

La nozione di *controllo congiunto* nelle cosiddette *società pubbliche*

The joint-control definition in the so-called state-owned companies

Maurizio Bianchini

ABSTRACT: Il legislatore italiano nel 2016 ha emanato un decreto legislativo – n. 175/2016, chiamato testo unico delle società pubbliche o “TUSP” (ed emendato dal d.lgs. n. 100/2017) – che accorpa e organizza una serie di norme, in parti già esistenti, in parti di nuovo conio, concernenti le cosiddette “società a partecipazione pubblica”. L’art. 2 di questo nuovo plesso normativo contiene una serie di definizioni, tra le quali spiccano quelle di “società a controllo pubblico” e di “controllo”, alla quale la prima rimanda onde veder applicata una disciplina speciale e tendenzialmente più rigida rispetto a quella applicabile alle società in cui il controllo risulti in mano a dei soggetti privati, ovvero laddove il controllo risulti congiuntamente in mano a un soggetto privato e ad un soggetto pubblico. La definizione di “controllo” contiene a sua volta un rinvio all’art. 2359 c.c. e, inoltre, una nozione piuttosto articolata di “controllo congiunto”, un concetto che, nel diritto societario comune, risulta da sempre molto discusso in dottrina. Dopo una introduzione circa la struttura del nuovo testo unico, a partire da un Orientamento emanato dal Ministero dell’Economia e delle Finanze e da alcuni recenti provvedimenti amministrativi di alcune Sezioni regionali della Corte dei conti e di successive decisioni emanate dalla Sezioni riunite – molte delle quali hanno ritenuto di poter ampliare la portata della nozione di “controllo congiunto”, così come invece delineata nella norma definitoria del TUSP – il contributo ripercorre l’evoluzione della nozione di “controllo congiunto” nell’ambito del diritto societario, e, alla luce di tale analisi, rilegge criticamente le conclusioni a cui giungono i predetti provvedimenti amministrativi, anche alla luce della pragmatica scelta del legislatore di costruire la nuova definizione di “controllo congiunto” sulla falsariga della corrispondente nozione enucleata nei principi IAS/IFRS, invece di affidarsi ai risultati, tutt’altro che pacifici, raggiunti dalla dottrina intorno a tale concetto. La parte finale del lavoro prende posizione ri-

spetto alla tesi, avanzata da una parte della dottrina proprio alla luce del testo unico, di considerare ormai superata la posizione tradizionalmente maggioritaria, che relega ad ipotesi particolari, le fattispecie di “controllo congiunto” contenute in talune norme speciali sparse nell’ordinamento (come, ad esempio, l’art. 7 della legge *antitrust* italiana), asserendo che non è possibile, allo stato, ritenere superato il carattere speciale (se non, per alcuni aspetti, addirittura eccezionale) della norma del TUSP che definisce il “controllo congiunto”.

PAROLE CHIAVE: Diritto societario – Società a partecipazione pubblica – Controllo – Controllo congiunto.

ABSTRACT: The Italian legislature in 2016 issued a legislative decree – no. 175/2016 (as amended by leg. decree no. 100/2017), called “consolidated law on state-owned companies (“TUSP”) – that combined together a set of new provisions and an already existing array of rules concerning companies participated by the Italian State, by local governments and/or by other public bodies (collectively, “società a partecipazione pubblica”). Art. 2 of this consolidated collection of laws contains a number of definitions, among which stand out those concerned with “companies under public [*i.e.*, central and/or local governments’] control” and “control”, to which the former refers in order to apply a special and stricter regime, than that which would be otherwise applicable to either companies controlled by private entities or individuals, or where control would rest, jointly, in the hands of both private and public persons (so called “joint-control”). The TUSP’s definition of “control”, in turn, makes an express reference to Article 2359 of the Italian Civil Code (*i.e.*, the general “control” definition), thereby embedding its three-fold normative contents; in addition, it sets forth a rather complex notion of company’s “joint control”, the latter being a concept whose viability and scope have always been much discussed among corporate law scholars. After an introduction of the main structure of the TUSP, concerning different kinds of government-owned companies and a recapitulation of the scope and the merits of the notions of “control” and “joint-control” under Italian business companies law, this essay critically reviews a 2018 Interpretative Release by the Ministry of Economy and Finance, and a handful administrative resolutions and few subsequent decisions issued, respectively, by some of the Regional Offices and by the Central Panel of the Italian Court of Auditors (“Corte dei conti”), which, in the Author’s view, over-expanded the boundaries of the new special legislative notion of a company’s “joint control” with specific regard to companies falling within the scope of the TUSP. The essays further advocates a strict interpretation of the new definitions of “control”, and especially “joint control” of the government-owned companies by a pool of public administration bodies in the light of the pragmatic decision of the legislature to draft such a new definition along the lines of the corresponding notion of “joint-control” previous-

