



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

Studio n. 228-2017/I

Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 5/10/2017

Approvato dal CNN il 26-27/10/2017

Lo studio in sintesi (abstract): *La disciplina del T.U. adottato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ha dato corpo a un vero e proprio “diritto speciale” delle società a partecipazione pubblica, definite come “le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico”. Numerose e pregnanti sono, in particolare, le prescrizioni riguardanti le società a controllo pubblico, “in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo” secondo l’art. 2359 c.c. ovvero in forza di norme di legge, di statuto o accordi parasociali, e le società in house, su cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano, individualmente o congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Di qui la necessità di analizzare e valutare, nella loro portata normativa reale, le definizioni di “controllo”, “controllo pubblico”, “controllo analogo” e “controllo analogo congiunto” fissate dal TUSP (art. 2) in funzione dei vari segmenti di disciplina applicabile alle specie di società a partecipazione pubblica.*

Sommario: *1. Premessa; 2. Società a controllo pubblico e società in house; 3. Il regime organizzativo delle società a controllo pubblico; 4. Il controllo analogo e il regime delle società in house; 5. Il controllo analogo congiunto; 6. La disciplina della responsabilità degli organi sociali; 7. Conclusioni.*

1. Premessa

La disciplina del T.U. adottato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (“TUSP”) ha apportato rilevanti novità sul piano sistematico e ha dato corpo un “diritto speciale” delle società a partecipazione pubblica, e in particolare delle società a controllo pubblico e in house, idoneo a eliminare quei conflitti col principio di tipicità (art. 2249 c.c.), da tempo rilevati in dottrina e giurisprudenza, determinati verosimilmente dalla peculiare “colorazione” assunta dall’interesse sociale in tali società.

Il TUSP ribadisce e chiarisce, innanzitutto, all’art. 1, comma 3, il principio secondo cui “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 del diritto privato”, già espresso in altra forma dall’art. 4, comma 13, d.l. n. 95 del 2012; prescrive, in generale (art. 3, comma 1), che le amministrazioni pubbliche possono partecipare soltanto a società di capitali (s.p.a., s.r.l., cooperative), anche aventi oggetto consortile (art. 2615-ter c.c.); stabilisce (art. 3, comma 2), in deroga alla disciplina ordinaria (cfr. artt. 2403, 2409-bis e 2477 c.c.), da un verso, la necessità, per le società a responsabilità limitata, di nominare il collegio sindacale o un sindaco unico o un revisore legale dei conti e, dall’altro, il divieto, per le società azionarie, di prevedere l’attribuzione al collegio sindacale della revisione legale dei conti.

Numerose e stringenti sono, in particolare, le prescrizioni che riguardano **(i)** le *società a controllo pubblico*, cioè “*le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo*”, secondo l’art. 2359 c.c. ovvero in forza di norme di legge o di statuto o accordi parasociali, che attribuiscono loro un’influenza determinante sull’assunzione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale (art. 2, lett. *b* e *m*), e **(ii)** le *società in house*, cioè quelle su cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano, individualmente o congiuntamente, direttamente o indirettamente (cioè attraverso un’altra persona giuridica controllata “*allo stesso modo*”), un *controllo analogo* a quello esercitato sui propri servizi (art. 2, lett. *o*), definito con riferimento alla “*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*” (art. 2, lett. *c* e *d*).

Di qui la necessità di analizzare e valutare, nella loro reale portata normativa, le definizioni di “controllo”, “controllo pubblico”, “controllo analogo” e “controllo analogo congiunto” fissate dal TUSP (art. 2) in funzione dei segmenti di disciplina applicabile alle varie specie di società a partecipazione pubblica, definite a loro volta: “*le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico*” (art. 2, lett. *n*).

2. Società a controllo pubblico e società in house

La valenza di queste norme definitorie è meno semplice da puntualizzare e illustrare di quanto possa apparire a prima vista.

2.1. Per quanto riguarda la nozione di “società a controllo pubblico” **(i)**, deve rilevarsi che il legislatore del TUSP non si limita a rinviare alla disposizione civilistica dell’art. 2359 c.c., ma utilizza, nell’intento di ricomprendere nella prima tutte le figure di “controllo congiunto” (peraltro, non fatto oggetto di specifica definizione), una formula non priva di ambiguità.

