tale valutazione avverrà in considerazione delle valutazioni di natura teleologica e sistematica delle discipline considerate delle medesime e non soltanto alla luce di una interpretazione esclusivamente letterale, salvo che, come pare evidente, la lettera della norma non assuma un significato inequivocabile. Ma ciò che più rileva è che il tema deve affrontarsi senza la possibilità vi interferiscano assunti sull'ammissibilità concettuale o sulla rilevanza tipologica del controllo congiunto, che condurrebbero, in maniera aprioristica, a rilevarne l'irrelevanza dal punto di vista giuridico. Eventuali accordi volti a far sorgere una comune strategia concordata oppure, più semplicemente, a un esercizio concordato delle rispettive capacità di influenza, a loro volta capaci di determinare una situazione di controllo congiunto, possono comportare una convergenza su differenti possibilità di influenza, delle quali (i) una sarebbe invece, ove autonomamente considerata, idonea a far assumere al suo titolare la disponibilità di un vero e proprio potere di influenza qualificabile come controllo, ma anche di (ii) distinte possibilità di influenza ognuna delle quali, singolarmente presa, sarebbe inidonea ad assicurare al suo titolare individuale la disponibilità di un potere di influenza qualificata contrassegnabile come controllo. In quest'ultima fattispecie, in mancanza di un coordinamento, non sarebbe ammissibile la ricorrenza di alcuna situazione di controllo, per cui l'alternativa al controllo congiunto nascente dall'azione risultante dall'accordo di due o più soggetti sarebbe l'assenza di controllo. Nella prima delle fattispecie citate, invece, il coordinamento è necessario per permettere che una situazione di controllo congiunto esercitato da più soggetti si sostituisca ad una originaria situazione di controllo solitario esercitato da un solo soggetto. Si osservi però come in tale fattispecie, in alternativa al controllo congiunto non si prospetti l'assenza di controllo, ma quello esclusivo del soggetto che scelga di condividere la propria posizione di controllo (come detto, esclusivo) in una contitolarità con più soggetti del potere di controllo che risulterà complessivamente rafforzato sotto il profilo quantitativo e sotto il profilo qualitativo. Nella seconda fattispecie, invece, l'impossibilità per ciascuno dei soggetti controllanti congiunti di imporre unilateralmente il proprio volere non si traduce necessariamente nell'ulteriore impossibilità di avere nella dominazione congiunta o comune un'influenza dominante, come se esistesse una necessaria correlazione concettuale e tipologica tra quest'ultima e la titolarità solitaria del potere di dominio. A tale risultato si giunge superando il pregiudizio radicato nella contrapposta idea che la pluralità di forze è normalmente causa di confronto e di contrapposizione tra le stesse, piuttosto che di stabile unificazione di poteri e di comando. La problematica concerne allora non tanto la questione dell'ammissibilità del controllo congiunto, ma quella delle modalità con cui possa instaurarsi ed esercitarsi la forma di controllo in esame. Appare quindi, conseguente, evidente l'esigenza di indicare un fondamento comune per configurare l'esercizio del controllo congiunto, sicché si dovrà manifestare una unificazione delle singole istanze societarie in una unitaria capacità di determinazione qualificata in cui si sostanzia il controllo. Ciascun titolare delle medesime capacità di influenza, in forza di un'attività di collaborazione coordinata da particolari vincoli contrattuali (cioè accordi parasociali di voto o organizzativi), oppure in presenza di particolari circostanze giuridiche o di fatto, potrà conseguire l'esercizio del potere di influenza qualificata suscettibile di ritenere esistente il controllo congiunto. È importante ricordare come il coordinamento ora richiamato, sul piano normativo, debba caratterizzarsi per un certo grado di stabilità ed efficacia, che dovrà definirsi di volta in volta in ragione delle discipline normative e degli scopi considerati nel caso concreto, tenendo a mente che i mezzi con i quali si raggiunge il predetto risultato saranno identificabili in ragione delle medesime qualità di cui il coordinamento dovrà essere caratterizzato, conformemente ai fini perseguiti, salvo però che non siano stati tipizzati dal legislatore. Tale precisazione è particolarmente rilevante ai fini dell'analisi del controllo congiunto relativo alle società a partecipazione pubblica, per le quali il legislatore ha previsto che tale forma di controllo possa raggiungersi mediante la conclusione di patti parasociali (artt. 16, co. 2, lett. c) e 18, co. 4, lett. d) TUSPP). Il tema sarà ripreso nel

Il testo unico richiama espressamente la previsione di cui all'art. 5, co. 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 (il c.d. codice appalti).

Il c.d. codice appalti, ai sensi dell'art. 1, regola i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, concernenti l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere.

proieguo della presente trattazione. Ma nel medesimo contesto deve chiarirsi come, in prima battuta sul piano oggettivo e contenutistico, non sia possibile individuare distinte influenze dominanti qualora più società o più imprese si accordino al fine di esercitare in maniera congiunta un'influenza di tipo dominante. Deve infatti tenersi presente come anche in questa fattispecie, analogamente a quella di titolarità esclusiva del controllo, si ha un'unica influenza dominante che determina il controllo rilevante sia dal punto di vista tipologico, sia da quello giuridico, in cui non rileverebbero proporzioni o segmenti di influenza diverse riferibili ai singoli soggetti controllanti, che devono ritenersi mere componenti costitutive del controllo. In considerazione della circostanza per cui sarebbe unica la dominazione congiunta, in quanto risultante di un procedimento di unificazione della pluralità delle singole frazioni di influenza ognuna delle quali era posta nella originaria disponibilità di singoli soggetti, si deve affermare l'unicità dell'influenza sia sotto un aspetto oggettivo, sia sotto un aspetto contenutistico. Così argomentando si giungerebbe alla conclusione per la quale il controllo congiunto può definirsi individuale nella plurima imputazione soggettiva congiunta, ma unificato nell'influenza "qualificata oggettiva che li traduce e ne è espressione". Mentre dal punto di vista oggettivo e contenutistico, nella prospettiva della società dipendente (o delle società dipendenti), dovrebbe affermarsi l'esistenza di un'unica dipendenza, quale risultato dell'unica influenza in cui si manifesta il controllo, dal punto di vista soggettivo, si avrebbe una dipendenza che è plurima congiunta da parte di ciascuna delle società qualificabili come controllanti. In altri termini e con maggiore precisione, dal secondo punto di vista citato (quello soggettivo), la società dominata si presenta come dipendente, in teoria da ognuna delle controllanti in maniera plurima congiunta, nell'esclusivo senso che il carattere plurimo esprime, dal lato della controllata, la soggezione al controllo di più soggetti, mentre dal punto di vista oggettivo quella che risulta produttiva del controllo è un'unica influenza qualificata, alla quale corrisponde dell'influenza a cui si va assoggettati, un'unica dipendenza, per di più unitaria nello specifico senso che trattasi di una stessa dipendenza verso più soggetti. Vi è di più, il concetto di dipendenza plurima comporta una contemporanea dipendenza da una molteplicità di soggetti controllanti, così come la dipendenza deve ritenersi plurima nel senso che si dipende da più soggetti. Tuttavia, ove si approfondisse maggiormente il passaggio argomentativo ora citato, anche dallo stesso punto di vista soggettivo, potrebbe rilevarsi come la dipendenza sorta dal controllo congiunto non si limiti a caratterizzarsi come plurima congiunta, ma altresì come unitaria. Inoltre, sotto uno sguardo complessivo, potrebbe ritenersi che l'influenza abbia carattere plurimo, unitario e congiunto, dove il termine unitario starebbe ad indicare che quella dipendenza è riferibile ad ognuno dei soggetti controllanti unitariamente considerati. L'unitarietà della dipendenza non contrasterebbe, nel significato ora illustrato, la pluralità dei soggetti che esercitano la funzione di controllo, proprio in forza de fatto che essa ha carattere congiunto. Nell'ipotesi in cui non risulti preesistente un'originaria situazione di controllo esclusivo da parte di uno dei soggetti che esercita controllo congiuntamente, l'influenza che sorge dal controllo congiunto non potrebbe che essere plurima e unitaria, altrimenti risultando mancante delle sue necessarie caratteristiche tipologiche. Tale conclusione risulterebbe avvalorata dalla circostanza per cui, rispetto al controllo congiunto, una dipendenza plurima che non avesse il carattere di unitarietà assumerebbe, realtà, la natura di plurime influenze solitarie, che però non sarebbero idonee a realizzare una situazione di influenza qualificata giuridicamente e tipologicamente rilevante, così come mentre una dipendenza unitaria che non avesse un carattere di pluralità non sarebbe altro che un controllo esclusivo (e quindi non congiunto). Cfr. GUERRERA (*supra*, nt. 110), pag. 1 e LAMANDINI (*supra*, nt. 105), pag. 232.

Il richiamato art. 5, co. 5 indica una serie di requisiti, la cui sussistenza è necessaria affinché possa verificarsi il controllo congiunto:

(i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata devono essere composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici (o enti aggiudicatori) partecipanti, ammettendosi che i singoli rappresentanti possano rappresentare anche più di una amministrazione aggiudicatrice (o ente aggiudicatore) partecipante o addirittura tutte (lett. a);

(ii) deve sussistere, in capo alle amministrazioni aggiudicatrici (o enti aggiudicatori), la facoltà di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata (lett. b);

(iii) la persona giuridica controllata non può perseguire interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici (o degli enti aggiudicatori) controllanti (lett. c).

Al fine di descrivere l'istituto del controllo congiunto, dopo aver premesso una descrizione della normativa, si intende sviluppare l'esposizione nel modo che segue: (i) in prima analisi, saranno indicate le situazioni in cui tale fattispecie non si verifica, così prospettandone una determinazione (per così dire) negativa; (ii) successivamente – in seconda battuta – si procederà ad illustrare una definizione positiva della nozione.

(a) Anzitutto, si può escludere dalle fattispecie di controllo congiunto le vicende in cui si assiste ad un controllo c.d. “a catena”: tradizionalmente, si definiscono tali i gruppi in cui la società capogruppo A controlla e dirige la società B, che a sua volta controlla e dirige la società C e così via¹⁴⁰.

Potrebbe domandarsi se in questa ipotesi ricorra un controllo congiunto delle società A e B nei confronti di C.

In tali gruppi, le società che esercitano il controllo – sia in via diretta, sia in via indiretta – determinano in maniera esclusiva gli obiettivi strategici e le decisioni significative della società controllata, poiché tale determinazione non avviene unitamente alla società controllata direttamente. Mancherebbe, pertanto, uno dei requisiti del controllo congiunto,

¹⁴⁰ Per tutti v. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, Torino, 2010, pag. 290.

che è appunto la necessità di un coordinamento tra più soggetti controllanti, autonomamente incapaci di esercitare un'influenza determinante¹⁴¹.

(b) In secondo luogo, può negarsi la presenza del controllo congiunto qualora la compagine sociale sia composta da due o più soci, in cui ciascuno sia (autonomamente) titolare del potere di veto e non sussista un coordinamento tra i medesimi, cosicché è impedito l'esercizio di un'influenza dominante. Si ritiene, infatti, che in tali fattispecie sussista un controllo c.d. "concorrente"¹⁴².

(c) Infine, pare impossibile individuare la sussistenza del controllo congiunto nell'ipotesi in cui ricorra la fattispecie descritta dall'art. 2359 c.c. A sostegno di quanto appena osservato si possono citare due diverse ragioni: da una parte, la lettera della norma, che indica espressamente "un'altra società", così escludendo dal campo d'applicazione il caso di cui si tratta e, dall'altra, l'impossibilità di individuare un singolo socio capace di esercitare un'influenza dominante¹⁴³.

In altri termini, secondo una certa impostazione, il concetto di controllo *ex art. 2359 c.c.* e quello di controllo congiunto si porrebbero in un rapporto antitetico, per il quale la presenza dell'uno escluderebbe l'altro e viceversa. Tale assunto sarebbe confermato da una nota pronuncia giurisprudenziale¹⁴⁴, ove si illustra come nell'ipotesi in cui il controllo congiunto venga esercitato da tutti i soci che partecipano al patto di sindacato, l'assunto si rivelerebbe essenzialmente privo di logicità, generandosi da quella che la giurisprudenza ritiene connotarsi come una commistione tra il concetto di controllo che consiste sia nella possibilità di far prevalere la propria volontà sulla determinazione del contenuto delle decisioni del sindacato e dell'assemblea, sia nella capacità di vari soggetti indipendenti tra di loro di esprimere istanze e posizioni individuali da tutti condivise. Si è indicato, inoltre, come la problematica non trovi alcun fondamento neanche da un punto di vista normativo: pare in effetti non discutibile la considerazione per cui la lettera della norma dell'art. 2359 c.c. individui il controllo in relazione ad un soggetto dominante. D'altro canto, non si

¹⁴¹ Sul punto v. NOTARI - BERTONE, *Sub art. 2359 c.c.*, in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società. Azioni*, Milano, 2006, pag. 682; SBISÀ, "Società controllate e società collegate", in *Contr. e impr.*, 1997, pag. 344 e SPOLIDORO (*supra*, nt. 104), pag. 488.

¹⁴² NOTARI - BERTONE (*supra*, nt. 141), pag. 683 che utilizzano anche le espressioni "co-controllo" e "controllo plurimo disgiunto".

¹⁴³ NOTARI - BERTONE (*supra*, nt. 141), pag. 684 e SBISÀ (*supra*, nt. 141), pag. 358.

¹⁴⁴ Trib. Milano, 19 dicembre 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, pag. 412 e in *Soc.*, 1987, pag. 599.

direbbe coerente, in linea teorica, l'affermazione del controllo di diritto da parte di una società che non detenga la maggioranza in assemblea da sola, né l'affermazione del controllo di fatto ove la società dominante non sia capace di esprimere la propria influenza salvo che raccolga delle alleanze intorno a sé medesima.

Vi è di più. Oltre alla presunta incompatibilità letterale del controllo congiunto con la norma dell'art. 2359 c.c., a suffragio della tesi dell'irrelevanza della conclusione di un patto parasociale ai fini dell'applicazione della disposizione citata si porrebbero ulteriori argomenti, tra i quali: (i) l'impossibilità di ricondurre il controllo che deriva da un patto parasociale a quello esterno del n. 3 dell'art. 2359, co. 1, c.c. e (ii) la norma dell'art. 26, d. lgs. n. 127 del – 1991, che richiama espressamente il controllo da sindacato, così determinandone l'estraneità rispetto al campo applicativo della norma generale¹⁴⁵.

Ciò posto, occorre rilevare come altra parte della dottrina abbia ritenuto preferibile negare l'interpretazione letterale dell'art. 2359 c.c., a favore di un'interpretazione teleologica della medesima norma, considerando quindi i risultati che il legislatore intende perseguire con la disciplina in esame¹⁴⁶.

La definizione di controllo congiunto, come anticipato, è quindi espressamente prevista nel c.d. codice appalti. I requisiti indicati dalla norma sono il risultato di una stratificazione prodotta dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, giunta a ritenere che affinché potesse farsi luogo al controllo analogo occorresse l'esercizio di un'influenza decisiva sugli indirizzi strategici e sulle decisioni significative del soggetto affidatario (tale da escludere la sostanziale terzietà dell'affidatario rispetto al soggetto affidante)¹⁴⁷.

Sempre ad avviso della giurisprudenza, le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza potevano esercitare il controllo analogo in modo congiunto con le altre, a condizione che venissero soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;

¹⁴⁵ Cfr. RESCIO (*supra*, nt. 117), pag. 682.

¹⁴⁶ CARIELLO, "Controllo congiunto" (*supra*, nt. 139), pag. 130; DONATIVI (*supra*, nt. 110), pag. 1262; LAMANDINI (*supra*, nt. 107), pag. 150 e SPOLIDORO (*supra*, nt. 104), pag. 478.

¹⁴⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 30/01/2015, n. 298, in *www.iusexplorer.it* e Consiglio di Stato, sez. III, 27/04/2015, n. 2154, in *www.iusexplorer.it*.

- b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato;
- c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

Come si può osservare, tali principi sono stati ripresi dalla norma di cui all'art. 5, co. 5, lett. a), b) e c) del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ma è opportuno rilevare come i medesimi fossero stati già codificati dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti che, ancor prima di essere recepita (essendo ancora in corso il termine relativo per l'incombente), appariva – ad avviso di una certa giurisprudenza¹⁴⁸ – sufficientemente dettagliata da non presentare dubbi sulla sua concreta attuazione.

In verità, a prescindere dalla diretta applicabilità o meno delle disposizioni della direttiva citata (e nonostante il mancato recepimento dall'ordinamento nazionale entro i termini stabiliti dalla medesima direttiva), si è ritenuto che la medesima ribadisse quanto già stabilito dalla giurisprudenza comunitaria¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Così Consiglio di Stato, sez. II, 30/01/2015, n. 298, in *www.iusexplorer.it*.

¹⁴⁹ V. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 23/12/2016, n. 2474, in *www.iusexplorer.it*, ove si legge: “Al di là dei problemi correlati alla diretta applicabilità o meno delle disposizioni ora richiamate, nonostante il loro mancato recepimento dall'ordinamento nazionale entro i termini stabiliti dall'art. 51 della direttiva medesima - problema in ordine al quale la giurisprudenza nazionale ha già evidenziato che la direttiva appare di carattere sufficientemente dettagliato e tale da consentirne la diretta attuazione ... - resta fermo che la nuova disciplina ribadisce e conferma quanto già enucleato dalla giurisprudenza comunitaria. Ne consegue che, anche alla luce della nuova disciplina comunitaria, è confermato che nel c.d. «in house» pluripartecipato le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il controllo analogo in modo congiunto con le altre, a condizione che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: «a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti; b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato; c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti»”. Nella vicenda oggetto della pronuncia richiamata, lo statuto della società consentiva al socio di maggioranza, da un lato, di imporre le proprie scelte ai soci di minoranza (già a partire dalla nomina dell'organo amministrativo), dall'altro, di orientare le decisioni strategiche e più importanti dell'ente, in virtù del controllo dell'assemblea ordinaria, non soltanto in forza della titolarità della maggioranza assoluta del capitale, ma anche “mediante la necessaria conservazione della posizione di controllo *ex art. 2359 c.c.*”. Secondo quanto indicato nella sentenza, tale assetto non rifletterebbe i requisiti enucleati dalla Corte di Giustizia in ordine alla consistenza del controllo analogo congiunto in presenza di una società pubblica a capitale frazionato, poiché le pubbliche amministrazioni partecipanti non sarebbero poste su un piano paritetico. La definizione delle scelte gestionali della società sarebbero influenzate in modo decisivo dalle prerogative riservate ad uno solo dei soci pubblici.

L'art. 12 della direttiva citata – alla lett. a) – richiede che venga soddisfatta la condizione per cui “l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi” ritenendo che “un'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata”, coerentemente con quanto affermato dalla Corte Giust. UE, sez. I, 13 ottobre 2005, sopra richiamata.

La direttiva 2014/23/UE parla, invece, di influenza “decisiva” all'art. 17, ma pare potersi affermare che non sia possibile attribuire alla norma in parola un significato diverso di quello contenuto nella direttiva 2014/24/UE, alla luce della medesima *ratio legis* a fondamento delle disposizioni e dell'utilizzo del termine “determinante” nel medesimo art. 17 in riferimento al controllo congiunto.

1.4. Il controllo negativo

Il TUSPP definisce varie declinazioni della fattispecie del controllo. Una prima classificazione è dedicata al «controllo» inteso in senso generale, cioè riferito alla situazione descritta dall'art. 2359 c.c., precisandosi che il medesimo possa sussistere anche quando venga richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo per assumere le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale¹⁵⁰; la seconda definizione si riferisce al «controllo analogo», quale situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, attraverso un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative della società controllata¹⁵¹; infine, una terza fattispecie di controllo riportata nel testo unico è quella del «analogo congiunto», che ricorre ove l'amministrazione eserciti

Rimarrebbe il potere di ciascuna delle pubbliche amministrazioni socie di influenzare la gestione del servizio affidato una società, ma tale prerogativa si riflette “solo su un particolare servizio e non sulle determinazioni strategiche dell'ente”.

¹⁵⁰ Il legislatore del TUSPP precisa che ciò può avvenire “in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali”, di ciò si darà evidenza nel corso dei successivi paragrafi.

¹⁵¹ Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante;

congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi¹⁵².

Come pare evidente, il legislatore del TUSPP adotta una tecnica mista per indicare le varie classificazioni del controllo: da un lato, alle lett. b) e d) prevede dei rinvii con alcune specificazioni, dall'altro, alla lett. c) indica espressamente una propria definizione.

Ciò posto, evidenziata la tecnica legislativa utilizzata nel testo unico in esame, si vuole sottolineare come lo stesso legislatore non si sia occupato di regolare il rilievo del c.d. controllo negativo.

Tale circostanza impone all'interprete di domandarsi, in prima battuta, se possa verificarsi una fattispecie di controllo per così dire negativa e inoltre, in seconda battuta, se la sussistenza di tale istituto rilevi ai fini dell'applicazione delle norme dettate nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica.

Il concetto di controllo negativo è stato affrontato dalla dottrina tedesca.

Si prospetti l'ipotesi in cui il titolare di una partecipazione sociale sia in grado di impedire, attraverso l'esercizio di un potere di veto previsto dallo statuto sociale, l'eventuale influenza dominante dell'altro socio.

Qualora si propendesse per la irrilevanza ai fini dell'applicazione delle norme del TUSPP del controllo c.d. "negativo", occorrerebbe argomentare la propria posizione in ragione delle medesime considerazioni sviluppate dalla dottrina in tema di esclusione della possibilità di configurare un controllo congiunto ai sensi dell'art. 2359 c.c.¹⁵³. Ci si riferisce alla considerazione per cui il concetto di controllo (come quello di influenza dominante) sarebbe caratterizzato da una esclusiva capacità di gestione della società, posta – per così dire – a garanzia della stabilità e della continuità dell'esercizio dello stesso controllo¹⁵⁴ (e della stessa influenza dominante). La facoltà di impedire l'approvazione delle deliberazioni attraverso il proprio voto non sarebbe quindi suscettibile di rilievo ai fini dell'applicazione della disciplina dettata dal TUSPP, poiché il concetto di "dominio" andrebbe ricollegato necessariamente ad un'attività positiva, quale l'imposizione della

¹⁵² Come si è già indicato, il TUSPP contiene, in questa disposizione, un rinvio alle norme del c.d. codice degli appalti. Si afferma, infatti, che il controllo analogo congiunto si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 5, co. 5, del d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

¹⁵³ Il tema è stato affrontato nel precedente par. 1.3.

¹⁵⁴ I requisiti di stabilità e continuità sono richiamati da SBISÀ, *sub* art. 2359 c.c., in *Società per azioni, Società per azioni, Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1997, pag. 474.

propria volontà agli altri membri dell'assemblea. Tale lettura, relativamente alla fattispecie di cui all'art. 2359 c.c., pare confermata dalla Relazione al d.lgs. n. 127 del 9 aprile 1991, ove si indica che il controllo esercitato da soggetti distinti comporta l'inesistenza dell'influenza dominante in capo a ciascuno.

Parallelamente, a ben vedere, al fine di sostenere la suscettibilità del controllo c.d. "negativo" alla configurazione di una forma di controllo sarebbe necessario ripercorrere le ragioni poste a sostegno della tesi per cui la norma dell'art. 2359 c.c. comprenderebbe anche le ipotesi in cui il controllo sia esercitato da più di un soggetto¹⁵⁵. Come si è anticipato, l'argomento principale a sostegno dell'impostazione in esame è quello della interpretazione c.d. teleologica della disposizione dettata dal codice civile in tema di controllo: il legislatore intende regolare la fattispecie in cui viene esercitato un potere di influenza sull'impresa, a prescindere dal fatto che il medesimo sia posto in capo ad uno o più soggetti, sicché dovrebbe superarsi il tenore letterale della norma a favore di una interpretazione che ricomprenda la fattispecie del controllo congiunto nel campo applicativo dell'art. 2359 c.c.¹⁵⁶. Un'ulteriore ragione a suffragio della tesi in esame sarebbe individuabile nella ricostruzione della nozione di controllo alla stregua di un "tipo", cosicché l'influenza dominante o determinante ricomprenderebbe qualsiasi forma di manifestazione di quella fattispecie di potere, sia che abbia natura solitaria, sia che abbia natura congiunta¹⁵⁷.

Alla luce di quanto esposto e aderendo alla seconda delle impostazioni illustrate, la configurazione del controllo parrebbe determinarsi in ogni ipotesi in cui la formazione della volontà del controllante sia legata – qualsiasi sia la modalità – al concorso di un determinato soggetto che, per tale ragione, assume la qualità di titolare del controllo¹⁵⁸.

Tale conclusione, tuttavia, pare prestare il fianco all'obiezione che segue. In presenza di un assetto proprietario totalmente frammentato potrebbe formarsi una maggioranza in ragione di accordi che non hanno natura di patto parasociale o che addirittura risultino da fatti

¹⁵⁵ CARIELLO, "Controllo congiunto" (*supra*, nt. 110), pag. 130; DONATIVI (*supra*, nt. 110), pag. 1262; LAMANDINI (*supra*, nt. 107), pag. 150 e SPOLIDORO (*supra*, nt. 104), pag. 478.

¹⁵⁶ In tale senso v. soprattutto CARIELLO "Controllo congiunto" (*supra*, nt. 110), pag. 130.

¹⁵⁷ È questa la teoria prospettata da LAMANDINI (*supra*, nt. 107), pag. 124.

¹⁵⁸ Accoglie la medesima impostazione GUERRERA (*supra*, nt. 110), pag. 3.

concludenti: una simile fattispecie non parrebbe configurare un centro di controllo ai sensi del TUSPP, sicché non si determinerebbe una società a controllo pubblico.

Pertanto, deve correggersi l'affermazione appena esposta, ove si indicava che ogni eventualità in cui la formazione della volontà assembleare fosse legata – qualsiasi sia la modalità – al concorso di un determinato soggetto, quest'ultimo, per tale ragione, assumesse la qualità di titolare del controllo.

È, infatti, necessaria la sussistenza di un centro di imputazione del controllo che abbia natura unitaria o congiunta: l'influenza determinante potrà svolgersi anche in via diretta, ma qualora sia esercitata congiuntamente da più di un soggetto dovranno ricorrere le condizioni dettate dall'art. 5, co. 5, d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016. Detto centro di imputazione non sarebbe rilevabile ove il capitale sociale fosse frammentato e non fossero stati stipulati patti parasociali, pertanto non potrebbero applicarsi le norme in tema di società a controllo pubblico, ma quelle dettate per le società a partecipazione pubblica¹⁵⁹.

2. Il controllo e i patti parasociali – 2.1. I patti parasociali come strumento per soddisfare il requisito del controllo analogo

Le “convenzioni con cui i soci o alcuni di essi attuano un regolamento di rapporti difforme o complementare rispetto a quello previsto dall'atto costitutivo o dallo statuto della società”¹⁶⁰ sono regolate dal legislatore del codice civile agli artt. 2341-*bis et ter*, nella sezione dedicata ai “patti parasociali”¹⁶¹.

¹⁵⁹ Il riferimento corre al par. 1.4. del cap. I della presente trattazione, in cui si illustrava l'ordine logico di specialità contenuto nel TUSPP, ove sono presenti *genus* (società a partecipazione pubblica), *species* (società a controllo pubblico) e *subspecies* (società *in house*) di società.

¹⁶⁰ Così OPPO, *Contratti parasociali* (Milano, 1942), pag. 1.

¹⁶¹ Sul tema v. BONELLI - JAEGER, *Sindacati di voto e sindacati di blocco* (Milano, 1993), pag. 1; CAGNASSO, “La *governance* delle società a partecipazione pubblica: statuti e patti parasociali”, Relazione tenuta il 24 settembre 2013 a Roma e il 10 ottobre 2013 a Milano in occasione del Convegno organizzato da Paradigma su “La disciplina delle società a partecipazione pubblica dopo gli interventi legislativi e giurisprudenziali”, in *Il nuovo diritto delle società*, 2016, 7, pag. 60; CARIELLO (*supra*, nt. 129), pag. 1; COSTI, “I patti parasociali e il collegamento negoziale”, in *Giur. comm.*, 2004, I, pag. 200; FARENGA, *I contratti parasociali* (Milano, 1987), pag. 1; LAURINI, “Il ruolo degli statuti e dei patti parasociali nella fase genetica e funzionale delle società pubbliche”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 117; MALTONI - RUOTOLO, “La costituzione di nuova società a partecipazione mista pubblica – privata: statuti delle s.p.a., delle s.r.l., speciali categorie di azioni e patti parasociali (art. 17 T.U. società a partecipazione pubblica)”, Studio di Impresa n. 298-2016/I, Consiglio Nazionale del Notariato, in www.notariato.it; PAVONE LA ROSA, “I patti parasociali nella nuova disciplina

I patti parasociali si caratterizzano per un duplice profilo: il primo è quello della regolamentazione di situazioni giuridiche che derivano dal contratto sociale e il secondo è la loro collocazione all'esterno (o, per così dire, a lato) dello stesso contratto sociale¹⁶².

Il d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (noto anche come testo unico sull'intermediazione finanziaria, d'ora in avanti TUF) contiene alcune norme in tema di patti parasociali stipulati tra gli azionisti di società quotate o di società che controllano quotate, gli artt. 122 e 123. La lettera dell'art 122 TUF indica un espresso riferimento ai patti parasociali stipulati in qualunque forma e aventi ad oggetto il solo esercizio di voto.

Pare quindi più ampia la fattispecie di cui agli artt. 2341-*bis et ter* c.c. ove l'oggetto del patto parasociale viene riferito non soltanto al diritto di voto, ma anche al trasferimento delle partecipazioni sociali e all'esercizio di un'influenza dominante.

Si è rilevato come la medesima *ratio* sottenda le due discipline ora citate¹⁶³, secondo un duplice ordine di ragioni: da un lato, indicare la durata *ex lege* dei patti e, dall'altro, prevedere un determinato livello di trasparenza attraverso adeguate forme di pubblicità. Possiamo dunque distinguere due diverse specie di patti parasociali. I primi dettati per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e quindi soggetti alle norme del codice civile, i secondi relativi alle società che non rientrano nella fattispecie predetta: (i) mentre l'art. 2341-*bis* c.c. indica in cinque anni il termine massimo dei patti parasociali, l'art. 122 TUF prevede tre anni quale medesimo termine per i patti stipulati tra gli azionisti di società quotate o di società che controllano quotate; (ii) se i primi debbono essere

della società per azioni”, in *Giur. comm.*, 2004, I, pag. 5; PICCIAU, *Sub art. 2341-bis c.c.*, in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007, pag. 324; G.A. RESCIO, “I patti parasociali”, in *L'arbitrato. I patti parasociali. Prospettive per il notariato*, Milano, 1989, pag. 83; ID. (*supra*, nt. 117), pag. 621; ID., “La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario”, *Riv. soc.*, 2002, fasc. 4, pag. 841; ID., “La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)”, in *Riv. soc.*, 1991, fasc. 2-3, pag. 596; SALAFIA, “I patti parasociali nelle società non quotate”, in *Soc.*, 2005, pag. 945; SBISÀ, “Patti parasociali e responsabilità degli amministratori”, in *Contr. e impr.*, 1996, pag. 447 e TRICOLI, “I patti parasociali”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 319.

¹⁶² Così RESCIO “I sindacati di voto” (*supra*, nt. 161), pag. 596 e ID., “I patti parasociali”, in *Riv. not.*, 2002, fasc. 2, pt. 1, pag. 317. L'a. osserva, da un lato, come sia sempre necessaria la presenza di almeno un socio tra le parti del patto parasociale, sicché almeno una parte del contratto sociale deve partecipare anche alla convenzione, in ragione del “collegamento ... esistente tra i due negozi; mentre, dall'altro lato, sussiste una “separazione e contrapposizione” tra il negozio sociale e quello parasociale.

¹⁶³ PICCIAU (*supra*, nt. 161), pag. 324.

comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea, per i secondi (quelli relativi le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) è previsto un maggior grado di trasparenza e pubblicità.

La riforma del diritto societario del 2003 ha disciplinato l'efficacia dei patti parasociali, riconoscendone, implicitamente, una validità in via generale (confermata, peraltro, dal tenore letterale degli artt. 122 - 124 TUF). Deve però ricordarsi come non possano ritenersi validi quei patti dai quali nascono obbligazioni contrarie alle norme poste a tutela di interessi generali: comprendendosi quindi sia norme generali, sia norme dettate in materia di società. A titolo di esempio, si è soliti ricordare i seguenti patti tra quelli da ritenersi invalidi secondo quanto ora illustrato: quelli secondo i quali i contraenti si impegnano (i) a non esercitare il diritto di recesso riconosciuto dalla legge o dallo statuto, (ii) a votare secondo le indicazioni date dall'organo amministrativo e (iii) a non votare la riduzione del capitale per perdite di esercizio.

I patti parasociali sono veri e propri contratti, dai quali sorgono obbligazioni e diritti e il cui inadempimento comporta responsabilità. Conseguentemente, alla stregua di tutti gli accordi, anch'essi devono avere un oggetto lecito, possibile e determinato o determinabile ed una causa lecita, così come previsto agli artt. 1343 - 1349 c.c. (norme dettate, com'è noto, per i contratti in generale).

Il legislatore della riforma ora citata ha previsto all'art. 2341-*bis* c.c.¹⁶⁴ i patti da assoggettare alla disciplina di cui sez. III *bis* del capo V dedicato alla società per azioni, citando espressamente:

(a) quelli che hanno ad oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle assemblee delle società per azioni e in quelle delle società, anche non azionarie, che le controllano. Tali patti parasociali hanno la funzione di far convergere i voti espressi dalle azioni possedute dai contraenti in maniera da esprimere in assemblea un voto unitario. Si noti come il voto espresso in ragione della convenzione non deve necessariamente raggiungere la maggioranza, ben potendosi perseguire il fine di assumere una posizione più forte in assemblea che si contrapponga ai voti espressi dagli altri soci;

(b) quelli che pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano: si tratta dei patti che hanno originato le clausole statutarie di

¹⁶⁴ RESCIO "I sindacati di voto" (*supra*, nt. 161), pag. 596.

gradimento e di prelazione. La causa di queste convenzioni si deve ricondurre alla limitazione del potere di disposizione del socio sulle partecipazioni con il fine di assicurare la compattezza e la conservazione dell'originaria compagine sociale;

(c) quelli, infine, che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio, anche congiunto, di una influenza dominante sulla società, anche non azionaria, che la controlla. Tali patti vengono stipulati per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, quale obiettivo primario, al fine di raggruppare i voti espressi delle azioni c.d. sindacate, così da esercitare un'influenza dominante nell'assemblea oppure per raggiungere un diverso scopo principale; inoltre, con l'ulteriore fine di utilizzare in assemblea i voti delle azioni sindacate per tutelare gli interessi dei soci, purché tuttavia si produca, come effetto, anche un'influenza dominante nell'assemblea della società.

Pare doversi ritenere che il novero di patti parasociali indicati dal legislatore della riforma non sia volto ad escludere il riconoscimento di validità a convenzioni aventi un contenuto diverso da quello citato dalla norma dell'art. 2341-*bis* c.c., ma intenda assoggettare i medesimi alla disciplina ivi contenuta (che è, sostanzialmente, stata ripresa da quella del TUF).

Il legislatore della riforma ha dettato una disciplina che prevede la limitazione a cinque anni dell'efficacia dei patti parasociali, facendo tuttavia salvi quelli privi di un termine di scadenza. In questa seconda fattispecie, quale contrappeso, viene riconosciuto a ciascuno dei contraenti il diritto di recesso, purché venga esercitato con un preavviso di 180 giorni.

L'art. 2341-*bis*, co. 3, c.c.¹⁶⁵ prevede che le disposizioni contenute nei commi 1 e 2 del medesimo articolo non si applichino ai patti parasociali caratterizzati dalla strumentalità ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo. Tali patti hanno senz'altro natura parasociale, in quanto la loro efficacia deve coordinarsi con il funzionamento della società cui sono riferiti, ma si caratterizzano per la presenza di due elementi: da un lato, non hanno rilevanza rispetto alla formazione della volontà assembleare, perché le assemblee sono costituite con la partecipazione di tutti i contraenti del patto, che non si oppongono ad altri soci o gruppi di soci, dall'altro lato, la loro funzione è quella di

¹⁶⁵ RESCIO "I sindacati di voto" (*supra*, nt. 161), pag. 596.

organizzare l'intervento dei contraenti per agevolare l'attività produttiva della società (si pensi, a titolo di esempio, alla fornitura di capitali o servizi).

I patti parasociali indicati all'art. 2341-*bis*, co. 1, c.c., stipulati al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o la *governance* della società, qualora ineriscano una società che ricorre al mercato del capitale di rischio (o ad una società che la controlla), devono essere comunicati alla società e dichiarati in apertura di ciascuna assemblea: tale dichiarazione deve trascriversi nel verbale e ed essere depositata presso l'ufficio del registro delle imprese. Nell'ipotesi in cui la dichiarazione venga omessa, i soggetti che hanno sottoscritto la convenzione assisterebbero alla privazione del proprio diritto di voto e una loro eventuale espressione, ove risulti determinante nell'approvazione della deliberazione, renderebbe la medesima annullabile, secondo la norma dell'art. 2377 c.c.