ly enucleated in the IAS/IFRS principles, instead of relying on the erratic results reached so far by the scholars' construction of such multifaceted concept. The final part of the work discusses whether the companies' "joint-control" rule, as put forward in the TUSP, could have a further effect of expanding its specific, and somewhat exceptional scope to a more general range of applications, thereby trumping the current majority view according to which the few cases of company's "joint control" so far contained in some special rules scattered throughout the Italian legal system (such as, e.g., Article 7 of the Italian antitrust law) could not allow a general construction of a company's joint-control theory. The author conclusively takes the position that, in the light of the current Italian legislation, such generalization of the special companies' "joint-control" concept is not ripe yet.

KEYWORDS: Company law – Companies participated by public administrations – Control – Joint control.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il meccanismo dell'attribuzione ad una "società a partecipazione pubblica" dell'ulteriore qualifica di "società a controllo pubblico". – 3. Cenni intorno alla nozione di "controllo" nel diritto societario, tra codice civile e normative di settore. – 4. La figura del "controllo congiunto", tra diritto societario comune e disposizioni speciali. – 5. L'ampia area applicativa della nozione di "controllo congiunto" dettata dal TUSP, alla luce di alcuni recenti provvedimenti del MEF e della Corte dei conti. – 6. Alcuni rilievi critici rispetto ai citati provvedimenti in tema di *controllo pubblico congiunto*. – 7. (segue) Illustrazione di quattro profili critici dei provvedimenti esaminati. – 8. Considerazioni critiche intorno alla possibilità di avallare un generale riconoscimento della figura del "controllo congiunto". – 8.1. Il "controllo congiunto" quale generale variante soggettiva delle fattispecie solitarie del "controllo" di cui all'art. 2359 c.c.? (In merito alla portata di alcune norme di diritto societario comune, interno e comunitario, che supporterebbero tale risultato ermeneutico). – 8.2. La (im)possibilità di una generalizzata legittimazione del "controllo congiunto" a partire dalla formulazione dell'art. 2, lett. b) e m), d.lgs. n. 175/2016. – 8.3. La derivazione della definizione di controllo (pubblico) congiunto dai principi contabili internazionali. – 8.4. Il possibile carattere eccezionale della figura di controllo congiunto contenuta nel secondo periodo dell'art. 2, lett. b), TUSP. – 9. Considerazioni conclusive e di sintesi.

1. Introduzione

Nel contesto del nuovo regime delle cosiddette *società pubbliche*, di recente istituito in forza del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 [1], il tema principale fatto ogget-

[1] Di seguito, anche il "TUSP": è stato emanato in base all'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 18, recante deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche; in se-

guito alla sentenza della Corte Costituzionale, 25 novembre 2016, n. 251 (in *Foro it.*, 2017, I, 451 ss.), è stato promulgato il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (in vigore a decorrere dal 27 giugno 2017). Come recita l'art. 1, "[l]e disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta". Sul TUSP, tra i commenti e le trattazioni sistematiche, v., ad es.: V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2016; G. MEO, A. NUZZO (diretto da) *Il Testo Unico sulle Società Pubbliche – Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Cacucci, Bari, 2016; F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Giapeto, Napoli, 2016; e, con aggiornamento al d.lgs. n. 100/2017, v.: S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove società partecipate" e in house providing* (Atti del Convegno in ricordo di Luca Buttarò – Bari 21 e 22 ottobre 2016), Giuffrè, Milano, 2017; G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, Giuffrè, Milano, 2017; F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2017; F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Giuffrè, Milano, 2017; S. NICODEMO, M.V. SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017; C. IBBA, I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Zanichelli, Bologna, 2018; M.M.C. COSSU, *Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici-delle società di interesse nazionale (artt. 2449-2451)*, in *Commentario del Cod. civ.* (fond. da P. Schlesinger, dir. da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2018; G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018; R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (con il coordinamento di F. Massa Felsani), Nel diritto editore, Molfetta, 2018; R. MICCÙ (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Jovene, Napoli, 2019. Tra i contributi monografici, v. ad es., G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Jovene, Napoli, 2016; A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, ESI, Napoli, 2017; C.A. GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica – Profili civilistici e di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2017. Tra i contributi in rivista, v., ad es., F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, in *questa Rivista*, 2018, 517 ss.; O. CAGNASSO, *Diritti di controllo dei soci di s.r.l. e società partecipate*, in *Giur. it.*, 2018, 119 s.; M. LIBERTINI *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 24/2016; G.M. BUTA, *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175)*, in *N. Leggi Civ.*, 2017, 496 ss.; S. VANONI, *Le società quotate a partecipazione pubblica*, in *questa Riv.*, 2017, 607 ss.; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 601 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità degli organi sociali nelle imprese a partecipazione pubblica*, *ibidem*, 2018, 154 ss.; F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. economia*, 2017, 7 ss.; E. CODAZZI, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni unite alla luce del testo unico sulle società partecipate* (nota a Cass., Sez. Un., ord., 1 dicembre 2016, n. 24591), in *Giur. comm.*, 2017, II, 809 ss.; *Cir.*, inoltre, i due seguenti studi del Consiglio Nazionale del Notariato: 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 del CNN, n. 229-2017/I (26-27/10/2017); M. STELLA RICHTER JR., *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 T.U.S.P.*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio CNN, n. 227-2017/I (26-27/10/2017), reperibili in www.notariato.it. Da ultimo, v. anche A. MORELLO, *Società e socio pubblico nel loro primo testo unico: la "nuova" partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, f. 1/2019, II. In precedenza, in tema di imprese e società pubbliche v. (senza pretesa di esaustività): O. CAGNASSO, *La governance delle società a partecipazione pubblica: statuti e patti parasociali*, in *Nuov. dir. soc.*, 7/2016, 60 ss.; ID., *La disciplina delle società in mano pubblica*, *ibidem*, 13/2011, 9 ss.; ID., *La*