Configurando un controllo congiunto o condiviso allorché le norme legali o statutarie o gli accordi parasociali attribuiscono agli enti pubblici partecipanti una “influenza determinante” sull’assunzione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche, e ciò anche quando “*sia il richiesto il consenso unanime delle parti*”, il legislatore del TUSP contempla, infatti, una situazione



alquanto disomogenea rispetto al “controllo interno” (di diritto o di fatto) di cui all’art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, c.c.

Il “controllo interno” presuppone l’influenza dominante del socio sull’assemblea ordinaria, relativamente alle materie di sua competenza che riguardano le decisioni essenziali alla continuazione della società elencate (art. 2364, nn. 1-4, c.c.), e annette rilievo alla sola influenza *positiva*, non anche ai poteri d’interdizione dei soci minoritari. Qui, invece, viene in considerazione anche l’influenza “determinante”, se pure soltanto *negativa*, e per di più con riguardo a delle materie che ricadrebbero, invero, nell’alveo dei poteri di gestione (straordinaria) degli amministratori. In altri termini, il legislatore del TUSP equipara – per le finalità sue proprie – il controllo “interno” basato sulla disponibilità della maggioranza dei voti o sull’influenza dominante dell’assemblea ordinaria al controllo “strategico” sulla gestione della società, conseguito con qualsiasi strumento o modalità, anche congiuntamente dagli enti soci.

La spiegazione più razionale che può darsi alla singolare scelta legislativa si ricollega, allora, all’evoluzione del concetto di controllo, dopo la riforma delle società, e in particolare alla tesi della riconducibilità alla sfera dell’art. 2359 c.c. anche del c.d. controllo congiunto. Con l’introduzione dell’art. 2341-bis, comma 1, c.c., che legittima anche nelle società chiuse i patti parasociali che, “*al fine di stabilizzare il governo delle società*”, “*hanno per oggetto per effetto l’esercizio anche congiunto di un’influenza dominante*” e degli artt. 2497 ss. c.c. sull’attività di direzione e coordinamento, che prevede forme di “eterodirezione condivisa” basate cioè su patti parasociali o contratti di coordinamento, nonché in ragione di varie altre considerazioni inerenti all’attuazione nell’ordinamento interno delle direttive 92/101/CEE e 2012/30/UE, può ritenersi superata la tesi della configurazione necessariamente “solitaria” del controllo.

Orbene, se la nozione codicistica di *controllo* ricomprende, ormai contrariamente a quanto prima si riteneva, il *controllo congiunto* derivante da accordi di governo della società atti a ricomprendere tutte le decisioni gestionali *strategiche* e imperniati su procedure decisionali a maggioranza, la specificità della prescrizione del TUSP risiede nell’intento di allargare la nozione di “controllo pubblico” ai casi in cui l’ente partecipante detiene una posizione di minoranza, ma rafforzata da un potere di veto che implica il “concorso volitivo necessario” alla formazione della volontà del gruppo di comando.

Così disponendo, il legislatore modifica le regole d’imputazione del controllo e, ai fini del TUSP, consente di attribuire la qualità di “co-controllante” anche all’amministrazione che abbia una partecipazione di modesta entità, ma il cui voto sia concretamente “necessario”, secondo le regole organizzative del patto parasociale o del contratto di coordinamento (e in relazione allo statuto della controllata); non solo, cioè, in caso di previsione di maggioranze semplici o rafforzate, ma anche di unanimità, e quindi di influenza puramente negativa.

Questa funzione “ampliativa” della norma definitoria sembra del tutto coerente, oltre che con la concezione “relativistica” del controllo, anche con la peculiare *ratio* della disciplina delle



società “a controllo pubblico”, che si collega, a sua volta, ai principi di efficienza, efficacia ed economicità della pubblica amministrazione, nonché alle esigenze di contenimento della spesa e di salvaguardia delle risorse pubbliche sottese alle norme di cui agli artt. 1, 4, 5 e 11 del TUSP.