Nonostante la circostanza per cui i patti parasociali siano stati previsti e regolati soltanto nella disciplina dedicata alla s.p.a. e il legislatore non abbia previsto alcuna disposizione tra le norme dettate dal codice civile in materia di s.r.l., si ritiene pacificamente che tali convenzioni possano stipularsi anche tra i soci di quest'ultimo tipo sociale.

A tale risultato si giunge, da un lato, in considerazione del riconoscimento, per così dire "generale", della validità dei patti parasociali e, dall'altro, dal tenore letterale delle norme di cui agli artt. 2341-*bis et ter* c.c., nelle quali si estendono espressamente le previsioni ivi contenute anche ai patti che concernono società che controllano una s.p.a. In queste previsioni manca qualsiasi riferimento al tipo sociale relativo alle società controllanti, sicché si può desumere che il legislatore della riforma abbia inteso riferirsi a tutte le società di capitali, compresa quindi la s.r.l.¹⁶⁶.

¹⁶⁶ In ordine ai patti parasociali si può rilevare come la specifica causa che li connota e giustifica generi ricadute sull'efficacia dei medesimi: (a) quelli relativi all'esercizio del diritto di voto in assemblea obbligano i contraenti a rispettare le istruzioni che saranno prestate, mentre (b) nelle altre convenzioni, ciascun contraente sarà obbligato a tenere la condotta cui si è impegnato, conformemente a quanto si verifica in ogni contratto. Dottrina e giurisprudenza, in un momento successivo a quello della negazione della legittimità delle c.d. convenzioni di voto, conservarono la loro posizione originaria rispetto a quelli in cui si rendevano vincolanti per tutti i contraenti le decisioni assunte con la maggioranza, in quanto per effetto del patto, una minoranza assembleare, che avesse avuto in seno al gruppo del sindacato una maggioranza, avrebbe sostanzialmente "governato" l'assemblea, potendone determinare l'assunzione di che invece sarebbero state respinte in assenza del predetto sindacato. Si voleva, facendone un esempio anche numerico, evitare che un'assemblea potesse essere assoggettata ad un 25,1% del capitale sociale, quale quota di maggioranza in una convenzione di voto che raccogliesse il 50,1% del medesimo capitale sociale: com'è evidente, in questa prospettiva, una minoranza assumerebbe il "controllo" delle deliberazioni assembleari. L'impostazione,

che possiamo ritenere oggi pacifica, ritiene che anche i patti c.d. “a maggioranza” siano legittimi, in quanto espressione di una libera scelta dei soggetti contraenti, anche per ciò che concerne l’adeguamento della minoranza alle decisioni sul voto della maggioranza; si ritiene, infatti, che il parasocio in minoranza all’interno della convenzione conservi la libertà di voto in assemblea sicché tali patti devono ritenersi legittimi quanto quelli “all’unanimità”. Nelle convenzioni che non regolano l’esercizio del diritto di voto, il vincolo che sorge a seguito della sottoscrizione del patto comporta, per ciascuno dei contraenti, responsabilità in caso di inadempimento dell’obbligazione assunta nei confronti degli altri: in questa categoria di convenzioni non è necessario il ricorso ad alcuna adunanza dei parasoci, né occorre alcuna decisione da assumere relativamente al futuro comportamento che ciascuno di loro dovrà tenere. Si pensi ad un sindacato di prelazione o ad un sindacato di blocco: ciascun parasocio è tenuto all’osservanza di una particolare procedura prevista nel patto parasociale. Ciò posto, si osservi come relativamente a ciascuna categoria di patti può prospettarsi, da un lato, la questione problematica dell’individuazione dei requisiti entro i quali si possa chiedere la tutela giudiziaria in presenza di inadempimenti e, dall’altro, la ricerca degli strumenti di tutela medesima. Quest’ultima implica un esame preliminare circa l’efficacia dei patti: come si è ripetuto, dottrina e giurisprudenza – salva qualche eccezione – concordano nell’accoglimento della natura obbligatoria di tale efficacia; gli effetti del negozio, a prescindere dall’oggetto, non sono opponibili alla società né ad altri soggetti terzi, ma riguardano soltanto le parti. Pertanto, nella fattispecie della convenzione di voto, un’eventuale violazione dell’obbligo di votare in assemblea conformemente a quanto ha stabilito la maggioranza dei membri del patto parasociale da parte di un socio (o da più soci) del sindacato, non produrrà effetti sulla validità della deliberazione assunta dall’assemblea, neanche ove si tratti di un voto determinante. Come anticipato, il rimedio apprestato dall’ordinamento è quello della possibilità, per gli altri sottoscrittori del patto, di chiedere al socio inadempiente il risarcimento del danno: pare evidente l’insufficienza di una siffatta tutela, ove si pensi come la deliberazione assembleare sia stata ormai definitivamente assunta e, in qualche modo, sono stati raggiunti risultati diversi da quelli per i quali è sorto il patto parasociale. Ma un’impostazione contraria all’efficacia obbligatoria dei patti parasociali, che accogliesse un’efficacia reale dei medesimi non risulta sostenibile, in quanto condurrebbe ad una opponibilità del patto a tutti i terzi estranei al vincolo pattizio (ivi compresa la società), senza quindi rispettare il principio di relatività degli effetti del contratto. Alla luce di questo elemento, l’individuazione dei limiti della tutela giudiziaria apprestata alla parte non inadempiente deve partire da questo dato di partenza. Sotto un primo aspetto, volendo considerare le convenzioni di voto “a maggioranza”, non si può immaginarsi un’azione che imponga in concreto il rispetto della decisione di voto assunta a maggioranza, (anche ove il socio sia dissenziente) contro il parasocio inadempiente, perché, da un lato, la tutela arriverebbe in un momento successivo rispetto al tempo di assunzione della deliberazione assembleare, stante la necessità di un intervento giudiziario e, dall’altro, perché l’ordinamento non dispone di mezzi che possano essere utilizzati per costringere il socio contrario a rispettare una decisione assunta all’interno del patto, non potendosi immaginare l’utilizzo di uno strumento analogo, con le dovute differenze, a quello dettato all’art. 2932 c.c. (in tema di esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto), come si vedrà infra. Sotto un altro aspetto, invece, non potrebbe ritenersi ammissibile neanche una tutela di natura cautelare: com’è noto, infatti, ciò che non può essere il risultato di un provvedimento definitivo, non può raggiungersi con un provvedimento anticipatorio e provvisorio come quello cautelare. Una certa dottrina ha sostenuto, in proposito, l’esistenza di una tutela in forma specifica del diritto del sottoscrittore della convenzione al rispetto della convenzione di voto, prospettando l’utilizzo della norma contenuta all’art. 2932 c.c., che permette al giudice di determinare, con una sentenza, gli effetti di un contratto non concluso a causa dell’arbitraria condotta di uno dei soggetti obbligati alla stipulazione. In altri termini, la sentenza dovrebbe produrre gli effetti di una dichiarazione di voto in assemblea conforme alla decisione della maggioranza del sindacato. Ma come si è anticipato, pare evidente come lo strumento appena citato non sia compatibile con la fattispecie in esame, in quanto la pronuncia del giudice *ex art. 2932 c.c.* comporta la realizzazione di una situazione i cui effetti incidono nella sfera giuridica dei soggetti destinatari di quegli effetti. Diversamente, nella fattispecie in parola, un’eventuale

Al fine di concludere la disamina relativa alla disciplina dei patti parasociali si intende affrontare brevemente il tema del diritto di recedere dai medesimi e il regime pubblicitario dei medesimi.

Anzitutto, come anticipato, il recesso è riconosciuto a ciascuno degli aderenti ad una convenzione senza termine e, ove si tratti di un patto che concerne una società quotata nei mercati regolamentati, a coloro che intendano aderire ad una offerta pubblica di acquisto. Mentre in quest'ultima ipotesi non è necessario procedere alla comunicazione di un preavviso, ma il recesso è da intendersi condizionato sospensivamente al perfezionamento del contratto di cessione delle azioni come previsto dal programma di offerta pubblica di acquisto ai sensi dell'art. 123 TUF, nella prima fattispecie (quella della convenzione priva di un termine), la dichiarazione di recesso deve pervenire agli altri contraenti con un preavviso di 180 giorni a norma dell'art. 2341-*bis*, co. 2, c.c.¹⁶⁷.

Com'è evidente, il recesso di un parasocio può ben comportare lo scioglimento dell'intero negozio nell'ipotesi in cui sia stato contratto soltanto da due soci, ma sia stato sottoscritto

dichiarazione da parte del giudice dell'effetto mancato, a causa della inadempienza del socio aderente al patto, dovrebbe avvenire nei confronti della società, di cui l'assemblea è un organo, sebbene essa sia estranea al gruppo di soggetti vincolati dal patto violato e dedotto in causa. Un provvedimento giudiziale che intervenisse in maniera tempestiva sostituirebbe l'espressione del voto da parte del parasocio inadempiente nella stessa adunanza assembleare, perché quest'ultimo – pur essendo legittimato ad intervenire – non potrebbe concorrere alla formazione delibera e il suo voto risulterebbe espresso mediante un atto giudiziario, che non si viene ricompreso tra i prospettabili elementi costitutivi di una deliberazione assembleare. Sul punto è possibile osservare come, nelle vicende in cui è stata invocata al fine di irrogare provvedimenti di natura cautelare, l'autorità giudiziaria si è pronunciata negativamente. Tuttavia, non può non registrarsi una giurisprudenza di merito che ha accolto il ricorso cautelare proposto da alcuni soci ordinando al socio di votare in piena conformità rispetto a quanto assunto nel patto di sindacato. Alla luce della scarsa tutela prestata nei confronti della violazione delle convenzioni parasociali, la prassi ha visto l'elaborazione di alcuni strumenti giuridici alternativi, tra i quali l'instestazione fiduciaria delle azioni sindacate ad un soggetto (persona fisica o persona giuridica), alla quale si impone attraverso un patto fiduciario di votare nelle assemblee in piena conformità delle disposizioni assunte nel patto parasociale. Quanto si è illustrato finora vale per le c.d. convenzioni di voto, mentre per i patti parasociali aventi un contenuto diverso la tutela prospettabile potrebbe essere più efficace di quella sopra descritta, tuttavia dovranno vedersi i limiti di compatibilità della medesima tutela sia con il loro oggetto, sia con il tempo in cui tale tutela viene richiesta. Sul punto, si è soliti pensare all'ipotesi, a titolo di esempio, in cui si sia stipulato un c.d. sindacato di blocco e uno dei parasoci sia consapevole dell'intenzione di un altro parasocio di non offrirgli in prelazione la propria partecipazione: il primo potrebbe in astratto domandare al giudice il sequestro giudiziario della partecipazione in via cautelare, in attesa che venga accertata la fondatezza della propria pretesa con un giudizio di merito, ma ove il medesimo divenga consapevole della violazione della convenzione quando il trasferimento a favore del terzo è già avvenuto, non sarà prospettabile alcuna forma di tutela diversa da quella del risarcimento del danno in suo favore.

¹⁶⁷ RESCIO "I sindacati di voto" (*supra*, nt. 161), pag. 596.

da più di due soggetti si assisterà alla sola riduzione quantitativa della compagine contrattuale.

Il recesso non è certamente privo di conseguenze nell'ipotesi in cui la riduzione del numero dei membri sottoscrittori della convenzione comporti ricadute sulla stessa utilità del patto, soprattutto nell'ipotesi in cui oggetto del medesimo sia l'espressione del voto in assemblea. Qualora, infatti, il numero dei voti che rimarrebbe oggetto della convenzione fosse insufficiente a livello quantitativo alla prosecuzione delle determinazioni che venivano assunte nelle votazioni assembleari prima del recesso di uno dei parasoci, pare evidente che gli altri membri avranno l'interesse di sciogliere definitivamente il patto parasociale (a tal fine, lo si ricorda, sarebbe necessario acquisire il consenso di tutti gli aderenti) oppure di tentare di farvi aderire altri soggetti, che vi apportino un numero di voti sufficiente a "coprire" la predetta mancanza.

La decisione di sciogliere la convenzione dovrà essere comunicata alla società al fine di evitare che i voti sindacati rimangano soggetti alla disciplina prevista in presenza di un patto parasociale, in conseguenza della mancata dichiarazione del patto nell'assemblea successiva allo scioglimento.

Data la natura della dichiarazione (e il suo riferimento al patto parasociale) è da ritenersi, inoltre, opportuna, la dichiarazione dell'avvenuto scioglimento e il successivo deposito della deliberazione presso il Registro delle imprese, così da adempiere quegli obblighi di informazione al pubblico coerentemente desumibili dall'apparato normativo del codice civile.

Come è stato anticipato, l'efficacia dei patti parasociali che hanno ad oggetto la formazione della volontà assembleare è stata discussa, in considerazione della circostanza per cui tali convenzioni sono state, in passato, ritenute inammissibili¹⁶⁸.

L'evoluzione delle tesi che hanno condotto al riconoscimento della loro validità da parte del legislatore è avvenuta con la contemporanea imposizione di obblighi idonei a permettere agli altri soci e ai terzi la conoscenza dei medesimi, così garantendo agli altri soci e ai terzi il diritto all'informazione e permettendogli di elaborare delle eventuali misure per reagire agli effetti del sindacato. Vi è di più: la conoscenza, da parte degli altri soci o di chi volesse entrare a far parte della compagine societaria, è necessaria tanto per

¹⁶⁸ FARENGA (*supra*, nt. 161), *passim* e OPPO (*supra*, nt. 160), *passim*.

valutare l'opportunità di rimanere socio o di perdere tale qualifica, tanto per elaborare misure adeguate al confronto e alla contrapposizione con il gruppo dei parasoci che hanno sottoscritto la convenzione.

Rispetto invece alle convenzioni parasociali che prevedono limitazioni al trasferimento delle partecipazioni sociali, si ritiene, invece, che la loro conoscenza da parte degli altri soci e dei terzi occorra per procedere ad una valutazione con maggiore completezza circa l'opportunità di acquistare partecipazioni oggetto di sindacato, posto che si assumerebbe il rischio di essere coinvolti, nell'inadempimento del patto parasociale da parte del socio cedente e quindi nel risarcimento del danno, che eventualmente verrebbe proposto dagli altri soci sindacati.

La norma prevista dal legislatore della riforma del 2003 pone in capo ai parasoci l'onere di dichiarare in ogni assemblea, sia ordinaria, sia straordinaria, la sussistenza del patto parasociale, al fine di conservare il proprio diritto di voto; per la società, invece, la norma dell'art. 2341-*ter* c.c. stabilisce l'obbligo di procedere al deposito presso il Registro delle imprese del verbale della deliberazione (indipendentemente dalla soggezione al deposito o all'iscrizione presso il medesimo Registro). Nonostante non sia testualmente contenuto nella disposizione in esame, si ritiene che la dichiarazione di cui all'art. 2341-*ter* c.c. non potrà constare nella sola enunciazione dell'esistenza della convenzione, ma debba prevedere la comunicazione sia dell'oggetto, sia del nome dei contraenti.

Il legislatore della riforma ha previsto il sistema di pubblicità appena esaminato, discostandosi da quello previsto nel TUF, che si articola nell'obbligo di effettuare: (a) una comunicazione alla Consob, (b) un deposito presso il Registro delle imprese e (c) la pubblicazione sulla stampa quotidiana entro dieci giorni dalla stipulazione. Come pare evidente, per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, si è stabilito di non gravare eccessivamente i soci contraenti con procedure particolarmente macchinose.

L'esame dei patti parasociali non può prescindere dai c.d. sindacati di gestione, espressione con la quale si ricomprendono i patti parasociali in cui viene stabilito che gli aspetti più significativi della gestione societaria debbano sottoporsi l'esame dei parasoci. Come si è tentato di esporre, tali convenzioni soddisfano richieste dell'autonomia privata nello svolgimento delle attività imprenditoriali, ma anche esigenze di carattere generale. Una

prassi diffusa è quella di formare un organo di direzione all'interno del sindacato, al quale attribuire diverse funzioni: esaminare la strategia dei nuovi investimenti, designare i membri degli organi sociali della società e delle sue controllate, deliberare sulle proposte di acquisto e alienazione delle partecipazioni o di elementi patrimoniali di rilevanza particolare, nonché sulle proposte di modifica dello statuto sociale.

Tale categoria di patti parasociali (i c.d. sindacati di gestione) è prevista espressamente dal nostro ordinamento che, in particolari fattispecie, ne impone la stipulazione¹⁶⁹.

Le disposizioni che regolarono il collocamento sul mercato delle partecipazioni dello Stato in società per azioni, le c.d. privatizzazioni di cui si è trattato nel cap. I, prevedevano delle direttive volte a regolare la dismissione delle partecipazioni indicando, come uno dei possibili obiettivi della privatizzazione, la costituzione di nuclei di azionisti di riferimento per l'organizzazione della nuova compagine sociale (art. 12 della deliberazione del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (noto anche con l'acronimo CIPE) del 30 dicembre 1992). L'art. 13 della direttiva stabilisce che la realizzazione del nucleo stabile di azionisti di riferimento dev'essere attuata in forza della stipulazione di patti parasociali in grado di assicurare stabilità nell'assetto azionario e unità di indirizzo nella gestione della società attraverso la costituzione di sindacati, rafforzati con il deposito delle azioni presso la stessa società oppure con intestazione delle medesime azioni a società fiduciarie la cui attività sia coordinata da una direzione del sindacato. La norma dell'articolo appena citato prevede che la direzione del sindacato dovrà avere, in particolare, i seguenti poteri: (a) valutare i risultati della società anche in corso di gestione; (b) curare l'esame delle proposte di variazione del capitale della società; (c) curare l'esame delle strategie di bilancio e delle strategie relative ai nuovi investimenti della società, nonché delle proposte relative all'acquisizione di partecipazioni o di altri beni patrimoniali di rilevante entità; (d) curare l'esame delle proposte di variazione dello statuto della società e delle altre proposte su argomenti di competenza dell'assemblea sia ordinaria sia straordinaria; (e) formulare proposte relative alla determinazione del numero complessivo degli amministratori; (f) designare le persone che dovranno essere nominate a coprire le cariche di presidente e/o vice presidente e/o amministratori delegati, nonché eventualmente di altri consiglieri della società; (g) designare, ove ne sia prevista la presenza, i membri del

¹⁶⁹ RESCIO "I patti parasociali" (*supra*, nt. 161), pag. 102.

comitato esecutivo della società e (h) designare i membri del collegio sindacale da proporre per la nomina all'assemblea degli azionisti.

Attraverso tali disposizioni normative, lo Stato, nell'esercizio delle proprie funzioni sovrane, recepiva convenzionalmente competenze di carattere propriamente gestionale riservate ai soci, quale mezzo idoneo al conseguimento di interessi generali.

L'art. 1, co. 3, della l. n. 474 del 30 luglio 1994 prevede che, nella fattispecie della cessione mediante una trattativa diretta, al fine di costituire un nucleo stabile di azionisti di riferimento, la cessione della partecipazione debba effettuarsi invitando potenziali acquirenti ad avanzare offerte di concerto, assumendosi l'impegno di garantire determinate condizioni finanziarie, economiche e gestionali attraverso un accordo fra i partecipanti al nucleo stabile. Vengono così previsti due diversi patti parasociali funzionalmente collegati tra loro: uno stipulato tra l'ente pubblico che cede la partecipazione e gli acquirenti che agiscono di concerto e l'altro tra i partecipanti al nucleo stabile¹⁷⁰.

La stessa norma dell'art. 1, co. 3 della legge citata stabilisce inoltre che l'accordo fra i partecipanti al nucleo stabile (nonché le eventuali modificazioni), debba essere depositato presso il Registro delle imprese e pubblicato per estratto su due quotidiani nazionali.

Ci si domanda se la presenza di un patto sociale c.d. di gestione determini un'alterazione dell'ordinario regime di responsabilità connesso alla gestione delle società di capitali.

In particolare, occorre anzitutto chiedersi se la responsabilità degli amministratori subisca delle modificazioni in presenza di patti parasociali che prevedano l'assunzione da parte dei parasoci di decisioni concernenti la gestione della società, determinandosi in tal modo una diversa valutazione della responsabilità degli amministratori che hanno agito in conformità alle decisioni assunte nella convenzione.

Successivamente, ci si può interrogare sulla possibilità di estendere (e se sì, in quale forma) la responsabilità in capo ai soci che abbiano assunto le decisioni a monte delle operazioni compiute dagli amministratori, ove tali decisioni abbiano determinato un danno nei confronti della società e dei terzi¹⁷¹.

In verità, la legittimazione dell'istituto del patto parasociale a configurare "un'influenza dominante" veniva accolta dalla dottrina maggioritaria anche prima dell'introduzione del

¹⁷⁰ Cfr. OPPO (*supra*, nt. 160), *passim*.

¹⁷¹ Cfr. FARENGA (*supra*, nt. 161), *passim* e RESCIO "I patti parasociali" (*supra*, nt. 161), pag. 103. La problematica sarà oggetto di trattazione, in una diversa declinazione, nel cap. III.

testo unico in esame¹⁷², sicché un primissimo profilo problematico concerne l'accertamento del rilievo giuridico del patto parasociale quale mezzo per assumere il controllo societario.

Ma occorre riflettere altresì sulla imputazione del controllo, domandosi quale soggetto debba considerarsi controllante nell'ipotesi in cui più soci abbiano sottoscritto un patto parasociale che consente l'esercizio dell'influenza dominante.

Sul punto si distinguono tre diversi orientamenti. È infatti discusso se debbano ritenersi controllanti (i) tutti i soci che partecipano ad una convenzione parasociale che raccoglie una partecipazione al capitale sociale sufficiente a permettere il controllo¹⁷³ oppure se quest'ultimo si configuri (ii) esclusivamente in capo al soggetto che esercita un ruolo preminente all'interno del patto, in forza del quale riesce a orientare le determinazioni degli altri contraenti¹⁷⁴. Si pensi all'ipotesi in cui un socio detenga la maggioranza dei voti in un patto parasociale che delibera a maggioranza e quindi esercita un'influenza dominante all'interno del sindacato. A queste prime due impostazioni se ne aggiunge una terza, secondo la quale sarebbero controllanti (iii) tutti coloro che partecipano alla formazione di un accordo con il quale si determina una maggioranza all'interno del patto parasociale¹⁷⁵.

L'accoglimento di una delle tesi ora illustrate passa, ancora una volta, dalla nozione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Si è ritenuto¹⁷⁶ che un solo soggetto dovesse assumere la capacità di esercitare un'influenza dominante, affinché il patto parasociale potesse ritenersi strumento di controllo di cui all'art. 2359 c.c. Tale fattispecie ricorrerebbe nell'ipotesi di convenzione

¹⁷² Per tutti v. RESCIO (*supra*, nt. 117), pag. 680, ove si legge “a una siffatta influenza potrebbe arrivarsi a mezzo della partecipazione a convenzioni di voto: un dato soggetto – azionista o terzo – potrebbe cioè determinare le scelte assembleari, cumulando i voti di cui eventualmente dispone quale azionista e i voti altrui che è in grado di orientare avvalendosi dell'accordo sindacale”. Nonostante l'art. 2359 c.c., come si è anticipato, non faccia riferimento ai patti parasociali, la dottrina prevalente ritiene che questo strumento rilevi quale mezzo di controllo, così LAMANDINI (*supra*, nt. 104), pag. 220 e MARCHETTI (*supra*, nt. 102), pag. 11.

¹⁷³ B. VISENTINI, “I sindacati di voto: realtà e prospettive”, in *Riv. soc.*, 1988, *passim*.

¹⁷⁴ MARCHETTI (*supra*, nt. 102), pag. 11 e MONTALENTI, “La legge italiana sulle offerte pubbliche: prime riflessioni”, in *Giur. comm.*, 1992, I, pag. 857.

¹⁷⁵ LAMANDINI (*supra*, nt. 104), pag. 237.

¹⁷⁶ Così RESCIO (*supra*, nt. 117), pag. 686. L'a. osserva come tale interpretazione corrisponda “alla nozione comunitaria di controllo da sindacato”, anche ai sensi dell'art. 1 della direttiva 92/61/CEE del 23 novembre 1992, in tema di acquisto di azioni della controllante.

deliberante a maggioranza, come si è già indicato, qualora un membro della medesima possieda da solo una partecipazione sufficiente a far assumere le proprie decisioni, ma alla medesima conclusione dovrebbe giungersi ove uno dei soci che ha sottoscritto il patto parasociale possa affermare le proprie determinazioni in virtù di ulteriori accordi, che potremmo definire di secondo livello, stipulati con gli altri soci che partecipano alla convenzione (c.d. sindacato nel sindacato)¹⁷⁷.

Ma la tesi appena enunciata, pur essendo coerente con un certo filone interpretativo in materia di controllo, non sembra replicabile ove l'analisi venga spostata sul controllo congiunto previsto ai sensi del TUSPP. La norma dettata dal legislatore del testo unico pare infatti mirare alla regolazione di una fattispecie ben individuata: quella in cui più di un'amministrazione eserciti in via congiunta un controllo qualificato su una società, mediante appositi patti parasociali, a prescindere dalla possibilità di individuare un solo soggetto che svolge l'influenza dominante, ben potendo tale facoltà collocarsi in capo a più di un soggetto. Pertanto, dovrebbe ritenersi contraria alla *ratio* della previsione di cui all'art. 2, co. 1, lett. d), TUSPP una soluzione che escludesse dal campo applicativo della medesima la fattispecie in cui non si possa indicare un solo socio che esercita il controllo.

2.2. La disciplina dei patti parasociali stipulati dal socio pubblico

Dopo aver esaminato la disciplina dei patti parasociali “di diritto comune” si intende procedere all'analisi delle norme del TUSPP, in maniera da rilevarne la portata, anche derogatoria, rispetto alla predetta normativa.

La prima disposizione da considerare è quella dell'art. 9, co. 5, TUSPP, ove si stabilisce che la conclusione, la modificazione e lo scioglimento dei patti parasociali inerenti società a partecipazione pubbliche vengano deliberati secondo i crismi dell'art. 7, co. 1, TUSPP¹⁷⁸. Quest'ultimo, dettato in materia di costituzione delle società pubbliche, individua l'organo competente – a seconda del tipo di partecipazione di cui si tratta – alla deliberazione

¹⁷⁷ L'esempio è prospettato da RESCIO (*supra*, nt. 117), pag. 687, il quale ricorda come non attribuiscono influenza dominante né i patti di consultazione, né i sindacati deliberanti all'unanimità.

¹⁷⁸ DONATIVI (*supra*, nt. 110), pag. 355; PECORARO, “La costituzione della società”, in Ibba - Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 65 e TRICOLI, “I patti parasociali”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 327.

dell'assunzione della partecipazione di una pubblica amministrazione, indicando altresì la forma dell'atto deliberativo da adottare.

In particolare, l'art. 7 TUSPP prevede che (i) in caso di partecipazioni statali occorra un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, (ii) ove si tratti di partecipazioni regionali, il provvedimento spetti al competente organo della regione, (iii) in caso di partecipazioni comunali, si necessiti di una deliberazione del consiglio comunale e, infine, (iv) per tutte le altre ipotesi una delibera dell'organo amministrativo dell'ente¹⁷⁹.

¹⁷⁹ In ogni caso, il provvedimento deve contenere una puntuale motivazione in ordine al vincolo di necessaria strumentalità alle finalità dell'amministrazione e dare indicazioni circa le ragioni che giustificano la scelta della pubblica amministrazione anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria. Cfr. PATRONI GRIFFI, "Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale", in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 197. Si è osservato come l'atto deliberativo della pubblica amministrazione abbia un contenuto di natura complessa: (i) da un lato, in quanto atto di esercizio di una funzione, deve rispettare i requisiti previsti degli atti della pubblica amministrazione e quindi essere soggetto all'obbligo della motivazione; (ii) dall'altro, in quanto atto strumentale alla costituzione della società, il suo contenuto sarà previsto in ossequio delle norme che disciplinano gli atti costitutivi della società e quindi prevederne gli elementi essenziali. L'art. 7 TUSPP determina l'oggetto dell'atto deliberativo (da pubblicarsi sui siti istituzionali dell'ente partecipante) che la pubblica amministrazione deve adottare mediante un duplice rinvio normativo: il primo alla norma dell'art. 5 TUSPP, ai fini della previsione degli "oneri di motivazione analitica", e il secondo alle previsioni degli artt. 2328 e 2463 c.c., in funzione della predeterminazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo che verrà redatto successivamente. Il programma imprenditoriale che informerà l'atto costitutivo e il contenuto delle clausole dell'atto costitutivo e dello statuto dovranno giustificarsi alla luce del vincolo di necessaria strumentalità al perseguimento delle finalità istituzionali della pubblica amministrazione, sicché dalla delibera dovranno potersi evincere entrambi gli elementi ora richiamati, in considerazione dell'interesse perseguito dall'ente pubblico con la partecipazione in società. A ben vedere, la norma dell'art. 7 TUSPP non impedisce all'interprete di muovere alcune considerazioni circa la scarsa chiarezza del testo normativo. (i) È stato, infatti, rilevato come il rinvio al contenuto dell'art. 2328 c.c. (atto costitutivo della s.p.a.) e dell'art. 2463 c.c. (atto costitutivo della s.r.l.) previsto, come anticipato, dall'art. 7, co. 3, TUSPP andrebbe coerentemente integrato con un richiamo espresso anche all'art. 2521 c.c., in virtù dell'inserimento della società cooperativa tra i tipi sociali nei quali è ammessa la partecipazione pubblica, come indicato ai sensi dell'art. 3, co. 1, TUSPP. (ii) Un secondo elemento di criticità può riscontrarsi nella incertezza sulle clausole che identificano gli elementi essenziali dell'atto costitutivo: la norma non si limita ad effettuare un mero rinvio al contenuto dell'atto costitutivo della società, ma introduce espressamente un parametro qualitativo, attraverso l'indicazione di un requisito di essenzialità, dal quale potrebbe desumersi che non tutti gli elementi menzionati dalle norme (artt. 2328, 2463 e 2521 c.c.) dedicate all'atto costitutivo della società del codice civile debbano essere necessariamente predeterminati nell'atto deliberativo della pubblica amministrazione partecipante. Tale risultato sarebbe coerente con quanto ritenuto dalla dottrina sul valore precettivo che assume, in via generale, il novero dei contenuti dell'atto costitutivo: pertanto, nonostante il riferimento normativo, queste riproducono un contenuto solo tendenzialmente minimo e necessario. Com'è noto le

La disciplina dei patti parasociali di cui all'art. 16, co. 2, lett. c), TUSPP sembra mirare al raggiungimento di un determinato risultato: come indicato dalla norma, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti mediante la conclusione di patti parasociali appositamente preordinati¹⁸⁰; diversamente, l'art. 17, co. 4, lett. d), TUSPP – in tema di

clausole indicate agli artt. 2328, 2463 e 2521 c.c. possono distinguersi tra quelle (a) a “contenuto necessario”, (b) a “contenuto eventuale in senso lato” e (c) a “contenuto meramente facoltativo”: le prime sono quelle da prevedersi obbligatoriamente, nelle seconde rientrano tutte quelle indicazioni la cui essenzialità dipende dalla sussistenza di un presupposto concreto, nelle ultime si è soliti ascrivere tutte le indicazioni la cui mancanza viene supplita dalla vigenza di una regola generale. Tale distinzione risulta imprescindibile per poter determinare le clausole che dovranno necessariamente essere previste nel caso di costituzione di società a partecipazione pubblica, potendosi ritenere che tra queste ultime non dovranno ricomprendersi indicazioni considerare meramente facoltative, alla luce del citato art. 7, co. 3, TUSPP che parla di “elementi essenziali”. È pur vero che nell'ambito del contenuto c.d. necessario dell'atto costitutivo è possibile indicare un corpo ben ristretto di indicazioni prescritte ai fini della valida costituzione della società, ma parrebbe eccessivo far coincidere il nucleo minimale di previsioni di cui all'art. 2332 c.c. con il contenuto essenziale dell'atto costitutivo da predeterminare con l'atto deliberativo dell'amministrazione ai sensi dell'art. 7, co. 3, TUSPP. Non pare infatti sostenibile che l'atto deliberativo della pubblica amministrazione possa limitarsi a predeterminare soltanto gli elementi per i quali l'omessa predeterminazione conduce alla nullità della società. Non si deve, infatti, evitare di richiamare il fondamento sotteso alle previsioni normative di cui si tratta. L'indicazione delle circostanze nelle quali si prevede la nullità della società risponde alla necessità di “conservazione dell'organizzazione corporativa” e non può aiutare l'interprete a delimitare il ben più ampio novero degli elementi essenziali per la costituzione della società. Pare dunque ragionevole fare riferimento a quest'ultima categoria di elementi necessari, includendovi quelli “eventuali in senso lato”, al fine di determinare il contenuto dell'atto deliberativo adottato dalla pubblica amministrazione. L'accoglimento di interpretazioni diverse comporterebbe, invece, la violazione sia della tutela del principio di trasparenza che deve caratterizzare l'azione della pubblica amministrazione, sia dell'esigenza di un esercizio delle funzioni amministrative in maniera razionale, conducendo conseguentemente allo svilimento dell'obbligo di predeterminare nell'atto deliberativo della pubblica amministrazione partecipante le clausole del successivo atto costitutivo della società. Analogamente, può anche affermarsi che l'individuazione degli elementi essenziali da indicare nell'atto deliberativo possa prescindere dal formale inserimento dei medesimi nell'atto costitutivo o nello statuto, non potendo, infatti, assumere rilievo l'inserimento dei predetti elementi nell'uno o nell'altro documento. Ad assumere rilievo, infatti, è solamente la natura di elemento “essenziale” secondo le modalità già descritte, come peraltro pare confermato dall'art. 2328, co. 3, c.c., che prevede una sostanziale unitarietà dello statuto e dell'atto costitutivo, anche nell'ipotesi in cui il primo sia stato previsto in un atto separato.

¹⁸⁰ BASSI - MORETTI, *Le partecipazioni societarie pubbliche. Vincoli e prospettive di operatività delle amministrazioni pubbliche in ambito societario* (Santarcangelo di Romagna (RN), 2017), pag. 306; CODAZZI (*supra*, nt. 110), pag. 33; DONATIVI (*supra*, nt. 110), pagg. 1072 e 1090; GIANNELLI, “La gestione delle partecipazioni pubbliche”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 125; IBBA (*supra*, nt. 10), pag. 95; LIBERTINI, “Problemi dell'organizzazione delle società a controllo pubblico”, opera consultata grazie alla cortesia dell'Autore, *passim*; MALTONI - RUOTOLO, “La disciplina statutaria delle società a partecipazione mista pubblica – privata ai sensi dell'art. 17 T.U. società a partecipazione pubblica”, Relazione al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017; PECORARO, “Gestione delle

società c.d. miste – prevede una deroga all’art. 2341-*bis* c.c., stabilendo che i patti parasociali possano avere una durata superiore a cinque anni, purché non vengano superati i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione è stata costituita la società.

Occorre poi considerare il dettato dell’art. 9, co. 6, TUSPP, ove si indica che la violazione della norma in tema di conclusione, modificazione e scioglimento del patto o la violazione degli obblighi assunti con gli accordi parasociali non determinano l’invalidità delle deliberazioni degli organi della società a partecipazione pubblica, dovendosi applicare le norme di diritto societario comune¹⁸¹ sia sull’esercizio del diritto di voto, sia sull’invalidità della delibera.

Tale norma pare ribadire un concetto (quello della mancata invalidità delle deliberazioni assunte in spregio della convenzione) che appare pacifico e perfettamente in linea con la natura giuridica dell’istituto del patto parasociale: come si è illustrato, infatti, la violazione del sindacato comporta soltanto un’obbligazione risarcitoria in capo al soggetto inadempiente¹⁸².

Il TUSPP prevede un espresso riferimento ai principi generali di diritto privato in materia di invalidità della deliberazione assembleare, sicché potrebbero presentarsi dei dubbi interpretativi qualora si addivenga a delle convenzioni parasociali sottoscritte da tutti i soci che potrebbero costituire un c.d. “statuto parallelo”, nel senso sopra indicato, che si ponga potenziale contrasto lo statuto sociale. Tali contraddizioni potrebbero sorgere rispetto alla rilevanza degli interessi generali, alla qualifica del socio pubblico, alla natura e alla pubblicità del patto, nonché all’assoggettamento al controllo analogo.