responsabilità di amministratori, sindaci e dipendenti della società e la responsabilità per danno all'ente titolare della partecipazione, *ibidem*, 9/2011, 7ss.; ID., *La s.r.l. a partecipazione pubblica*, *ibidem*, 3/2010, 31 ss.; C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2015, 410 ss.; ID., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 511 ss.; ID., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 571 ss.; A. GUACCERO, *Le limitazioni alla libertà decisionale dell'organo rappresentativo delle istanze "proprietarie" nelle società a partecipazione pubblica*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2015, 421 ss.; F. FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Fall.*, 2013, 1296 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e ad 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 questa *Riv.*, 2012, 199 ss.; C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli, Torino, 2011; P. BENAZZO, *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale in questa Riv.*, 2011, 17 ss.; F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione* (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10), in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1364 ss.; ID., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; GIAMP. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Istit. federalismo*, 2011, 381 ss.; ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 221 ss.; ID., *Gli enti pubblici*, il Mulino, Bologna, 1991; V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Tratt. dir. comm.* (fond. da V. Buonocore, dir. da R. Costi), Sez. IV, t. 4.VII, Giappichelli, Torino, 2010; F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2007; G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 473 ss.; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 157 ss.; R. WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, t. 3, Giuffrè, Milano, 2005, 4071 ss.; M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia (1958)*, ora in ID., *Scritti*, vol. IV (1955-1962), Giuffrè, Milano, 2004, 361 ss.; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, n. ed., il Mulino, Bologna, 1995, spec. 163 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*³, Laterza, Roma-Bari, 2004; ID., *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in P. FERRO-LUZZI ET ALII, *L'impresa*, Milano, Giuffrè, 1985, 167 ss.; ID., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Ed. Comunità, 1962; M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società – Considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2004; G. MARASÀ (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Giappichelli, Torino, 1998; ID., voce *Società speciale e società anomale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX, Roma, IPZS, 1993; ID., *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, spec. 353 ss.; R. COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 798 ss.; N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)* (1993), ora in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari-Roma, 1998, 121 ss.; M.T. CITRENEI, *Le società per azioni in mano pubblica*, in *Trattato delle società per azioni* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. 8, Utet, Torino, 1992, 3 ss.; EAD., *Le imprese pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1983; F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubblico dell'economia* (dir. da F. Galgano), vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 385 ss.; F. GALGANO, *La società per azioni in mano pubblica*, in *Pol. dir.*, 1972, 681 ss.; G. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Alessandro Graziani*, I, Napoli, Morano, 1968, 381 ss.; G. ROSSI, *Appunti per uno studio sulle forme giuridiche dell'intervento e del controllo dello Stato nell'economia*, Milano, CIRIEC, 1958; L. MENGONI, *Sul concetto di azienda con prevalente partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 153 ss.; F.

to di questo contributo riguarda la configurabilità o meno, ed eventualmente in quali termini, di un *controllo congiunto* [2] esercitato da parte di “più amministra-

BENVENUTI, *Note preliminari per una classificazione qualificatoria delle imprese nazionalizzate*, in *Riv. int. sc. soc.*, 1954, 407 ss.; G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, Giappichelli, 1950; F. CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, Universitaria, 1947; AN. ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1942.