D'altra parte, quest'ampliamento non può spingersi al punto da ricomprendere nel novero delle società *a controllo pubblico* quelle società, pur interamente partecipate da enti pubblici (cioè *di proprietà pubblica*), che presentino, tuttavia, un assetto proprietario e di governo talmente frammentato e instabile (in assenza di patti parasociali o di accordi anche informali o “di fatto”) da non consentire l'individuazione di un “nucleo di controllo”.

Queste gravitano nell'ambito più generale delle semplici società *a partecipazione pubblica*, alle quali si applicano le sole norme “generali” del TUSP sulle società partecipate, oltre che, ricorrendo una clausola statutaria *ad hoc*, l'art. 2449 c.c. (irrilevante però ai fini del controllo societario, poiché prevede in capo all'ente la possibilità di nomina diretta di amministratori e sindaci, ma secondo il principio di “proporzionalità”). Resta poi beninteso da verificare caso per caso la conformità di tali partecipate ai vincoli teleologici fissati dalla nuova disciplina in tema di costituzione di società pubbliche e di acquisizione, detenzione e dismissione delle relative partecipazioni, secondo gli artt. 4, 5, 20 e 22 del TUSP.

2.2. Anche per quanto riguarda la nozione di “società *in house*” (ii), cioè le società a capitale pubblico esclusivo o prevalente “*in cui l'amministrazione esercita un controllo analogo a quello esercitato dai propri servizi*”, e perciò destinate a ricevere in via diretta l'affidamento di contratti pubblici dall'ente o dagli enti costituenti o partecipanti, si registrano novità di non poco momento.

Deve osservarsi, infatti che, con la formula adottata dal TUSP, che identifica il “controllo analogo” nell'esercizio di una “*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*”, da un verso si ammette che l'influenza – qui necessariamente “positiva” – dell'ente pubblico (o degli enti pubblici) controllante(i) si estrinsechi soltanto al livello della c.d. alta amministrazione della società controllata, senza annullare, cioè, l'autonomia gestionale ed esecutiva del suo organo amministrativo; dall'altro, si attribuisce rilevanza all'esercizio effettivo del potere di controllo dell'ente controllante, cioè alla sua “direzione” gestionale e organizzativa cui la società *in house* è assoggettata, in virtù, di una situazione di controllo solitario (controllo interno “di diritto”) ovvero di un accordo parasociale o di una clausola statutaria (art. 2497-septies c.c.), com'è, per le società pluripartecipate in cui può configurarsi un “controllo analogo congiunto”.

Ciò dovrebbe consentire di affermare che il legislatore delegato ha – almeno da un punto di vista conoscitivo – recepito l'indirizzo ermeneutico, che a riconduce il “controllo analogo” alla fenomenologia societaria della “direzione unitaria”. Manca – è vero – nel TUSP un espresso richiamo alla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 e segg. c.c. (salvo che all'art. 11, comma 11, di cui si dirà *infra*, e all'art. 17, comma 5, in tema di società miste); ma la sua applicabilità al fenomeno dell'*in house providing* è difficilmente negabile e la



nuova definizione legislativa fa giustizia dei precedenti e rigidi orientamenti volti a configurare il *controllo analogo* come una situazione di asservimento “totale”, idonea ad annullare ogni autonomia della controllata.

Può osservarsi, quindi, che mentre la nozione di “controllo pubblico” si amplia e si diluisce al fine di abbracciare il maggior numero possibile di situazioni di co-controllo degli enti pubblici partecipanti in vista delle finalità del TUSP, ma si distacca dalla corrispondente fattispecie codicistica, la nozione di “controllo analogo”, si impernia, invece, sulla “eterodirezione strategica” della controllata, oltre che sulla partecipazione maggioritaria del capitale pubblico (rispetto al quale non è ammessa l’influenza determinante, neanche *in negativo*, dei capitali privati eventualmente ammessi).