In tale circostanza pare opportuno richiamare il Collegio Arbitrale Portale (Presidente) - Bianchi - Sacchi del 7-12 giugno 2001, per il quale il patto parasociale di una s.r.l. stipulato da tutti i soci sarebbe opponibile anche alla società. Il lodo, argomentato alla luce delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza tedesca, ha ritenuto che la formazione di un patto parasociale sottoscritto da tutti i soci possa integrare una previsione contrattuale

partecipazioni ed esercizio dei diritti sociali”, in Ibba - Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 114; PETTITI (*supra*, nt. 110), pag. 239; SABLONE, *sub* art. 16, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 259 e TRICOLI (*supra*, nt. 160), pag. 319.

¹⁸¹ Il co. 6 parla testualmente di “applicazione di norme generali di diritto privato”.

¹⁸² Si è infatti soliti affermare che la società è terza rispetto al patto parasociale, cfr. TRICOLI (*supra*, nt. 158), pag. 329.

che disciplina il rapporto societario con la stessa forza delle clausole statutarie, configurando un c.d. para-statuto ovvero delle clausole statutarie contenute in un patto parasociale¹⁸³. Si osservi come la fattispecie esaminata dal collegio fosse quella di una società a responsabilità limitata, caratterizzata dal rilievo personale dei soci.

Non può negarsi come la rilevanza personale che il socio pubblico esercita sulla gestione della società si riscontri in virtù della capacità del medesimo di esercitare poteri di determinazione e di influenza, configurandosi una evidente capacità dei patti di condizionare la deliberazione stessa.

Una certa dottrina minoritaria, richiamando alcuni principi elaborati dalla giurisprudenza, pur non discutendo la natura obbligatoria della convenzione parasociale, ha considerato astrattamente ipotizzabili delle situazioni in cui il diritto che sorge dall'obbligazione convenuta nel patto (si pensi, a titolo di esempio, al diritto di voto) possa esercitarsi, anche con una misura cautelare, al fine di ottenere una condanna della parte inadempiente all'adempimento, con effetti che avrebbero quindi, nei confronti della società, natura sostanzialmente reale.

Orientamenti accolti dalla giurisprudenza di legittimità hanno ritenuto che il patto parasociale in forza del quale i parasoci si impegnano ad eseguire prestazioni nei confronti della società (si pensi, a titolo di esempio, al risanamento aziendale) integri la fattispecie del contratto a favore di terzo, ai sensi dell'art. 1411 c.c.

Com'è noto, i soggetti legittimati a pretendere l'adempimento di un contratto a favore del terzo sarebbero quindi la società, quale terzo beneficiario, e i soci stipulanti, interessati a all'adempimento dell'obbligazione nei confronti della società di cui fanno parte. Come si è avuto modo di illustrare, il TUSPP prescrive un procedimento per la costituzione, la modificazione e lo scioglimento dei patti parasociali che deve ritenersi inderogabile. Nonostante una parte della dottrina e della giurisprudenza precedente alla riforma societaria del 2003 abbia dubitato della validità dei patti parasociali relativamente al contenuto dei medesimi (come peraltro si è già avuto modo di indicare), l'orientamento tendenzialmente contrario ad ammetterne in linea di principio la validità si deve considerare superato definitivamente. Nonostante i patti parasociali siano in linea generale

¹⁸³ PORTALE, "Patti parasociali con «efficacia corporativa» nelle società di capitali", in *Riv. soc.*, 2015, pag. 2.

da ritenersi legittimi, non è possibile escluderne l'invalidità in presenza di in una specifica fattispecie in cui il patto assunto dai sottoscrittori della convenzione risulti in contrasto con le norme imperative o configuri uno strumento di elusione dei principi generali dell'ordinamento. Si tornerebbe quindi ad esaminarne la legittimità anche in riferimento, tra gli altri elementi, alla natura pubblica del socio, alla causa e all'interesse sociale da perseguire in concreto, al rispetto della forma prevista dal TUSPP, agli effetti sulla organizzazione societaria che potrebbero determinare le concrete modalità di esecuzione del patto. Inoltre, relativamente alle società a partecipazione pubblica, la validità dei patti parasociali deve esaminarsi anche rispetto agli ulteriori limiti previsti dalla disciplina di carattere pubblicistico che investono la natura del socio pubblico.

Le previsioni di cui agli artt. 2341-*bis et ter* c.c. devono ritenersi applicabili anche alle società pubbliche, alla luce della norma dettata all'art. 1, co. 2, TUSPP in cui, come si è già indicato, si chiarisce che le società in esame assurgono alla categoria di società di diritto privato¹⁸⁴.

Non può però sottrarsi la presente disamina alla precisazione contenuta nell'art. 17, co. 4, TUSPP, previsto in tema di società a partecipazione mista pubblico-privato, in forza del quale i patti parasociali possono avere una durata superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-*bis*, co. 1, c.c., purché però sia determinata entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

Parte della giurisprudenza si è pronunciata sulla mancata indicazione del termine della convenzione parasociale e ritenendo che un siffatto patto sarebbe privo del requisito di meritevolezza, ha affermato che ciò comportasse la nullità dello stesso patto. Questa considerazione rende, con una certa efficacia, la rilevanza e la portata della deroga prevista dal TUSPP.

Ciò posto, tuttavia, si potrebbe considerare la questione dell'applicabilità della disposizione che prevede il diritto di recesso del soggetto che ha sottoscritto il patto parasociale. In linea generale si potrebbe ritenere che, applicando analogicamente la norma dell'art. 2341-*bis*, co. 3, c.c., il diritto di recesso potrebbe essere esercitarsi efficacemente in caso di patti sociali di durata indeterminata, oppure, sempre in ossequio ai principi

¹⁸⁴ GUERRERA (*supra*, nt. 110), *passim*.

generali previsti per i contratti di durata, il recesso sarebbe ammissibile soltanto in presenza di una giusta causa.

Ma il dato normativo del TUSPP va integrato con la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 33 del 14 marzo 2013, noto anche come Testo unico sulla trasparenza o anche quale “*freedom of information acts*” (c.d. F.o.i.a.), in cui è stato riconosciuto a chiunque il diritto di conoscere le informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni.

Il principio della trasparenza dell’azione amministrativa consente di affermare che la pubblicità del procedimento, unitamente alla forma del medesimo, sia – a prescindere dal tipo di società prescelto – uno degli elementi essenziali dei patti parasociali riferiti alle società pubbliche. Si individuano quindi due diversi requisiti nella trasparenza e nella pubblicità, come desumibile peraltro dall’art. 17, co. 2, TUSPP, ove si prevede che all’avviso pubblico, nel procedimento di scelta del socio privato delle società miste, siano allegati la bozza dello statuto sociale e degli eventuali accordi parasociali, nonché gli elementi essenziali del contratto di servizio e i disciplinari e regolamenti di costituzione che ne costituiscono parte integrante.

L’art. 17, co. 2, TUSPP contiene quindi un riferimento all’avviso pubblico che dovrebbe essere inteso alla stregua di una pubblicazione avente natura esclusivamente amministrativa. Non può però escludersi che tale circostanza necessiti di altre forme di pubblicità, magari precedenti all’avviso previsto dal legislatore del testo unico. La questione ripropone il tema della proposta paventata da un’autorevole dottrina, che suggeriva – in una prospettiva *de jure condendo* – la creazione di una sezione speciale del registro delle imprese dalla quale si desumesse la natura di società pubblica e l’estensione delle forme di pubblicità previste dall’art. 2341-*ter* c.c. alle società pubbliche.

Ma non può tralasciarsi l’eventuale applicazione delle già illustrate norme degli artt. 122 e 123 d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (TUF)¹⁸⁵, dettate in tema di patti parasociali di società con azioni quotate in mercati regolamentati (e loro controllanti). In tali fattispecie sussistono, infatti, da un lato, obblighi di trasparenza e di pubblicità maggiori rispetto a quelli ordinari e, dall’altro, diverse previsioni in ordine alla durata delle convenzioni. L’art. 122 TUF prevede che le convenzioni aventi ad oggetto l’esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano, in qualunque forma esse siano

¹⁸⁵ Cfr. OPPO, *Diritto delle società. Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1992, pag. 195.

stipulate, devono essere comunicati alla Consob, pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana, depositati presso il Registro delle imprese del luogo ove la società ha la sua sede legale e comunicati alle società con azioni quotate, nel termine di cinque giorni dalla loro sottoscrizione¹⁸⁶.

L'art. 123 TUF prevede due diverse possibili indicazioni relativamente al termine di durata del patto parasociale: da un lato, la possibilità di un termine di durata massima pari a tre anni e, dall'altro, l'indicazione di una durata indeterminata. Nella seconda fattispecie il diritto di recesso di ciascuno dei parasoci potrebbe esercitarsi con un preavviso di almeno sei mesi. Si osservi come in precedenza, tuttavia, sia la dottrina, sia la giurisprudenza maggioritaria ritenevano legittimo il recesso c.d. *ad nutum* nel caso di accordi senza indicazione del termine di durata.

Occorre ora domandarsi se la natura del socio che partecipa al patto parasociale comporti delle conseguenze in ordine ad un eventuale inadempimento del medesimo.

Com'è noto e come si è già avuto modo di indicare, ad opinione della dottrina tradizionale e sostanzialmente unanime, l'obbligo di votazione secondo le modalità indicate nella convenzione parasociale avrebbe natura incoercibile, sicché, conseguentemente, l'unico rimedio esperibile a fronte della violazione del patto sarebbe quello della c.d. tutela per equivalente (il risarcimento del danno). Senonché, una ricorrente problematica in tema di risarcimento del danno a fronte dell'inadempimento della convenzione di voto è quella della quantificazione del suddetto danno da risarcire, risultando tale determinazione particolarmente complessa o addirittura impossibile. Tale questione è stata, relativamente alle società di diritto comune, affrontata dalla prassi applicativa, che ha tentato di elaborare tecniche di tutela tendenzialmente volte a superare l'efficacia soltanto obbligatoria dei patti parasociali. Dette tecniche sono riscontrabili in varie soluzioni, che vanno dalla previsione di penali in caso di inadempimento, comproprietà delle azioni e contestuale nomina di un rappresentante comune al conferimento delle azioni in una holding, fino all'intestazione fiduciaria delle azioni di uno al rilascio di una procura irrevocabile.

¹⁸⁶ Il mancato adempimento delle previsioni in tema di pubblicità comporta la nullità del patto, il divieto di esercizio del diritto di voto per i membri della convenzione e l'annullabilità (anche su istanza della Consob) della delibera assunta con il loro voto determinante.

Ci si può allora domandare se l'adozione di questi schemi negoziali possa ritenersi coerente, in primo luogo, con la natura pubblica del socio e, in secondo luogo, con la disciplina prevista per l'azione amministrativa.

La possibilità di inquadrare particolari fattispecie di patto parasociale, da un lato, nella figura del c.d. para-statuto, con le conseguenze che ne deriverebbero in ordine all'efficacia sostanzialmente reale, e, dall'altro, nella figura giuridica del contratto a favore del terzo, con la possibilità per la società beneficiaria e dei parasoci di domandarne l'adempimento sono stati oggetto di un precedente passaggio argomentativo.

A ben vedere, nell'ottica delle società che operano in un mercato concorrenziale, il problema della effettività della tutela potrebbe essere realmente percepito, probabilmente, solo nell'ambito delle società miste, con il contrasto a livello parasociale tra il socio pubblico e quello privato, in cui il conflitto tra molteplici amministrazioni resterebbe vincolato soltanto a scelte di indirizzo oppure a nomine e revocche di organi sociali gestori o di controllo.

Determinandosi il suddetto contrasto, elementi quali trasparenza, pubblicità, forma e procedimento (volto alla costituzione, modificazione e scioglimento del patto parasociale), oltre agli interessi perseguiti con la loro stipulazione e la indiscutibile rilevanza esteriore (benché prevista soltanto ai più limitati fini del controllo), potrebbero essere identificarsi non alla stregua di semplici pattuizioni relegate all'esterno dello statuto societario e con efficacia depotenziata, ma più correttamente come patti sociali veri e propri, dotati di rilevanza ed efficacia interna pari a quella statutaria, nonostante siano contenuti in un documento formalmente diverso. Coerentemente, dovrebbe affermarsi la naturale ed inevitabile conseguenza di prevedere una tutela sostanzialmente reale ed endosocietaria in caso di violazione del patto¹⁸⁷.

Diversamente, nei casi in cui – al di fuori del mercato concorrenziale ed in presenza di forti deviazioni dalle regole ordinarie – più enti pubblici soci si affidino ai patti parasociali per la migliore gestione delle partecipate, potrebbero sorgere, tra gli altri, dei contrasti per la nomina o per la revoca degli amministratori.

Sicché in tema di società miste, la possibile presenza di statuti sociali fortemente derogatori rispetto alla disciplina comune, la trasparenza e pubblicità dei patti parasociali,

¹⁸⁷ Cfr. RESCIO "I patti parasociali" (*supra*, nt. 161), pag. 87.

l'ingerenza della pubblica amministrazione e l'esigenza di tutela e di perseguimento dell'interesse pubblico anche extrasociale, determinano una fattispecie in cui il socio privato volontario è consapevole, a partire dal proprio investimento iniziale, delle limitazioni alla propria capacità di determinazione, con la conseguenza che le ipotesi di violazione del patto parasociale da parte del socio pubblico, ancorché ammissibili in linea teorica, assumerebbero, in concreto, la natura di un effetto deterrente rispetto al conferimento del privato.

3. Gruppi di società a partecipazione pubblica – 3.1. Attività di direzione e coordinamento di società a partecipazione pubblica

Dopo aver esaminato diffusamente i profili che caratterizzano l'istituto del controllo analogo si intende affrontare la tematica, di per sé ampiamente legata a quanto appena indicato, dei gruppi società a partecipazione pubblica, con ciò intendendo indagare la disciplina cui soggiacciono i raggruppamenti di enti societari composti da società a partecipazione pubblica.

Nonostante sia evidente il nesso con il concetto, appena richiamato, di controllo analogo, la trattazione si propone di esaminare sia i gruppi in cui la società a partecipazione pubblica è controllante, sia in cui la società a partecipazione pubblica è controllata.

La dottrina si è occupata della tematica ora esposta, soprattutto anteriormente all'emanazione del TUSPP,¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Cfr. CAPRARA, "Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico", in *Soc.*, 2008, pag. 557; CARIELLO, "Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, d.l. n. 78/2009)", in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 167; CARLIZZI, "La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici", in *Riv. dir. comm.*, 2010, pag. 1177; CODAZZI (*supra*, nt. 110), pag. 2639; MARCHISIO, "L'eterodirezione «pubblicistica»", in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 435; MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell'«impresa»* (Milano, 2013), pag. 177; IBBA, "Società pubbliche e riforma del diritto societario", in *Riv. soc.*, 2005, fasc. 1, *passim*; PAVONE LA ROSA, "Partecipazioni statali e gruppi di imprese", in Pavone La Rosa (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Bologna, 1982, pag. 147; RIOLFO, "Attività «in-house» e il modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo»", in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 533; ROMAGNOLI, "L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pag. 218; SCOGNAMIGLIO, "«Clausole generali», principi di diritto e disciplina dei gruppi di società", in *Riv. dir. priv.*, 2011, pag. 517; SILVESTRINI, "La legittimazione attiva e passiva

Ma, a ben vedere, l'istituto del "gruppo pubblico" ha suscitato l'attenzione di vari autori anche a seguito dell'entrata in vigore del testo unico, sicché possono rilevarsi diverse impostazioni¹⁸⁹.

Un primo punto da affrontare riguarda l'applicazione all'ente pubblico delle norme previste agli artt. 2497 e ss. c.c. nell'ipotesi in cui si ritenga che il controllo analogo sia una forma di direzione e coordinamento.

Sul tema, una parte degli autori ha accolto, sia anteriormente all'emanazione del TUSPP, sia successivamente, la tesi per cui non fosse possibile regolare il fenomeno del controllo analogo con le norme dettate in materia di direzione e coordinamento, ritenendo che vi fosse una sorta di incompatibilità ontologica tra una società *holding* e un la pubblica amministrazione¹⁹⁰. Tale affermazione veniva motivata sulla seguente considerazione: l'ente pubblico dovrebbe agire – lo si è anticipato nel corso del capitolo primo della presente trattazione – in conformità ad una molteplicità di interessi che impedirebbero il perseguimento dei fini essenzialmente lucrativi propri di una società *holding*. In altri termini, si è ritenuto che la pubblica amministrazione non potesse esercitare il ruolo di capogruppo, poiché colui che svolge attività di direzione e coordinamento deve poter pregiudicare deliberatamente una società controllata, ove ciò costituisca una parte di più ampia operazione che conduca al raggiungimento di un profitto in capo al gruppo complessivamente considerato.

Questo orientamento è stato altresì argomentato sulla base di un duplice ordine di norme: quella dell'art. 2497, co. 1, c.c. e quella dell'art. 19, co. 6, d.l. n. 78 del 1° luglio 2009. La prima contiene un preciso ed espresso richiamo all'interesse "proprio o altrui", prevedendo quindi che il soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento possa perseguire vantaggi appunto "altrui"; la seconda, invece, ha specificato come per "enti" di cui all'art. 2497, co. 1, c.c. debbano intendersi i soggetti giuridici collettivi diversi dallo Stato che detengono una partecipazione sociale¹⁹¹.

nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento", in *Soc.*, 2013, pag. 938.

¹⁸⁹ CARLIZZI, "La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica", in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 341;

¹⁹⁰ CARLIZZI (*supra*, nt. 188), pag. 1194.

¹⁹¹ CARIELLO (*supra*, nt. 188), pag. 167 e CARLIZZI (*supra*, nt. 188), pag. 1178.

Ciò posto relativamente alla impostazione che nega l'applicabilità delle norme dettate dal legislatore in tema di direzione e coordinamento, può esaminarsi la tesi che ha esteso tali disposizioni alle società controllate da enti pubblici, tenendo a mente che simili posizioni sono state, prima dell'emanazione del TUSPP, accolte anche dalla giurisprudenza amministrativa¹⁹².

L'orientamento si fonda anzitutto sul tenore letterale della norma, già richiamata, dell'art. 2497, co. 1, c.c. che utilizza genericamente, accanto al termine "società", quello di "enti"¹⁹³, dal quale pare difficile negare che vi si possano ricomprendere gli enti pubblici¹⁹⁴.

Tra le disposizioni citate a suffragio della tesi ora indicata, si è soliti riportare quelle del d.lgs. n. 118 del 23 giugno 2011 in materia di bilancio consolidato, quelle contenute nelle direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE previste in tema di concessioni e appalti, nonché gli artt. 147 e 147-*quater* TUEL¹⁹⁵.

Tali norme sembrano confermare che l'ente pubblico possa esercitare attività di direzione e coordinamento, soprattutto alla luce della circostanza per cui sussiste una equiparazione tra gli statuti sociali della società a partecipazione pubblica e della società di diritto comune, come è stato ribadito dal legislatore del TUSPP all'art. 1, co. 3.

La norma dettata in materia configurazione della responsabilità da direzione e coordinamento è sostanzialmente una previsione di carattere sanzionatorio, pertanto deve ritenersi che la medesima trovi applicazione ove si riscontri a livello empirico una forma di eterogestione, che potrebbe derivare da una serie di elementi che consentono di affermarne l'esistenza. Si pensi, quindi, alla sussistenza di una serie continua di direttive e istruzioni impartite da un soggetto nei confronti di un altro o anche ai già citati *interlocking directorates* all'interno degli organi amministrativi.

¹⁹² Corte Conti, sez. contr. Sicilia, n. 59 del 7 maggio 2014, in www.corteconti.it e Corte Conti, sez. contr. Piemonte, n. 14 del 12 gennaio 2016 in www.corteconti.it.

¹⁹³ CARIELLO (*supra*, nt. 188), pag. 167.

¹⁹⁴ In effetti, pare opportuno ricordare come il legislatore utilizzi il lemma "ente" con un'accezione lata anche in altre materie, si pensi – a titolo di esempio – alle norme dedicate alla trasformazione eterogenea, di cui agli artt. 2498 e ss. c.c.

¹⁹⁵ Questi ultimi saranno oggetto di un'ampia illustrazione nel corso del capitolo terzo della presente trattazione.

Nonostante la fattispecie dell'attività di direzione e coordinamento sia, come ora esposto, un fenomeno sostanzialmente fattuale, può ammettersene la previsione e la regolamentazione sia in uno statuto sociale, sia in un patto parasociale. Si è anzi osservato come una simile soluzione possa apparire opportuna, al fine di consentire una regolamentazione più dettagliata dei poteri esercitati dalla pubblica amministrazione nei confronti delle società *in house*¹⁹⁶.

Si pensi all'ipotesi in cui la società *in house* sia partecipata da una pluralità di pubbliche amministrazioni e sia soggetta al controllo analogo di una molteplicità di enti pubblici, in tali fattispecie questi ultimi eserciterebbero congiuntamente le loro prerogative. Diversamente, come si è illustrato precedentemente, in presenza di appositi patti parasociali potrebbe prevedersi la possibilità che soltanto uno di essi eserciti effettivamente la capacità di determinazione tipica del controllo analogo, così coordinando e disciplinando la funzione del controllo congiunto. Ma in alternativa ai patti parasociali potrebbe redigersi una clausola statutaria in cui si disponga e ne regoli la soggezione all'attività di direzione e coordinamento da parte degli enti pubblici controllanti¹⁹⁷.

3.2. L'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 2497-*bis* e ss. c.c.

Dopo aver esaminato le argomentazioni poste a sostegno degli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla questione della soggezione alle norme degli artt. 2497 e ss. c.c. pare doversi prospettare un'analisi che tenga compiutamente conto della portata delle norme del TUSPP.

Come si è tentato di spiegare nei paragrafi precedenti, l'impatto della normativa sulla problematica del controllo non è di scarso rilievo e altrettanto può dirsi rispetto alla fattispecie del gruppo di società.

In verità, la prima obiezione che pare possibile muovere ad una tesi favorevole all'applicazione delle norme in tema di direzione e coordinamento alle società *in house* è parallela a quella che si prestava anteriormente all'entrata in vigore del TUSPP, concernendo i fini e gli interessi che devono essere perseguiti da tali società.

¹⁹⁶ CODAZZI (*supra*, nt. 110), pag. 262.

¹⁹⁷ Cfr. GUERRERA (*supra*, nt. 110), *passim*.

L'art. 2, co. 1, lett. c), TUSPP prevede che la società oggetto di controllo analogo debba perseguire interessi coincidenti con quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatari controllanti, perciò la norma sottende una perfetta coincidenza tra gli interessi della controllante e della controllata. Ciò equivale a ritenere che sussista un interesse diverso da quello imprenditoriale di cui all'art. 2497 c.c., che sarebbe piuttosto riconducibile ad un interesse più ampio di quello che caratterizza la società *in house*¹⁹⁸.

Un'ulteriore tematica particolarmente rilevante è quella della ammissibilità dell'esercizio congiunto dell'attività di direzione e coordinamento.

Come si è anticipato, le norme che regolano a fattispecie intendono regolare una situazione di fatto, pertanto sembrerebbe scarsamente coerente impedire l'applicazione della disciplina in ipotesi in cui lo svolgimento dell'attività è posto in essere, a prescindere dalle modalità di quest'ultima.

D'altra parte, non possono – a tal proposito – riportarsi le considerazioni, basate sul dato letterale della norma, poste a fondamento della tesi per cui non potrebbe configurarsi un controllo congiunto ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Infatti, le norme in tema di attività di direzione e coordinamento previste agli artt. 2497 e ss. c.c. non paiono fornire alcuna rilevante indicazione in tal senso: mentre l'art. 2497, co. 1, c.c. parla di “società o enti”, il successivo art. 2497-bis, co. 1, c.c. utilizza l'espressione “società o ente”.

Ma l'argomento più convincente, a suffragio dell'impostazione per cui l'attività di direzione e coordinamento può svolgersi anche in maniera congiunta, pare quello connesso alla responsabilità che la legge ricollega a questa fattispecie¹⁹⁹. Ritenere che la responsabilità prevista dalle norme in parola non si configuri in presenza di una molteplicità di soggetti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra le ipotesi in cui il danno sia imputabile a più soggetti o ad uno solo²⁰⁰.

¹⁹⁸ Cfr. CODAZZI (*supra*, nt. 110), pag. 263.

¹⁹⁹ CARIELLO, “Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento”, in *Riv. soc.*, 2007, *passim*.

²⁰⁰ RESCIGNO, “Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione”, in *Soc.*, 2003, pag. 333.

L'accoglimento della tesi dell'ammissibilità dello svolgimento in maniera congiunta dell'attività di direzione e coordinamento, secondo le argomentazioni riportate, pone tuttavia il problema di individuare il soggetto cui imputare la responsabilità di eventuali danni che ne derivino.

Nell'ipotesi in cui la direzione e il coordinamento vengano esercitati all'unanimità si deve ritenere che l'imputazione debba avvenire nei confronti di tutti, viceversa, ove l'attività venga svolta soltanto da alcuni soggetti saranno esclusivamente questi ultimi a doversi ritenere responsabili²⁰¹. Tale affermazione poggia sulla *ratio*, più volte richiamata, del corpo di norme dettate agli artt. 2497 e ss. c.c. che – come appunto indicato – intendono regolare rapporti e situazioni di fatto.

²⁰¹ Pare, tuttavia, ammissibile la distinzione tra il piano dei rapporti interni e quello dei rapporti esterni relativamente alla responsabilità che sorge a seguito del danno scaturito nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Sul punto v. CODAZZI (*supra*, nt. 110), pag. 268.

CAPITOLO TERZO

L'AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. L'organo amministrativo nel TUSPP – 2. La nomina degli amministratori di società a partecipazione pubblica – 2.1. Il coordinamento tra l'art. 2449 c.c. e le norme contenute nel TUSPP – 2.2. Le modalità di nomina – 3.1. L'articolazione interna al Consiglio d'amministrazione – 3.1.1. L'ammissibilità della deroga alla competenza esclusiva degli amministratori – 3.1.1.1. Il rapporto tra il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società e la deroga alla competenza esclusiva degli amministratori *ex art. 2380-bis c.c.* – 3.1.1.2. La correlazione tra il principio di cui all'art. 2380-*bis* e le autorizzazioni assembleari previste all'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c. – 3.1.2. I comitati di controllo analogo – 3.1.3. La rilevanza dell'art. 147 TUEL – 4. Gli amministratori delle società a partecipazione pubblica – 4.1. La responsabilità – 4.2. La responsabilità in presenza della deroga alla competenza esclusiva degli amministratori

1. L'organo amministrativo nel TUSPP

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica prevede, tra le altre, importanti norme in tema di funzione gestoria²⁰². Ci si propone, nella trattazione del presente capitolo, di indagare le particolarità che ineriscono l'organo amministrativo delle società regolate dal TUSPP, tentando sia di ricostruirne la fattispecie, sia di individuarne la portata, soprattutto per ciò che concerne le deroghe previste nel corpo normativo in esame alle società di diritto comune.

La disamina della disciplina normativa in materia di *governance* delle società a partecipazione pubblica pare poter trovare il proprio principio nella norma di cui all'art. 6 TUSPP²⁰³. L'articolo, rubricato “Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione

²⁰² Per tutti v. ABBADESSA, “La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma”, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras* (Torino, 2010), pag. 3; ID., *La gestione dell'impresa nella società per azioni* (Milano, 1975), *passim* e CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni* (Milano, 1985), *passim*.

²⁰³ Cfr. ATELLI, “La «governance» delle società a partecipazione pubblica tra diritto pubblico e diritto privato”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 111; BLANDINI, “Riflessioni in tema di *governance* di società pubblica”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Roma, 2017, pag. 45; CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica* (Napoli, 2017), pag. 278; CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra*

delle società a controllo pubblico”, indica una speciale normativa sulla *governance* delle predette società. Si osservi, anzitutto, come tale disciplina si riferisca soltanto alle società a controllo pubblico, non ricomprendendo quindi quelle a partecipazione pubblica: sicché le norme ivi previste si applicheranno soltanto in presenza del controllo di cui all’art. 2, co. 1, lett. b, TUSPP.

Tentando ulteriormente di indagare i profili di deroga contenuti nel TUSPP al diritto societario comune non può evitarsi di richiamare il co. 3 dell’art. 6 TUSPP ove è richiesto alle società a controllo pubblico – al fine di predisporre un assetto organizzativo efficace e trasparente – di valutare l’opportunità di integrare gli ordinari strumenti di governo societario con (i) regolamenti in tema di *compliance*, (ii) un ufficio di controllo interno, (iii) codici di condotta propri e (iv) programmi di responsabilità sociale d’impresa. Tale

autonomia e strumentalità (Napoli, 2018), pag. 201; CUCCURULLO, *sub art. 6*, in Meo e Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 100; DEMURO, “La *governance*”, in Ibba - Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 133; DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza* (Milano, 2016), *passim*; GIANNELLI, “La gestione delle partecipazioni pubbliche”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 125; GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica. Profili civilistici e di diritto comparato* (Torino, 2017), *passim*; GUERRERA, “Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina TUSP”, in *Studi e materiali*, 2017, fasc. 3 - 4, pag. 537; GUIZZI, “Interesse sociale e *governance* delle società pubbliche”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, *passim*; IBBA, “Introduzione”, in Ibba - Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, *passim*; LIBERTINI, “I principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 45; MINERVINI, “Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici”, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1954, I, pag. 712; PICARDI, “Strutture e principi di *governance*”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 17; ROSSI, “Nomina, revoca e *prorogatio* degli amministratori di società a partecipazione pubblica”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 101; SALAFIA, “Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici”, in *Soc.*, 2001, pag. 773; SCANNICCHIO, “Problemi di *governance* di una banca a partecipazione pubblica: il caso Monte dei Paschi di Siena”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 327; URSI, “La *Governance* societaria nell’ottica gruppo pubblico locale”, Relazione al Convegno “Le società a partecipazione pubblica dopo il D.lgs. n. 175/2016”, Milano, 12 novembre 2017, opera consultata grazie alla cortesia dell’Autore e ID., *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali* (Napoli, 2012), *passim*.

valutazione dovrà tener conto delle dimensioni, delle caratteristiche organizzative e dell'attività svolta, facendo salve le competenze degli organi previsti dalle norme di legge e di statuto sociale²⁰⁴. La norma di cui all'art. 6, co. 3, TUSPP pare potersi ricomprendere nel precipitato del principio di adeguatezza previsto agli artt. 2381, co. 3 e 2403 c.c.

Il richiamo del legislatore del TUSPP a strumenti e modelli ordinari di *governance* societaria (quelli appena richiamati) fornisce un ulteriore argomento alla tesi per cui la disciplina del testo unico e la normativa di diritto societario comune debbano necessariamente porsi in un continuo rapporto di confronto e di integrazione.

Una delle novità contenute dal TUSPP in materia è la previsione dell'amministrazione c.d. unipersonale, quale regola di *default* per le società a controllo pubblico, dettata al fine di perseguire obiettivi di semplificazione dell'organo amministrativo e di contenimento dei costi di gestione dell'organizzazione societaria²⁰⁵: l'art. 7, lett. b), d.lgs. n. 100 del 16

²⁰⁴ Gli strumenti adottati dovranno essere indicati nella relazione predisposta annualmente e pubblicata contestualmente al bilancio di esercizio dall'organo amministrativo (analogamente a quanto previsto in materia di società quotate *ex art. 123-bis TUF*), in maniera da permettere la conoscenza del grado di efficienza e funzionalità dei sistemi di amministrazione e controllo della società, v. CUCCURULLO (*supra*, nt. 203), pag. 100 e PICARDI (*supra*, nt. 201), pag. 20. L'art. 6, co. 5, TUSPP richiede poi alle società a controllo pubblico di illustrare nella medesima relazione le ragioni per cui non sono stati adottati i predetti strumenti di governo societario, in applicazione della nota regola del "*comply or explain*" (anche questa già prevista all'art. 123-bis TUF). Si osservi come tali previsioni del TUSPP siano dettate a tutela di molteplici portatori di interessi: da un lato, degli investitori e del mercato nel suo complesso e, dall'altro, dei soci privati.

²⁰⁵ Il rapporto richiesto al Commissario per la Revisione della Spesa dall'art. 23 del d.l. n. 66 del 24 aprile 2014 (più noto con il nome di Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, in www.revisionedellaspesa.gov.it), invece, prevedeva quale regola generale il consiglio di amministrazione, pur consentendo l'adozione dell'organo monocratico. Cfr. PICARDI (*supra*, nt. 203), pag. 32, per il quale il legislatore delegato manifesterebbe, con tale scelta, sia una rinuncia "almeno in prima battuta" all'organo amministrativo di carattere pluripersonale, sia "una sorta di preferenza" per il modello tradizionale di amministrazione e controllo. Si osservi come il legislatore, prevedendo espressamente che l'adozione di uno dei modelli alternativi di amministrazione controllo debba fondarsi (e quindi giustificarsi) in ragione di specifici requisiti di adeguatezza organizzativa, pare voler condurre ad una valutazione che consideri la capacità di adattamento del sistema che si vuole adottare rispetto alle caratteristiche dimensionali, organizzative e operative della singola società e che sarà compiuta sia in riferimento alla normativa applicabile, sia ai dati empirici della stessa società. In riferimento al modello di amministrazione e controllo dualistico, l'art. 11, co. 3, TUSPP permette al socio di società a partecipazione pubblica, in nome del principio dell'autonomia statutaria, la facoltà di attribuire, conformemente alla norma dell'art. 2409-terdecies, co. 1, lett. f-bis), c.c., al consiglio di sorveglianza il potere di delibera in materia di operazioni strategiche e piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, mantenendosi la responsabilità di quest'ultimo per gli atti compiuti. L'adozione – attraverso lo statuto sociale – del modello di amministrazione e controllo dualistico permette la creazione di un'organizzazione sociale nella quale il socio pubblico può esercitare una propria influenza anche mediante la nomina dei membri del consiglio di

giugno 2017 ha modificato l'art. 11, co. 3, TUSPP, permettendo l'adozione di un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, purché avvenga in forza di una delibera assembleare (trasmessa alla competente sezione della Corte dei conti), motivata con riguardo alle specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi.

2. La nomina degli amministratori di società a partecipazione pubblica – 2.1. Il coordinamento tra l'art. 2449 c.c. e le norme contenute nel TUSPP

Dopo aver descritto la struttura organizzativa dell'organo amministrativo delle società a partecipazione pubblica delineato dal TUSPP, pare opportuno procedere alla disamina dei parametri individuati dal legislatore delegato per comporre tale organo.

L'art. 11, co. 2 e 3, TUSPP stabilisce che l'organo di gestione della società a controllo pubblico sia costituito da un amministratore unico, salvo che – lo si è indicato – non

sorveglianza, quale organo cui, eventualmente, è stata affidato il compito di svolgere una supervisione strategica. In tal maniera, si assiste all'interposizione di un organo tra la proprietà e la gestione, che determina un'assunzione da parte del consiglio di sorveglianza di prerogative di natura essenzialmente imprenditoriale, quali (appunto) la nomina e la revoca dei membri del consiglio di gestione. A ben vedere, la scelta di un sistema organizzativo del tenore di quello appena descritto, in cui si attribuiscono poteri di c.d. alta amministrazione in capo ad un organo soggetto “a uno *standard* di diligenza professionale e soprattutto alla disciplina dello *spoil system*”, potrebbe fondarsi sull'esigenza di soddisfare requisiti di stabilità e di indipendenza, così PICARDI (*supra*, nt. 201), pag. 32. Sempre in riferimento al modello di amministrazione e controllo dualistico, occorre poi considerare la facoltà di introduzione di clausole statutarie che attribuiscono al socio pubblico la facoltà di nominare sia membri del consiglio di sorveglianza, sia del consiglio di gestione: tale risultato pare raggiungibile in virtù delle norme di cui all'art. 2449 c.c. (che lo prevede espressamente in relazione al consiglio di sorveglianza) e di cui all'art. 2380, co. 3, c.c. (in riferimento al consiglio di gestione, alla luce di una lettura combinata delle previsioni appena citate). Un assetto organizzativo che assumesse il profilo appena illustrato comporterebbe un incremento dell'influenza del socio pubblico sulla gestione dell'impresa, giungendo ad un utilizzo del sistema di amministrazione e controllo dualistico non conforme alle finalità per le quali è stato introdotto, in quanto non perseguirebbe una separazione della titolarità delle partecipazioni sociali dal potere gestorio degli amministratori. Ciò posto, pare opportuno un breve richiamo all'ipotesi in cui la società a partecipazione pubblica adotti il sistema di amministrazione e controllo monistico. Si potrebbero, in proposito, indicare i pregi di una scelta in tal senso nel rispetto di obiettivi di efficienza e di contenimento dei costi (peraltro sottesi allo stesso TUSPP); ma, d'altra parte, presenterebbe lo svantaggio della mancata inclusione tra i poteri del comitato per il controllo sulla gestione della vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, così come del perseguimento dei principi di corretta amministrazione, che sono attribuiti (rispettivamente dal co. 1 dell'art. 2403 e dal co. 1, lett. c) dall'art. 2409-*terdecies* c.c.) al collegio sindacale e al consiglio di sorveglianza. Tuttavia, il legislatore del TUSPP sembra consentire l'adozione di un modello di *governance* efficiente anche nelle società a partecipazione pubbliche che adottano il sistema di amministrazione e controllo dualistico, ove si eserciti la facoltà di cui all'art. 6, co. 3, lett. b), TUSPP, in ragione dell'introduzione di un ufficio di controllo interno, così dotando la società di un assetto organizzativo adeguato ed efficace per la gestione e il controllo.

sussistano esigenze di carattere organizzativo tali da consentire l'adozione di un organo collegiale.