[2] Si noti che, ad ulteriore riprova del dibattito che tale nozione ha sempre suscitato, nella *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 175/2016 si è ritenuto di non dover accogliere il suggerimento reso nel Parere del Consiglio di Stato reso (nell'adunanza del 21 aprile 2016, n. 968) con riguardo al testo unico medesimo, circa l'opportunità di inserire una nozione di “controllo congiunto” tra le definizioni di cui all'art. 2, motivando tale dissenso in ragione delle difficoltà interpretative derivanti dalla lettura della norma, in quanto l'espressione (“controllo congiunto”) non risultava “mai utilizzata nel testo” (al contrario della definizione di “controllo analogo congiunto”). Sullo specifico tema qui affrontato, cfr. V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, I, 747 ss.; ID., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 1262 s. e 1275 ss.; F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, cit., spec. 519 ss.; F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 70 ss.; R. RANUCCI, *Commento sub art. 2 – IX. La nozione di società a controllo pubblico*, *ibidem*, 135 ss.; I. CAVALLINI, *Controllo societario in forma “congiunta” e ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016*, in *Aziendaitalia*, 5/2018, 696 ss. V. inoltre, CNN Notizie, *Prime interpretazioni sulla nozione di società a controllo pubblico* (19.3.2018), nel sito www.notariato.it. Prima dell'entrata in vigore del TUSP, v. ad esempio F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, cit., spec. 127 ss.; R. OCCHILUPO, G. ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance*, in *A.G.E.*, 2/2018, 495 ss., e ivi spec. 496 s.; meno recentemente, v. anche F. CAPRIGLIONE, *Convenzioni parasociali e “permanenza del controllo pubblico” nelle società bancarie disciplinate dalla legge Amato*, in *Riv. soc.*, 1991, 1398 ss. In tema di controllo congiunto di e tra società nel diritto societario comune, cfr., oltre al contributo monografico di V. CARIELLO, “Controllo congiunto” e accordi parasociali, Giuffrè, Milano, 1997, v. ID., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss.; M. LAMANDINI, *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 218 ss.; G. AGHINA, *La nozione di “controllo congiunto” ai fini dell'applicazione delle norme antitrust comunitarie e italiane sulle imprese comuni*, in *Riv. dir. ind.*, 1993, I, 491 ss.; V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 553 ss.; nonché i rilievi dedicati alla specifica questione del controllo congiunto nell'ambito di più ampie trattazioni sul tema del controllo, ad esempio, da: P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 1 ss., spec. 7 ss. e 12ss.; R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 25 ss., e ivi spec. 30 ss.; ID., *Il problema della validità dei sindacati di voto alla luce della legislazione più recente*, in F. BONELLI, P.G. JAEGER (a cura di), *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Giuffrè, Milano, 1993, 25 ss. e ivi spec. 32 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legislazione antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 457 ss., e ivi spec. 487 ss. e 498 ss.; M. LAMANDINI, *Il “controllo” – Nozione e “tipo” nella legislazione economica*, Giuffrè, Milano, 1995, spec. 106 ss.; M. NOTARI, *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. 393 ss.; V. DONATIVI, *“Impresa” e gruppo nella legge antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. 176 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *“Trasferimento del controllo” e rapporti tra soci*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. 157 ss. (e part. 158) e 191 ss. (e part. 200 s.); L. SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Cedam, Padova, 1997, spec. 92 ss. e 109 ss. Per ulteriori riferimenti in tema di controllo congiunto, v. *infra*, note 64-72. Sulla generale nozione di “controllo”, siccome invalsa nell'ambito del diritto societario, v. *infra*, sub nota 22. Da ultimo, v. anche M.V. SUSANNA, *Osservazioni*

zioni pubbliche”, rispetto ad una “società a partecipazione pubblica” [3].

Nel quadro di una crescente specialità delle disposizioni normative concernenti le cosiddette *società pubbliche* [4] e dei correlativi regimi applicativi – a loro volta

in tema di controllo congiunto e relativa necessaria “formalizzazione” nel testo unico partecipate pubbliche, in *Società*, 2019, 140 ss.