3. Il regime organizzativo delle società a controllo pubblico

L’intento regolatorio “speciale” del legislatore delegato si profila chiaramente, anzitutto, per le *società a controllo pubblico*, che restano assoggettate a una disciplina peculiare degli organi di amministrazione e controllo, concernente la loro strutturazione e composizione. Essa prevede di regola l’affidamento della gestione a un amministratore unico, ma consente altresì all’assemblea di deliberare motivatamente (“*per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi*”) la nomina di un consiglio di amministrazione composto da tre a cinque membri ovvero l’adozione di uno dei sistemi alternativi (dualistico o monistico) di amministrazione e controllo (art. 11, comma 3, come modificato dal d.lgs. “correttivo” n. 100/2017).

La disciplina speciale del TUSP si estende, poi, ad altre materie “sensibili”, come quelle dei requisiti soggettivi, dei compensi, delle deleghe gestionali ecc. (art. 11, commi 6-13), con l’imposizione di particolari regole e limitazioni all’autonomia societaria, volte ad arginare la tendenza alla proliferazione delle cariche, dei comitati consiliari e delle deleghe gestionali, nonché la moltiplicazione dei compensi e la previsione di emolumenti aggiuntivi o di indennità di fine mandato.

In una prospettiva “tipologica”, merita anche di essere segnalato in particolare – sebbene rappresenti, in realtà, un corollario e una conferma del principio di tipicità (art. 2249 c.c.) – il divieto di istituire con lo statuto “*organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società*” (art. 11, comma 9, lett. b). Tale divieto è volto soprattutto a contrastare l’istituzione dei c.d. comitati di coordinamento nelle società soggette al controllo congiunto di un numero rilevante di enti pubblici, in specie se dotati di poteri di gestione o d’indirizzo (cioè non soltanto consultivi), e perciò costituenti organi “atipici”.

Si noti che vengono in rilievo – ai fini dei requisiti degli amministratori e della possibilità di cumulo delle cariche – anche le situazioni di controllo “indiretto”; così nell’art. 11, comma 11,



TUSP, che riguarda la materia delle deleghe e dell'assetto organizzativo dei gruppi a direzione pubblica.

Inoltre, il T.U. prescrive all'art. 6, tra l'altro, per le società a controllo pubblico, dando una particolare conformazione al dovere degli organi sociali ex artt. 2381 e 2403 c.c. di istituire (e verificare il funzionamento di) "assetti organizzativi adeguati": (i) l'adozione, per finalità di trasparenza e di tutela della concorrenza, di sistemi di contabilità separata per le società che esercitino attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi insieme ad attività svolte in regime di economia di mercato; (ii) la predisposizione di specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, volti a monitorare e prevenire eventuali squilibri finanziari, e non solo economico-patrimoniali); (iii) l'istituzione di un "ufficio di controllo interno" che collabora sistematicamente con l'organo di controllo statutario; (iv) l'adozione di regolamenti interni volti ad assicurare la conformità dell'attività d'impresa alla disciplina antitrust e a quella a tutela della proprietà industriale; (v) la redazione di una "relazione sul governo societario", in relazione a particolari regolamenti interni, procedure di controllo e codici di condotta adottati dalla società, e la pubblicazione di essa unitamente al bilancio d'esercizio (similmente a quanto previsto dall'art. 123-bis T.U.F. per le società con azioni quotate sui mercati regolamentati, che sono soggette a speciali obblighi d'informazione).

Degna di nota è pure l'estensione del controllo giudiziario sull'amministrazione, ai sensi dell'art. 2409 c.c., a tutte le *società a controllo pubblico* (art. 13), a prescindere dalla forma adottata (s.p.a. o s.r.l.) e dalla quota di partecipazione detenuta dalle amministrazioni pubbliche, che assume particolare rilievo, ovviamente, per le società c.d. pluripartecipate. Regole particolari sono dettate, infine, in materia di "quotazione in mercati regolamentati" (art. 18), essenzialmente sotto il profilo procedurale, e in materia di "gestione del personale" (art. 19).