Tale previsione pone una questione problematica che concerne il coordinamento di detta norma con la disposizione di cui all'art. 2449 c.c.²⁰⁶: quest'ultima riconosce il potere di nominare un numero di componenti dell'organo amministrativo alla pubblica amministrazione, proporzionalmente alla partecipazione al capitale sociale posseduta. Risulta così rispettato sia il principio di proporzionalità del potere di controllo (rispetto alla partecipazione sociale), sia quello di non discriminazione tra la proprietà pubblica e quella privata²⁰⁷. Com'è evidente, il criterio della proporzionalità implica la necessità di un concorso di nomine da parte di più soggetti e quindi di un organo che non abbia natura monocratica. Ci si può quindi domandare se la nomina dell'amministratore unico effettuata dal socio pubblico in forza di una disposizione statutaria *ex art. 2449 c.c.* sia coerente con la regola della proporzionalità.

Pare doversi rilevare come, nella fattispecie in cui sussista una forma di controllo, si possa affermare la legittimità della nomina, da parte del soggetto controllante, della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione oppure dell'amministratore unico.

È stato rilevato come la disciplina contenuta all'art. 2449 c.c. sia suscettibile di una duplice interpretazione²⁰⁸. In prima analisi potrebbe qualificarsi alla stregua di un principio di riferimento per un vaglio di compatibilità delle regole interne di diritto societario con gli obblighi comunitari derivanti dai trattati: qualora la funzione del principio di

²⁰⁶ Il tema è stato affrontato nel Cap. I.

²⁰⁷ CODAZZI (*supra*, nt. 203), pag. 114. L'a. ricorda come il legislatore abbia abrogato l'art. 2450 c.c. e modificato la norma dell'art. 2449, co. 1, c.c. perché tali disposizioni rendevano ammissibile l'attribuzione di "poteri «ingiustificati» e «sproporzionati»" a favore dello Stato o degli enti pubblici titolari di partecipazioni sociali. Cfr. CODAZZI, "Nomina pubblica alle cariche sociali *ex art. 2449 c.c.* e giurisdizione applicabile", in *Giur. comm.*, 2017, II, pag. 817; CORRADI, "La proporzionalità tra partecipazione e «potere di controllo» nell'art. 2449 c.c.", in *Giur. comm.*, 2008, II, pag. 925; DEMURO, "L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta *ex art. 2449 c.c.*", in *Giur. comm.*, 2008, II, pag. 581; IBBA - DEMURO, *sub 2449 c.c.*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari* (Milano, 2016), II, pag. 2830; 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, pag. 962 e RUOTOLO - PUGLIELLI, "Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)", Studio C.N.N. n. 150-2008/I, in *www.notariato.it, passim*.

²⁰⁸ DI RIENZO, "Gli organi di amministrazione e controllo nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica", in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 152.

proporzionalità risultasse un generale criterio di regolamentazione delle modalità di partecipazione alla gestione e al controllo dell'attività sociale da parte della pubblica amministrazione nelle società, la logica della proporzionalità acquisterebbe un senso compiuto nella dimensione comunitaria e nelle regole del mercato europeo. In seconda battuta, invece, pare ammissibile affermare che la previsione dell'art. 2449 c.c. si rivolga, per così dire, verso "l'interno" del nostro ordinamento, riconoscendone la natura di disciplina che regola l'organizzazione delle società a partecipazione pubblica.

Sorge in tal maniera un confronto tra le esigenze pubblicistiche e i principi di diritto societario, con una differente connotazione tra le previsioni statutarie di cui all'art. 2449 c.c. e la presenza di un amministratore unico: si potrebbe considerare che il combinato disposto delle due norme, da un lato, conduca ad un accentramento dei poteri gestori in capo al socio pubblico, ma, dall'altro, sia una mera conseguenza dell'interesse partecipativo della pubblica amministrazione.

L'art. 2449 c.c. legittima la creazione di una clausola statutaria in forza della quale viene attribuito allo Stato o ad altri enti pubblici, in quanto soci, il potere di nominare membri degli organi di gestione e di controllo della società. Il legislatore distingue la disciplina applicabile a seconda che la società faccia ricorso al mercato del capitale di rischio o meno: nella prima fattispecie ha stabilito che il numero dei rappresentanti del socio pubblico debba essere proporzionale alla partecipazione al capitale sociale, mentre nell'altra ipotesi la nomina sarà invece subordinata alla presenza di strumenti finanziari partecipativi o di una speciale categoria di azioni per le altre società²⁰⁹.

(i) Ad opinione di alcuni autori, la facoltà prevista dall'articolo ora citato sarebbe attribuita all'ente pubblico "in quanto tale" (e non in quanto socio), sicché l'atto di nomina dovrebbe qualificarsi come atto amministrativo²¹⁰: il legislatore, in questa ottica, avrebbe attribuito il potere di nominare amministratori e sindaci al fine di consentire alla pubblica amministrazione di adeguare l'attività sociale secondo la propria politica economica e i propri interessi patrimoniali. Si è sostenuto, in altri termini, che l'interesse pubblico non

²⁰⁹ Per tutti, oltre alla bibliografia già richiamata, v. DONATIVI (*supra*, nt. 201), pag. 563.

²¹⁰ Cfr. CIRENELI, *Le imprese pubbliche* (Milano, 1983), *passim*; ID., "Le società per azioni a partecipazione pubblica", in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, vol. 8 (Torino, 1992), pag. 3; ROVERSI-MONACO, "Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 ss. del codice civile)", in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, pag. 258; URSI "Società" (*supra*, nt. 201), pag. 164.

potrebbe soddisfarsi in ragione dell'esistenza di una "mera relazione fiduciaria", ma occorrerebbe una costante determinazione dell'attività dell'organo amministrativo della società da parte del socio pubblico²¹¹. Tra le ricadute più importanti che derivano dall'accoglimento dell'impostazione ora illustrata può ricordarsi la natura del provvedimento di nomina del membro dell'organo della società (e la normativa ad esso applicabile); se, infatti, l'atto di nomina avesse la natura di atto amministrativo avente carattere discrezionale, allora dovrebbe ritenersi che lo stesso sia immediatamente efficace anche nei confronti della società²¹².

(ii) Secondo l'orientamento accolto da altri autori, invece, il potere di nomina di cui all'art. 2449 c.c. avrebbe natura privatistica²¹³. Il principale argomento posto a fondamento della tesi in esame emerge dalla Relazione al codice civile: in riferimento all'art. 2458 c.c. (l'attuale 2449 c.c.), il n. 998 della Relazione citata indica che qualora lo Stato o gli enti pubblici partecipino ad una società di capitali è il socio pubblico ad assoggettarsi alla disciplina della società al fine di "assicurare alla propria gestione snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici", applicandosi quindi alle società a partecipazione pubblica la disciplina comune delle società "salvo eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente". La medesima Relazione si preoccupa di chiarire come il rapporto gestorio non subisca alterazioni nella fattispecie in cui la nomina venga effettuata ai sensi dell'art. 2449 c.c., in quanto gli amministratori "così nominati hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi di quelli nominati dall'assemblea". Coloro che sostengono la natura c.d. privatistica dell'atto di nomina *ex art.* 2449 c.c. hanno inoltre indicato quattro diversi argomenti a suffragio della tesi c.d. pubblicistica²¹⁴:

(a) si è rilevato, anzitutto, come il potere di nomina previsto dalla norma in esame sia configurato come una facoltà da attribuire al socio pubblico in ragione di una clausola

²¹¹ CIRENEI "Le società" (*supra*, nt. 210), pag. 103; ROVERSI-MONACO (*supra*, nt. 210), pag. 263 e URSI "Società" (*supra*, nt. 201), pag. 166.

²¹² Il tema sarà affrontato nel paragrafo che segue, cui sia consentito fare rinvio.

²¹³ Per tutti v. ABBADESSA, "La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)", in *Impresa, amb., pubbl. amm.*, 1975, pag. 369. È opportuno osservare come una recente giurisprudenza di legittimità si sia pronunciata a favore della giurisdizione ordinaria in materia di controversie concernenti gli atti di nomina e di revoca degli organi sociali di società *in house*, Cass. Civ. SS. UU. ord. n. 24591 del 1° dicembre 2016, in www.iusexplorer.it.

²¹⁴ Cfr. URSI "Società" (*supra*, nt. 203), pag. 172.

statutaria, pertanto non sarebbe coerente con la sussistenza di un potere di carattere autoritativo, che si connota per la sua obbligatorietà;

(b) d'altra parte, invece, la presenza di un potere di revoca assegnato esclusivamente alla pubblica amministrazione escluderebbe un rapporto continuativo di diritto pubblico tra amministratore ed ente, in quanto tale potere può essere giustificato dal fine di evitare la vanificazione della potestà di nomina riconosciuta all'ente in ragione dell'esercizio della potestà di revoca da parte dell'assemblea²¹⁵;

(c) non è altresì trascurabile la constatazione per cui sussiste una totale equiparazione tra gli amministratori (qualunque sia la modalità con cui essi sono stati nominati) e conseguentemente potrebbe verificarsi al più un potere di istruzione (e non di direzione) da parte del socio pubblico nei confronti del soggetto nominato, ma in ogni caso non potrebbe giungersi alla violazione dei principi dettati in materia di gestione societaria *ex art. 2380-bis c.c.* e di diligenza *ex art. 2392 c.c.*²¹⁶;

(d) infine, si è illustrato come il potere di nomina venga originato dallo statuto sociale, quindi da una fonte di natura negoziale dalla quale sorge un diritto potestativo e per tale ragione la disciplina applicabile alla fattispecie sarebbe (interamente) quella di diritto comune. Le modalità con le quali si addivene alla determinazione della pubblica amministrazione non avrebbero alcun rilievo nella natura dell'atto di nomina, in quanto gli effetti e il contenuto del medesimo sono regolati dal diritto societario comune.

(iii) Oltre alle due impostazioni già esaminate, è stata sostenuta una diversa ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 2449 c.c., secondo la quale si potrebbe riconoscere nel potere di nomina in capo al socio pubblico una preposizione organica²¹⁷. La tesi in parola si propone di valorizzare aspetti di natura pubblicistica e di natura privatistica, qualificando come "organo di nomina" della società il socio pubblico munito del potere previsto dallo statuto sociale²¹⁸: la norma dell'art. 2449, co. 1, c.c. derogherebbe il principio della

²¹⁵ In tal senso ABBADESSA (*supra*, nt. 213), pag. 369.

²¹⁶ Quanto appena indicato pone la questione problematica del rapporto tra l'interesse pubblico e quello sociale: come è già stato esaminato nel Cap. I, si è sostenuto che ove il primo si ponesse in contrasto con il secondo, l'amministratore sarebbe tenuto ad astenersi dal dare esecuzione all'indirizzo dal quale potrebbe sorgere un danno alla società. V. JAEGER, *L'interesse sociale* (Milano, 1964), pag. 136.

²¹⁷ Cfr. URSI "Società" (*supra*, nt. 203), pag. 180.

²¹⁸ Così MINERVINI (*supra*, nt. 203), pag. 719 e ID. "La revoca dei sindaci «designati» dallo Stato (in tema di sindaci Rai)", in *Soc.*, 2004, pag. 273.

competenza assembleare in materia di nomina dell'organo amministrativo²¹⁹, legittimando l'attribuzione – in forza di una clausola dello statuto sociale – del potere ad un singolo socio, che eserciterebbe autonomamente tale facoltà (“in qualità di organo”²²⁰). Verrebbe così a crearsi una fattispecie complessa in cui si assiste alla combinazione tra la preposizione allo svolgimento di un ufficio (quale elemento pubblicistico) e l'investitura alla carica di amministratore (quale elemento privatistico)²²¹: l'atto di nomina sarebbe dunque il risultato di una scelta di attribuzione del potere di gestione di risorse della collettività attraverso lo schermo societario (caratterizzata da un profilo e un interesse pubblicistico), ma la rilevanza di tale ufficio, sotto l'aspetto dell'organizzazione societaria, sarebbe riconducibile ad un rapporto di preposizione organica (e, pertanto, atterrebbe ad un profilo eminentemente privatistico).

Quest'ultima impostazione ha prestato il fianco a varie obiezioni, sia da parte di coloro che hanno accolto la tesi pubblicistica, sia da parte di coloro che hanno sostenuto quella privatistica: mentre i primi hanno ritenuto che l'organizzazione societaria risultasse alterata in ragione della circostanza per cui l'ente pubblico sarebbe posto in una posizione di prevalenza sotto il profilo del rapporto tra la volontà dei soci²²²; i secondi, invece, hanno affermato che non potrebbe riscontrarsi un procedimento volto al perseguimento di un interesse pubblico nell'attività organizzativa a regime privatistico, in ragione del fatto che “il vincolo di scopo” non potrebbe palesarsi negli atti organizzativi di diritto privato, ma soltanto sul piano della valutazione dei risultati dell'attività posta in essere²²³.

Ciò posto, nelle ipotesi in cui lo statuto sociale riconoscesse al socio pubblico il potere di nomina previsto all'art. 2449 c.c., verrebbe prodotto un atto amministrativo (la nomina del componente dell'organo sociale) imputabile alla società, la cui efficacia sarebbe però subordinata all'eventuale accettazione dell'incarico da parte del soggetto nominato. Sicché, più propriamente, ci si porrebbe di fronte ad un procedimento di carattere misto, nel quale

²¹⁹ Cfr. URSI “Società” (*supra*, nt. 203), pag. 181.

²²⁰ L'espressione si deve a CASSESE, voce “Azionariato di Stato”, in *Enc. Dir.* (Milano, 1959), IV, pag. 778.

²²¹ SALAFIA, “Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici”, in *Soc.*, 2001, pag. 773.

²²² SALAFIA (*supra*, nt. 221), pag. 773.

²²³ Cfr. SALAFIA (*supra*, nt. 221), pag. 773. L'a. ricorda come possa proporsi “un parallelismo” con la disciplina applicabile agli incarichi dirigenziali, che sarebbero qualificabili alla stregua di atti di gestione a rilievo privatistico, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale.

sono presenti sia i principi pubblicistici aventi ad oggetto la scelta dell'amministratore, sia le previsioni normative civilistiche aventi ad oggetto l'imputazione della nomina alla società e il mandato gestorio.

Giova, inoltre, ricordare come si presentino degli elementi che potrebbero definirsi “di pubblicità” del rapporto, non soltanto nel procedimento di nomina, ma anche nel legame che sussiste tra l'amministratore e il socio pubblico che lo ha nominato in ragione del ruolo di *governance* esercitato (riscontrabili, da un lato nell'attività di direzione e coordinamento e, dall'altro, nel rapporto fiduciario), nonché nel collegamento presente tra l'ente pubblico e la società, relativamente alla clausola di nomina degli amministratori al tempo del termine del loro incarico²²⁴.

2.2. Le modalità di nomina

Come si è anticipato, l'art. 2449 c.c. attribuisce allo Stato o ad altri enti pubblici la facoltà di nominare membri dell'organo amministrativo e di controllo purché il loro numero sia proporzionale alla partecipazione al capitale sociale (nelle società che non ricorrono al mercato del capitale di rischio) e subordinata alla creazione di strumenti finanziari partecipativi o ad una speciale categoria di azioni (nelle società che, invece, non ricorrono al mercato del capitale di rischio).

Tale previsione – lo si è ricordato – pare aggiungere un ulteriore elemento a favore della tesi privatistica sia della natura della società a partecipazione pubblica, sia della qualità del socio pubblico che partecipa alla medesima, poiché la capacità di esercitare diritti sociali diversi da quelli ordinari deve essere parametrata e giustificata da esigenze di carattere generale²²⁵.

La norma dell'art. 2449 c.c. prevede la possibilità di conferire, mediante apposita clausola dello statuto sociale, la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci²²⁶ allo Stato o agli enti pubblici titolari di azioni in una s.p.a. che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio. Rispetto alle modalità con cui possa effettuarsi tale nomina e all'efficacia della

²²⁴ DI RIENZO (*supra*, nt. 208), pag. 153.

²²⁵ CODAZZI (*supra*, nt. 203), pag. 116 e URSI “Società” (*supra*, nt. 203), pag. 164.

²²⁶ Il legislatore del codice civile prevede espressamente un riferimento ai componenti del consiglio di sorveglianza, per il caso in cui sia stato adottato il sistema di amministrazione e controllo dualistico.

medesima non sono presenti indicazioni nel testo normativo, sicché è possibile dedurre un rinvio all'autonomia statutaria.

Tale problematica presenta delle analogie con la disciplina prevista in tema di strumenti finanziari partecipativi, cui si intende fare rinvio. L'art. 2351, co. 5, c.c. permette di dotare – secondo le modalità stabilite dallo statuto sociale – gli strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi *ex art. 2346, comma 6, c.c.*²²⁷ della facoltà di nominare un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco.

Il legislatore utilizza, agli artt. 2351, co. 5 e 2449, co. 1, c.c. due espressioni diverse che paiono tuttavia condurre al medesimo risultato: un pieno rinvio all'autonomia statutaria. Pertanto, rispetto alle modalità con cui possa effettuarsi tale nomina, i soci potranno individuare la disciplina più conforme e idonea alle loro esigenze. Si osservi come, nella fattispecie relativa agli strumenti finanziari partecipativi, sarà possibile prevedere tali indicazioni sia nello statuto sociale, sia nel regolamento che disciplina tali strumenti. L'analisi della disciplina dettata in materia di nomina di membri degli organi sociali da parte dei titolari di strumenti finanziari partecipativi non può prescindere da un richiamo alla norma dell'art. 2346, comma 6, c.c., che – escludendo il voto di tali strumenti nell'assemblea generale degli azionisti – detta un preciso limite.

Da tale esclusione sembra potersi desumere l'inammissibilità di un calcolo dei quorum assembleari che sia il risultato della somma delle presenze e dei voti relativi agli azionisti e ai titolari di strumenti finanziari partecipativi, con la conseguenza che debbono rimanere distinte le decisioni imputabili agli azionisti e quelle dei titolari di strumenti finanziari partecipativi. Tale considerazione permette di ipotizzare le seguenti modalità di esercizio del potere di cui all'art. 2351, co. 5, c.c.:

- (i) nomina diretta dell'assemblea formata dai titolari di strumenti finanziari partecipativi²²⁸,
- (ii) nomina da parte dell'assemblea dei soci, la cui efficacia è subordinata all'approvazione dell'assemblea formata dai titolari di strumenti finanziari partecipativi;

²²⁷ Il tema è oggetto della Massima n. 168 del Consiglio Notarile di Milano, in www.consiglionotarilemilano.it.

²²⁸ I quorum potranno stabilirsi liberamente e la nomina assumerà efficacia al tempo dell'accettazione della carica.

(iii) designazione dell'assemblea dei titolari di strumenti finanziari partecipativi del soggetto che l'assemblea degli azionisti procederà a nominare²²⁹.

Le predette modalità di esercizio del potere di cui all'art. 2351, co. 5, c.c., potranno articolarsi anche con modalità di formazione non collegiali. Si pensi, a titolo di esempio, al consenso espresso per iscritto, alla consultazione scritta, alla trasmissione della propria volontà per corrispondenza in occasione delle assemblee dei soci o la sua manifestazione in forma orale nel corso dello svolgimento di quelle assemblee, sia direttamente, sia a mezzo di un rappresentante comune²³⁰.

La scelta dell'utilizzo del criterio della maggioranza o dell'unanimità per l'adozione delle decisioni dei titolari di strumenti finanziari partecipativi è rimessa alla volontà dei soci,

²²⁹ Vari autori si sono interrogati sulle modalità di elezione dei membri degli organi sociali. In particolare, ci si è domandati se sia ammissibile una clausola statutaria che consenta una nomina immediatamente efficace. Sul punto, a ben vedere, possono individuarsi varie opinioni. (i) Per una prima tesi la nomina avrebbe natura extra-assembleare e, quindi, non potrebbe avvenire nell'assemblea degli azionisti, in tal senso v. LAMANDINI, "Autonomia negoziale e vincoli di sistema nell'emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni", in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, pag. 533. Ma tra coloro che aderiscono a questa prima tesi è possibile individuare: (a) chi sostiene che la nomina avvenga in un'assemblea separata, v. LIBONATI, "Gli strumenti finanziari partecipativi", in Balzarini-Carcano-Ventoruzzo (a cura di), *Le società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, II, Milano, 2007, pag. 601, o in un'assemblea speciale, v. NOTARI - GIANNELLI, *sub* 2346, co. 6, in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, pag. 101 e (b) coloro che ritengono che la modalità, sempre diversa dalla partecipazione all'assemblea generale, vada definita dallo statuto sociale CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voce*, Milano, 2006, pag. 128 e MIOLA, "I conferimenti in natura", in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1*** (Torino, 2005), pag. 285. (ii) Per altri autori la nomina sarebbe un atto dell'assemblea generale degli azionisti, che sarà, tuttavia, statutariamente obbligata a recepire le indicazioni provenienti dai soggetti che detengono gli strumenti partecipativi, così TOMBARI, "Strumenti finanziari «partecipativi» (art. 2346, ultimo comma, c.c.) e diritti amministrativi della società per azioni", in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, pag. 158. (iii) Altri ancora accolgono una diversa interpretazione secondo la quale deve essere lo statuto a indicare le modalità con le quali i titolari degli strumenti esercitano il voto: nell'assemblea generale, in quella speciale o mediante la "raccolta di documenti" contenenti la manifestazione del proprio voto, così LOLLI, *sub* artt. 2346-2354, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005, I, pag. 207, PISANI MASSAMORMILE, "Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi", in *Riv. soc.*, 2003, pag. 1299 e la Massima H.J.1. Esercizio di voto degli strumenti finanziari del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, in www.notaitriveneto.it, ove si legge che la norma dell'art. 2346, co. 6, c.c. debba interpretarsi come un "divieto di abbinare agli strumenti finanziari il diritto di voto «generale» e non anche come divieto di esercitare nell'assemblea generale degli azionisti il diritto di voto «speciale» eventualmente attribuito" *ex* art. 2351, co. 5, c.c., ma si ritiene "salva la possibilità di prevedere statutariamente che gli strumenti finanziari aventi diritto di voto su argomenti di competenza dell'assemblea dei soci esercitino detto diritto in un'assemblea speciale".

²³⁰ Così la Massima n. 168 del Consiglio Notarile di Milano, in www.consiglionotarilemilano.it.

così come il rispetto della modalità collegiale o meno nella formazione delle predette decisioni²³¹.

Nel silenzio dello statuto sociale sul punto, è opinione di alcuni autori che la nomina abbia un'efficacia diretta²³², mentre altri sostengono che la nomina spetti all'assemblea, pur essendo quest'ultima vincolata alla preventiva designazione effettuata dai titolari di strumenti finanziari partecipativi²³³.

Un ulteriore profilo problematico indagato dalla dottrina in materia di diritto di nomina dei membri degli organi sociali da parte dei titolari di strumenti finanziari partecipativi concerne la questione della revoca e della sostituzione dei predetti componenti degli organi sociali²³⁴.

²³¹ La stessa Massima n. 168 del Consiglio Notarile di Milano appena citata indica come possa essere “utile precisare che l'ammissibilità della formazione delle decisioni sulla nomina con modalità non collegiali non è ostacolata dalla inclusione della «riserva di nomina» nella disposizione (art. 2351 c.c.) dedicata al diritto di voto e nell'essere detta «riserva» contemplata quale particolare concretizzazione della possibilità che gli s.f.p. siano dotati del «diritto di voto su argomenti specificamente indicati». (i) In primo luogo, il diritto di voto in senso stretto è perfettamente compatibile con una tecnica non assembleare di formazione delle decisioni quale quella referendaria della consultazione scritta, nonché con una tecnica non collegiale come il voto per corrispondenza in cui i voti espressi dai titolari di s.f.p. siano direttamente rilevati nell'assemblea degli azionisti senza una previa, per vero inutile, rilevazione dei risultati in un'apposita assemblea dei titolari di s.f.p. (ii) In secondo luogo, il diritto di voto può rappresentare, nella logica della disposizione dedicata principalmente al diritto di voto attribuito dalle azioni, lo strumento principale, ma non necessariamente l'unico, con cui consentire ai titolari di s.f.p. di partecipare alle decisioni sociali: ciò in quanto, mentre le azioni sono destinate alla circolazione e possono distribuirsi su un'ampia base sociale della quale l'assemblea rappresenta il luogo di confluenza per la formazione di decisioni talora di vitale importanza, gli s.f.p. possono non essere trasferibili e rimanere nelle mani di singoli o pochi titolari per le cui decisioni, che mai possono impedire o aggravare quelle «necessarie per la sopravvivenza» di cui all'art. 2369, comma 4, c.c., l'organizzazione di un'apposita assemblea potrebbe risultare fonte di costi e inefficienze, tant'è che non è prescritta da alcuna norma, né è ricavabile dal sistema, bensì è rimessa alla valutazione dei soci in sede di istituzione degli s.f.p. Nella massima si preferisce, inoltre, chiarire che la clausola statutaria può esplicitamente estendere il diritto di nomina al caso in cui cessi dalla carica il soggetto nominato dai titolari di s.f.p.: il punto non è dubbio ed anzi rappresenta un opportuno completamento della disciplina in materia, al di là della deducibilità della riserva di nomina nella fattispecie pur nel silenzio della singola clausola, in considerazione del fatto che si discute se il potere di revoca del nominato dai titolari di s.f.p. spetti a questi ultimi, all'assemblea o a entrambi.”

²³² CIAN (*supra*, nt. 229), pag. 128 e LAMANDINI (*supra*, nt. 229), pag. 533.

²³³ TOMBARI (*supra*, nt. 229), pag. 155.

²³⁴ Cfr. BUSANI - SAGLIOCCA, “Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring”, in *Soc.*, 2011, pag. 932, che – relativamente al solo tema della revoca – indicano come risulti “preferibile, per il conforto che in tal senso offre il dato normativo («alle persone così nominate si applicano le medesime norme previste per gli altri componenti dell'organo cui partecipano», ove, dunque, vi è una previsione di applicazione, al nominato dagli s.f.p., delle medesime norme applicabili agli altri componenti dell'organo cui egli appartiene) che il potere di revoca dell'amministratore o del consigliere di sorveglianza o del sindaco

Anche la predetta questione relativa alla revoca e alla sostituzione dei membri degli organi sociali nominati da parte dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi in mancanza di un'espressa clausola dello statuto sociale è stata oggetto di un vivace dibattito dal quale si sono delineate varie ricostruzioni.

(i) Una prima impostazione riconosce che la revoca e la sostituzione del membro dell'organo sociale in caso di cessazione dalla carica possano disporsi solo da parte dell'assemblea dei soci²³⁵;

(ii) una seconda tesi sostiene che la competenza alla revoca spetterebbe all'assemblea dei soci, ma tale deliberazione sarebbe subordinata all'autorizzazione degli strumenti finanziari partecipativi, ai sensi dell'art. 2376 c.c. e che la decisione di revocare i componenti degli organi sociali nominati ai sensi dell'art. 2351, co. 5, c.c. non possa essere deliberata soltanto dall'assemblea speciale, in quanto la norma ora citata non prevede una disposizione analoga all'art. 2449, co. 2, c.c. e una siffatta ricostruzione garantirebbe una piena tutela della posizione dei titolari di strumenti finanziari, senza la che la modifica dell'organo amministrativo sia legata esclusivamente al loro consenso, mentre l'attribuzione di un diritto di revoca in via esclusiva ai medesimi comporterebbe una eccessiva sovrapposizione degli interessi dei titolari degli strumenti finanziari con coloro che dovrebbero assumere il ruolo di membri indipendenti del consiglio di amministrazione e dell'organo di controllo, così intaccando “la unitarietà degli organi sociali”²³⁶;

designato dai titolari degli s.f.p. spetti all'assemblea dei soci e non ai titolari degli s.f.p.” e SAGLIOCCA, “Strumenti finanziari partecipativi e potere di partecipazione attiva al governo delle società per azioni”, in *Riv. dir. soc.*, 2013, pag. 340. La tesi è accolta, almeno in parte, da MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004, pag. 56, che afferma come la soluzione per la quale il potere di revoca spetterebbe all'assemblea dei soci “appare obbligata anche perché non è prevista nella specie alcuna deroga al potere di revoca che naturalmente spetta all'assemblea”, ma “sembra chiaro che il nuovo membro da sostituire a quello revocato va pur sempre nominato dai titolari di strumenti finanziari partecipativi”.

²³⁵ Così NOTARI - GIANNELLI (*supra*, nt. 229), pag. 104, per i quali “la revoca può essere disposta (solo) dall'assemblea dei soci secondo la disciplina applicabile al tipo di organo di cui si discute e che in caso di sostituzione del consigliere indipendente, qualora egli sia cessato dalla carica anzitempo, per qualsiasi motivo, il diritto di nomina spetti all'assemblea dei soci e non agli strumenti finanziari partecipativi” e, implicitamente, PISANI MASSAMORMILE (*supra*, nt. 229), pag. 1299, per il quale, ai membri nominati ai sensi dell'art. 2351, co. 5, c.c., “si applicano le «medesime norme» (in tema di competenza, cause di ineleggibilità o decadenza, eventuali requisiti di onorabilità e professionalità, funzionamento, responsabilità) «previste per altri componenti dell'organo cui partecipano»”.

²³⁶ V. LOLLI (*supra*, nt. 229), pag. 208.

(iv) un'altra ipotesi ricostruttiva ha dichiarato che alla fattispecie in esame sarebbe applicabile, in via analogica, la disciplina dettata all'art. 2449, co. 2, c.c.²³⁷.

Inoltre, è stato ritenuto che la sostituzione dei membri degli organi nominati dagli strumenti finanziari partecipativi spetti agli stessi strumenti finanziari partecipativi²³⁸.

Muovendo, invece, da un diverso presupposto, parte della dottrina ha sostenuto che la revoca senza giusta causa spetterebbe ai titolari degli strumenti finanziari partecipativi, mentre quella per giusta causa competerebbe all'assemblea dei soci²³⁹.

Secondo un'ultima interpretazione che si ritiene opportuno citare, sarebbe “possibile derogare convenzionalmente a tale disposizione, nel senso di prevedere (i) che la revoca del consigliere indipendente sia consentita solo ai possessori degli strumenti che lo hanno nominato, oppure anche all'assemblea degli azionisti solo qualora sussista giusta causa, oppure solo all'assemblea degli azionisti ma con la necessaria approvazione degli strumenti finanziari partecipativi cui spetta il diritto di nomina e altresì (ii) che, in caso di

²³⁷ In questo senso si è espresso TOMBARI (*supra*, nt. 229), pag. 159, che ha indicato come occorra “interrogarsi in merito all'applicazione al caso di specie del principio dettato per le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici ..., dovendosi stabilire se – come sembrerebbe – anche gli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2351 c.c. possano essere revocati soltanto dai soggetti che li hanno nominati”, nel qual caso sarebbero gli stessi titolari di strumenti finanziari partecipativi a revocare i componenti degli organi sociali da loro nominati.

²³⁸ Così MOSCO, *sub* 2385, in Niccolini-Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, II, pag. 616 e VALZER, *Gli strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi nelle società per azioni*, Torino, 2012, pag. 291. Quest'ultimo ritiene che “nulla vieta che i titolari del diritto *ex art.* 2351, ult. co., c.c. possano esercitare il loro diritto, procedendo alla nomina di un nuovo amministratore indipendente”. Mentre altra dottrina ha riconosciuto l'ammissibilità di una deroga convenzionale alla predetta disciplina, v. CIAN (*supra*, nt. 229), pag. 142, secondo il quale “questo quadro normativo ... può essere senz'altro alterato dallo statuto, almeno nel senso dell'attribuzione ai soci di un potere concorrente di revoca anche senza giusta causa, ma, probabilmente, ed in special modo nel caso in cui difetti un rapporto giuridico durevole con il gruppo designante, anche nel senso del conferimento a costoro di un potere esclusivo di rimozione, giacché non pare che il disallineamento del diritto di nomina e di revoca rappresenterebbe di per sé una scelta contrastante con il principio di non contraddizione, mentre a presidio dell'effettività del primo, a tutela dei portatori degli ibridi, sussisterebbe sempre l'obbligo, per la società ed i suoi organi, di esercitare il potere di revoca secondo correttezza e buona fede, canoni che informano nel suo complesso e in ogni sua fase lo svolgimento del rapporto partecipativo”.

²³⁹ Accoglie questa ipotesi CIAN (*supra*, nt. 229), pag. 140, il quale osserva come “il potere di revoca senza giusta causa che viene riservato ai possessori degli strumenti finanziari partecipativi, mentre, allorquando una tale causa sussista, torna ad assumere rilievo la tripolarità della relazione di cui il consigliere indipendente è perno, giacché la circostanza giustificatrice ... incrina direttamente il rapporto con la società, e riemerge l'interesse degli azionisti a presidiarne le esigenze e ad assicurarne l'adequata conduzione”.

cessazione del solo amministratore di nomina extra-assembleare, siano gli stessi strumenti finanziari partecipativi ad avere (nuovamente) il diritto di nominare il suo sostituto”²⁴⁰.

Dopo aver brevemente ricostruito la disciplina applicabile al potere di nomina di cui all’art. 2351, co. 5, c.c., si intende illustrare come le medesime conclusioni possano prospettarsi in materia di nomina di uno o più amministratori o sindaci (o componenti del consiglio di sorveglianza) da parte del socio pubblico, in esercizio della facoltà di cui all’art. 2449 c.c.

Anche lo statuto sociale della società a partecipazione pubblica potrà, infatti, prevedere (i) la nomina diretta dell’assemblea formata dai titolari di strumenti finanziari partecipativi, (ii) la nomina da parte dell’assemblea dei soci, la cui efficacia è subordinata all’approvazione dell’assemblea formata dai titolari di strumenti finanziari partecipativi o (iii) la designazione dell’assemblea dei titolari di strumenti finanziari partecipativi del soggetto che l’assemblea degli azionisti procederà a nominare.

3.1. L’articolazione interna al Consiglio d’amministrazione

Il TUSPP prevede diverse disposizioni in materia di organizzazione delle società a partecipazione pubblica: tra queste, si deve anzitutto ricordare la regola generale per cui, nelle società in mano pubblica, sia sempre necessaria la presenza di un organo amministrativo.

Sul punto, il legislatore ha riportato la stessa disciplina dettata dal codice civile per le s.p.a., mentre per le s.r.l., l’art. 11, co. 5, TUSPP – derogando espressamente alla norma di cui all’art. 2475, co. 3, c.c. – vieta l’attribuzione diretta ai soci del potere amministrativo. Si osservi come sia consentita l’attribuzione di diritti particolari a singoli soci di s.r.l., ma a questi ultimi, in quanto tali, non è possibile attribuire la totalità delle competenze in materia di gestione della società. Detta disposizione trova il proprio fondamento nella necessità di poter individuare un soggetto (o più soggetti) che sia responsabile della gestione societaria, in conformità al principio generale vigente nel diritto societario comune, per il quale gli amministratori sono personalmente responsabili nel caso in cui compiano atti che non rispondano all’interesse sociale, anche qualora siano stati autorizzati dall’assemblea ai sensi dell’art. 2364 c.c.

Continuando ad affrontare la disciplina normativa della s.r.l. contenuta del TUSPP, si può

²⁴⁰ In tal senso si esprimono NOTARI - GIANNELLI (*supra*, nt. 229), pag. 105.

rilevare come il legislatore abbia conservato una visione della s.r.l. soggetta al controllo pubblico quale società comunque soggetta a disposizioni di natura organizzativa più stringenti di quelle vigenti dettate per le s.r.l. di diritto comune, come confermato dal tenore letterale della norma dell'art. 11, co. 5, TUSPP appena citata; quest'ultima disposizione, infatti, risulta coerente con quella dettata all'art. 13, co. 2, TUSPP, che prevede il controllo giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c. per le s.r.l. a controllo pubblico.

I componenti dell'organo amministrativo delle s.r.l. a controllo pubblico possono essere soltanto gli stessi soci, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo. È quindi fatta salva l'opportunità, in capo agli enti pubblici soci, di avvalersi della facoltà di derogare alla predetta norma di legge consentendo la nomina di persone diverse dai soci alla carica di amministratori.

Tra le maggiori differenze che intercorrono tra la disciplina della s.p.a. e della s.r.l. a controllo pubblico deve richiamarsi la mancata deroga del TUSPP alla norma dell'art. 2479 c.c.: soltanto nelle s.r.l. il metodo assembleare può sostituirsi con quello c.d. referendario (il riferimento corre alla consultazione scritta), così permettendo al socio pubblico di avvalersi della duttilità organizzativa del tipo societario in parola.