[3] Secondo l’art. 2, lett. n) del TUSP, sono “società a partecipazione pubblica”, le “società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico”; sul punto, v. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 11 ss. e 1279 ss. (e part. 1284 s.), ove tra l’altro si rileva che “[s]i tratta di definizione il cui significato si ricava innanzitutto attraverso lo sviluppo e l’intreccio con le altre definizioni applicabili alle singole parole o alle locuzioni utilizzate al suo interno. E difatti, come due cerchi concentrici, la nozione di società a partecipazione pubblica comprende, intanto le ‘società a controllo pubblico’ e, dunque quelle così definite alla lett. m) dello stesso art. 2 TUSPP [...]”. Quanto alla definizione di “società partecipate”, l’Autore citato (ivi), si chiede se, per definirne correttamente il significato, occorra o “*attingere o meno alla nozione di ‘partecipazione’ di cui alla lett. f) dell’art. 2*”, aggiungendo che “[l]a formulazione della definizione [di “società partecipate”, n.d.r.], difatti, appare sotto questo profilo infelice, mentre sarebbe stata preferibile e assai più precisa, efficace e coordinata con il resto delle definizioni [e in particolare con le definizioni di cui alle lett. g) e f)] una formulazione per la quale per società a partecipazione pubblica si intendessero [...] ‘le società a controllo pubblico, nonché le altre società nelle quali amministrazioni pubbliche o società a controllo pubblico o altri organismi soggetti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche detengono una partecipazione’”. In passato, per identificare le società “a controllo pubblico” si utilizzava anche la formula “società in mano pubblica”: cfr. F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubblico dell’economia* (diretto dal medesimo), vol. VII, Cedam, Padova, 1988, 353. A tale proposito, osservava M.T. CITRENEI, *Le società per azioni in mano pubblica (Iniziativa economica pubblica, interesse pubblico e strumenti societario)*, cit., 4, che quest’ultima formula e quella di “società a partecipazione pubblica” dovevano ritenersi, già all’epoca in cui l’Autrice scriveva, “del tutto inadeguate a sintetizzare significativamente un preciso assetto normativo: non esiste[va] nell’ordine positivo ‘la società a partecipazione pubblica’ come autonoma ed unitaria categoria giuridica; esistono, se si vuole, ‘le società a partecipazione pubblica’”; si può qui brevemente chiosare rilevando che anche alla luce del TUSP pare si possa ribadire la conclusione raggiunta nel 1992 dell’Autrice citata, poiché all’interno del d.lgs. n. 175/2016 persistono varianti e sub-categorie di società pubbliche che rendono anche oggi più corretto l’utilizzo al plurale del sintagma “società a partecipazione pubblica”.

[4] Termine, quest’ultimo, forse impreciso, ma efficace e spesso utilizzato (talora anche dal legislatore: cfr. ad es., l’art. 6, co. 19, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, nonché la rubrica dell’art. 4, d.l. 6 luglio 2012, n. 95) per definire l’ampio e variegato panorama di società a *partecipazione pubblica*, secondo quella che oggi rappresenta l’espressione più corretta di cui alla già ricordata lett. n) del TUSP. Su tale espressione, che qui verrà talora utilizzata quale sinonimo di *società a partecipazione pubblica*, v. ad es. C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, *ibidem*, 2006, 1000 ss. Sul c.d. *statuto del socio pubblico*, differenziato in ragione delle sue diverse qualificazioni e specificazioni poste dal TUSP, v. G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., spec. 425 e 545 ss.; ID., *Il socio pubblico fra dinamiche proprietarie e organizzative*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove società partecipate e in house providing*, cit., 169 ss.; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica ecc.*, cit., spec. 14 s. F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 173 ss. In precedenza, v. anche B. LIBONATI, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata* (2009), ora in ID., *Opere monografiche* (a cura di G. Guizzi), vol. II, Giuffrè, Milano, 2017, 769 ss.; C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in

innescati dalle diverse (eppur tra loro in certa misura interferenti) definizioni offerte dal testo unico nonché dai loro reciproci richiami e/o rinvii ad altre norme – risulta questione non secondaria quella relativa alla individuazione dei limiti della definizione delle “società a controllo pubblico”. Espressione, quest’ultima, che sebbene definita nell’art. 2, lett. *m*) del TUSP, si risolve in un mero rimando all’ennesima nozione speciale di “controllo” di società, contenuta nella lett. *b*) della medesima norma [5], così facendo di quest’ultima definizione – ove, tra l’altro, si ritrova un ulteriore rinvio all’art. 2359 c.c. – il baricentro delle questioni qui fatte oggetto di studio.

Proprio in ragione dell’importanza e della diffusione assunte dal fenomeno di società a partecipazione pubblica in seno alle quali la componente “pubblica” risulti maggioritaria – e proprio alla luce del TUSP, che ha provveduto alla codificazione [6] di regole applicabili alle diverse varianti che le società partecipate dalle pub-

C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, cit., 2 ss.; C. ANGELICI, *Il tema di “socio pubblico”*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 175 ss. (e poi anche in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, cit., 69 ss.).