Si registrano, quindi, per le società "a controllo pubblico", la compressione dell'autonomia negoziale e statutaria degli enti pubblici partecipanti, la conformazione dell'ordinamento societario a uno speciale regime di *governance*, di controllo, d'intervento giudiziario e di trasparenza informativa, e la responsabilizzazione degli organi sociali rispetto all'attuazione di tale ordinamento (artt. 13 e 15). Il sistema appare, nel suo complesso, finalizzato a tutelare le risorse pubbliche investite nella società controllata e a scongiurare i rischi di inefficienza gestionale e di distorsione della libertà di mercato, nonché quelli derivanti da condotte illecite e sanzionabili sul piano civile, penale e amministrativo (art. 1, comma 2): finalità dunque senz'altro importanti – di "ordine pubblico economico" –, ma pur sempre di valenza generale e non coincidenti con quelle pro-concorrenziali specificamente perseguite dalla disciplina dell'*in house providing* e imperniate sul concetto di "controllo analogo".

4. Il controllo analogo e il regime delle società *in house*



Le regole dettate per le *società a controllo pubblico* si applicano, naturalmente, anche alle *società in house*, che sono una *species* di società controllate (direttamente o indirettamente) da una o più pubbliche amministrazioni, ma che si caratterizzano per il fatto di possedere un singolare assetto proprietario e di *governance*, come tale compatibile con l'affidamento diretto, senza procedura competitiva, di contratti pubblici da parte degli enti partecipanti. Queste società sono assoggettate, pertanto, a requisiti più rigorosi, che ne connotano la tipologia in un modo affatto speciale, nel senso di deroghe ancor più forti alla disciplina societaria comune.

Sul piano del governo societario, come detto, si richiede l'esercizio, individuale o congiunto, diretto o indiretto (cioè attraverso un'altra persona giuridica controllata "*allo stesso modo*"), di un *controllo analogo* a quello che una o più amministrazioni pubbliche esercitano sui propri servizi (art. 2, lett. o), con riferimento alla "*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*"; e ciò comporta, al di là dell'influenza dominante potenziale, l'effettivo spostamento (in senso formale e sostanziale) del potere di direzione dell'impresa all'esterno dell'organizzazione societaria, direttamente o indirettamente, attraverso una *sub-holding*, in capo all'ente o agli enti controllanti. L'art. 5, comma 2, d.lgs., n. 50/2016 di riordino della disciplina in materia di contratti pubblici precisa che "*un'amministrazione aggiudicatrice ... esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ..., qualora essa eserciti un'influenza determinante ...; tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore*".

Sul piano dell'assetto proprietario, si richiede per le *società in house* la titolarità pubblica esclusiva del capitale o delle partecipazioni latamente intese (in modo da ricomprendere gli strumenti finanziari partecipativi: art. 2, lett. f), presupponendo una situazione di controllo "individuale" o "congiunto"; o comunque, la partecipazione marginale di capitali privati, cioè nei soli limiti consentiti dalla legge e sempre "*in forme che non comportino controllo o potere di veto*", né "*un'influenza determinante sulla società controllata*", (art. 16, comma 1). L'art. 5, comma 1, d.lgs., n. 50/2016 di riordino della disciplina in materia di contratti pubblici, come emendato dal d.lgs. n. 56/2017, precisa ulteriormente su questo punto che "*una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a)...; b)...; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto, previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano una influenza determinante sulla persona giuridica controllata*".

Si prescrive, inoltre, l'esclusività dell'oggetto sociale, correlato a precise tipologie di attività d'interesse pubblico (cfr. art. 4, comma 4, che richiama l'elencazione dell'art. 1, comma 2, lett. a,



b, d ed e) e si esige la prevalenza dell'attività consistente nello svolgimento dei compiti affidati dall'ente o dagli enti pubblici soci, rispetto ad altre ricomprese nell'oggetto stesso, commisurandola ad almeno l'ottanta per cento del suo fatturato (art. 16, comma 3); donde le note refluenze sulla causa e sull'interesse sociale della *società in house*.