Relativamente ai requisiti soggettivi dei componenti degli organi sociali, l'art. 11, co. 1, TUSPP rinvia ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per stabilire i "requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia" che i membri degli organi sociali devono possedere. Le norme del TUSPP sono, a ben vedere, da integrare con quelle contenute in diverse leggi speciali (tra le altre, le norme di cui all'art. 1, co. 734, l. n. 296 del 27 dicembre 2006, all'art. 4, co. 19-21, d.l. n. 138 del 13 agosto 2011 conv. in l. n. 148 del 14 settembre 2011, all'art. 12 d.lgs. n. 39 del 2013 e all'art. 5, co. 9, d.l. n. 95 del 6 luglio 2012 conv. in l. n. 135 del 7 agosto 2012), ove i limiti soggettivi vengono declinati sia in maniera positiva, sia in maniera negativa.

Accanto a requisiti che paiono essere improntati all'obiettivo di assicurare efficienza imprenditoriale, si collocano limitazioni volte a garantire la limitazione di abusi, la parità di genere e il ricambio generazionale.

Un ulteriore elemento normativo previsto dal TUSPP che non può essere tralasciato è il criterio generale – dettato all'art. 11, co. 2, TUSPP – che prevede la presenza dell'amministratore unico, pur essendo salva la facoltà di derogare a tale regola.

Analogamente ad altre disposizioni presenti nel TUSPP, il fondamento della previsione in esame risiede evidentemente nel risparmio dei costi della struttura organizzativa sociale. Tale criterio sembra, tuttavia, contrastare con le esigenze di articolazione organizzativa, ove fosse applicato alle imprese di maggiore dimensione. Per tale ragione, una parte della dottrina ritiene che, in linea generale, debba guardarsi favorevolmente alla istituzione di una c.d. “monocraticità collegiale” (peraltro già presente nella prassi di diverse società), che si estrinsechi nella formalizzazione dei processi decisionali dell’organo monocratico, attraverso la previsione dell’ordine del giorno e la verbalizzazione del procedimento decisorio, con presenza del collegio sindacale (nonché ove richiesto dalle norme, del magistrato della Corte dei conti)²⁴¹.

A ben vedere il legislatore del TUSPP pare consapevole della sussistenza di esigenze di adeguatezza dell’assetto organizzativo, tanto che prevede una deroga al criterio generale di cui all’art. 11, co. 2, TUSPP, attribuendo alle società a controllo pubblico la facoltà, da un lato, di dotarsi di un consiglio di amministrazione composto a 3 o 5 membri e, dall’altro, di adottare i c.d. sistemi alternativi di amministrazione e controllo.

La prima versione del citato co. 3 conteneva un rinvio ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che avrebbe definito i criteri in base ai quali l’assemblea della società a controllo pubblico avrebbe potuto, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, disporre che la società venisse amministrata da un consiglio di amministrazione o adottasse uno dei c.d. sistemi alternativi di amministrazione e controllo. Il d.lgs. n. 100 del 16 giugno 2017 ha invece modificato la predetta norma, eliminando il riferimento al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e stabilendo che l’adozione del consiglio di amministrazione o di uno dei c.d. sistemi alternativi possa deliberarsi con una motivazione che illustri le esigenze di adeguatezza organizzativa e il rispetto del criterio generale di contenimento dei costi. La predetta delibera sarà trasmessa alla competente sezione della Corte dei conti e alla struttura di monitoraggio presso il Ministero dell’economia e delle finanze, in ossequio al rinvio agli artt. 5 e 15 TUSPP contenuto nel citato art. 11 TUSPP.

Come si è indicato, ai sensi dell’art. 11 TUSPP, la società a controllo pubblico può adottare

²⁴¹ LIBERTINI, “Problemi dell’organizzazione delle società a controllo pubblico”, *passim*, opera consultata grazie alla cortesia dell’Autore.

uno dei sistemi c.d. alternativi di amministrazione e controllo in forza di una delibera motivata. In piena conformità con le norme di diritto comune deve ritenersi necessaria una modificazione dello statuto sociale attraverso una deliberazione dell'assemblea straordinaria²⁴².

Fin dalla emanazione del testo unico, relativamente all'interpretazione della norma di cui all'art. 11, co. 3, TUSPP, parte della dottrina ha ritenuto che il limite massimo complessivo di 5 membri dovesse intendersi, nell'ipotesi di adozione del sistema di amministrazione e controllo dualistico, in riferimento a ciascuno dei due organi presenti (il consiglio di gestione e quello di sorveglianza)²⁴³; tale impostazione viene argomentata sulla impossibilità di determinare una contrazione dell'autonomia statutaria che condurrebbe all'adozione di organi composti da 3 e 2 membri, pari al limite minimo previsto agli artt. 2409-*novies et duodecies c.c.*

Una simile ricostruzione non sembra però persuasiva, in quanto legittimerebbe la creazione di organi composti dal doppio del numero di membri ammissibili ove si adottasse il sistema di amministrazione e controllo tradizionale, creando un evidente squilibrio sistematico. A ben vedere, infatti, l'ampliamento del numero dei componenti è una conseguenza dell'adozione di uno dei c.d. sistemi di amministrazione e controllo alternativi e questo spiegherebbe la ragione per cui il TUSPP prevede una sola norma per entrambi i sistemi.

Ciò posto, si intende illustrare brevemente la disciplina del TUSPP che attiene agli aspetti c.d. soggettivi della *governance*. La norma dell'art. 11, co. 4, TUSPP richiama espressamente il principio dell'equilibrio di genere, ribadendo il contenuto dell'art. 3 della l. n. 120 del 12 luglio 2011.

La novità introdotta dal legislatore del TUSPP, sulla tematica della parità di genere, è quella di attribuire al principio in parola una “valenza strettamente amministrativistica”²⁴⁴,

²⁴² Cfr. LIBERTINI (*supra*, nt. 241), *passim*. L'a. ha osservato come possa tuttavia ritenersi legittima anche l'introduzione di una clausola dello statuto sociale che “consenta in via generale l'opzione (così come sarebbe valida una clausola che attribuisca all'assemblea ordinaria la facoltà di scegliere in ordine al numero di amministratori)”, precisando come in tale fattispecie non occorrerebbe la motivazione della delibera di cui all'art. 11, co. 3, TUSPP, che sarebbe invece richiesta per la successiva delibera dell'assemblea ordinaria che eserciti la facoltà contenuta nello statuto sociale.

²⁴³ Così DONATIVI (*supra*, nt. 203), pag. 661, che evidenzia come in tal maniera si avrebbe “una composizione bloccata degli organi sociali”.

²⁴⁴ Così LIBERTINI (*supra*, nt. 241), *passim*.

poiché il medesimo dovrà applicarsi all'insieme delle nomine dei componenti degli organi sociali provenienti dalla stessa autorità, dovendosi ricordare la suscettibilità di annullamento di tali nomine in forza della pronuncia del giudice amministrativo ove non sia rispettato l'equilibrio di genere.

Coloro che fanno parte degli organi delle società a controllo pubblico devono possedere determinati requisiti di professionalità, onorabilità ed autonomia: detti requisiti, ai sensi dell'art. 11 TUSPP, saranno definiti con apposito Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, e si affiancheranno a quanto previsto, in tema di incompatibilità, dal d. lgs. n. 39 dell'8 aprile 2013 e a quanto previsto dai co. 8 (che pone il divieto di nomina di dipendenti delle amministrazioni controllanti o vigilanti), 11 (che indica le condizioni necessarie per la nomina degli amministratori della società controllante nelle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto) e 12 (ove si espongono le disposizioni sulle persone che hanno un rapporto di lavoro con società a controllo pubblico di cui sono al tempo stesso componenti dell'organo di amministrazione) dell'art. 11 TUSPP.

In assenza del predetto decreto devono ritenersi applicabili le norme generali di cui agli artt. 2382 e 2399 c.c., in cui si prevede l'ineleggibilità dei soggetti che hanno subito, a titolo di pena accessoria, l'interdizione dai pubblici uffici e dagli uffici direttivi.

Oltre alle disposizioni del codice civile appena richiamate, è possibile ricordare l'applicazione:

- (i) delle disposizioni di cui all'art. 32-*bis* c.p., in cui è disposta l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese a carico dei soggetti che abbiano subito una condanna ad almeno sei mesi di reclusione per reati commessi con abuso di ufficio o con violazione dei doveri d'ufficio;
- (ii) delle norme contenute dal citato d.lgs. n. 39 dell'8 aprile 2013, in tema di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso gli enti privati a controllo pubblico, cui fa espresso rinvio l'art. 11, co. 14, TUSPP. Il predetto decreto dispone l'inconferibilità delle cariche negli organi di società a controllo pubblico a soggetti che abbiano avuto condanne in ragione di delitti contro la pubblica amministrazione oppure che siano stati componenti di organi politici di livello regionale o locale nei due anni precedenti.

Com'è stato osservato²⁴⁵, il riferimento al d.lgs. n. 39 dell'8 aprile 2013 contenuto nel TUSPP comporta un'importante conseguenza a livello di disciplina applicabile al soggetto che subisca una condanna in primo grado: detto decreto, infatti, prevede che l'inconferibilità dell'incarico sorga al tempo dell'irrogazione della stessa condanna di primo grado, mentre in applicazione delle altre norme civili e penali richiamate, si ritiene che la preclusione sorga soltanto al tempo del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Parte della dottrina ritiene che la previsione contenuta all'art. 11, co. 1, TUSPP, in attesa del predetto decreto attuativo, possa qualificarsi come norma di indirizzo, richiedendo all'assemblea di valutare con particolare attenzione i requisiti di onorabilità dei candidati e quindi di stabilire se eventuali condanne penali irrogate nei loro confronti possano essere ritenute impeditive dell'assunzione della carica societaria cui sono stati nominati, alla stregua di criteri di ragionevolezza e di proporzionalità. Tale valutazione condurrà ad un risultato di cui si dovrà dare atto nel verbale assembleare, così soddisfacendo esigenze di corretta gestione societaria²⁴⁶.

Il rinvio al citato d.lgs. n. 39 dell'8 aprile 2013 determinerebbe, altresì, l'incompatibilità prevista all'art. 12 tra gli incarichi dirigenziali e di presidenza e quello di amministratore delegato di una società a controllo pubblico. In riferimento alle sole società a controllo pubblico, invece, si applica la norma dell'art. 11, co. 12, TUSPP, che prevede il divieto di cumulo dei compensi spettanti allo stesso soggetto come dirigente e come amministratore senza deleghe di tali società, al fine di contenere la spesa pubblica. Da quest'ultima disposizione allora potrebbe forse potersi dedurre la facoltà di cumulare gli incarichi, purché ciò avvenga nel rispetto del principio di contenimento della spesa pubblica²⁴⁷.

Suscita inoltre interesse il dettato del co. 15 dell'art. 11 TUSPP, ove si riconosce l'applicabilità alle società *in house* delle disposizioni contenute nel d.l. n. 293 del 16 maggio 1994, conv. con l. n. 444 del 15 luglio 1994, in materia di limiti alla *prorogatio* dei titolari di cariche pubbliche. Si è osservato come la normativa precedente dovesse applicarsi, secondo la tesi maggiormente accolta, a tutte le società a controllo pubblico e

²⁴⁵ Così LIBERTINI (*supra*, nt. 241), *passim*.

²⁴⁶ Conformemente v. LIBERTINI (*supra*, nt. 241), *passim*.

²⁴⁷ CUCCURULLO (*supra*, nt. 203), pag. 154.

non soltanto alle società *in house*²⁴⁸: poiché tale limitazione deve ritenersi conforme ad una precisa volontà del legislatore, è possibile ritenere che, fatto salvo quanto concerne le società *in house*, il TUSPP abbia voluto reintrodurre, come regola di default, quella privatistica della *prorogatio* eventualmente *sine die*, più conforme alle esigenze di continuità gestionale caratteristiche dell'impresa.

3.1.1. L'ammissibilità della deroga alla competenza esclusiva degli amministratori –
3.1.1.1. Il rapporto tra il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società e la deroga alla competenza esclusiva degli amministratori *ex art. 2380-bis c.c.*

Una delle principali problematiche poste all'interprete dal testo unico in materia di organizzazione delle società a partecipazione pubblica concerne il rapporto fra la norma di cui all'art. 11, co. 9, lett. d) e quella dell'art. 16, co. 2, lett. a), TUSPP: (i) la prima stabilisce che gli statuti delle società a controllo pubblico debbano prevedere il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società²⁴⁹, mentre (ii) la seconda, invece, consente agli statuti delle s.p.a. di contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-bis e dell'art. 2409-*novies c.c.*²⁵⁰.

In riferimento alla portata applicativa della norma di cui all'art. 16, co. 2, lett. a), TUSPP (d'ora in avanti, lett. a) dell'art. 16 TUSPP) sono state proposte diverse interpretazioni.

(a) Si è, anzitutto, sostenuta in dottrina²⁵¹ un'interpretazione che potrebbe definirsi “restrittiva” della norma in parola, secondo la quale si tratterebbe di una disposizione che legittima la presenza di clausole statutarie che determinino il passaggio di competenze gestorie dall'organo amministrativo all'assemblea, in deroga all'art. 2364 c.c., ma senza consentire la previsione di organi atipici. Questa impostazione esclude la possibilità di individuare nella previsione della lett. a) dell'art. 16 una deroga al divieto dell'art. 11 TUSPP.

²⁴⁸ In questo senso v. LIBERTINI (*supra*, nt. 241), pag. 1, il quale ricorda come secondo un'altra ricostruzione la disciplina “non si applicava a nessuna società in mano pubblica”.

²⁴⁹ Sembra in verità suscettibile di critiche la scelta del legislatore del testo unico di configurare un divieto di costituzione di organi atipici previsto da una norma di legge con un divieto statutario.

²⁵⁰ La lett. b) dello stesso comma regola gli statuti delle s.r.l., stabilendo che possano prevedere l'attribuzione di particolari diritti all'ente o agli enti pubblici soci, ai sensi dell'art. 2468, co. 3, c.c.

²⁵¹ IBBA (*supra*, nt. 203), *passim*.

Parte della dottrina²⁵² ha sollevato dubbi sull'efficienza della soluzione proposta dall'impostazione sopra descritta, pur riconoscendone la compatibilità con la lettera della norma e una "plausibile *ratio*, in termini di certezza applicativa". L'obiezione che può porsi ad una lettura restrittiva della disposizione contenuta alla lett. a) dell'art. 16 TUSPP è la seguente: seguendo tale interpretazione, la deroga prevista nello statuto sociale consentirebbe soltanto l'attribuzione di alcune competenze di carattere gestorio in capo all'assemblea, pertanto l'esercizio della funzione del controllo analogo si manifesterebbe mediante deliberazioni assembleari, con un evidente aggravamento dei processi decisionali. Detta conseguenza potrebbe forse evitarsi attraverso la previsione di clausole statutarie che regolino lo svolgimento dell'attività del consiglio di amministrazione o dell'amministratore unico, mediante l'introduzione di obblighi preventivi di consultazione oppure obblighi di adozione dell'indirizzo proveniente dai soci, espresso anche fuori dall'adunanza assembleare.

Tuttavia, la sussistenza di un'esigenza di snellimento dei procedimenti decisionali ben potrebbe legittimare la facoltà in capo ai soci di costituire dei comitati di controllo analogo, che siano titolari di poteri di indirizzo nei confronti dell'organo amministrativo, posto che tali comitati sono già presenti in vari statuti delle società *in house*, dei quali il legislatore del TUSPP potrebbe aver tenuto conto nel momento in cui prevedeva la facoltà di derogare all'art. 2380-*bis* c.c.

(ii) Altra parte della dottrina, in deroga alle disposizioni del codice civile, ha accolto la tesi secondo la quale sarebbe ammissibile, con apposite clausole dello statuto sociale, diversamente dal passato, la previsione, o meglio l'istituzione, di organi sociali atipici²⁵³.

(iii) È stata quindi proposta una diversa interpretazione della lett. a) dell'art. 16 TUSPP²⁵⁴, che ha legittimato una ripartizione delle competenze gestorie (normalmente in capo all'organo amministrativo) tra diversi organi, attraverso una distribuzione delle competenze che formi una sorta di sistema di amministrazione e controllo dualistico "sui

²⁵² LIBERTINI (*supra*, nt. 241), *passim*.

²⁵³ Così DONATIVI (*supra*, nt. 203), pag. 673, per il quale alle società *in house*, non si applica l'art. 11, co. 9, lett. d), TUSPP. Cfr. MALTONI, "Le società *in house* nel T.U. sulle partecipazioni pubbliche", in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 1, pag. 14.

²⁵⁴ Cfr. LIBERTINI (*supra*, nt. 239), *passim*.

generis per le società *in house*²⁵⁵. Secondo la teoria in esame, la previsione di cui alla lett. a) dell'art. 16 TUSSP potrebbe classificarsi come norma speciale, il cui campo di applicazione sarebbe circoscritto alle società *in house*, consentendo una deroga al divieto generale, posto dall'art. 11, co. 9, lett. c), TUSPP.

La predisposizione di un assetto organizzativo tale da soddisfare i requisiti del controllo analogo è uno dei requisiti necessari per attuare o mantenere affidamenti c.d. diretti a favore delle società pubbliche di autoproduzione²⁵⁶.

Come si è anticipato nel corso della presente trattazione, la creazione di un assetto organizzativo idoneo non deve necessariamente generarsi dall'adozione di clausole statutarie ma – come espressamente consentito dall'art. 16, co. 2, lett. c), TUSPP – può anche fondarsi su patti parasociali²⁵⁷. La previsione di cui alla lett. c) appena citata è stata interpretata da una parte della dottrina in senso lato, ritenendo che la medesima norma si riferisca sia ai patti parasociali stipulati tra i soci di società *in house* a controllo congiunto, sia quelli sottoscritti dal socio pubblico e dai membri dell'organo di gestione contestualmente alla nomina del soggetto alla carica di amministratore, dai quali deriva l'obbligo degli amministratori di adottare le misure di pianificazione dell'attività o le operazioni di carattere strategico soltanto a seguito della consultazione dell'ente socio, conformandosi agli indirizzi ricevuti²⁵⁸. Si presenterebbe, tuttavia, l'esigenza di sopperire

²⁵⁵ L'espressione si deve a LIBERTINI (*supra*, nt. 241), pag. 1. Cfr. DONATIVI (*supra*, nt. 203), pag. 1073 e MALTONI (*supra*, nt. 253), pag. 14.

²⁵⁶ Sul punto, sia consentito rinviare ai passaggi argomentativi affrontati del corso del Par. 1 del Cap. II.

²⁵⁷ V. Par. 2.1 del Cap. II. Una diversa applicazione del principio di proporzionalità è stata poi accolta da IBBA (*supra*, nt. 203), pag. 1. Secondo l'a. la realizzazione del controllo analogo in virtù di patti parasociali, come consentita dall'art. 16 TUSPP, dovrebbe ritenersi, al tempo della redazione dello statuto sociale, la soluzione preferibile, in quanto non comporterebbe la presenza di deroghe alle norme di diritto societario comune. Come si è esposto nel corso del Cap. II, tale soluzione presenterebbe lo svantaggio di offrire una tutela puramente obbligatoria in caso di inadempimento dei predetti patti parasociali. D'altra parte, invece, una clausola statutaria che preveda un'organizzazione societaria che deroghi le norme del codice civile permetterebbe una tutela di carattere reale, o meglio invalidativa, nei confronti delle deliberazioni di organi societari che violino la disciplina del controllo analogo. A questa tutela si aggiungerebbe poi quella che deriva da un'eventuale responsabilità in capo agli amministratori. Altra parte della dottrina ha quindi, argomentando nel senso ora esposto, affermato che il TUSPP permette un ampio spazio di autonomia ai soci nella facoltà di scegliere, nella configurazione del controllo analogo, le formule organizzative ritenute più idonee e confacenti alle esigenze poste dalla singola fattispecie. Il ricorso a clausole statutarie per la soddisfazione dei requisiti del controllo analogo non si porrebbe quindi in contrasto con il principio di proporzionalità, così LIBERTINI (*supra*, nt. 239), *passim*.

²⁵⁸ LIBERTINI (*supra*, nt. 241), *passim*.

ad un vuoto legislativo lasciato dal TUSPP, ritenendo che lo statuto sociale debba prevedere forme di pubblicità dei patti parasociali che istituiscono il controllo analogo, in applicazione del principio di trasparenza contenuto all'art. 22 TUSPP.

La ripartizione delle competenze di natura gestoria cui prima si faceva riferimento può senz'altro articolarsi anche in maniera verticale, cioè con l'attribuzione di particolari competenze amministrative ad un organo in determinate attività della società. La determinazione degli assetti organizzativi secondo quanto appena esposto è tuttavia soggetta ad una serie di limiti:

- (i) anzitutto, di fronte all'interprete si pone un primo limite in quanto egli è tenuto al rispetto del principio di c.d. proporzionalità;
- (ii) in secondo luogo, non potrà prevedersi una violazione del principio di efficienza dettato all'art. 1, co. 2, TUSPP.

Il necessario rispetto dei principi ora richiamati permette di considerare illegittima una proliferazione di organi sociali che non sia giustificata da ragioni di evidente funzionalità delle esigenze di perseguimento dell'oggetto sociale²⁵⁹.

Ciò posto anche a titolo di premessa, si può procedere, in ragione di quanto illustrato, ad un'indagine sulle possibili ripartizioni di competenze di carattere gestorio, che trovino il proprio fondamento nella deroga all'art. 2380-*bis* c.c. consentita dal TUSPP.

Si intende affrontare il predetto passaggio argomentativo partendo da una recente pronuncia del Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, con provvedimento dell'8 maggio 2018²⁶⁰, pubblicata il successivo 2 luglio, ha affrontato la problematica relativa alle possibili deroghe all'art. 2380-*bis*, c.c., che possono essere previste negli statuti sociali delle società *in house* al fine di configurare i requisiti del controllo analogo ai sensi dell'art. 16 TUSPP.

²⁵⁹ Cfr. LIBERTINI (*supra*, nt. 241), pag. 1. L'a., in materia di organizzazione societaria *ex* art. 11, co. 9, lett. c), TUSPP, ha sviluppato una interessante riflessione avente ad oggetto le società di diritto singolare di cui si intende dare brevemente conto. Sembrerebbe prospettabile, in linea di principio, un'interpretazione estensiva oppure analogica delle norme di disciplina particolare di ciascuna delle società di diritto singolare, qualora tale interpretazione conduca a risultati coerenti con le finalità perseguite dalle medesime società, anche se derogatori rispetto al diritto comune e non imposti dal dato testuale. Sicché si giunge a ritenere che l'art. 11, co. 9, lett. c), TUSPP non debba applicarsi applichi alle società di diritto singolare, le cui norme speciali resterebbero in vigore ai sensi dell'art. 1, co. 4, TUSPP, anche nella loro possibile applicazione derogatoria rispetto a norme generali del c.c.

²⁶⁰ Il testo della sentenza è reperibile in www.ilcaso.it.

Nella vicenda oggetto della pronuncia appena richiamata, l'assemblea straordinaria della società aveva assunto una deliberazione che limitava i poteri dell'organo amministrativo alla sola amministrazione ordinaria²⁶¹ e il notaio verbalizzante aveva rifiutato l'iscrizione di tale delibera presso il Registro delle imprese, ritenendo che non fossero adempiuti i requisiti previsti dall'art. 2436, co. 3, c.c., sulla scorta delle seguenti considerazioni principali: da un lato, veniva richiamata la natura privatistica delle società in esame e, dall'altro, l'impossibilità di escludere la competenza decisionale del consiglio di amministrazione alla luce della responsabilità che graverebbe sui componenti del medesimo²⁶².

Gli amministratori della società in house hanno presentato al Tribunale un ricorso al fine di ottenere l'iscrizione, ma quest'ultimo ha anzitutto rilevato come le società *in house* debbano ricondursi al modello societario previsto dal diritto comune, che di per sé permette agli operatori varianti e deroghe rispetto ai modelli generali, comprese quelle dettate dall'art. 16 TUSPP.

Come si è anticipato, tale previsione legittima l'introduzione di clausole dello statuto sociale che derogano la disposizione dettata all'art. 2380-*bis* c.c. (in cui si prevede che la gestione spetti esclusivamente agli amministratori), purché tale introduzione avvenga nei limiti del rapporto di strumentalità che risulti funzionale al raggiungimento dei requisiti del

²⁶¹ Il testo della delibera è reperibile in www.comune.velletri.rm.it, in cui si legge che “Il consiglio di amministrazione è investito dei soli poteri per la gestione ordinaria nei limiti previsti dall'art. 10 e 12 e nel pieno rispetto delle prescrizioni impartite dall'organo deputato al controllo analogo o direttamente dal socio e trasfuse in appositi atti o direttive formali e vincolanti”.

²⁶² Cfr. RUOTOLO - PAOLINI, “Società *in house* e limiti alla derogabilità dell'art. 2380-*bis*, c.c. (Trib. Roma, 8 maggio 2018)”, in www.notariato.it, pag. 1, ove si legge che il notaio aveva proposto le seguenti osservazioni: “data la qualificazione in senso privatistico delle società a partecipazione pubblica e la facoltà di derogare al diritto societario solo se espressamente previsto (art. 1, comma 3 del D.lgs. n. 175/2016), non sembrano consentite, neppure implicitamente, deviazioni significative dalla normativa generale delle società di capitali; le deroghe statutarie ammesse dall'art. 16, comma 2, lett. a) del Testo Unico agli artt. 2380 bis e 2409 *nonies* c.c. non sono da intendersi in bianco, tali da rimetterne completamente il contenuto all'autonomia statutaria, e, presupponendo un rapporto di stretta strumentalità con l'esercizio del controllo analogo, sono eccezioni a regole generali e in quanto tali da interpretarsi in senso restrittivo *ex art. 14 disp. prel. c.c.*; l'introduzione di siffatte deroghe statutarie non può mai giungere ad eliminare o compromettere, a scapito del principio di proporzionalità delle deroghe di cui alla legge delega, la competenza e l'autonomia decisionale dell'organo gestorio, ma solo a limitarle – anche attribuendo al socio pubblico il potere di avocare a sé la decisione su tutte le operazioni strategiche e significative per la società controllata – considerando anche che ai sensi dell'art. 12 del Testo Unico gli organi di amministrazione delle società partecipate restano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali per gli atti compiuti nonostante l'interferenza degli organi sociali e dei soci stessi”.

controllo analogo. Una prima argomentazione sviluppata dal Tribunale concerne la necessità del rispetto del rapporto di funzionalità al fine legittimare la deroga pare avvalorata e confermata anche dalla previsione di cui all'art. 16, co. 6, TUSPP, ove il legislatore del testo unico ha indicato come le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati alla soddisfazione dei requisiti del controllo analogo perdono efficacia a seguito della cessazione degli affidamenti diretti²⁶³.

Inoltre, la stessa pronuncia osserva come le norme in esame costituiscano un'eccezione a regole generali, sicché debbano essere intese in senso restrittivo, come previsto dall'art. 14 disp. prel. c.c.

Per tali ragioni, posto che il legislatore del TUSPP ha identificato la fattispecie del “controllo analogo” nello svolgimento da parte dell'ente pubblico controllante di una “influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”, è possibile giungere ad un duplice ordine di conclusioni:

(a) in primo luogo, occorre prevedere che l'influenza dell'ente pubblico controllante possa estrinsecarsi esclusivamente al livello di c.d. alta amministrazione della società controllata e quindi nell'impossibilità di escludere l'autonomia gestionale ed esecutiva dell'organo amministrativo della società;

(b) in secondo luogo, dovrà sussistere un esercizio effettivo del potere di controllo dell'ente controllante, che si estrinsechi nella direzione gestionale e organizzativa cui la società *in house* è stata assoggettata.

Come si è avuto occasione di anticipare nel corso del capitolo precedente, la nozione di controllo analogo individuata dal legislatore del TUSPP non sembra configurare una fattispecie in cui si assiste al totale asservimento della società controllata e degli organi della medesima, tale da annullarne ogni autonomia²⁶⁴, ma pare implicitamente richiamare il concetto di eterodirezione strategica della società controllata, benché il testo normativo non contenga un espresso richiamo all'attività di direzione e coordinamento regolata all'art. 2497 c.c., oltre al controllo sulla partecipazione totalitaria o maggioritaria del capitale della società a partecipazione pubblica²⁶⁵.

²⁶³ RUOTOLO - PAOLINI (*supra*, nt. 262), *passim*.

²⁶⁴ La tematica è stata indagata nel corso del Cap. II.

²⁶⁵ Sul punto sia consentito rinviare al Par. 3.1. del Cap. II.

Non è questa la sede opportuna per ripercorrere le precedenti conclusioni, ma sia sufficiente ribadire come l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti non debba tradursi nell'annullamento dell'insieme dei poteri gestionali dell'affidatario *in house*²⁶⁶, ma consista – anche ad avviso della giurisprudenza amministrativa²⁶⁷ – in poteri di ingerenza e di condizionamento maggiori di quelli previsti dalle norme di diritto societario, alla luce della necessità della circostanza per cui le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Ulteriormente, la giurisprudenza di merito²⁶⁸ ha declinato unicamente la fattispecie in parola in (a) poteri di direttiva e di indirizzo, (b) di autorizzazione o annullamento degli atti sociali più rilevanti, (c) poteri propulsivi nei confronti del consiglio di amministrazione della società affidataria e (d) poteri di veto sulle deliberazioni del consiglio di amministrazione riguardanti l'attuazione dei contratti di servizi.

Non può però d'altra parte non considerarsi come gli organi amministrativi delle società *in house* restino soggetti, per gli atti compiuti, alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina delle società di capitali di diritto comune, nonostante il procedimento di formazione dei predetti atti coinvolga altri organi sociali e i soci stessi, soprattutto nei riguardi dei creditori sociali ai sensi dell'art. 12 TUSPP²⁶⁹.

Risulta quindi evidente la necessità di conciliare le norme contenute nel TUSPP (e in particolare alla previsione che legittima le deroghe contenute nello statuto sociale agli artt. 2380-*bis* e 2409-*nonies* c.c.) e il diritto societario comune, secondo gli stessi parametri adottati dalla giurisprudenza prima dell'introduzione del testo unico in esame. La deroga prospettabile ai sensi dell'art. 16 TUSPP alla disposizione di cui all'art. 2380-*bis* c.c. permette di assegnare al socio di controllo la facoltà di assumere le decisioni strategiche o comunque particolarmente significative²⁷⁰ in determinate materie funzionali all'esercizio del controllo analogo o anche alla cessazione degli affidamenti diretti; tuttavia, secondo

²⁶⁶ Suscita particolare interesse, in tal senso, Corte Cost. n. 50 del 28 marzo 2013, in *www.deiure.it*, ove sono riportati i richiami alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea citati nel Cap. II.

²⁶⁷ Consiglio di Stato n. 182 del 15 gennaio 2018; n. 3554 del 18 luglio 2017 e n. 4902 del 24 ottobre 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶⁸ Cfr. Tribunale di Roma, 2 luglio 2018, in *www.ilcaso.it*.

²⁶⁹ V., come si dirà infra, Cass. Sez. Un. n. 26283 del 25 novembre 2013, in *www.deiure.it*.

²⁷⁰ Si pensi all'attribuzione di poteri di direttiva, indirizzo, autorizzazione e veto, cfr. RUOTOLO - PAOLINI (*supra*, nt. 262), *passim*.

questa prima pronuncia giurisprudenziale di merito, non consentirebbe la previsione di una deroga che violi integralmente il principio per cui la gestione dell'impresa compete esclusivamente all'organo amministrativo, in quanto la norma dell'art. 2380-bis c.c. sarebbe una norma tipologica della s.p.a. che, come tale, non può rimanere inosservata, dovendosi considerare come le società *in house* che utilizzino il tipo sociale della s.p.a. vadano ricondotte nell'alveo normativo di queste ultime.

A ben vedere dunque l'art. 2380-bis c.c. comporterebbe, sotto un primo profilo, la necessità di una specializzazione della funzione di gestione e, sotto un altro profilo, che l'esercizio della medesima venga svolto in termini oggettivi, secondo procedimenti in cui si vengano rispettate anzitutto le esigenze di efficienza decisionale.

Secondo quanto finora indicato, l'attribuzione della gestione alla competenza esclusiva degli amministratori costituirebbe un profilo caratterizzante il tipo sociale s.p.a., in quanto, nel panorama normativo delle società di capitali, lo differenzia dalle s.r.l., in cui l'esercizio delle funzioni di amministrazione è pur sempre prerogativa dei soci collettivamente intesi, anche qualora sussista uno statuto sociale dal quale deriva un modello di organizzazione di carattere corporativo e quindi fondato sul principio della settorializzazione delle competenze e ripartizione delle funzioni. Tale considerazione si avvalora in ragione della norma di cui all'art. 2479, co. 1, c.c. in virtù del quale i soci possono avocare ogni decisione gestoria alla propria competenza.

Pare pertanto potersi affermare che l'attribuzione della gestione alla competenza dell'organo amministrativo possa, in diverse maniere, risultare limitata, mediante la previsione statutaria di poteri di direttiva, avocazione e controllo, purché volti al fine di configurare quella "eterodirezione strategica" cui prima si faceva riferimento; tuttavia la competenza gestoria degli amministratori non potrà, in nessun caso, risultare privata dei propri contenuti come avverrebbe a seguito della limitazione dei poteri di gestione di questi ultimi alla ordinaria amministrazione, escludendo quella straordinaria.

Si vuole, in buona sostanza, ribadire il principio secondo il quale l'utilizzo da parte dello Stato dei modelli e degli strumenti privatistici di diritto societario comune, l'incidenza sulla causa concreta del contratto e il rapporto sociale di istanze connesse all'interesse

pubblico debbono risultare conformi alle inderogabili prescrizioni dell'organizzazione societaria, a pena di invalidità del modello adottato e dell'attività svolta²⁷¹.

La giurisprudenza di merito appena richiamata chiarisce come l'impianto normativo vigente richieda che sia esercitata un'influenza determinante sulla gestione (e non una determinazione diretta dell'attività della società), sicché le effettive deliberazioni in materia di obiettivi strategici e di scelte determinanti potranno legittimamente rientrare nella competenza dell'organo amministrativo, coerentemente con quanto disposto dal socio: non è dunque necessario che tale determinazione provenga dal socio pubblico che esercita il controllo analogo. Infatti, coerentemente, il riconoscimento della facoltà al socio di esercitare il controllo analogo non comporta necessariamente la presenza di una deroga al principio in virtù del quale la gestione dell'impresa compete in via esclusiva all'organo gestorio.

Ma vi è di più: come si può osservare, l'attribuzione all'organo gestorio della sola amministrazione di carattere ordinario determinerebbe di per sé la costituzione di un sistema ibrido e non regolato espressamente dal legislatore, in cui la gestione della società viene ripartita tra una molteplicità di organi e la legittimità di una fattispecie di tale natura è tendenzialmente negata dalla dottrina nel campo di applicazione del diritto societario comune²⁷².

Un'ultima considerazione concerne il profilo della responsabilità. In prima battuta, è ragionevole constatare come una limitazione della competenza dell'organo amministrativo agli atti di ordinaria amministrazione comporterebbe una lesione dei principi sui quali è fondata la responsabilità civile degli amministratori, sia nei confronti della società, sia nei confronti dei creditori sociali, regolata agli artt. 2392 e ss. c.c. Inoltre, si assisterebbe ad una distorsione del parallelismo tra potere e responsabilità, giungendo alla piena irresponsabilità di coloro che determinano l'attività gestoria e le scelte gestorie²⁷³.

Tentando di indagare la portata della deroga enunciata dall'art. 16, co. 1, lett. a), TUSPP all'art. 2380-bis, c.c., può quindi ribadirsi l'individuazione di un limite nell'impossibilità di creare effetti distorsivi dei principi fondamentali dell'organizzazione corporativa, mediante

²⁷¹ Conformemente, v. Tribunale di Roma, 2 luglio 2018, in *www.ilcaso.it*.

²⁷² RUOTOLO - PAOLINI (*supra*, nt. 262), *passim*.

²⁷³ Il tema della responsabilità sarà oggetto dei paragrafi finali del presente Cap., cui sia consentito fare rinvio.

l'introduzione di una generale riserva di competenza in favore del socio pubblico nello statuto sociale delle s.p.a. a partecipazione pubblica, sia nella forma di una diversa ripartizione delle competenze tra l'organo amministrativo e l'assemblea, sia in virtù dell'assegnazione diretta di poteri gestori in favore del socio pubblici, attribuendo all'autonomia statutaria la possibilità di determinare l'esautorazione delle competenze proprie dell'organo di amministrazione o di strutturare il modello organizzativo attraverso l'attribuzione di funzioni di carattere gestorio e di controllo in capo a organi o enti esterni all'organizzazione societaria.