[5] La definizione di cui all’art. 2, lett. *m*), TUSP, così recita: “società a controllo pubblico”: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera *b*)”. Se, da un canto, l’art. 2, lett. *a*), TUSP, definisce le “amministrazioni pubbliche” come “le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali”, dal canto suo, l’art. 2, lett. *b*) sancisce la definizione di “controllo” come “la situazione descritta nell’articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”. Va inoltre precisato che, alla stregua della lett. *g*) del TUSP, la nozione di controllo di cui alla lett. *b*) pare doversi applicare anche all’eventuale *partecipazione indiretta*: sul punto v. ad es. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 1269 ss. e 1279 ss. (il quale, ivi 1281 s. e 1284 s., valorizza il dato testuale che, in sede definitoria, distingue tra partecipazione “diretta” – *recte*: partecipazione *tout court* – di cui alla lett. *f*), dalla “partecipazione indiretta”, di cui alla lett. *g*), dell’art. 2, d.lgs. n. 175/2016); S. NICODEMO, M.V. SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 41 (testo e nt. 58); C. IBBA, *Introduzione*, in C. IBBA, I. DEMURO (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 11; in tal senso v. da ultimo, Corte dei Conti, Sez. giurisd. riunite, 22 maggio 2019, n. 16 (punto 4), www.corteconti.it. Recentemente, alcuni utili spunti ricostruttivi del significato più generale di *partecipazione* (sociale) si possono ritrovare in M. ONZA, “Partecipare”: *significati e ipotesi nel diritto delle società azionarie (note preliminari sulla partecipazione del “non socio”)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 635 ss. In dottrina, v. inoltre i contributi citati nelle note 2 e 22. Va pure segnalato che il MEF, nel *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche* (redatto ai sensi dell’art. 24 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), pubblicato nel febbraio 2019 sul sito del Ministero, ha individuato 573 “pluripartecipate” a maggioranza da pubbliche amministrazioni, ossia il 21% del totale delle “società a controllo pubblico”, alla data del 25 febbraio 2018.

[6] Il termine *codificazione* viene qui utilizzato in senso a-tecnico, per ovvi motivi rinunciandosi a prendere posizione sulla natura di *codice* dei cosiddetti *testi unici*, categoria, quest’ultima, alla quale peraltro anche il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (qui di seguito anche il “TUSP”) – espressamente si ri-

bliche amministrazioni possono presentare – il punto principale che qui si vorrebbe contribuire a chiarire è l’ambito di possibile applicazione, e quindi l’eventuale l’estensione, nella nozione di “società a controllo pubblico” rispetto a dei casi particolari, in cui le pubbliche amministrazioni, socie di “società a partecipazione pubblica”, non detengano, singolarmente considerate, una posizione di “controllo” e, ciononostante, si finisca per considerarle tutte co-controllanti – quasi fossero un’unica amministrazione pubblica – ove la somma di ciascuna partecipazione, direttamente o indirettamente detenuta, abbia determinato una situazione assimilabile a (eppure diversa da) una “influenza dominante” (o secondo alcuni, *determinante*) *congiunta*, ma – va subito detto – non collimante con la definizione che il predetto art. 2, lett. b), TUSP delinea onde veder integrata l’ipotesi ivi espressa di “controllo congiunto”.

Le questioni relative ad una posizione che si potrebbe definire, mutuando l’espressione da alcune recenti decisioni della Corte dei Conti, di *controllo pubblico congiunto* – ci si riferisce, in particolare, ad alcune delle situazioni ipotizzabili in capo a *più amministrazioni* socie di una *società a partecipazione pubblica* – assumono inoltre un carattere di particolare attualità, poiché caratterizzano il contenuto di alcuni recenti atti amministrativi e decisioni che appaiono importanti per la loro capacità di orientare la futura interpretazione delle norme oggi vigenti in tema di *società pubbliche*, e proprio con riguardo alla specifica nozione di controllo *congiunto* esercitato da parte di “una o più amministrazioni pubbliche” (cfr. la lett. m), dell’art. 2, TUSP).

Il primo di questi provvedimenti è l’Orientamento espresso dalla Direzione VIII del Ministero dell’Economia e delle Finanze (di seguito “MEF”) il 15 febbraio 2018 (di seguito, per brevità, l’“Orientamento MEF”), il quale espressamente si