In questa logica, al fine di formalizzare l'eterodirezione dell'ente pubblico e di consentire la compiuta realizzazione del "controllo analogo", sul piano dell'assetto organizzativo della società controllata *in house*: (i) si legittimano, nelle s.p.a., le clausole statutarie in deroga agli artt. 2380-bis c.c. e 2409-novies c.c., che stabiliscono la competenza gestoria esclusiva degli amministratori e del consiglio di gestione, rispettivamente, nel sistema di amministrazione e controllo c.d. tradizionale e in quello dualistico (art. 16, comma 2, lett. *a*); (ii) si consente, nelle s.r.l., l'utilizzazione del congegno dei "particolari diritti" del socio, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., in ordine al potere di decisione (o comunque "di veto" o di "voto determinante") sulle materie rilevanti per l'esercizio del c.d. controllo analogo (art. 16, comma 2, lett. *b*); (iii) si amplia la possibilità di fare ricorso a patti parasociali che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla società ex art. 2341-bis c.c., rimuovendo il limite di durata quinquennale nelle s.p.a. (art. 16, comma 2, lett. *c*).

5. Il controllo analogo congiunto

Quest'ultimo profilo è di particolare importanza per la corretta soluzione del problema del c.d. controllo analogo congiunto, che nasce dall'esigenza di consentire a una pluralità di enti pubblici committenti (spesso in numero superiore a quello massimo dei possibili loro esponenti in consiglio di amministrazione) la "condivisione" del potere di eterodirezione o, più precisamente, l'esercizio "congiunto" della "*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*" (art. 2, lett. *c e d*).

L'art. 5, comma 5, d.lgs., n. 50/2016 di riordino della disciplina in materia di contratti pubblici precisa sul punto che "*Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti*".

Il "controllo analogo congiunto" del singolo ente richiede, quindi, oltre alla partecipazione al capitale e, seppure in comune con gli altri enti partecipanti, all'organo amministrativo della società partecipata, la possibilità di influenzare e di condizionare *in positivo*, e non soltanto *in negativo*



(attraverso un mero concorso volitivo, che non potrebbe assimilarsi al controllo sui propri uffici), l'assunzione delle decisioni di maggiore rilevanza della società *in house*; in mancanza di ciò, non si avrebbe *controllo congiunto* e non si giustificerebbe la dispensa dall'obbligo di ricorrere alle procedure di evidenza pubblica.

Orbene, esclusa, per quanto detto, l'istituzione per statuto di un organo di coordinamento "atipico" ed esclusa altresì, per altre ragioni, l'idoneità allo scopo dell'attribuzione di mere competenze "autorizzative" all'assemblea sociale, ai sensi dell'art. 2364, n. 5 c.c., non resta che ricorrere: (i) *a livello di enti controllanti*, ad accordi parasociali adeguatamente concepiti e strutturati o a contratti di coordinamento gerarchico; e (ii), *a livello di società controllata*, alla previsione statutaria della soggezione degli organi di amministrazione e controllo (e degli uffici interni) a un potere di coordinamento esterno, ai sensi dell'art. 2497-septies c.c.

Se così è, anche per le società pubbliche pluripartecipate, risulta utile l'inquadramento delle formule organizzative dell'*in house providing* nel fenomeno e nella disciplina dei "gruppi". Ci troveremmo, in particolare, dinanzi a una fattispecie di eterodirezione di società basata sul "controllo congiunto" degli enti soci-affidanti, che potrebbe giustificare una particolare autoregolamentazione attraverso patti parasociali, contratti di coordinamento o regolamenti, "rispecchiati" dallo statuto della società *in house* e atti a sancire il dovere degli organi sociali di "tener conto" di quanto deciso dai soci pubblici controllanti, attraverso appositi strumenti di decisione o concertazione, e di alimentare in direzione ascendente i "flussi informativi" per ciò necessari.

Lo strumento del patto parasociale appare, infatti, utilizzabile per istituire un meccanismo di coordinamento, sia nelle s.r.l., sia nelle s.p.a. Questi patti dovrebbero contenere, appunto, le regole di controllo e di co-direzione che non possono trovare posto nello statuto della società *in house*, anche allo scopo di armonizzare i regolamenti di controllo analogo delle singole amministrazioni partecipanti. I regolamenti interni degli enti pubblici, infatti, spesso tendono a regolare in dettaglio le procedure, oltre ai contenuti del controllo, mentre in altre occasioni si limitano a riconoscere loro dei poteri di indirizzo generici, sebbene idonei a incidere sulle scelte gestorie delle società controllate.