Una piena disponibilità della funzione amministrativa, in effetti, si porrebbe in contrasto anche con le norme dettate in materia di società *in house* in merito alla soggezione di queste ultime alle procedure concorsuali *ex art. 14 TUSPP*, in virtù delle quali si fonda la soggezione dei membri dell'organo di amministrazione agli obblighi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale dettati agli artt. 2392, 2476 e 2497 c.c.²⁷⁴; anche i componenti degli organi amministrativi delle società *in house* sono soggetti agli obblighi di protezione e conservazione dell'integrità del patrimonio sociale posti a tutela dell'interesse dei creditori sociali, pertanto, a tali doveri e alle responsabilità che ne conseguono, debbono corrispondere le relative competenze.

Tra le deroghe legittimamente prospettabili all'art. 2380-*bis* c.c. pare rientrare la sussistenza di una clausola statutaria che assegni al socio pubblico la competenza sulla decisione di determinati atti di gestione, che tuttavia non potrebbe in nessun caso assumere il carattere di riserva della competenza generale a scapito degli amministratori.

D'altra parte, la deroga di cui all'art. 16, co. 1, lett. a), TUSPP incontra ulteriori limiti nel principio di proporzionalità rispetto alla disciplina privatistica, che trova collocazione all'art. 18, co. 1, lett. a) della stessa legge delega tra i criteri direttivi, e nel requisito di stretta necessità del perseguimento di finalità aventi natura pubblicistica²⁷⁵.

In riferimento alle società c.d. miste regolate all'art. 17, co. 4), lett. a), TUSPP, che prevede una norma analoga a quella appena illustrata in tema di società *in house*, possono

²⁷⁴ GUERRERA (*supra*, nt. 203), pag. 537.

²⁷⁵ OCCORSIO, "Gli adempimenti societari necessari", in Fimmandò-Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, I, 2017, pag. 350 e PECORARO, "Le società *in house*: profili societari", in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 191.

muovere considerazioni coerenti con quelle appena sviluppate. Parte della dottrina ha osservato come risulti sia comunque necessario osservare il principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, poiché la legittimità delle medesime deve rispondere ai requisiti di coerenza e di stretta necessità relativamente alle esigenze che ne giustificano l'introduzione²⁷⁶.

Infine, è opportuno considerare come, in linea generale, non risulti opportuno utilizzare, nella delimitazione dei poteri degli amministratori negli statuti societari, i criteri della ordinaria e della straordinaria amministrazione, in considerazione delle problematiche che sorgono ove si tenti di individuarne concretamente l'estensione. L'utilizzo del criterio distintivo in parola, come si cercherà di illustrare, non risulta efficiente.

La giurisprudenza di legittimità ha, a tal proposito, precisato come i poteri di rappresentanza degli amministratori vadano individuati in riferimento al criterio di pertinenza rispetto all'oggetto sociale, a prescindere quindi dalla loro rilevanza economica e natura giuridica. Tra gli atti ora indicati, conseguentemente, non si può porre alcuna differenza, neanche relativamente al carattere dispositivo o conservativo dell'atto stesso, in quanto ciò che rileva è l'incidenza che lo stesso atto determina sugli elementi costitutivi dell'impresa e sulla possibilità di esistenza della stessa²⁷⁷.

Ciò posto, il criterio con il quale si individuano gli atti di ordinaria e quelli di straordinaria amministrazione, secondo la giurisprudenza citata non può risultare dal carattere conservativo o meno dell'atto posto in essere²⁷⁸, sulla base della circostanza per cui l'attività imprenditoriale presuppone necessariamente il compimento di atti di disposizione di beni.

La distinzione tra le due categorie di atti deve allora fondarsi, da un lato, sulla relazione dell'atto posto in essere con la gestione ordinaria del tipo di impresa di cui si tratta e,

²⁷⁶ Cfr. RUOTOLO - PAOLINI (*supra*, nt. 262), *passim* e v. CODAZZI, "Le società miste", in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 277 e MALTONI - RUOTOLO, "La costituzione di nuova società a partecipazione mista pubblica – privata: statuti delle s.p.a., delle s.r.l., speciali categorie di azioni e patti parasociali (art. 17 T.U. società a partecipazione pubblica)", *Studio di Impresa n. 298-2016/I*, Consiglio Nazionale del Notariato, in www.notariato.it; ove si afferma come la deroga in parola debba essere strumentale alla determinazione in capo al socio pubblico della funzione di controllo interno.

²⁷⁷ V. Cass. n. 8472 del 26 agosto 1998, in www.deiure.it.

²⁷⁸ È questo il criterio di regola utilizzato per l'amministrazione del patrimonio degli incapaci, cfr. RUOTOLO - PAOLINI (*supra*, nt. 262), *passim*.

dall'altro, rispetto alle dimensioni della stessa impresa: in tal modo, dovranno ritenersi eccedenti l'ordinaria amministrazione (perché estranei all'oggetto sociale), gli atti che alterano le strutture economico-organizzative dell'impresa e per tale ragione si pongano in contrasto con tale oggetto, risultando identificabili anche da parte dei terzi, in quanto non rivolti al raggiungimento degli scopi economici della società²⁷⁹.

3.1.1.2. La correlazione tra il principio di cui all'art. 2380-*bis* e le autorizzazioni assembleari previste all'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c.

Com'è noto, la riforma del diritto societario del 2003 ha profondamente modificato le norme dettate in materia di competenza assembleare, secondo un duplice ordine di profili: da un lato, sono state ridotte le competenze dell'assemblea ordinaria di società che adottano il sistema dualistico e, dall'altro, è stata data piena attuazione al principio dell'esclusiva responsabilità dell'organo amministrativo relativamente alla gestione dell'impresa, in ossequio a quanto dettato nella legge delega²⁸⁰.

Il vigente art. 2364 c.c.²⁸¹ pare il risultato del bilanciamento di un duplice obiettivo: in primo luogo, quello di ampliare gli spazi dell'autonomia statutaria e, in secondo luogo, quello di esplicitare la responsabilità esclusiva dell'organo di amministrazione nella gestione dell'impresa sociale.

La norma è a ben vedere il risultato di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale²⁸² nel quale sono risultate preponderanti le istanze per le quali doveva raggiungersi un passaggio di competenze gestorie dall'assemblea all'organo amministrativo, sicché la competenza assembleare è giunta a caratterizzarsi per una propria specialità che può contrapporsi alla competenza generale dell'organo amministrativo²⁸³.

²⁷⁹ Cfr. Cass. n. 9296 del 9 novembre 1994; Cass. n. 4856 del 4 maggio 1995 e Cass. n. 8538 del 5 maggio 2004, in *www.deiure.it*.

²⁸⁰ Per tutti v. ABBADESSA, "La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma", in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras (Torino, 2010), pag. 3. Relativamente alla disciplina normativa precedente alla riforma v. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni* (Milano, 1975), *passim* e CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni* (Milano, 1985), *passim*.

²⁸¹ Cfr. MAFFEZZONI, *sub* art. 2364 c.c., in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società. Assemblea*, Milano, 2008, pag. 9.

²⁸² V. ABBADESSA, "La competenza" (*supra*, nt. 278), pag. 3.

²⁸³ MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3.

La riforma del diritto societario del 2003 ha dunque effettuato una rideterminazione delle competenze dell'assemblea, con una evidente compressione dell'autonomia dei soci, così assegnando al *management* un ruolo preponderante nella gestione e quindi nella valorizzazione dell'impresa. Si è osservato come tale previsione da parte del legislatore della riforma abbia accolto un'interpretazione c.d. neoistituzionalista del fenomeno societario²⁸⁴. In buona sostanza, si è effettuato una valorizzazione del ruolo degli amministratori, ai quali viene affidata la sorte della vita sociale, sul presupposto che un organo composto da soggetti dotati di professionalità siano maggiormente capaci di esercitare le funzioni di amministrazione della società.

Com'è evidente, a fondamento dello spostamento di competenze di carattere gestorio dall'uno all'altro organo risponde altresì a ragioni di efficienza dell'impresa, unitamente all'attribuzione a questi ultimi della responsabilità ad agire secondo i canoni di professionalità e di correttezza.

Pare importante osservare come l'art. 2380-*bis* c.c. abbia previsto l'esclusiva competenza dell'organo amministrativo nella gestione dell'impresa, così confermando l'orientamento appena descritto. A ben vedere, la lettera dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c. a seguito della riforma del 2003 ha profondamente modificato l'attività gestoria dell'assemblea, che non è più individuata nelle materie che lo statuto sociale assegna alla medesima assemblea, ma viene circoscritto alla facoltà di esprimere autorizzazioni per il compimento degli atti degli amministratori; il legislatore ribadisce la responsabilità dei predetti atti in capo agli amministratori, che non viene eliminata né attenuata alla luce della delibera dell'assemblea dei soci che abbia autorizzato il compimento di atti degli stessi amministratori.

Risulta, in questo senso, coerente la citata disposizione di cui all'art. 2380-*bis*, co. 1, c.c., in cui il legislatore della riforma ha assegnato agli amministratori la piena competenza nella gestione dell'impresa, escludendo la possibilità che eventuali e forme di ingerenza nella esclusiva competenza gestoria possano avvalorare tesi che propongano una elisione totale o parziale della responsabilità.

Come si è precedentemente argomentato, ma sul tema si tornerà *infra*, il nostro ordinamento attribuisce una prevalenza alle istanze efficientistiche dei procedimenti di

²⁸⁴ Cfr. LIBERTINI, «Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»», in *Giur. comm.*, 2014, I, pag. 669.

gestione societaria, avvalorando il principio di corrispondenza e la dialettica tra il potere e la responsabilità. Tuttavia, come si è detto, a questa ricostruzione fa da contraltare una forte attenuazione dell'autonomia statutaria nella costruzione dell'organizzazione sociale ritenuta più conforme alle proprie esigenze²⁸⁵.

Ciò premesso si intende procedere ad una breve descrizione delle materie previste all'art. 2364, co. 1, c.c. per poi affrontare la norma dettata al n. 5 dello stesso co. 1. Ci si propone di illustrare la disciplina dettata per la s.p.a. alle disposizioni ora indicate, per poi procedere ad una indagine sulla portata delle medesime in materia di società a partecipazione pubblica che abbiano statutariamente adottato una organizzazione societaria in deroga all'art. 2380-*bis* c.c.

L'art. 2364, co. 1, c.c. pone in capo all'assemblea ordinaria delle s.p.a. che hanno adottato il sistema tradizionale di amministrazione e controllo la competenza (i) all'approvazione del bilancio, (ii) alla nomina e alla revoca degli amministratori, alla nomina dei sindaci, del presidente del collegio sindacale e del soggetto cui viene demandata la funzione di esercitare il controllo contabile (ove previsto), (iii) alla determinazione del compenso di amministratori e sindaci, (iv) alle deliberazioni sulla responsabilità in capo agli amministratori e ai sindaci, nonché (v) al rilascio di autorizzazioni, eventualmente richieste dallo statuto, per atti gestionali degli amministratori e (vi) all'approvazione il regolamento assembleare. Tale elencazione non può considerarsi esaustiva, in quanto le competenze dell'assemblea ordinaria non sono esclusivamente quelle indicate nell'art. 2364 c.c., ma ad esse debbono aggiungersi anzitutto quelle previste in altre disposizioni dettate nel nostro ordinamento.

Il nostro ordinamento prevede infatti una serie di fattispecie in cui è richiesta l'autorizzazione dell'assemblea ordinaria in materia di atti di natura gestoria:

(a) acquisti pericolosi da soci e amministratori *ex art. 2343-bis* c.c.; (b) autorizzazione all'acquisto di azioni proprie e determinazione delle relative modalità *ex art. 2357* c.c., nonché deliberazione all'alienazione delle azioni acquistate in violazione dei co. 1 e 2 dello stesso art. 2357 c.c.; (c) autorizzazione e determinazione delle modalità di alienazione delle azioni acquistate ai sensi dell'art. 2357-*bis*, nn. 2, 3 e 4, c.c. *ex art. 2357-bis*, co. 2,

²⁸⁵ Concordemente MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3. Cfr. MONTAGNANI, *sub art. 2364* c.c., in Niccolini-Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, II, pag. 446.

c.c.; (d) autorizzazione alla disposizione di azioni proprie e all'esercizio del diritto di opzione spettante alle azioni proprie *ex art. 2357-ter*, co. 1 e 3, c.c.; (e) autorizzazione all'acquisto di azioni o quote da parte di società controllate *ex art. 2359-bis* c.c.; (f) autorizzazione all'alienazione o annullamento di azioni o quote della controllante da parte della controllata *ex art. 2359-ter* c.c.; (g) casi speciali di acquisto o di possesso di azioni o quote della società controllante *ex art. 2359-quater* c.c.; (h) assunzione di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata per i debiti della partecipata *ex art. 2361*, co. 2, c.c.; (i) compimento di atti e operazioni tesi a contrastare la riuscita di un'o.p.a. su azioni quotate *ex art. 104* TUF; (l) conferimento e revoca dell'incarico di revisione dei bilanci di società quotate *ex art. 159* TUF; (m) approvazione dell'innalzamento dei limiti alle partecipazioni reciproche *ex art. 121* TUF²⁸⁶.

Il legislatore non si è quindi preoccupato di inserire il novero delle competenze assembleari in un unico articolo o in articoli tra di loro successivi del codice, così effettuando una ripartizione sistematica delle medesime, ma le ha predisposto in maniera disarticolata e, per così dire, dispersiva. Risulta tuttavia evidente come il contenuto dell'art. 2364 c.c. conservi un rilievo predominante nel sistema normativo di individuazione delle attribuzioni in materia gestoria all'organo assembleare.

Quanto esaminato consente di giungere all'analisi delle competenze di carattere gestorio previste al citato n. 5 del co. 1 dell'art. 2364 c.c.: la disposizione in parola attribuisce all'assemblea ordinaria delle società prive di consiglio di sorveglianza la facoltà di deliberare sugli "altri oggetti attribuiti dalla legge alla sua competenza" e sulle "autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori".

Dal tenore letterale della norma sembra attribuirsi soltanto alla legge la facoltà di attribuire competenze di carattere gestorio all'assemblea ordinaria, privando l'autonomia statutaria della medesima facoltà e attribuendo alle previsioni ora citate il carattere di norme inderogabili, in quanto volte alla determinazione di elementi di carattere essenziale delle regole di funzionamento delle s.p.a.

Inoltre, affermando il principio della esclusiva responsabilità dell'organo amministrativo per la gestione sociale, il legislatore della riforma ha effettuato una piena separazione delle

²⁸⁶ V. MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3. Cfr. MONTAGNANI (*supra*, nt. 286), pag. 446.

competenze degli organi sociali, creando uno schermo che pone le funzioni gestorie al riparo dalle possibili ingerenze da parte dei soci. Ma coerentemente con tale disciplina, all'attribuzione di competenze è stata affiancata una responsabilità sulle relative decisioni, che avrebbe incrementato l'efficienza della funzione gestoria delle società.

Uno degli obiettivi della riforma del diritto societario del 2003 era quello di individuare un organo che potesse essere chiamato a rispondere della propria condotta, così da favorire e promuovere lo svolgimento di attività che si ponessero in conformità con i doveri assunti da chi esercita la funzione di gestione: lo strumento volto al raggiungimento di questa finalità è stato previsto nella riduzione delle competenze di carattere gestorio dell'assemblea²⁸⁷.

In altri termini, il nostro ordinamento pare muovere dall'assunto per cui la presenza di competenze gestorie in capo all'assemblea si porrebbe in contrasto con la responsabilità esclusiva degli amministratori, in quanto questi ultimi compierebbero atti di gestione deliberati dalla stessa assemblea. In effetti, se da un lato si è eliminata la facoltà di prevedere nello statuto sociale una competenza gestoria dell'assemblea, dall'altro non sono state eliminate le competenze attribuite all'organo in parola da parte della stessa legge, che anzi sono state incrementate a seguito della citata riforma: si pensi, tra gli altri, all'art. 2361, co. 2, c.c. in cui è previsto che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese che comporti l'assunzione della responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime, deve essere deliberata dall'assemblea. L'acquisto di partecipazioni di cui all'articolo appena citato costituisce evidentemente un atto di natura gestoria attribuito all'organo assembleare e sottraendo alla competenza degli amministratori, così come molti altri atti che richiedono la presenza di una deliberazione dell'assemblea a titolo di autorizzazione. Quest'ultima precisazione non è secondaria, in quanto permette di ricordare come la disciplina dettata per la s.p.a. qualifichi, come anticipato, le delibere assembleari alla stregua di autorizzazioni. Ciò consente di richiamare come, in tali fattispecie, l'intervento dell'organo assembleare faccia parte di un più ampio procedimento decisorio, costituendo uno degli elementi del medesimo; in effetti, l'attività propulsiva e l'iniziativa delle operazioni gestorie poste in essere permangono in capo agli amministratori, così come la loro esecuzione. Il rispetto del procedimento e la ripartizione delle attività del medesimo fa sì

²⁸⁷ V. MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3 e MONTAGNANI (*supra*, nt. 286), pag. 446.

che risulti, in tal maniera, rispettato il principio per il quale gli amministratori sono esclusivi titolari della gestione dell'impresa.

Lo stesso principio di responsabilità in capo agli amministratori permane nei casi di delibere assembleari il cui oggetto di natura gestoria sia previsto dalla legge. In effetti, in relazione a deliberazioni di tale specie, gli amministratori saranno pienamente liberi di decidere se compiere l'atto di gestione approvato dall'assemblea, ben potendo questi rifiutarsi ove divengano consapevoli della circostanza per cui il loro comportamento potrebbe generare una loro responsabilità nei confronti della società o nei confronti dei creditori sociali²⁸⁸.

Dal quadro normativo sopra descritto, emerge non tanto uno spostamento di competenze da un organo sociale ad un altro o una partecipazione dei soci al procedimento decisionale, quanto la sussistenza di limiti esterni alla competenza dell'organo amministrativo, rispetto alle deliberazioni assembleari che assumono il valore di autorizzazioni²⁸⁹.

Una diversa configurazione determinata dal legislatore, che avesse attribuito alle delibere assembleari in materia di attività gestoria un ruolo necessario nel procedimento decisionale e che avesse vincolato gli amministratori all'esecuzione di tali delibere, avrebbe dovuto comportare una limitazione della responsabilità degli amministratori, in considerazione della circostanza per cui questi ultimi non erano stati in grado di determinare autonomamente il compimento degli atti. A ben vedere, l'unico strumento utilizzabile dagli amministratori in un sistema come quello richiamato sarebbe quello di impugnare le deliberazioni oppure di non darvi esecuzione esercitando una rinuncia alla propria carica.

La disciplina normativa prevista dal legislatore, invece, consente agli amministratori di assumere le volontà assembleari di carattere gestorio sia in conformità alle delibere assembleari, sia in contrasto con le medesime.

Si ricordi come, a fronte del compimento di un atto gestorio che disattendesse totalmente la delibera assembleare, potrebbero sorgere sia elementi di responsabilità interna, sia di responsabilità esterna.

²⁸⁸ MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3.

²⁸⁹ MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3. Cfr. PASQUARIELLO, *sub* art. 2364, in Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005, I, pag. 444.

Ad avviso di una parte della dottrina, possono individuarsi tre diverse fattispecie di deliberazioni assembleari in materia gestoria²⁹⁰:

(i) esistono, anzitutto, delibere dell'assemblea previste dal legislatore con le quali viene determinato il contenuto degli atti di gestione²⁹¹;

(ii) si presentano poi delle delibere autorizzative previste dal legislatore, ma la cui assunzione non regola il contenuto dell'atto²⁹²,

(iii) infine, si osserva la sussistenza di delibere che autorizzano il compimento di determinati atti previsti dallo statuto sociale²⁹³.

(i) Nella prima fattispecie, i soci riuniti in assemblea possono deliberare sui contenuti degli atti di gestione e, come si è detto, gli amministratori avranno la facoltà di rifiutarsi di darvi esecuzione, anche al fine di evitare che siano esercitate azioni di responsabilità nei loro confronti. In queste ipotesi, l'assemblea può determinare arbitrariamente il contenuto dell'operazione, nonostante sia stata convocata dagli amministratori, e quindi si riunisca su proposta di questi ultimi, ma può deliberare sia l'approvazione della proposta degli amministratori, sia il rifiuto della medesima. Ma vi è di più: in verità, in tali casi, è presente un obbligo degli amministratori di dare attuazione alle predette delibere, espressamente regolate dalle norme di legge, in quanto il loro inadempimento, ove non sia fondato sul rischio di incorrere in responsabilità, potrebbe divenire un motivo di giusta causa di revoca degli stessi amministratori. Com'è evidente, le fattispecie indicate al primo gruppo comportano una forte limitazione al potere gestorio degli amministratori, che potranno soltanto uniformarsi alle determinazioni dell'assemblea provvedendo materialmente alla loro esecuzione oppure negandosi di compiere gli atti esecutivi, ma esponendosi ad azioni di responsabilità interna.

²⁹⁰ MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3.

²⁹¹ Si pensi alla proposizione, rinuncia e transazione dell'azione sociale di responsabilità *ex art.* 2393 c.c.; alle domande di amministrazione controllata, di concordato preventivo e di concordato fallimentare *ex artt.* 152, 161 e 187, l.fall. e all'acquisto di partecipazione che comporti una responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali *ex art.* 2361, co. 2, c.c.

²⁹² Pare questo il caso degli acquisti da promotori, fondatori soci e amministratori *ex art.* 2343-*bis* c.c.; dell'acquisto di azioni proprie *ex art.* 2357, co. 2, c.c.; dell'acquisto delle azioni della controllante *ex art.* 2359-*bis*, co. 2, c.c.; delle operazioni di contrasto all'acquisizione del controllo di una società quotata *ex art.* 104 TUF e delle operazioni che determinino il superamento del 2% nelle partecipazioni reciproche di società quotate *ex art.* 121 TUF.

²⁹³ Si ritiene, infatti, legittima una clausola statutaria che richieda una deliberazione assembleare al fine di procedere all'acquisto di *asset* aventi un valore superiore ad una certa entità.

(ii-iii) Per ciò che concerne, invece, le delibere autorizzative previste dal legislatore o dallo statuto, nelle quali l'autorizzazione assembleare rappresenta un elemento (un passaggio) dell'iter procedimentale che conduce al compimento dell'atto, in capo agli amministratori non sussiste il dovere di compiere l'atto, né l'autorizzazione elimina la loro responsabilità nei confronti dei creditori e nei confronti della società, come peraltro espressamente previsto dall'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c.

Le conseguenze risultanti dal compimento di un atto privo dell'autorizzazione assembleare da parte degli amministratori possono dedursi dalla qualificazione di limite esterno al potere gestorio degli amministratori attribuita alle deliberazioni determinanti il contenuto di un atto gestorio e alle delibere autorizzative. La predetta mancanza non determina l'inefficacia dell'atto di gestione, poiché il principio di tutela e di affidamento nei confronti dei terzi non consentono la facoltà di opporre ai medesima l'insussistenza dell'autorizzazione; com'è noto, infatti, nei c.d. rapporti esterni, è fatta salva la sola possibilità di opporre l'*exceptio doli* dettata all'art. 2384, co. 2, c.c.

D'altra parte, nei c.d. rapporti interni, il compimento di un atto gestorio in totale assenza di un'autorizzazione rileva sia per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, sia in quanto rappresenta una giusta causa di revoca degli stessi amministratori.

Pare opportuno a questo punto soffermarsi su un ulteriore passaggio²⁹⁴. Il nuovo testo dell'art. 2364 c.c. non prevede la facoltà degli amministratori di sottoporre alla valutazione dell'assemblea decisioni che riguardino la gestione societaria: la predetta possibilità veniva prevista dal testo *ante* riforma dell'art. 2364, co. 1, n. 4, c.c. ed era volta all'ottenimento di quello che poteva definirsi un esonero dalla responsabilità degli amministratori nei confronti della società, pur permanendo nei confronti dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c. nei confronti dei singoli soci o dei terzi ai sensi dell'art. 2395 c.c.²⁹⁵.

Ci si può domandare se l'espunzione della norma appena illustrata sia una conseguenza della necessaria separazione dei poteri attribuiti agli organi sociali e dei principi sopra richiamati in materia di responsabilità degli amministratori.

²⁹⁴ MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3 e PASQUARIELLO (*supra*, nt. 289), pag. 444.

²⁹⁵ ABBADESSA, "La gestione" (*supra*, nt. 280), *passim* e CALANDRA BUONAURA (*supra*, nt. 280), *passim*.

Pare potersi ritenere che alcune connessioni tra l'assemblea, che individua il fine e l'organizzazione della società e l'organo amministrativo, cui compete il perseguimento del predetto fine e l'attuazione del modello sociale, siano imprescindibili. Per tale ragione, non si può negare la legittimità né di un'informazione che passi dai soci agli amministratori, né di una richiesta all'assemblea di deliberare sull'approvazione di un indirizzo strategico o di un determinato atto gestorio. Com'è evidente, una siffatta delibera non esonererà gli amministratori dalla responsabilità, ma comporterà l'impossibilità per i soci di invocare una giusta causa di revoca degli amministratori in ragione del compimento di atti per i quali l'assemblea ha espresso una propria valutazione di carattere positivo²⁹⁶.

Se ciò è conforme alle disposizioni normative, non potrà che affermarsi altresì la facoltà, in ragione dell'esercizio dell'autonomia statutaria, di inserire nello statuto sociale una previsione che attribuisca agli amministratori la facoltà di domandare l'autorizzazione assembleare prima di compiere determinati atti di natura gestoria.

In questa maniera i soci risultano coinvolti in una competenza propria dell'organo di amministrazione mediante una deliberazione che approvi decisioni gestionali strategiche. Tale meccanismo pone però un interrogativo sulla qualificazione di una siffatta delibera e sulla sua rilevanza dal punto di vista della responsabilità in capo agli amministratori e ai soci.

Come si è osservato, secondo una prospettiva formale, le deliberazioni in parola rimarrebbero nell'alveo delle autorizzazioni dell'assemblea e pertanto si porrebbero su un diverso piano rispetto agli atti gestori compiuti dagli amministratori, sicché a queste si applicherebbe la disciplina dettata per le autorizzazioni assembleari di cui all'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c.

D'altra parte, in una prospettiva che potrebbe definirsi sostanziale, le deliberazioni assembleari concernono l'individuazione dell'interesse sociale e la valutazione del rischio d'impresa, mediante una scelta dei soci in via assembleare presa anche in ragione delle informazioni ricevute dagli amministratori.

Sembrerebbe allora evidente la rilevanza dell'autorizzazione assembleare nel procedimento che può astrattamente condurre ad un evento dannoso a seguito del compimento dell'atto. Non si può quindi escludere, relativamente ad eventuali eventi che ledano gli interessi

²⁹⁶ Cfr. ABBADESSA, "La competenza" (*supra*, nt. 280), pag. 3.

sociali, un'estensione dei profili di responsabilità, che pur rimanendo in capo agli amministratori potrebbero estendersi fino al centro di controllo della società, che si è espresso nell'assemblea che ha autorizzato il compimento dell'atto²⁹⁷.

La norma dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c., come ricordato, non elimina la responsabilità degli amministratori nei confronti della società, così ponendo l'ulteriore problematica relativa alla portata sistematica della delibera autorizzativa nella determinazione dei profili di responsabilità dei membri dell'organo amministrativo, anche in considerazione della specifica valutazione dell'interesse sociale e della ponderazione del rischio d'impresa effettuato dai soci nel corso dell'assemblea autorizzativa e a seguito di una compiuta illustrazione, da parte degli amministratori, dell'operazione gestoria proposta.

In effetti, come si può osservare, la deliberazione dell'assemblea che autorizza un singolo atto di gestione non elimina la possibilità di esercitare un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte dei creditori, da parte dei soci assenti dissenzienti o dai terzi; inoltre, non sussistono elementi normativi che ritengono che i soci, muniti delle corrette informazioni per effetto dell'attività svolta dagli amministratori, dopo aver autorizzato l'operazione proposta da questi ultimi, ad agire *contra factum proprium* nei confronti degli amministratori, possano esercitare un'azione di responsabilità al fine di ottenere un risarcimento in ragione dei risultati negativi conseguenti ad un atto di carattere gestorio oggetto della deliberazione autorizzativa assembleare.

3.1.2. I comitati di controllo analogo

L'organo gestorio è suscettibile di essere organizzato al proprio interno, come previsto anzitutto all'art. 11, co. 9, TUSPP²⁹⁸: la lett. a) del comma ora richiamato consente infatti l'attribuzione di deleghe gestorie. Ma si stabilisce che il consiglio di amministrazione possa attribuire deroghe gestorie soltanto a favore di un amministratore. Inoltre, è consentito il rilascio di deleghe al presidente dell'organo amministrativo, purché siano preventivamente state autorizzate dall'assemblea.

La previsione dell'art. 11, co. 9, lett. a), TUSPP pone una evidente difformità dalla disciplina di diritto comune, richiedendo la pronuncia dell'assemblea per il rilascio di una

²⁹⁷ Così MAFFEZZONI (*supra*, nt. 281), pag. 3.

²⁹⁸ DEMURO (*supra*, nt. 203), pag. 133.

delega avente contenuto gestorio. La dottrina si è interrogata sulla portata della norma appena illustrata, domandandosi se l'autorizzazione assembleare occorra in tutti i casi in cui vengono conferite deleghe al presidente o se il meccanismo della lett. a) sopra citato debba osservarsi soltanto nell'ipotesi in cui coesistono deleghe attribuite al presidente e deleghe attribuite ad un altro amministratore: potendosi individuare la *ratio* della previsione nella volontà del legislatore di ridurre il numero di deleghe attribuite all'interno del consiglio di amministrazione al fine di contenere i costi di gestione dell'organizzazione societaria, è stata accolta la seconda delle possibilità prima richiamate²⁹⁹.

Ci si è inoltre domandati se la norma dell'art. 11, co. 9, lett. d), TUSPP, già trattata nel corso della presente esposizione, imponendo una clausola che vieti l'istituzione di organi diversi da quelli previsti dalle norme di diritto societario comune non si riferisca alla facoltà di istituire comitati interni al consiglio di amministrazione. Parte della dottrina ritiene che in tal maniera si attribuirebbe un significato ad una norma che altrimenti potrebbe apparire pleonastica, essendo già vigente nel diritto societario il divieto di costituire organi sociali atipici dotati di rilevanza esterna³⁰⁰.

Una simile interpretazione comporterebbe una significativa novità in materia di articolazione interna del consiglio di amministrazione, alla luce della circostanza per cui la presenza di comitati interni è molto diffusa nella prassi³⁰¹.

Deve tuttavia evidenziarsi come il numero esiguo di componenti dell'organo gestorio potrebbe rendere ultronea l'istituzione dei comitati interni, presentando anche il rischio che una simile articolazione divenga fonte di inefficienze, così ponendosi in pieno contrasto con gli obiettivi che ne hanno ispirato la creazione³⁰².

3.1.3. La rilevanza dell'art. 147 TUEL

²⁹⁹ DEMURO (*supra*, nt. 203), pag. 133 e DONATIVI (*supra*, nt. 203), pag. 673.

³⁰⁰ Cfr. DEMURO (*supra*, nt. 203), pag. 133.

³⁰¹ La costituzione di comitati interni al consiglio di amministrazione è raccomandata dall'art. 4 del codice di autodisciplina in materia di società quotate nel quale si legge che la presenza in seno all'organo amministrativo di specifici comitati aventi funzioni consultive e propositive rappresenta una modalità organizzativa che può "incrementare l'efficienza e l'efficacia" dei lavori dell'organo. Detti comitati, "come emerge dalla migliore prassi italiana e internazionale", non si sostituiscono al consiglio di amministrazione nell'adempimento dei propri doveri, ma possono svolgere un ruolo istruttorio.

³⁰² DEMURO (*supra*, nt. 203), pag. 133 e DONATIVI (*supra*, nt. 203), pag. 673.

La disamina dei considerati aspetti di *governance* della società a partecipazione pubblica non può prescindere da un'analisi delle norme contenute agli artt. 147³⁰³ e 147-*quater*³⁰⁴ d.lgs. n. 267 del 18 agosto 200, d'ora in avanti TUEL.

³⁰³ Ai sensi dell'art. 147 TUEL, gli "enti locali, nell'ambito della loro autonomia normativa e organizzativa, individuano strumenti e metodologie per garantire, attraverso il controllo di regolarità amministrativa e contabile, la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. Il sistema di controllo interno è diretto a: a) verificare, attraverso il controllo di gestione, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi correttivi, il rapporto tra obiettivi e azioni realizzate, nonché tra risorse impiegate e risultati; b) valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, dei programmi e degli altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra i risultati conseguiti e gli obiettivi predefiniti; c) garantire il costante controllo degli equilibri finanziari della gestione di competenza, della gestione dei residui e della gestione di cassa, anche ai fini della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica determinati dal patto di stabilità interno, mediante l'attività di coordinamento e di vigilanza da parte del responsabile del servizio finanziario, nonché l'attività di controllo da parte dei responsabili dei servizi; d) verificare, attraverso l'affidamento e il controllo dello stato di attuazione di indirizzi e obiettivi gestionali, anche in riferimento all'articolo 170, comma 6, la redazione del bilancio consolidato nel rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità degli organismi gestionali esterni dell'ente; e) garantire il controllo della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti esterni e interni dell'ente. Le lettere d) ed e) del comma 2 si applicano solo agli enti locali con popolazione superiore a 100.000 abitanti in fase di prima applicazione, a 50.000 abitanti per il 2014 e a 15.000 abitanti a decorrere dal 2015. Nell'ambito della loro autonomia normativa e organizzativa, gli enti locali disciplinano il sistema dei controlli interni secondo il principio della distinzione tra funzioni di indirizzo e compiti di gestione, anche in deroga agli altri principi di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, e successive modificazioni. Partecipano all'organizzazione del sistema dei controlli interni il segretario dell'ente, il direttore generale, laddove previsto, i responsabili dei servizi e le unità di controllo, laddove istituite. Per l'effettuazione dei controlli di cui al comma 1, più enti locali possono istituire uffici unici, mediante una convenzione che ne regoli le modalità di costituzione e di funzionamento".

³⁰⁴ Ai sensi dell'147-*quater* TUEL, "L'ente locale definisce, secondo la propria autonomia organizzativa, un sistema di controlli sulle società non quotate, partecipate dallo stesso ente locale. Tali controlli sono esercitati dalle strutture proprie dell'ente locale, che ne sono responsabili. Per l'attuazione di quanto previsto al comma 1 del presente articolo, l'amministrazione definisce preventivamente, in riferimento all'articolo 170, comma 6, gli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata, secondo parametri qualitativi e quantitativi, e organizza un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l'ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa della società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica. Sulla base delle informazioni di cui al comma 2, l'ente locale effettua il monitoraggio periodico sull'andamento delle società non quotate partecipate, analizza gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati e individua le opportune azioni correttive, anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente. I risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende non quotate partecipate sono rilevati mediante bilancio consolidato, secondo la competenza economica, predisposto secondo le modalità previste dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in fase di prima applicazione, agli enti locali con popolazione superiore a 100.000 abitanti, per l'anno 2014 agli enti locali con popolazione superiore a 50.000 abitanti e, a decorrere dall'anno 2015, agli enti locali con popolazione superiore a 15.000 abitanti, ad eccezione del comma 4, che si applica a

La *governance* delle società partecipate è caratterizzata da una serie di rapporti organizzativi intersoggettivi di carattere pubblicistico che costituiscono, come si è descritto, nella c.d. eterodirezione. Quest'ultima si esercita nella formulazione dei programmi e degli obiettivi da perseguire, nonché di criteri di svolgimento della propria attività, incidendo profondamente sulla sfera di autodeterminazione del soggetto che subisce la determinazione. Come pare evidente, l'eterodirezione non può porsi in contrasto con le previsioni contenute nello statuto sociale che costituisce un limite esterno al potere di indirizzo.

In questa disciplina occorre tener presenti le norme dell'art. 147-*quater* TUEL in materia di controlli sulle società a partecipazione pubblica.

La disposizione prevede che l'ente locale definisca un sistema di corporate *governance* sulle società partecipate dallo stesso ente locale e lo stesso sia esercitato dalle strutture proprie dell'ente, che ne sono responsabili.

All'amministrazione locale compete (i) la definizione preventiva di obiettivi gestionali, basati su standard qualitativi e quantitativi, in termini di bilancio e di efficienza, efficacia ed economicità dei servizi; (ii) l'organizzazione di un idoneo sistema informativo volto alla rilevazione dei rapporti finanziari tra l'ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa della società, i contratti di servizio, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica; (iii) il monitoraggio periodico, in base alle predette informazioni, sull'andamento delle società partecipate, l'analisi degli scostamenti rispetto agli obiettivi e l'individuazione delle opportune azioni correttive, anche di riferimento a possibili squilibri di carattere economico-finanziario rilevanti per il bilancio del socio pubblico.