chiama. Sulla questione si vedano, tra gli altri: N. IRTI, *Movimento e istituzioni (I testi unici nel diritto privato)*, ora in ID., *L’età della decodificazione*⁴, Giuffrè, Milano, 1999, 165 ss., spec.189 ss.; P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio* (Atti dell’incontro di studio di Firenze, 26-28-ottobre 2000), Giuffrè, Milano, 2002; A. ZACCARIA, *Dall’«età della decodificazione» all’età della ricodificazione: a proposito della legge n. 229 del 2003*, in *Studium Juris*, 2005, 697 ss.; i contributi in A.M. SANDULLI (con la collab. di L. CARBONE), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole* (Atti del Convegno di Roma, 17-18 marzo 2005), Giuffrè, Milano, 2005; G. SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i «codici di semplificazione di settore»*, Cedam, Padova 2007; R. VIRGILIO, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Giappichelli, Torino 2007. Meno recentemente, v. C. FOIS, *La società per azioni tra codice civile e legislazione speciale. Preliminari ad una indagine esegetica*, in *Riv. soc.*, 1985, 62 ss. (ove anche ulteriore bibliografia); A. DE CUPIS, *A proposito di codice e di decodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 47 ss.; R. SACCO, *Codificare: un modo superato di legiferare?*, *ibidem*, 1983, I, 117 ss.; S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 85 ss.; in prospettiva storica, v. anche T. ASCARELLI, *Le funzioni del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, *ibidem*, 1935, I, 3 ss. Da ultimo, v. anche G. DORIA, *La “dissolvenza” del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 50 ss.

propone di chiarire la nozione di “società a controllo pubblico” di cui all’art. 2, comma 1, lett. m) del TUSP, con ciò toccando anche il tema che qui più interessa, relativo al *controllo congiunto* della società partecipata da parte di più amministrazioni pubbliche. Ad esso quasi coeve risultano due deliberazioni emanate delle Sezioni Regionali di Controllo delle Corti dei conti, rispettivamente, per la Regione Liguria, in data 24 gennaio 2018, e per la Regione Emilia Romagna, in data 13 febbraio 2018; provvedimenti a cui si accompagna, con analogo tenore, quello emanato dalla Sezione Controllo della Corte dei conti Piemonte, il 23 aprile 2018, a sua volta seguito dalla deliberazione emanata dalla Sezione Regionale di Controllo della Corte dei conti del Trentino-Alto Adige, del 10 dicembre 2018, n. 8, la quale, pur avendo ad oggetto una situazione riguardante una “società *in house*”, si preoccupa di incardinare quest’ultima categoria di società pubbliche in quella delle “società a controllo pubblico”. Da ultime, vanno pure segnalate due rilevanti decisioni delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, in sede giurisdizionale, del 22 maggio 2019, n. 16 e n. 25 del 29 luglio nonché la (difforme) deliberazione n. 11 del 20 giugno 2019, sempre delle Sezioni riunite della Corte dei conti, in sede di controllo [7].

[7] La delibera n. 11/2019, pur con sfumature diverse, accede all’interpretazione estensiva dell’art. 2359 c.c. già fatta propria dall’*Orientamento* MEF del 2018 e dalle delibere delle Sezioni regionali di controllo citate nel testo. Le sentenze nn. 16 e 25 del 2019, invece, recano soluzioni diverse, valorizzando più correttamente la definizione di cui all’art. 2, lett. b), TUSP, e collocandone l’interpretazione nell’alveo del rapporto tra diritto speciale e diritto generale, così come imposto dall’art. 1, co. 3, d.lgs. 175/2016. In merito, v. anche OSSERVATORIO SULLA FINANZA E CONTABILITÀ DEGLI ENTI LOCALI DEL MINISTERO DELL’INTERNO, *Atto di indirizzo del 12 luglio 2019 sulla precisazione della definizione di “società a controllo pubblico” ai sensi e per gli effetti di cui al t.u. in materia di società a partecipazione pubblica approvato con d.leg. 19 agosto 2016 n. 175*, in <https://dait.interno.gov.it/finanza-locale/documentazione>. Infine, merita un cenno anche la determinazione dell’Autorità Nazionale Anti Corruzione (“ANAC”) n. 1134/2017, nella quale pure si considera – sebbene solo incidentalmente e senza in realtà approfondire la questione discussa in questo lavoro (e dunque non pare affatto conferente con la posizione assunta l’osservazione contenuta nel provvedimento amministrativo del marzo 2018 della Sezione di Controllo della Corte dei conti Liguria, secondo la quale la tesi estensiva della nozione di controllo (congiunto) sarebbe invece quella sostenuta, per l’appunto, dall’ANAC nella propria delibera del 2017, la quale si noti, non ha ad oggetto la nozione di controllo di cui al TUSP) – il tema del *controllo pubblico* di società partecipate da una “pluralità” di Pubbliche Amministrazioni. La Delibera ANAC n. 1134/2017, adottata nell’adunanza dell’8 novembre 2017 (e disponibile nel sito *web* dell’Autorità), reca le “Nuove linee guida per l’attuazione della normativa di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privati controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici” ove tra l’altro si legge, ma senza che da ciò si possa comprendere quale sia il fondamento dell’affermazione, che: [r]ientrano fra le società a controllo pubblico anche quelle a controllo congiunto, ossia le società in cui il controllo ai sensi dell’art. 2359 del codice civile è esercitato da una pluralità di amministrazioni”. Su tale determinazione, v. A. ZIRULO, *Anticorruzione e trasparenza negli organismi a controllo pubblico*, in *Azienditalia*, 2018, 703 ss.; A. PESSINA, *ANAC: considerazioni in merito alle delibere n. 1134 dell’8 novembre 2017 e n. 141 del 21 febbraio 2018*, in *Nuovo dir. soc.*, 6/2018 (e ivi *sub* n. 11 ove si legge che il “perimetro del controllo deve intendersi quello individuato dall’art. 2359 c.c.”). E v. anche 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*; G.