Le previsioni appena illustrate costituiscono degli ulteriori indici di "specialità" della società *in house*, ma non escludono – e anzi probabilmente rafforzano – la configurabilità di un rapporto di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.; con quel che ne consegue, sul piano organizzativo, con riguardo l'assoggettamento dell'organo amministrativo della società *in house* alle direttive e decisioni "strategiche" dell'ente (o degli enti) controllante(i) – ferma, beninteso, la possibilità di disattendere a propria tutela eventuali scelte illegittime; sia in punto di responsabilità diretta dell'ente controllante (verso i soci di minoranza, pubblici o privati, e i creditori sociali) per eventuali atti di eterodirezione abusiva.



6. La disciplina della responsabilità degli organi sociali

Infine, il T.U., mentre ribadisce in linea di principio l'applicabilità del regime ordinario della responsabilità alle società partecipate da enti pubblici (anche se "a controllo pubblico") istituisce – o, per meglio dire, riproduce, in aderenza al controverso indirizzo delle S.U. della Corte di Cassazione – un diverso regime per le sole società *in house*, là dove fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato loro dagli amministratori (art. 12, comma 1, secondo periodo). Orbene, questa scelta normativa – seppure possa ritenersi giustificabile alla luce dell'esperienza passata – lascia irrisolti gravi problemi ermeneutici e applicativi segnalati in dottrina già all'indomani del *revirement* di Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, a causa della mancata previsione di adeguati meccanismi di coordinamento di ordine processuale e soprattutto sostanziale.

Invero, la responsabilità erariale degli amministratori per *mala gestio*, là dove volta a ristorare il danno per ciò subito dall'ente socio, non potrebbe assorbire, in caso d'incapienza del patrimonio sociale, la responsabilità verso i creditori *ex art. 2394 c.c.*, i cui diritti meritano di certo una tutela non inferiore a quella dell'ente stesso. D'altronde, essa non è coordinata legalmente con quella degli amministratori e sindaci verso i creditori sociali, a differenza della responsabilità verso la società, rispetto alla quale, dagli artt. 2393, comma 6 e 2394, comma 3, c.c. si può ricavare il principio secondo cui la fruttuosa definizione del giudizio di responsabilità, conseguendo l'obiettivo di reintegrare il patrimonio sociale (e, di riflesso, la garanzia generica che esso rappresenta per i creditori), impedisce l'azione diretta da parte di costoro contro i titolari degli organi. Per contro, l'erogazione – anziché a favore della società – di un risarcimento "diretto" all'ente pubblico-socio, posto a carico dei gestori negligenti o infedeli se pur nei limiti della sua partecipazione alla società pubblica, da un verso, lascia insoddisfatti gli interessi che fanno capo ai soggetti "esterni" ad essa, dall'altro mina la stessa "autonomia patrimoniale" che la Corte di Cassazione ha riconosciuto alla società *in house*, seppure negandone la soggettività.

Da questo punto di vista, la situazione non cambia, ed anzi si complica, nel caso del fallimento, che assegna all'organo della procedura concorsuale la legittimazione esclusiva a esercitare l'azione di responsabilità "a doppio titolo", per la società e per i creditori sociali (artt. 2394-bis c.c. e 146 legge fall.). Difatti, la responsabilità contabile degli amministratori (e anche dei sindaci) della società *in house* – non potendo costoro ragionevolmente rimanere esposti a una duplice pretesa risarcitoria per gli stessi fatti dannosi con l'esercizio delle due azioni dinanzi a due diversi giudici – rischia di essere paralizzante per l'attuazione della tutela dei creditori sociali, con conseguenze inaccettabili dal punto di vista costituzionale. Anche i soci privati minoritari della società a partecipazione pubblica, oltretutto, avrebbero ragione di temere la devoluzione della tutela giurisdizionale alla Corte dei Conti in relazione ai danni riflessi da loro subiti al pari del socio pubblico.