Le norme descritte evidenziano il loro carattere funzionale rispetto al governo del gruppo pubblico locale. Com'è evidente, l'utilizzo di strumenti di tutela preventiva volti all'inibizione di un cattivo utilizzo delle risorse pubbliche, anche secondo strumenti del diritto amministrativo, conduce alla costruzione di rapporti tra ente territoriale e società.

tutti gli enti locali a decorrere dall'anno 2015, secondo le disposizioni recate dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle società quotate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del c.c. A tal fine, per società quotate partecipate dagli enti di cui al presente articolo si intendono le società emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati.”

L'art. 6 TUSPP deve essere coordinato con la disciplina appena riportata³⁰⁵.

L'ente territoriale controllante dovrà predisporre tutti i sistemi necessari volti a far sì che i procedimenti societari siano volti alla finalità di un risultato conforme ai corretti parametri di gestione delle risorse pubbliche. Sicché, muovendo dalle considerazioni appena svolte, il ruolo socio pubblico assume la conformazione della direzione strategica, alla stregua di un controllo delle procedure e non all'ingerenza sulle decisioni di impresa esercitata mediante direttive gestorie impartite agli amministratori.

La pubblica amministrazione indica gli obiettivi di gestione da perseguire e gli strumenti per conseguirli: spetterà poi all'organo amministrativo la concretizzazione della programmazione dettata.

L'ente territoriale dovrà adottare un meccanismo di controllo unitario compatibile con ognuna delle società partecipate in via prevalente dal medesimo ente. Le esigenze di monitoraggio presuppongono la presenza di una disciplina regole comune di procedimentalizzazione delle scelte gestionali e di controllo sui risultati ottenuti nel corso dell'attività.

La definizione di assetti gestionali che si caratterizzano per adeguatezza alla società partecipata passa per la costruzione di un sistema di regole interne, attraverso il quale viene esplicitata una funzione di indirizzo sull'impresa ed un insieme di procedure che consenta una rapida ed efficiente assunzione delle decisioni.

In buona sostanza, nelle società partecipate, l'obbligo di predisporre assetti organizzativi adeguati è strettamente correlato alle forme di utilizzo delle risorse impiegate e alle norme che prescrivono regole sul loro utilizzo.

In materia di società *in house*, invece, la *governance* delle società investirà in senso pieno e generale l'attività di gestione (quindi le operazioni svolte per il perseguimento dei propri obiettivi), di organizzazione (cioè l'indicazione e la ripartizione di funzioni degli organi nell'attività aziendale) e la cognizione dei dati che occorrono per svolgere il controllo sull'attività aziendale³⁰⁶.

In conclusione, il nostro ordinamento detta una disciplina secondo la quale la pubblica amministrazione deve adottare un modello organizzativo societario non soltanto conforme

³⁰⁵ URSI "La *governance*" (*supra*, nt. 203), *passim*.

³⁰⁶ URSI "La *governance*" (*supra*, nt. 203), *passim*.

all'esercizio dell'attività d'impresa, ma anche capace di soddisfare le esigenze di natura contabile prima descritte. L'assetto organizzativo societario così delineato si giustificerebbe quindi in ragione dell'utilizzo di risorse pubbliche e non dal fine ultimo dell'attività intrapresa.

4. Gli amministratori delle società a partecipazione pubblica – 4.1. La responsabilità

Dopo aver esaminato le possibili articolazioni in materia di *governance* delle società a partecipazione pubblica, occorre domandarsi se le predette modifiche del regime “ordinario” del sistema di amministrazione comportino una diversa gradazione o una diversa configurazione dell'impianto dettato dal legislatore agli artt. 2392 e ss. c.c.³⁰⁷.

³⁰⁷ Il tema è stato ampiamente trattato dalla dottrina. Relativamente al dibattito successivo alla vigenza del TUSPP v., tra gli altri, CERIONI, “La responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 149; IBBA, “La responsabilità”, in Ibba - Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 165 e PATRONI GRIFFI, “Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 197. Relativamente alle ricostruzioni antecedenti al TUSPP si faccia, tra gli altri, riferimento ad ARRIGONI, “Responsabilità «amministrativa» e società pubbliche”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 627; BUCCARELLI, “Il sistema delle responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitale pubbliche”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 403; IBBA, “Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica”, in *Riv. dir. civ.*, 2006, fasc. 2, pt. 2, pag. 145; ID., “Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti”, in *Giur. comm.*, 2012, fasc. 5, I, pag. 641; ID., “Responsabilità erariale e società «in house»”, in *Giur. comm.*, 2014, fasc. 1, II, pag. 13; ID., “Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale”, in *Riv. dir. civ.*, 2015, fasc. 2, pag. 443; MAURO, “La responsabilità degli amministratori di s.p.a. «pubblica»: profili pubblicistici”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 309; PIZZA, “La responsabilità amministrativa e gli amministratori di società per azioni partecipate da enti pubblici”, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 2000 fasc. 2, pag. 128; RACUGNO, “La responsabilità degli amministratori di società pubbliche”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano, A.G.E.*, 2, 2015, pag. 475; ROVERSI-MONACO, “Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 ss. del codice civile)”, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, pag. 258; SALAFIA, “Responsabilità degli amministratori: limiti della giurisdizione della Corte dei conti”, in *Soc.*, 2008, pag. 1270; SBISÀ, “Patti parasociali e responsabilità degli amministratori”, in *Contr. e impr.*, 1996, pag. 447 e STICCHI DAMIANI, “La responsabilità degli amministratori di società pubblica tra profili pubblicistici e privatistici”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 343. Per ciò che concerne, invece, la responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica in caso di crisi v. CAROSI, “Crisi ed insolvenza delle partecipate pubbliche ed i riflessi sul bilancio dello Stato e degli altri enti proprietari”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 577; CHIONNA, “Le

A tale passaggio argomentativo è però opportuno premettere una breve ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale intercorso sul tema della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica anteriore all'introduzione del TUSPP.

La trattazione pare potersi articolare illustrando alcuni dei principali interventi della giurisprudenza in materia:

- (i) Cass., Sez. Un., n. 19667 del 22 dicembre 2003,
- (ii) Cass., Sez. Un., n. 3899 del 26 febbraio 2004³⁰⁸,
- (iii) Cass., Sez. Un., n. 26806 del 19 dicembre 2009³⁰⁹ e

soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 213; DEMURO, “La crisi delle società a partecipazione pubblica”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano, A.G.E.*, 2, 2015, pag. 557; DI MARZIO, “Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 377; FIMMANÒ, “L’insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico”, in *Fall.*, 2017, fasc. 2, pag. 172; GOISIS - CODAZZI, “Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 111; GUERRERA, “Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica”, in *Giur. comm.*, 2017, fasc. 3, I, pag. 371; GUIZZI - ROSSI, “La crisi di società a partecipazione pubblica”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 271; IBBA, “Crisi dell’impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 63; ID, “Crisi dell’impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il testo unico” in *Nuove leggi civili comm.*, 2016, fasc. 6, pag. 1233; MIELE, “La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 450; MILLER, “Il rapporto tra reati fallimentari e reati contro la pubblica amministrazione nella crisi delle società «pubbliche»”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 64 e RACUGNO, “Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica”, in *Riv. soc.*, 2016, pag. 1144.

³⁰⁸ VISCA, “La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni”, in *Giust. civ.*, 2005, pag. 208.

³⁰⁹ La sentenza, reperibile in www.iusexplorer.it è stata oggetto di molteplici commenti, per tutti v. PATRITO, “Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e diritto sostanziale”, in *Giur. it.*, 2010, pag. 1709; SINISI, “Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l’intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”, in *Foro amm.*, 2010, pag. 77; TENORE, “La giurisdizione della corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica”, in *Foro amm.*, 2010, pag. 92 e CAGNASSO, “Una «brusca frenata» da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla *vis expansiva* della responsabilità amministrativa-contabile”, in *Giur. it.*, 2010, pag. 857. L’a. osserva come “con la sentenza in commento le Sezioni unite della Cassazione hanno radicalmente modificato il quadro del «diritto vivente». Gli amministratori di società in mano pubblica (e così i componenti degli altri organi) sono esclusivamente responsabili nei confronti di essa in virtù delle norme del diritto societario. Tale conclusione (espressa nella prima massima) trova

(iv) Cass., Sez. Un., n. 26283 del 25 novembre 2013.

Nonostante fossero presenti molteplici elementi, sia nella legislazione, sia nella giurisprudenza, che consentissero di evidenziare un *favor* verso l'estensione dello spettro di giurisdizione della Corte dei conti³¹⁰, la dottrina e la giurisprudenza³¹¹ avevano inizialmente accolto l'impostazione secondo la quale gli amministratori delle società a partecipazione pubblica potessero subire soltanto le azioni di responsabilità esercitabili davanti al giudice ordinario, di cui agli artt. 2392 e ss. c.c., e che quindi fossero sottratti alla c.d. responsabilità erariale.

(i) Soltanto nel 2003, in virtù della pronuncia sopra richiamata della Cass., Sez. Un., n. 19667 del 2003, si è assistiti ad una affermazione della giurisdizione contabile rispetto alla responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici: i giudici di legittimità

fondamento, ad avviso della Corte, nell'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alla disciplina comune (salve le espresse deroghe) e nella circostanza che il pregiudizio sia arrecato al patrimonio della società e quindi non sussista un danno, almeno diretto, all'Erario. Si tratta di una soluzione che certamente in qualche misura viene ad accentuare l'assimilazione delle società in mano pubblica a quelle di diritto comune, evitando una vera e propria, sotto certi punti di vista, «distorsione» delle regole del diritto societario. Infatti, come si è già osservato, la responsabilità per danno erariale determina il sorgere del diritto al risarcimento dei danni a favore del socio ente pubblico e non della società, pur essendo la stessa il soggetto direttamente pregiudicato dalla *mala gestio* degli amministratori. La Corte prende atto che l'esclusiva soggezione dei componenti degli organi di società aventi certi caratteri alla responsabilità societaria, sancita dalla legge n. 31/2008, presuppone che vi sia un'area di operatività della responsabilità per danno erariale. La individua però ritenendo che quest'ultimo tipo di responsabilità trovi applicazione nel caso di danno diretto all'ente pubblico socio (così come risulta dalla seconda massima). In questa ipotesi non vi sarebbero ostacoli ad ammettere l'azione dinanzi al Giudice contabile, dal momento che concorrerebbe allo stesso «risultato» di quella spettante al singolo socio danneggiato *ex art.* 2395 c.c. Data tale identità sembrerebbe che valgano solo le regole in tema di responsabilità amministrativa contabile, e non quelle di diritto comune (anche se poi si tratta di modelli di responsabilità, come si è visto, con presupposti e modalità differenti). Tale soluzione è poi avvalorata dalla peculiare disciplina del danno all'immagine degli enti pubblici prevista dall'art. 17 della legge n. 102/2009.”

³¹⁰ Così IBBA, “La responsabilità” (*supra*, nt. 305), pag. 165, ove si cita – da un lato – il richiamo al r.d. n. 2440 del 18 novembre 1923, che prevedeva originariamente la giurisdizione contabile per i soli dipendenti dello Stato, poi estesa ai dipendenti di enti locali e di altri enti pubblici a seguito di successivi interventi legislativi e – dall'altro – l'accantonamento dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che in relazione agli amministratori e ai dipendenti degli enti pubblici economici attribuiva al giudice contabile la cognizione degli illeciti compiuti nell'esercizio di pubbliche funzioni, mentre al giudice ordinario era demandata la competenza sugli illeciti compiuti nell'esercizio dell'attività d'impresa. Il superamento di citato si deve alla Cass., Sez. Un., ord., n. 19667 del 22 dicembre 2003, in www.iusexplorer.it, che per prima aveva affermato la soggezione alla responsabilità amministrativa degli amministratori di enti pubblici economici anche ove derivasse da un'attività di carattere imprenditoriale.

³¹¹ IBBA, “La responsabilità” (*supra*, nt. 307), pag. 165.

hanno, infatti, ritenuto determinante l'utilizzo di risorse pubbliche, così prescindendo dal carattere privatistico dell'attività esercitata.

(ii) Successivamente è intervenuta la Cass., Sez. Un., n. 38993 del 2004³¹², con la quale si è affermata l'estensione della giurisdizione contabile agli amministratori delle società in esame: in seguito a detta decisione, sia la giurisprudenza di legittimità, sia quella contabile, adottarono l'impostazione per cui gli amministratori delle società pubbliche dovevano assoggettarsi alla responsabilità amministrativa e quindi alla giurisdizione della Corte dei conti. La tesi veniva argomentata sulla base del fatto che venissero utilizzate delle risorse pubbliche, non tenendo però conto della circostanza per cui quelle risorse, dopo essere state conferite alla società a partecipazione pubblica, costituiscono il patrimonio di quest'ultima, così divenendo oggetto di legittimi interessi anche da parte di altri soggetti.

La dottrina³¹³ che si è occupata della materia in esame a seguito della citata pronuncia della Cassazione ha osservato come l'azione amministrativa individui il soggetto beneficiario del risarcimento³¹⁴ nell'erario (e quindi, indirettamente, nel socio pubblico), diversamente da quanto si verifica nell'ipotesi di responsabilità del diritto comune, in cui il comportamento lesivo degli amministratori reca un pregiudizio al patrimonio della società e il risarcimento spetta a quest'ultima.

A seguito del vittorioso esperimento dell'azione di responsabilità e della reintegrazione del patrimonio sociale, i soci e i creditori della società troveranno indirettamente un beneficio di carattere patrimoniale, in ragione di una piena corrispondenza del rapporto di danno e di risarcimento. Mentre il patrimonio sociale viene direttamente danneggiato e in seguito risarcito, i soci e i creditori della società troveranno un nocumento e un beneficio in via mediata.

Com'è stato ben evidenziato³¹⁵, anche qualora l'azione amministrativa conducesse ad un beneficio direttamente alla società, la responsabilità di natura amministrativa si caratterizzerebbe per alcune differenze rispetto a quella societaria, in ragione di diversi (a)

³¹² In *www.iusexplorer.it*.

³¹³ Cfr. IBBA, "La responsabilità" (*supra*, nt. 307), pag. 165.

³¹⁴ Sul punto v. IBBA, "La responsabilità" (*supra*, nt. 307), pag. 165. L'a. ricorda come paia inappropriato parlare di risarcimento, alla luce delle finalità non risarcitorie della responsabilità contabile.

³¹⁵ IBBA, "La responsabilità" (*supra*, nt. 307), pag. 165.

criteri di valutazione, (b) presupposti e (c) conseguenze che ne circoscrivono gli effetti riparatori:

(a) quanto ai criteri valutativi, non si può non considerare la sussistenza di una insindacabilità della discrezionalità amministrativa, che si contrappone alla c.d. *business judgement rule* caratteristica delle attività di natura imprenditoriale,

(b) rispetto ai requisiti, occorre la presenza di dolo o colpa grave e

(c) relativamente alle conseguenze, si osservi come il risarcimento possa essere quantificato in un importo ridotto rispetto all'ammontare del danno.

La breve disamina di alcune delle differenze sussistenti tra le diverse azioni permette di comprendere come l'ammissione di un'azione di natura amministrativa comporti un evidente pregiudizio alle funzioni di riequilibrio patrimoniale che connotano la responsabilità di natura civilistica e, d'altra parte, qualora si ammetta la configurazione di una successiva azione di matrice civilistica relativa al danno residuo, l'effetto di una duplicazione dei giudizi, con una evidente inefficienza sistematica.

La presenza di una giurisdizione di natura contabile comporterebbe dunque una lesione dei diritti spettanti sia ai soci privati, sia ai creditori sociali e ciò permette di negare l'ammissibilità dell'esercizio di un'azione amministrativa e di affermare, conseguentemente, la sussistenza della giurisdizione civile³¹⁶.

Infine, era stato indicato come, nella diversa fattispecie in cui gli amministratori avessero direttamente depauperato il patrimonio del socio pubblico, potesse trovarsi una tutela sul solo piano della responsabilità amministrativa, non essendo in tali ipotesi coinvolti il patrimonio sociale e i vari interessi che riguardano e coinvolgono il medesimo³¹⁷.

(iii) Il panorama ora descritto è mutato radicalmente a seguito della Cass., Sez. Un., n. 26806 del 2009³¹⁸, in cui i giudici di legittimità compiono una ricostruzione che giunge alla seguente conclusione: a seconda che il danno sia stato arrecato direttamente al socio

³¹⁶ IBBA, "La responsabilità" (*supra*, nt. 307), pag. 165.

³¹⁷ Cfr. IBBA, "La responsabilità" (*supra*, nt. 307), pag. 165.

³¹⁸ In *Giur. it.*, 2010, pag. 853, con nota di CAGNASSO, "Una «brusca frenata» da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla *vis expansiva* della responsabilità amministrativa-contabile"; in *Urb. e app.*, 2010, pag. 574, con nota di D. PONTE, "Società miste, responsabilità e giurisdizione"; in *Soc.*, 2010, pag. 803, con nota di P. GHIGLIONE e M. BIALLO, "Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS.UU."; in *Giornale dir. amm.*, 2010, pag. 935, con nota di G.F. CARTEI, "La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa".

pubblico (si pensi ad es. al danno all'immagine di quest'ultimo) o al patrimonio sociale potrà configurarsi, rispettivamente, la giurisdizione della Corte dei conti o quella del Tribunale ordinario.

La giurisprudenza in esame ha ritenuto che tra gli amministratori e il socio pubblico non sussistesse un rapporto "diretto" di servizio, né un danno erariale, quale pregiudizio arrecato in via diretta al patrimonio dello Stato o di un altro ente pubblico socio, in quanto il nocumento è arrecato al patrimonio sociale. Inoltre, poiché il danno ha natura sociale, il risarcimento del danno spetterà soltanto alla società. Da ultimo, si è ribadito come un'azione proposta davanti al giudice contabile non potrebbe conciliarsi con le azioni di natura civilista di responsabilità esercitabili dalla società, dai soci e dai creditori sociali, la cui esperibilità non può essere negata.

Nella fase temporale successiva alla sentenza del 2009 non si è assistiti ad ulteriori discostamenti dall'impostazione per cui la giurisdizione del Tribunale ordinario e della Corte dei Conti dovesse determinarsi in ragione della differenza del soggetto che subisce il danno (la società o il socio pubblico).

Tuttavia, a ben vedere, è stato rilevato³¹⁹ che nella giurisprudenza contabile erano presenti impostazioni diverse da quella appena illustrata ed erano state proposte soluzioni in cui si qualificava quale danno diretto nei confronti del socio pubblico un nocumento effettivamente subito dal patrimonio della società a partecipazione pubblica.

(iv) Il panorama appena descritto è stato, almeno in parte, alterato a seguito della pronuncia della Cass., Sez. Un., n. 26283 del 2013³²⁰, che dopo essersi soffermata sulla insussistenza della giurisdizione contabile, ha considerato diversamente la fattispecie in cui il patrimonio sociale pregiudicato fosse quello di una società *in house*, ritenendo che la medesima non costituisca un centro d'interessi propri, né una persona giuridica³²¹: coerentemente con tale impostazione, la sentenza in parola ha qualificato il danno subito da quel patrimonio alla stregua di un danno erariale.

I giudici hanno argomentato tale affermazione individuando una nozione di controllo analogo corrispondente a quella di subordinazione: gli amministratori della società *in*

³¹⁹ Cfr. IBBA, "La responsabilità" (*supra*, nt. 307), pag. 165.

³²⁰ In www.iusexplorer.it.

³²¹ La Cassazione del 2013 sposa una visione della società *in house* alla stregua di un mero patrimonio separato dell'amministrazione pubblica.

house sono in una posizione di subalternità rispetto al socio pubblico, secondo un rapporto gerarchico che non permette agli stessi amministratori alcuna autonomia.

La pronuncia della giurisprudenza di legittimità in esame non è parsa persuasiva a molti osservatori, potendosi sollevare una serie di obiezioni³²²:

(a) in primo luogo, si è rilevato come la nozione di controllo analogo concepita risulti più stringente di quella accolta dalla Corte di giustizia³²³ e dal codice dei contratti pubblici³²⁴ e dia per pacifica la facoltà di prevedere clausole statutarie in deroga all'art. 2380-*bis* c.c.;

(b) inoltre, la qualificazione della società *in house* alla stregua di un mero strumento di separazione patrimoniale comporterebbe il sorgere di numerose problematiche di carattere applicativo, tra i quali i problemi di imputazione dei singoli atti in fattispecie in cui è presente controllo analogo di carattere congiunto;

(c) infine, si è constatata l'insussistenza di argomentazioni per ritenere che alle società *in house* debba applicarsi una disciplina diversa da quella delle altre società a partecipazione pubblica relativamente alla giurisdizione sulle azioni di responsabilità, in considerazione della circostanza per cui rispetto ai creditori sociali ricorrono le medesime esigenze di tutela.

Malgrado siano state esperite, in dottrina, le obiezioni sopra riportate, alla sentenza della Cassazione in parola sono seguito molteplici pronunce in senso conforme, così determinandosi un consolidato orientamento della giurisprudenza in materia.

Sul punto è però intervenuto il legislatore del TUSPP, che all'art. 12 ha previsto – con una enunciazione che pare avere carattere generale – che i membri degli organi di amministrazione e di controllo della società siano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, facendo salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*³²⁵.

³²² IBBA, “La responsabilità” (*supra*, nt. 307), pag. 165.

³²³ Sul punto sia consentito fare rinvio al Cap. II.

³²⁴ Anche questo passaggio è stato affrontato nel corso del richiamato Cap. II.

³²⁵ GUERRERA, “L'amministrazione delle società a partecipazione pubblica”, opera consultata grazie alla cortesia dell'Autore, pag. 15, ove si critica la “mancata previsione di adeguati meccanismi di coordinamento di ordine processuale e soprattutto sostanziale”.

Il co. 2 dello stesso articolo definisce il danno erariale come il pregiudizio al valore della partecipazione, causato con dolo o colpa grave, a seguito della condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o dei titolari del potere di decidere per essi.

Nei limiti della quota di partecipazione pubblica la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale è devoluta alla Corte dei conti, come indicato nel secondo periodo del co. 1 del citato art. 12.

Alla luce della prima parte dell'art. 12, co. 1, primo periodo, TUSPP, può quindi ritenersi che il nostro ordinamento preveda una soggezione alle azioni ordinarie di responsabilità previste per il diritto societario comune; diversamente, la seconda parte del medesimo comma devolve alla giurisdizione contabile le controversie che riguardino il danno subito dagli enti partecipanti³²⁶.

Tale disciplina presta, anzitutto, il fianco all'obiezione per cui la responsabilità erariale degli amministratori per il danno subito dall'ente socio non potrebbe assorbire l'azione dei creditori a norma dell'art. 2394 c.c. (che ha natura autonoma ed è volta ad attribuire a questi ultimi un ristoro diretto del pregiudizio subito), sicché il risarcimento opererebbe ad esclusivo vantaggio dello stesso ente leso e i creditori delle società *in house* – nel caso di incapacienza del patrimonio – non potrebbero esercitare alcuna azione.

A ben vedere, l'attribuzione di un risarcimento a carico degli amministratori e a favore del socio pubblico (e pertanto non a favore della società), se pur nei limiti della sua partecipazione alla società pubblica, non soltanto finisce per ledere gli interessi dei creditori, ma viola lo stesso concetto di "autonomia patrimoniale" che la giurisprudenza ha riconosciuto alla società *in house* (della quale è tuttavia negata la soggettività).

Com'è evidente, conseguentemente, in caso di fallimento o di amministrazione straordinaria, all'organo della procedura spetta l'esclusiva legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità sia per la società, sia per i creditori sociali (artt. 2394-*bis* c.c. e 146 l. fall.), sicché la responsabilità contabile degli amministratori e dei sindaci della società *in house* costituisce un ostacolo alla tutela dei creditori sociali, in quanto gli

³²⁶ Concordemente IBBA, "La responsabilità" (*supra*, nt. 307), pag. 185. L'a. rileva come sussista un dubbio circa la natura del danno arrecato al patrimonio della società *in house*. Sul punto si è incidentalmente pronunciata una giurisprudenza di merito, accogliendo la tesi negativa, v. App. L'Aquila, 3 novembre 2016, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

amministratori predetti non saranno soggetti ad una duplice richiesta risarcitoria – a fronte dell’esercizio di due diverse azioni avanti a due diversi giudici – per i medesimi fatti.

Inoltre, si può osservare come l’esclusiva sussistenza della giurisdizione contabile rappresenti una contraddizione con la sottoposizione delle società in parola al fallimento e alle altre procedure concorsuali (come previsto all’art. 14, co. 1, TUSPP), che notoriamente rappresentano forme di tutela del ceto creditorio.

In questo panorama legislativo si inseriscono le pronunce della Cass., Sez. Un., n. 22406 del 13 settembre 2018³²⁷ e n. 10019 del 10 aprile 2019³²⁸.

La Suprema Corte si è così pronunciata a favore della giurisdizione del giudice ordinario in materia di società *in house*, facendo proprie delle argomentazioni basate, da un lato, sulla scelta da parte dell’ente pubblico del paradigma organizzativo privatistico e, dall’altro, sulla previsione normativa della fallibilità delle società di questa natura.

Come anticipato, il legislatore del TUSPP (a norma dell’art. 12, co. 1, secondo periodo) ha ribadito l’applicabilità del regime ordinario della responsabilità degli organi sociali alle società partecipate da enti pubblici, prevedendo – tuttavia – un diverso regime per le società *in house*, per le quali ha fatto salva la giurisdizione contabile per il danno erariale causato dagli amministratori (così richiamando l’orientamento della Cass. n. 26283 del 2013, sopra citata).

Per tale ragione, la giurisprudenza in esame ha ritenuto che l’attribuzione alla giurisdizione contabile delle azioni concernenti il danno erariale consenta di affermare che è configurabile, d’altra parte, un danno non erariale al cui ristoro la medesima non è idonea (“soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori sociali”), sicché l’esercizio delle azioni predette non impedisce quello avanti al giudice ordinario.

Dette conclusioni paiono contraddire sia il principio enunciato dalla l. n. 124 del 7 agosto 2015 (c.d. legge delega)³²⁹ in ordine al regime della responsabilità degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate, sia la natura del danno ai creditori sociali, che generalmente viene considerato come una conseguenza di quello arrecato al patrimonio sociale.

³²⁷ In www.ilcaso.it e in www.iusexplorer.it.

³²⁸ In www.iusexplorer.it.

³²⁹ All’art. 18, lett. c) della legge citata veniva, infatti, richiesta una “precisa definizione del regime della responsabilità ... degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate”.

In effetti, ove si ritenga che il danno al patrimonio della società *in house* sia un danno erariale come indicato dalle norme sopra citate (e quindi l'azione di responsabilità si svolgerebbe avanti al giudice contabile), non pare potersi ritenere che sussista contemporaneamente un danno non erariale – pur a fronte dello stato d'insolvenza – in capo ai creditori sociali per i medesimi fatti, solo per riaffermare la giurisdizione del giudice ordinario. In tal senso, la somma delle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2394-*bis* c.c. e 146 l. fall. pare comportare, per le ragioni ora descritte, una ulteriore complicazione.

4.2. La responsabilità in presenza della deroga alla competenza esclusiva degli amministratori

Qualora si accogliesse l'impostazione secondo la quale la previsione di cui alla lett. a) dell'art. 16 TUSSP dovrebbe riconoscersi come norma speciale, il cui campo di applicazione è circoscritto alle sole società *in house*, si potrebbe affermare la sussistenza di una deroga al divieto generale, posto dall'art. 11, co. 9, lett. c), TUSPP. Conseguentemente, sarebbe ammissibile l'istituzione, in ragione di apposite clausole statutarie di organi sociali atipici³³⁰.

Nell'ipotesi in cui si procedesse in tal maniera, dovrebbe conseguente valutarsi una diversa formulazione della disciplina in tema di responsabilità, in nome del richiamato principio di correlazione tra poteri e responsabilità medesima. Pare però evidente come la disciplina dovrebbe parametrarsi alla singola fattispecie concreta, non potendosi indicare un modello precostituito. Del resto, parrebbe contraddittorio indicare un modello generale di disciplina in materia di responsabilità da applicare a singole fattispecie atipiche e quindi, per ciò stesso, diverse tra di loro.

La stessa conclusione dovrebbe raggiungersi nell'ipotesi in cui si assistesse alla costituzione di “comitati-organo” e non “comitati-ufficio”, quali comitati all'interno dell'organo di amministrazione dotati del potere di rappresentanza³³¹.

Ci si può domandare, inoltre, se sia possibile replicare un meccanismo analogo a quello

³³⁰ Sul punto sia consentito rinviare al Par. 3.1.1.1. del presente Cap.

³³¹ Cfr. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria* (Milano, 2009), *passim* e STELLA RICHTER jr, “*E pluribus unum*. Riflessioni sul sindaco unico delle società di capitali”, in *Riv. soc.*, 2012, pag. 178.

dettato dalla norma dell'art. 2364, co. 1, c.c., superata dalla riforma del diritto societario del 2003, ove si prevedeva, come illustrato³³², che l'assemblea deliberasse sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, nonché sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci.

Ove si rispondesse affermativamente a questo interrogativo ci si dovrebbe porre il problema della intestazione della responsabilità di un atto compiuto in ragione di una delibera: rispetto alla negazione di un profilo di responsabilità in capo ai componenti dell'assemblea (pur coerente con il sistema creato dal legislatore della riforma del 2003), risulta maggiormente coerente una disciplina che consenta di ritenere responsabili anche o soltanto questi ultimi, a seconda del livello di determinazione dell'atto che sarà stato concretamente posto in essere dagli amministratori.

³³² Il rinvio corre, in questo caso, al Par. 3.1.1.2. del presente Cap.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in Meo-Nuzzo (diretto da), Bari, 2016, pag. 1;

P. ABBADESSA, “La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma”, in Amministrazione e controllo nel diritto delle società. *Liber amicorum* Antonio Piras (Torino, 2010), pag. 3;

P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni* (Milano, 1975), pag. 1;

P. ABBADESSA, “La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)”, in *Impresa, amb., pubbl. amm.*, 1975, pag. 369;

N. ABRIANI, “Assetti proprietari, modelli di *governance* e operazioni straordinarie nelle società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale?”, in *www.associazionepreite.it*, pag. 1;

A. ALAIMO, “Affidamenti diretti e «*in house*»: l'esperienza della Francia”, in *Amministrare*, 2006, fasc. 3, pag. 433;

A. ALAIMO, “Nota sulla normativa degli appalti pubblici nei paesi di «*benchmarking*»:”, in *Amministrare*, 2006, fasc. 3, pag. 445;

A. ALAIMO - A. TEMPESTA, “Affidamenti diretti e «*in house*»: l'esperienza del Regno Unito”, in *Amministrare*, 2006, fasc. 3, pag. 425;

C. ANGELICI, “In tema di «socio pubblico»”, in *Riv. dir. comm.*, 2015, pag. 175 e in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Roma, 2017, pag. 69;

C. ANGELICI, La società per azioni. I. Principi e problemi, in Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, pag. 1;

C. ANGELICI, “Tipicità e specialità delle società pubbliche”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 15;

F. ANGIOLINI, “L’esonazione da revocatoria nel decreto Alitalia”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 725;

A. ARENA, “Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un’attività economica”, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, pag. 80;

A. ARENA, “L’impresa pubblica e la sua inesistenza giuridica”, in *Riv. soc.*, 1963, pag. 36;

A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche* (Milano, 1942), pag. 1;

R. ARRIGONI, “Responsabilità «amministrativa» e società pubbliche”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 627;

T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale* (Milano, 1962), pagg. 221-231;

T. ASCARELLI, *Problemi giuridici* (Milano, 1959), II, pag. 379;

ASSONIME, “Disciplina delle società a partecipazione pubblica”, in www.assonime.it, pag. 1;

ASSONIME, “Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, in www.assonime.it, pag. 1;

ASSONIME, “Testo unico delle società a partecipazione pubblica: questioni applicative e interpretative”, in *www.assonime.it*, pag. 1;

M. ATELLI, “La «*governance*» delle società a partecipazione pubblica tra diritto pubblico e diritto privato”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 111;

F. AULETTA, “Funzioni di vigilanza sul contenzioso (arbitrale) delle società a partecipazione o controllo pubblico”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 313;

F. AULETTA, “Interesse sociale, funzione di vigilanza e prevenzione di reati fallimentari dopo il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 181;

G. BASSI - F. MORETTI, *Le partecipazioni societarie pubbliche. Vincoli e prospettive di operatività delle amministrazioni pubbliche in ambito societario* (Santarcangelo di Romagna (RN), 2017), pag. 217;

P. BENAZZO, “La *governance* nelle società a partecipazione pubblica e diritto speciale”, in *Riv. dir. soc.*, 2011, pag. 17;

A. BLANDINI, “Riflessioni in tema di *governance* di società pubblica”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Roma, 2017, pag. 45;

D. BOGGIALI - M. SILVA, “Procedimenti amministrativi in materia di sottoscrizione, acquisto, cessione di partecipazioni sociali da parte di pubbliche amministrazioni ed onere

di controllo notarile. Studio n. 229-2017/I”, in *www.notariato.it*, pag. 1;

F. BONELLI, *Lo sviluppo di una grande impresa in Italia. La Terni dal 1884 al 1962* (Torino, 1975), pag. 1;

F. BONELLI - P.G. JAEGER, *Sindacati di voto e sindacati di blocco* (Milano, 1993), pag. 1;

H. BONURA - G. FONDERICO, “Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica”, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 6, pag. 722;

C. BRESCIA MORRA, “Intervista con il professor Marcello Messori, presidente Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A.”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 393;

D.E. BRICI - A. DONATO, *sub artt. 1 e 2*, in Meo-Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 18;

G. BRUZZONE, “Riordino della disciplina delle società partecipate: le sfide da affrontare”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Roma, 2017, pag. 27;

A. BUCCARELLI, “Il sistema delle responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitale pubbliche”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 403;

A. BUSANI - M. SAGLIOCCA, “Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring”, in *Soc.*, 2011, pag. 932;

R. CAFFERATA, “L'impresa pubblica oggi”, in Cafferata (a cura di), *Economia delle imprese pubbliche*, Milano, 1986, pag. 11;

O. CAGNASSO, “La *governance* delle società a partecipazione pubblica: statuti e patti parasociali”, Relazione tenuta il 24 settembre 2013 a Roma e il 10 ottobre 2013 a Milano in occasione del Convegno organizzato da Paradigma su “La disciplina delle società a partecipazione pubblica dopo gli interventi legislativi e giurisprudenziali”, in *Il nuovo diritto delle società*, 2016, 7, pag. 60;

O. CAGNASSO, “Una «brusca frenata» da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla *vis expansiva* della responsabilità amministrativa-contabile”, in *Giur. it.*, 2010, pag. 857;

V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni* (Milano, 1985), pag. 1;

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1, Diritto dell'impresa*, Torino, 2016, pag. 76;

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, Torino, 2010, pag. 290;

R. CANTONE, “Prevenzione della corruzione nel sistema delle società pubbliche: dalle linee guida dell'A.N.A.C. alle norme del d.lgs. 175/2016”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 17;

F. CAPALBO, “Genesi, emersione e gestione della insolvenza nelle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche: profili contabili e finanziari”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 493;

F. CAPALBO, “La *compliance* della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE in tema di rendicontazione e controllo delle società a partecipazione pubblica”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 247;

A. CAPRARA, “Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell’ente pubblico”, in *Soc.*, 2008, pag. 557;

A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica* (Napoli, 2017), pag. 1;

A. CAPRARA, “«*In house providing*» e mercato: rette parallele o incroci pericolosi?», in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 515;

L. CARAVELLA, “La lesione all’immagine dell’ente pubblico ed il risarcimento del danno”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 541;

V. CARIELLO, “Brevi note critiche sul privilegio dell’esonero dello Stato dall’applicazione dell’art. 2497, 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, d.l. n. 78/2009)”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 167;

V. CARIELLO, «*Controllo congiunto*» e accordi parasociali (Milano, 1997), pag. 1;

V. CARIELLO, “Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento”, in *Riv. soc.*, 2007, pag. 1;

V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria* (Milano, 2009), pag. 1;

M. CARLIZZI, “La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 341;

M. CARLIZZI, “La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici”, in *Riv. dir. comm.*, 2010, pag. 1177;

A. CAROSI, “Crisi ed insolvenza delle partecipate pubbliche ed i riflessi sul bilancio dello Stato e degli altri enti proprietari”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 577;

G. CARUSO, *Il socio pubblico* (Napoli, 2016), pag. 3;

G. CARUSO, “Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 169;

M. CASANOVA, “Impresa e azienda”, in Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. X, tomo primo, fasc. 1, Torino, 1974, pag. 196;

L. CASELLI, “La polisettorialità degli enti di gestione delle imprese a partecipazione statale”, in Cafferata (a cura di), *Economia delle imprese pubbliche*, Milano, 1986, pag. 124;

S. CASSESE, voce “Azionariato di Stato”, in *Enc. Dir.* (Milano, 1959), IV, pag. 778;

S. CASSESE - A. MASSERA, “Tipologie di aziende di produzione pubbliche”, in Cafferata (a cura di), *Economia delle imprese pubbliche*, Milano, 1986, pag. 60;