In effetti, soltanto una sentenza di condanna che disponga la reintegrazione del patrimonio sociale – non importa se separato o autonomo e “soggettivizzato” – potrebbe ristorare i plurimi interessi lesi anche indirettamente dalla condotta antiggiuridica degli organi sociali. Difficilmente, però, l’azione risarcitoria esercitata in sede contabile potrebbe essere piegata a un tale obiettivo; e d’altra parte, fuori da questo modello, i creditori non potrebbero aspirare ad altro che a una tutela individuale di tipo “aquiliano” dei loro diritti soggettivi, fondata sull’art. 28 Cost., che prevede la responsabilità dei funzionari pubblici in solido con l’ente pubblico nell’ambito della cui organizzazione essi hanno operato per gli atti compiuti dai primi in violazione dei medesimi (ma si tratta, chiaramente, di una visuale regressiva e del tutto insoddisfacente dal punto di vista giuscommercialistico).

In ogni caso, restano oscure, sul piano sia sostanziale, sia soprattutto processuale, le modalità di interazione della disciplina della responsabilità per danno erariale con le regole privatistiche. Né – dopo l’introduzione dell’art. 12, comma 1, TUSP, ispirata a sua volta all’arresto del 2013 della S.C. – si trova una risposta convincente nella giurisprudenza delle SS.UU. che afferma il principio della “reciproca indipendenza” della giurisdizione civile e penale e della giurisdizione contabile “nei loro profili istituzionali”, anche quando investono lo stesso fatto materiale, per cui l’eventuale interferenza tra i giudizi porrebbe solo un problema di “proponibilità” dell’azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo a una questione di giurisdizione.

Secondo questa giurisprudenza, formatasi e consolidatasi tuttavia prima del *revirement* di Cass., S.U., n. 26283/ 2013, e, ovviamente, dell’emanazione del TUSP, opererebbe, cioè, una regola di “alternatività”, e non di “esclusività” nel rapporto tra le azioni proponibili da parte del procuratore contabile ovvero dalla società e dall’ente socio, e all’occorrenza, dal curatore fallimentare o dal commissario straordinario dell’A.S. (v. Cass. S.U., n. 6581/2006; n. 27092/2009; n. 11/2012, n. 63/2014; n. 26659/2014; ma, con una sfumatura dubitativa, ma assai significativa, Cass., S.U., n. 5848/2015). Non si vede, tuttavia, come tale indirizzo possa conciliarsi ormai con il principio enunciato dalla legge delega sulla riforma della P.A., n. 124/2015, che richiedeva una “precisa definizione del regime della responsabilità ... degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate” (art. 18, lett. c).

Per fortuna, invece, il T.U. ha fatto chiarezza sul necessario assoggettamento di tutte le società “a partecipazione pubblica” indistintamente (incluse quelle “a controllo pubblico” e “*in house*”), alla disciplina ordinaria e speciale delle procedure concorsuali previste per le situazioni di crisi e d’insolvenza dell’impresa (art. 14), eliminando il rischio di ingiustificate e controproducenti aree di immunità, rispetto alle regole generali poste a tutela del mercato, del credito e della stessa impresa organizzata in forma societaria, che la deriva ermeneutica d’ispirazione pubblicistica aveva innescato nella giurisprudenza fallimentare.

7. Conclusioni



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

In conclusione, può dirsi che il coordinamento attuato con il nuovo Testo unico ha dato una risposta soddisfacente a molti dei problemi “tipologici” sollevati dalla dottrina e dalla prassi, ma non ha di certo esaurito le questioni societarie che derivano dalla convivenza dell’interesse pubblico con la forma organizzativa privatistica, né ha superato l’esigenza di applicazione alle società *in house* delle norme sull’attività di direzione e coordinamento.

Inoltre, resta intatta – per le aree non puntualmente normate dal legislatore e delegate invece all’autonomia negoziale – l’esigenza di elaborare specifici accordi parasociali o contratti di coordinamento gerarchico tra enti e conseguenti clausole statutarie della società controllata, esercitando nel modo più virtuoso i poteri privatistici delle amministrazioni pubbliche.

Fabrizio Guerrera

(Riproduzione riservata)