M. CASTELLANO, “Società *in house*: controllo analogo e strumenti di attuazione”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 77;

F. CERIONI, “La responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 149;

A. CETRA, “La trasformazione dell’ente pubblico”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 157;

R. CHIEPPA, “Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 69;

V.V. CHIONNA, “Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 213;

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, 4, pag. 406;

M. CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006, pag. 128;

E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia* (Milano, 1977), pag. 1;

S. CICCHINELLI, “I controlli interni nella società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 237;

F. CINTIOLI, “Disciplina pubblicistica e *corporate governance* delle società partecipate da enti pubblici”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 143;

F. CINTIOLI, “Società in mano pubblica: interesse sociale e nuove qualificazioni nella giurisprudenza e nella riforma del d.lgs. n. 175 del 2016”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura

di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Roma, 2017, pag. 221;

P. CIOCCA, “Brevi note sull'economia dell'impresa pubblica”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano, A.G.E.*, 2, 2015, pag. 249;

M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche* (Milano, 1983), pag. 1;

M.T. CIRENEI, “Le società per azioni a partecipazione pubblica”, in Colombo-Portale (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, vol. 8 (Torino, 1992), pag. 3;

M. CLARICH, “Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e privato”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 1;

E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità* (Napoli, 2018), pag. 1;

E. CODAZZI, “Le «nuove» società *in house*: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e «proporzionalità delle deroghe»”, Relazione al convegno “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”, organizzato dall'Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 17-18 febbraio 2017, in *orizzontideldirittocommerciale.it*;

E. CODAZZI, “Le società miste”, in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 277;

E. CODAZZI, “Nomina pubblica alle cariche sociali *ex art. 2449 c.c.* e giurisdizione applicabile”, in *Giur. comm.*, 2017, II, pag. 817;

- E. CODAZZI, “Società in mano pubblica e fallimento”, in *Giur. comm.*, 2015, I, pag. 74;
- G. COPPOLA, “La dinamica della *governance* sulle società «*in house*»”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 219;
- M.C. CORRADI, “La proporzionalità tra partecipazione e «potere di controllo» nell’art. 2449 c.c.”, in *Giur. comm.*, 2008, II, pag. 925;
- M. COSSU, “L’amministrazione delle s.r.l. a partecipazione pubblica”, in *Giur. comm.*, 2008, I, fasc. 4, pag. 627;
- M. COSSU, “La *prorogatio* dell’amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica”, in *Giur. comm.*, 2013, II, pag. 260;
- M. COSSU, “Le s.r.l. *in house providing* per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 243;
- R. COSTI, “I patti parasociali e il collegamento negoziale”, in *Giur. comm.*, 2004, I, pag. 200;
- F. CUCCU, “La nuova disciplina dei compensi degli amministratori delle società a partecipazione pubblica”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 155;
- O. CUCCURULLO, *sub art. 6*, in Meo-Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, pag. 100;
- G. CUSUMANO, “Affidamenti diretti e «*in house*»: l’esperienza della Spagna”, in *Amministrare*, 2006, fasc. 3, pag. 439;

G. D'ATTORRE, "Società in mano pubblica e procedure concorsuali", in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 329;

P. DE CARLI, "Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese. Introduzione alla nuova disciplina delle concentrazioni. Gli artt. 85 e 86 de Trattato e il regolamento sulle concentrazioni", in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, fasc. 4, pag. 1167;

R. DE LUCA, "Il nuovo Testo Unico sulle società partecipate: obblighi di modifiche statutarie e nuovi aspetti operativi", in *www.fondazione nazionale commercialisti.it*, pag. 1;

G. DE NOVA, "Libertà e limiti dell'impresa privata nella produzione, nella vendita e nel vettoriamento dell'energia elettrica", in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 229;

L. DE PAOLI, "L'evoluzione delle strategie produttive dell'industria elettrica italiana dal 1962 al 1997", in Toniolo (a cura di), *L'industria elettrica dai monopoli nazionali ai mercati globali*, Bari, 2000, pag. 37;

I. DEMURO, "L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.", in *Giur. comm.*, 2008, II, pag. 581;

I. DEMURO, "La crisi delle società a partecipazione pubblica", in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano, A.G.E.*, 2, 2015, pag. 557;

I. DEMURO, "La governance", in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 133;

I. DEMURO, "La partecipazione del privato", in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 279;

I. DEMURO, “Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici”, in Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti (diretto da), *Commentario*, Bologna, 2009, pag. 878;

F. DENOZZA, “L’interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»”, in *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2010, pag. 9;

F. DENOZZA, “Quattro variazioni sul tema: «contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici»”, in *Giur. comm.*, 2013, I, pag. 480;

P. DIVIZIA - L. OLIVIERI, “La nomina degli amministratori nelle società pubbliche e l’istituto della *prorogatio*”, in *Vita not.*, 2010, pag. 1687;

G. DI GIANDOMENICO - M.N. DI GIANDOMENICO, “Le ultime vicende delle società miste di gestione dei servizi pubblici locali”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 193;

F. DI MARZIO, “Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 377;

M. DI RIENZO, “Gli organi di amministrazione e controllo nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica”, in Fortunato-Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 139;

V. DONATIVI, “Esperienze applicative in tema di nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali (artt. 2458-2459 c.c.)”, in *Riv. soc.*, 1998, pag. 1258;

V. DONATIVI, “La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni”, in Buonocore (fondato da) e Costi (diretto da), *Trattato di dir. comm.* (Torino, 2010), pag. 12;

V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza* (Milano, 2016), pag. 1;

A. DONATO, “Il ruolo di *holding* di Cassa depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 367;

C. EBERLE, *Le società pubbliche e il testo unico sulle partecipate* (Milano, 2016), pag. 1;

L. FARENGA, *I contratti parasociali* (Milano, 1987), pag. 1;

G. FERRARINI, “Controlli interni e strutture di governo societario”, in Abbadessa-Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, III, (Torino, 2007), pag. 5;

F. FIMMANÒ, “Il risanamento della grande impresa pubblica mediante l’amministrazione straordinaria. Il caso A.C.M.S.”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 603;

F. FIMMANÒ, “L’insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico”, in *Fall.*, 2017, fasc. 2, pag. 172;

F. FIMMANÒ, “L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 13;

F. FIMMANÒ - V. OCCORSIO, “Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma «corretta»”, in *Not.*, 2017, fasc. 4, pag. 372;

C. FOIS, “Sindacati di voto e *corporate governance*: un problema tra ordinamento e sistema della società per azioni”, in *Governo dell’impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, I, 2002, pag. 235;

S. FORTUNATO, “La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica”, in Fortunato-Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 95;

L. FURGIUELE, “I controlli interni nelle società per azioni a partecipazione pubblica”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 191;

F. GALGANO, *Le istituzioni dell’economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali* (Bologna, 1980), pag. 1;

F. GALGANO, *Le istituzioni dell’economia di transizione* (Roma, 1978), pag. 1;

G. GALGANO, “Oltre il capitale privato: l’interventismo e l’azionariato di Stato”, in Cafferata (a cura di), *Economia delle imprese pubbliche*, Milano, 1986, pag. 37;

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, pag. 668;

P. GHIGLIONE - M. BIALLO, “Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l’orientamento delle SS.UU.”, in *Soc.*, 2010, pag. 809;

S. GIACOMELLI, “Le tendenze internazionali in materia di impresa pubblica: le dimensioni del fenomeno e le nuove linee guida dell’OCSE sulla *governance*”, in Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 255;

G. GIANNELLI, “La gestione delle partecipazioni pubbliche”, in Fortunato-Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 125;

M.S. GIANNINI, “Le imprese pubbliche in Italia”, in *Riv. soc.*, 1958, pag. 227;

C.A. GIUSTI, “I requisiti dell’*in house* fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate”, in *Giur. it.*, 2, 2017, pag. 439;

C.A. GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica. Profili civilistici e di diritto comparato* (Torino, 2017), pag. 1;

F. GOISIS - E. CODAZZI, “Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 111;

A. GRASSO, “Le società a partecipazione pubblica in Italia”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 41;

G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società legali in mano pubblica di rilievo nazionale* (Torino, 2009), pag. 1;

A. GUACCERO, “Le limitazioni della libertà decisionale dell’organo rappresentativo delle istanze «proprietarie» nelle società a partecipazione pubblica”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano, A.G.E.*, 2, 2015, pag. 421;

R. GUARINO, “La causa pubblica nel contratto di società”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 131;

F. GUERRA, “Il «controllo analogo»”, in *Giur. comm.*, 2011, I, pag. 774;

F. GUERRERA, “Autonomia statutaria e tipologia delle società «in house»”, in *Giust. civ.*, 2015, fasc. 4, pag. 775 e in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Roma, 2017, pag. 175;

F. GUERRERA, “Appunti su controllo, controllo analogo e controllo congiunto nella disciplina del TUSP”, Relazione al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017, pubblicata con il titolo “Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP”, Studio C.N.N. n. 228-2017/I, in *www.notariato.it*, pag. 1;

F. GUERRERA, “Compiti del socio di controllo”, in *Riv. dir. soc.*, 2009, pag. 506;

F. GUERRERA, “Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina TUSP”, in *Studi e materiali*, 2017, fasc. 3 - 4, pag. 537;

F. GUERRERA, “Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica”, in *Giur. comm.*, 2017, fasc. 3, I, pag. 371;

F. GUERRERA, “L’amministrazione delle società a partecipazione pubblica”, opera consultata grazie alla cortesia dell’Autore, pag. 1;

F. GUERRERA, “Le società a partecipazione mista pubblico-privata (art. 17 tusp)”, in Fortunato-Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 117;

F. GUERRERA, “Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 97;

P. GUIDA, “Aspetti e problemi della circolazione delle partecipazioni”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 193;

P. GUIDA, “La circolazione delle partecipazioni sociali pubbliche”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 167;

P. GUIDA, “Problemi, e possibili, soluzioni relativi alla circolazione di partecipazioni in società pubbliche”, Relazione al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017;

G. GUIZZI, “Interesse sociale e *governance* delle società pubbliche”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 1;

G. GUIZZI, “L’interesse sociale nelle società pubbliche” in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 3;

G. GUIZZI, “Società in house e diritto d’impresa”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Roma, 2017, pag. 193;

G. GUIZZI - M. ROSSI, “La crisi di società a partecipazione pubblica”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 271;

C. IBBA, “Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica”, in *Riv. dir. civ.*, 2006, fasc. 2, pt. 2, pag. 145;

C. IBBA, “Crisi dell’impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali”, in Fortunato-Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 63;

C. IBBA, “Crisi dell’impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il testo unico” in *Nuove leggi civili comm.*, 2016, fasc. 6, pag. 1233;

C. IBBA, “Forma societaria e diritto pubblico”, in *Riv. dir. civ.*, 2010, fasc. 3, pt. 1, pag. 365;

C. IBBA, “«Generale» e «speciale» nel diritto dell’iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo”, in *Riv. dir. civ.*, 2010, fasc. 4, pt. 1, pag. 473;

C. IBBA, “Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblico”, in *Riv. dir. civ.*, 2015, fasc. 3, pag. 511;

C. IBBA, “Introduzione”, in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 1;

C. IBBA, “L’impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico”, in *A.G.E.*, 2015, fasc. 2, pag. 409;

C. IBBA, “La responsabilità”, in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 165;

C. IBBA, “La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica”, in *Riv. soc.*, 2015, fasc. 1, pag. 95;

C. IBBA, “Le società a partecipazione pubblica, oggi”, in *Riv. dir. impr.*, 2010, fasc. 2, pagg. 213 - 226 e in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2010, fasc. 3, pag. 18;

C. IBBA, “Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale”, in *Riv. dir. priv.*, 1999, fasc. 1, pag. 22;

C. IBBA, “Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 1;

C. IBBA, *Le società «legali»* (Torino, 1992), pag. 1;

C. IBBA, “Le società «legali» per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture: Patrimonio dello Stato e Infrastrutture s.p.a.”, in *Riv. dir. civ.*, 2005, fasc. 4, pt. 2, pag. 447;

C. IBBA, “Le società per la gestione del servizio idrico”, in *Riv. dir. priv.*, 2012 fasc. 4, pag. 487;

C. IBBA, “Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti”, in *Giur. comm.*, 2012, fasc. 5, I, pag. 641;

C. IBBA, “Responsabilità erariale e società «in house»”, in *Giur. comm.*, 2014, fasc. 1, II, pag. 13;

C. IBBA, “Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica”, in *Riv. dir. civ.*, 2008, fasc. 5, pt. 1, pag. 571;

C. IBBA, “Società a partecipazione pubblica e fallimento”, in *Riv. giur. sarda*, 2015, fasc. 1, pt. 1, pag. 24;

C. IBBA, “Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale”, in *Riv. dir. civ.*, 2015, fasc. 2, pag. 443;

C. IBBA, “Società «*in house*»: nozione e rilevanza applicativa”, in *Munus*, 2015, fasc. 1, pag. 1;

C. IBBA, “Società «*in house*»: nozione e rilevanza applicativa, prima e dopo il Testo unico”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Roma, 2017, pag. 85;

C. IBBA, “Società pubbliche e riforma del diritto societario”, in *Riv. soc.*, 2005, fasc. 1, pag. 1;

C. IBBA, “Tipologia e «natura» delle società a partecipazione pubblica”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 13;

C. IBBA, “Tramonto delle partecipazioni pubbliche?”, in *Munus*, 2011, fasc. 2, pag. 427;

C. IBBA - I. DEMURO, *sub* 2449 c.c., in Abbadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari* (Milano, 2016), II, pag. 2830;

C. IBBA - I. DEMURO, *sub* 2451 c.c., in Abbadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari* (Milano, 2016), II, pag. 2852;

N. IBBA, “Tre pronunce del T.a.r. Sardegna sui poteri delle commissioni di gara da introdurre o specificare i criteri di valutazioni delle offerte”, in *Rivista giuridica sarda*, 2012, fasc. 1, pt. 1, pag. 167;

L. IMPARATO, “L’amministrazione straordinaria delle società di riscossione degli enti locali. Il caso Tributi Italia s.p.a.”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 687;

N. IRTI, “Dall’ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)”, in *Riv. soc.*, 1993, pag. 465 e in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 31;

N. IRTI, “Problemi dello Stato azionista: il caso Enel”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 249;

ISTAT, “Le partecipate pubbliche in Italia. Anno 2014”, Statistiche report, in *www.istat.it*;

P.G. JAEGER, “Il problema delle convenzioni di voto”, in *Giur. comm.*, 1989, I, pag. 201;

P.G. JAEGER, *L’interesse sociale* (Milano, 1964), pag. 1;

P.G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società* (Milano, 2010), pag. 51;

M. LAMANDINI, “Appunti in tema di controllo congiunto”, in *Giur. comm.*, 1993, I, pag. 218;

M. LAMANDINI, “Autonomia negoziale e vincoli di sistema nell’emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni”, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, pag. 533;

M. LAMANDINI, “Golden share e libera circolazione dei capitali in Europa e in Italia”, in *Giur. comm.*, 2016, I, pag. 671;

M. LAMANDINI, *Il «controllo». Nozioni e «tipo» nella legislazione economica* (Milano, 1995), pag. 1;

M. LAMANDINI, “Qualche spunto esegetico sulla nozione di “controllo” ai fini del consolidamento integrale”, in *I Gruppi di Società, Atti del Convegno della Rivista delle Società*, Milano, 1996, pag. 1453;

G. LAURINI, “Il ruolo degli statuti e dei patti parasociali nella fase genetica e funzionale delle società pubbliche”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 117;

M. LIBERTINI, “Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»”, in *Giur. comm.*, 2014, I, pag. 669;

M. LIBERTINI, “I principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)”, in Fortunato-Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 45;

M. LIBERTINI, “Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 21;

M. LIBERTINI, “Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148”, in *Riv. dir. soc.*, 2012, fasc. 2, pag. 199;

M. LIBERTINI, “Problemi dell’organizzazione delle società a controllo pubblico”, opera consultata grazie alla cortesia dell’Autore, pag. 1;

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 *Riv. dir. soc.*, 2008, fasc. 2, pag. 231;

M. LIBERTINI, “Testo unico sulle Società a Partecipazione Pubblica, imprese pubbliche e mercato”, Relazione al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017;

B. LIBONATI, “Gli strumenti finanziari partecipativi”, in Balzarini-Carcano-Ventoruzzo (a cura di), *Le società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, II, Milano, 2007, pag. 601;

A. LICCI MARINI, “Limiti alla prelazione nella cessione delle partecipazioni pubbliche” in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 1, pag. 77;

A. LISERRE, “L’impresa pubblica tra socialità e profitto”, in *Contr. e impr.*, 1988, pag. 811;

A. LOLLI, *sub artt. 2346-2354*, in Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005, I, pag. 207;

E. LORIA, “In tema di *in house providing*”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Roma, 2017, pag. 167;

A. LUBERTI, “I controlli della Corte dei conti sulle società pubbliche”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 363;

A. LUCARELLI, “Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 243;

I. MAFFEZZONI, *sub art. 2364 c.c.*, in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società. Assemblea*, Milano, 2008, pag. 9;

F. MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.* (Milano, 2004), pag. 56;

M.C. MALAGUTI, “Assetti societari e diritto alla concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 29;

M. MALTONI, “Le società *in house* nel T.U. sulle partecipazioni pubbliche”, in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 1, pag. 7;

M. MALTONI - A. RUOTOLO, “La costituzione di nuova società a partecipazione mista pubblica – privata: statuti delle s.p.a., delle s.r.l., speciali categorie di azioni e patti parasociali (art. 17 T.U. società a partecipazione pubblica)”, Studio di Impresa n. 298-2016/I, Consiglio Nazionale del Notariato, in www.notariato.it;

M. MALTONI - A. RUOTOLO, “La disciplina statutaria delle società a partecipazione mista pubblica – privata ai sensi dell’art. 17 T.U. società a partecipazione pubblica”, Relazione al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017;

M. MALTONI - A. RUOTOLO, “Problemi di «riassetto» delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 217;

G. MARASÀ, “Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel d.lgs. 175/2016”, Relazione al convegno “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”, organizzato dall’Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 17-18 febbraio 2017, in *orizzontideldirittocommerciale.it*, pubblicata a seguito di revisione con il titolo “Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)”, in *Riv. soc.*, 2017, pag. 795;

D. MARCHESI, “Riordino delle partecipate degli enti locali, criticità, possibili *policy*, interventi in atto”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 335;

P. MARCHETTI, “Le privatizzazioni in Italia: la legge 474/1994 e nuovi documenti”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 177;

P. MARCHETTI, “Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti (dicembre 1992-marzo 1994)”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 45;

P. MARCHETTI, “Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale”, in *Riv. soc.*, 1992, pag. 1;

E. MARCHISIO, “L’eterodirezione «pubblicistica»”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 435;

K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell’“impresa”* (Milano, 2013), pag. 177;

F. MASSA FELSANI, “Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Roma, 2017, pag. 197;

A. MASSERA, “Gli statuti delle società a partecipazione pubblica e l’applicazione delle regole amministrative per la trasparenza e l’integrità”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 45;

B.G. MATTARELLA, “La specialità delle società pubbliche”, in Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Roma, 2017, pag. 21;

E. MAURO, “La responsabilità degli amministratori di s.p.a. «pubblica»: profili pubblicistici”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 309;

A. MAZZONI, “Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 57;

F. MAZZONIS, “La nazionalizzazione elettrica: un’interpretazione storica”, in Toniolo (a cura di), *L’industria elettrica dai monopoli nazionali ai mercati globali*, Bari, 2000, pag. 77;

T. MIELE, “La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 450;

A. MILLER, “Il rapporto tra reati fallimentari e reati contro la pubblica amministrazione nella crisi delle società «pubbliche»”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 645;

G. MINERVINI, “Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici”, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1954, I, pag. 712;

G. MINERVINI, “La revoca dei sindaci «designati» dallo Stato (in tema di sindaci Rai)”, in *Soc.*, 2004, pag. 273;

G. MINERVINI, “Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 165;

G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (Milano, 1956), pag. 1;

MINISTERO DELL’INDUSTRIA E DEL COMMERCIO, *L’istituto per la ricostruzione industriale, I, Studi e documenti*, a cura di V.U. Ristagno, Torino, 1955, pag. 1;

M. MIOLA, “I conferimenti in natura”, in Colombo-Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1*** (Torino, 2005), pag. 285;

C. MONTAGNANI, *sub art. 2364 c.c.*, in Niccolini-Stagno D’Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, II, pag. 446;

P. MONTALENTI, “La legge italiana sulle offerte pubbliche: prime riflessioni”, in *Giur. comm.*, 1992, I, pag. 857;

R. MOREA, “Società per azioni pubbliche e interesse generale”, in *Vita not.*, 2015, fasc. 3, pag. 1589;

A. MORINI, “Appunti sulle *Loyalty shares*”, in *Giur. comm.*, 2016, I, pag. 690;

A. MORINI, “Azioni con prestazioni accessorie e società miste. Ricostruzione teorica e rilevazione concreta di un modello organizzativo delle società a partecipazione pubblica”, Relazione al convegno “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”, organizzato dall’Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 17-18 febbraio 2017, in *orizzontideldirittocommerciale.it*;

A. MORELLO, *Le società atipiche* (Milano, 1983), pag. 1;

G.D. MOSCO, *sub art. 2385 c.c.*, in Niccolini-Stagno d’Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, II, pag. 616;

G. NAPOLITANO, “Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie”, in *Riv. soc.*, 2006, pag. 999;

G. NICCOLINI, “La cancellazione *ex officio* delle società a controllo pubblico”, in Fortunato-Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 309 e in *Riv. dir. impr.*, 2017, pag. 1;

M. NOTARI - J. BERTONE, *sub art. 2359 c.c.*, in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società. Azioni*, Milano, 2006, pag. 665;

M. NOTARI - A. GIANNELLI, *sub 2346, co. 6*, in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, pag. 101;

R. OCCHILUPO - G. ROMA, “Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un’analisi degli assetti di *governance*”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, *A.G.E.*, 2, 2015, pag. 495;

V. OCCORSIO, “Gli adempimenti societari necessari”, in Fimmanò-Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, I, 2017, pag. 350;

G. OPPO, *Contratti parasociali* (Milano, 1942), pag. 1;

G. OPPO, *Diritto delle società. Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1992, pag. 1;

G. OPPO, “Pubblico e privato nelle società partecipate”, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pag. 157;

V. OTTAVIANO, “Impresa pubblica”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, pag. 669;

C. PAOLINI, “L’impatto della riforma concernente i servizi pubblici locali sulle partecipate pubbliche degli enti locali”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 255;

F. PASQUARIELLO, *sub art. 2364*, in Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005, I, pag. 444;

P. PATRITO, “Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e diritto sostanziale”, in *Giur. it.*, 2010, pag. 1709;

U. PATRONI GRIFFI, “Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 197;

A. PAVONE LA ROSA, “I patti parasociali nella nuova disciplina della società per azioni”, in *Giur. comm.*, 2004, I, pag. 5;

A. PAVONE LA ROSA, “Le società controllate - I gruppi”, in Colombo-Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (Torino, 1991), 2**, pag. 581;

A. PAVONE LA ROSA, “Partecipazioni statali e gruppi di imprese”, in Pavone La Rosa (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Bologna, 1982, pag. 147;

C. PECORARO, “Le operazioni straordinarie”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 385;

C. PECORARO, “Gestione delle partecipazioni ed esercizio dei diritti sociali”, in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 114;

C. PECORARO, “La costituzione della società”, in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 65;

C. PECORARO, “Le società *in house*: profili societari”, in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 191;

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, pag. 962;

G. PELLEGRINO, “Compensi degli amministratori di società a controllo pubblico”, in Fortunato-Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 253;

A. PERICU, “Le imprese esercitate dagli enti pubblici locali tra concorrenza e *spending review* (profili giuridici)”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 349;

F. PERNAZZA, “La nozione di impresa pubblica nel contesto transnazionale”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 271;

R. PEROTTA - L. BERTOLI, “Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi. La *corporate governance* a dieci anni dalla riforma del diritto societario”, in *Riv. dott. comm.*, 2013, pag. 863;

C. PETTINARI, “Società pubbliche e vincoli finanziari europei e nazionali”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 319;

P. PETTITI, “Nomina, revoca e «*prorogatio*» degli amministratori pubblici”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 455;

L. PICARDI, “Strutture e principi di *governance*”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 17;

A. PICCIAU, *sub art. 2341-bis c.c.*, in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007, pag. 324;

V. PINTO, “Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società *in house*”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 225;

G. PIPERATA, “La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti”, in Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Test unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, pag. 1;

A. PISANI MASSAMORMILE, “Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi”, in *Riv. soc.*, 2003, pag. 1299;

P. PIZZA, “La responsabilità amministrativa e gli amministratori di società per azioni partecipate da enti pubblici”, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 2000 fasc. 2, pag. 128;

P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi* (Milano, 2007), pag. 1;

P. PIZZA, “Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del d.l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani)”, in Ibbamala-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 109;

G.B. PORTALE, “Patti parasociali con «efficacia corporativa» nelle società di capitali”, in *Riv. soc.*, 2015, pag. 2;

M.V. POSNER - S.J. WOOLF, *L'impresa pubblica nell'esperienza italiana* (Torino, 1967), pag. 13;

D. PREITE, “Investitori istituzionali e riforma del diritto delle società per azioni”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 255;

G. RACUGNO, “Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica”, in *Riv. soc.*, 2016, pag. 1144;

G. RACUGNO, “La responsabilità degli amministratori di società pubbliche”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 475;

R. RAVÀ, “L’azionariato dello Stato e degli enti pubblici”, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, pag. 324;

M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed azienda autonome statali* (Torino, 1997), pag. 1;

M. RESCIGNO, “Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione”, in *Soc.*, 2003, pag. 333;

G.A. RESCIO, “Gli strumenti di controllo: i patti di sindacato”, in *Riv. dir. soc.*, 2008, fasc. 1, pt. 1, pag. 53;

G.A. RESCIO, “I patti parasociali”, in *L’arbitrato. I patti parasociali. Prospettive per il notariato*, Milano, 1989, pag. 83;

G.A. RESCIO, “I patti parasociali”, in *Riv. not.*, 2002, fasc. 2, pt. 1, pag. 317;

G.A. RESCIO, “I sindacati di voto”, in Colombo-Portale (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, vol. 3* (Torino, 1994), pag. 621;

G.A. RESCIO, “Il mutamento di sistema organizzativo nelle s.p.a.”, in Amministrazione e controllo nel diritto delle società. *Liber amicorum* Antonio Piras (Torino, 2010), pag. 213;

G.A. RESCIO, “La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario”, *Riv. soc.*, 2002, fasc. 4, pag. 841;

G.A. RESCIO, “La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)”, in *Riv. soc.*, 1991, fasc. 2-3, pag. 596;

G.A. RESCIO, “Tetti di voto, tetti di partecipazione”, in *Riv. dir. soc.*, 2016, pag. 267;

J. RHYS, “L’esperienza inglese”, in Toniolo (a cura di), *L’industria elettrica dai monopoli nazionali ai mercati globali*, Bari, 2000, pag. 13;

G. RIOLFO, “Attività «in-house» e il modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo»”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 533;

D. RABINSON, “L’esperienza spagnola e argentina”, in Toniolo (a cura di), *L’industria elettrica dai monopoli nazionali ai mercati globali*, Bari, 2000, pag. 27;

F. RIGANTI, “I controlli interni nelle società pubbliche quotate”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 197;

A. RIGONI, “Razionalizzazione delle partecipazioni societarie pubbliche e ruolo della corte dei conti nelle procedure di acquisizione e dismissione”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 285;

F.E. RIZZI, “La società *in house*: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione”, in *Soc.*, 2018, pag. 71;

G. ROMAGNOLI, “L’esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pag. 218;

- A. ROMANO TASSONE, “Gli statuti delle società per la gestione «*in house*» dei pubblici servizi”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 59;
- R. ROMEO, *Breve storia della grande industria in Italia. 1861/1961* (Bologna, 1972), pag. 1;
- R. RORDORF, “Le società «pubbliche» nel codice civile”, in *Soc.*, 2005, pag. 423;
- R. RORDORF, “Le società partecipate fra pubblico e privato”, in *Soc.*, 2013, pag. 1326;
- A. ROSSI, “Le società a partecipazione pubblica ancora a metà del guado: *spoils system* e giusta causa di revoca degli amministratori”, in *Soc.*, pag. 1265;
- G. ROSSI, “Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 31;
- G. ROSSI, “Privatizzazioni e diritto societario”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 125;
- M. ROSSI, “Nomina, revoca e *prorogatio* degli amministratori di società a partecipazione pubblica”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 101;
- N. ROSSI, “Liberalizzare, regolare, privatizzare”, in Toniolo (a cura di), *L’industria elettrica dai monopoli nazionali ai mercati globali*, Bari, 2000, pag. 63;
- F. ROVERSI-MONACO, “L’attività economica pubblica”, in Galgano (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell’econ., La costituzione economica* (Padova, 1977), I, pag. 385;

F. ROVERSI-MONACO, “Revoca e responsabilità dell’amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 ss. del codice civile)”, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, pag. 258;

A. RUOTOLO - A. PAOLINI, “Società *in house* e limiti alla derogabilità dell’art. 2380-bis, c.c. (Trib. Roma, 8 maggio 2018)”, in *www.notariato.it*, pag. 1;

A. RUOTOLO - E. PUGLIELLI, “Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell’art. 2449 c.c.)”, Studio C.N.N. n. 150-2008/I, in *www.notariato.it*, pag. 1;

M. SAGLIOCCA, “Strumenti finanziari partecipativi e potere di partecipazione attiva al governo delle società per azioni”, in *Riv. dir. soc.*, 2013, pag. 340;

V. SALAFIA, “Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici”, in *Soc.*, 2001, pag. 773;

V. SALAFIA, “I patti parasociali nelle società non quotate”, in *Soc.*, 2005, pag. 945;

V. SALAFIA, “La delega di attribuzioni amministrative a componenti del consiglio di amministrazione o a un comitato esecutivo composto da alcuni di essi”, in *Soc.*, 8-9, 2017, pag. 937;

V. SALAFIA, “Le società a partecipazione pubblica: l’allargamento della compagine sociale”, in *Soc.*, 2010, pag. 167;

V. SALAFIA, “Responsabilità degli amministratori: limiti della giurisdizione della Corte dei conti”, in *Soc.*, 2008, pag. 1270;

V. SALAFIA, “Speciale ingerenza pubblica in talune società”, in *Soc.*, 2017, pag. 1317;

L. SALVATO, “I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 261;

P.M. SANFILIPPO, “Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un’applicazione alla funzione amministrativa di s.p.a.”, in Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi (diretto da), *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa* (Torino, 2014), I, pag. 561;

R. SANTAGATA, “I «gruppi paritetici» nella disciplina antimonopolistica”, in *Riv. soc.*, 2003, pag. 254;

D.A. SANTOSUOSSO, “I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 133;

D. SANTIAGO IGLESIAS, “El impacto de la crisi económica en el subsector societario local: análisis de las medidas adoptadas en España”, in Almeida Cerredá - Tubertini - Costa Goncalves (a cura di), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Navarra, 2015, pag. 1;

P. SARACENO, “Il modello-Saraceno”, in Cafferata (a cura di), *Economia delle imprese pubbliche*, Milano, 1986, pag. 87;

P. SARACENO, *Il sistema delle imprese a partecipazione statale nell’esperienza italiana* (Milano, 1975), pag. 7;

G. SBISÀ, “Patti parasociali e responsabilità degli amministratori”, in *Contr. e impr.*, 1996, pag. 447;

G. SBISÀ, “Società controllate e società collegate”, in *Contr. e impr.*, 1997, pag. 344;

G. SBISÀ, *sub art. 2359 c.c.*, in *Società per azioni, Società per azioni, Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1997, pag. 474;

F. SCANNICCHIO, “Problemi di governance di una banca a partecipazione pubblica: il caso Monte dei Paschi di Siena”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 327;

A.D. SCANO, “Società pubbliche e patrimoni destinati tra tutela della concorrenza e libertà di (diversific)azione economica”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 371;

S. SCARAFONI, “Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 307;

E. SCAROINA, “Le specialità del modello organizzativo per la prevenzione dei reati nelle società a partecipazione pubblica”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 135;

P. SCHLESINGER, “La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 13;

E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (Berlino, 2006), pag. 277;

M. SCIUTO - P. SPADA, “Il tipo della s.p.a.”, in Colombo-Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni. Tipo – Costituzione – Nullità* (Torino, 2004), 1*, pag. 4;

G. SCOGNAMIGLIO, “«Clausole generali», principi di diritto e disciplina dei gruppi di società”, in *Riv. dir. priv.*, 2011, pag. 517;

S. SERAFINI, “L’adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 61;

S. SILVESTRINI, “La legittimazione attiva e passiva nell’azione di responsabilità per scorretto esercizio dell’attività di direzione e coordinamento”, in *Soc.*, 2013, pag. 938;

M. SINISI, “Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l’intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”, in *Foro amm.*, 2010, pag. 77;

M. SIRAGUSA - R. SUBIUTTO, “Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della commissione”, in *Giur. comm.*, 1992, pag. 233;

M. SMARRA, “La «mappatura delle aree di rischio» nelle fasi di sviluppo e di aggiornamento dei modelli organizzativi: le tipicità delle società a partecipazione pubblica”, in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 167;

E. SORCI, “La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso d’insolvenza”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 359;

M.S. SPOLIDORO, “Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust”, in *Riv. soc.*, 1995, pag. 479;

P. SPIRITO, “Gli investimenti nelle reti tra privatizzazione degli assetti proprietari e liberalizzazione dei servizi: il fallimento dello Stato ed il fallimento del mercato”, in Brescia Morra-Meo-Nuzzo (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, A.G.E., 2, 2015, pag. 303;

M. STELLA RICHTER jr, “*E pluribus unum*. Riflessioni sul sindaco unico delle società di capitali”, in *Riv. soc.*, 2012, pag. 178;

M. STELLA RICHTER jr, “Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell’art. 3 T.U.S.P.”, Relazione al convegno “Società a partecipazione pubblica: profili applicativi e ruolo del notaio”, organizzato dal Comitato Regionale Notarile della Calabria, Catanzaro, 24 giugno 2017, Studio C.N.N. n. 227-2017/I, in www.notariato.it;

A. STICCHI DAMIANI, “La responsabilità degli amministratori di società pubblica tra profili pubblicistici e privatistici”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 343;

R. STOBER, “Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, pag. 449;

G. STRAMPELLI, “Il sistema dei controlli interni e l’organismo di vigilanza” in Auletta (diretta da), *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017, pag. 91;

A.R. TASSONE, “Gli statuti delle società per la gestione «in house» dei pubblici servizi”, in Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pag. 59;

G. TERRACCIANO, “La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali”, in Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pag. 93;

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 Cintioli-Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, Roma, 2017, pag. 99;

V. TENORE, “La giurisdizione della corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica”, in *Foro amm.*, 2010, pag. 92;

U. TOMBARI, “Strumenti finanziari «partecipativi» (art. 2346, ultimo comma, c.c.) e diritti amministrativi della società per azioni”, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, pag. 158;

P.A. TONINELLI, *Storia d’impresa* (Bologna, 2006), pag. 207;

A. TRICOLI, “I patti parasociali”, in Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016. Quaderni romani di diritto commerciale*, Milano, 2017, pag. 319;

R. URSI, “Il cammino disorientato delle c.d. società *in house*”, in *Dir. Econ.*, 2014, pag. 557;

R. URSI, “La *Governance* societaria nell’ottica gruppo pubblico locale”, Relazione al Convegno “Le società a partecipazione pubblica dopo il D.lgs. n. 175/2016”, Milano, 12 novembre 2017, opera consultata grazie alla cortesia dell’Autore;

R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali* (Napoli, 2012), pag. 1;

A. VALZER, *Gli strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi nelle società per azioni* (Torino, 2012), pag. 291;

S. VANONI, “Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla «*golden share*» ai fondi sovrani)”, in Ibba-Malaguti-Mazzoni (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, 2011, pag. 187;

S. VANONI, “Le società quotate”, in Ibba-Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pag. 485;

F. VESSIA, “La scelta di gestione *in-house* dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria”, in Fortunato e Vessia (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing. Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pag. 271;

V. VINCI, “Cinquant’anni di industria elettrica italiana”, in Toniolo (a cura di), *L’industria elettrica dai monopoli nazionali ai mercati globali*, Bari, 2000, pag. 87;

M.A. VISCA, “La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni”, in *Giust. civ.*, 2005, pag. 208;

B. VISENTINI, “Ancora sui limiti della disciplina privatistica delle società per azioni”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 153;

B. VISENTINI, “I sindacati di voto: realtà e prospettive”, in *Riv. soc.*, 1988, pag. 1;

B. VISENTINI, “Privatizzazioni, banche e «*public company*»”, in Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pag. 173;

G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale* (Milano, 1979), pag. 1;