Sia pure in contesti e con scopi diversi tra loro, tutti questi provvedimenti e decisioni prendono posizione sul medesimo tema, ossia l'ampiezza della nozione di *controllo pubblico congiunto* alla stregua delle definizioni dettate nell'art. 2 del TUSP e a partire da situazioni nelle quali delle società pubbliche ivi considerate risultavano socie "più pubbliche amministrazioni" con partecipazioni (quote o azioni) che – non già singolarmente, ma soltanto se considerate nel loro complesso – ammontavano a più della metà del capitale sociale, e così per l'appunto ingenerando il sospetto circa l'effettiva esistenza di un *controllo pubblico congiunto*.

Per tentare di dare delle risposte quanto meno plausibili alle questioni che emergono da una lettura critica di alcune delle già citate norme definitorie del testo unico nonché dei predetti provvedimenti che di quelle hanno inteso offrire una prima interpretazione, in questo scritto si riassumeranno per sommi capi le posizioni assunte rispetto alla valenza e all'ampiezza del controllo congiunto invalso nel diritto societario comune, evidenziando inoltre la *plèiade* di nozioni speciali di *controllo* (e, talora, anche di controllo *congiunto*), rendendone spesso discusso il rispettivo significato, giacché fatto sempre più spesso "ostaggio" dei tormentati rapporti tra disciplina codicistica e discipline speciali delle società, e ciò al fine di predisporre la griglia interpretativa qui ritenuta necessaria per poi condurre un'analisi critica di quelle proposte dottrinali e giurisprudenziali volte a dare un'applicazione molto ampia e pervasiva di quello che si potrebbe oggi definire il peculiare *statuto*

STRAMPELLI, *Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*, entrambi in F. AULETTA (a cura di), *I controlli nelle società pubbliche*, Zanichelli, Bologna, 2017, rispettivamente 17 ss. e 91 ss.; da ultimo, v. anche V. DONATIVI, "Società a controllo pubblico" ecc., cit., 757 (anch'egli esprimendo delle riserve circa il significato attribuito al controllo congiunto dalla Delibera ANAC n. 1134/2017). Quando questo lavoro era già stato inviato alla redazione si è avuta notizia della Deliberazione dell'ANAC n. 859 del 25 settembre 2019, nella quale si è stabilito, *inter alia*, che: "[a]i fini dello svolgimento delle proprie attività di vigilanza nei confronti di società partecipate da più amministrazioni, l'Autorità considera la partecipazione pubblica maggioritaria al capitale sociale quale indice presuntivo della situazione di controllo pubblico, con la conseguente applicabilità delle norme previste per le società a controllo pubblico nella l. 190/2012 e nel d.lgs. 33/2013. La società [...] che intenda rappresentare la non configurabilità del controllo pubblico è tenuta a dimostrare sia l'assenza del coordinamento formalizzato tra i soci pubblici, desumibile da norme di legge, statutarie o da patti parasociali, sia l'influenza dominante del socio privato, ove presente nella compagine societaria". Pur salutando con favore l'apertura dell'ANAC verso una posizione meno rigida di quella assunta nelle sue *Linee Guida* e dalla maggioranza dei provvedimenti della Corte dei conti sopra citati, non pare da condividere *in toto* la soluzione avanzata dalla delibera n. 859, configurando una presunzione di controllo *juris tantum* che, salvo altro, non sembra trovare un adeguato supporto normativo, non pare in linea con le citate sentenze della Corte conti, n. 16/2019 e n. 25/2019, e neppure con la pur difforme decisione n. 11/2019 (che pone l'onere della prova dell'esistenza di una situazione di controllo di fatto e/o contrattuale, "alla luce delle circostanze del caso concreto", in capo a "chi intende far valere una situazione di controllo"), e in definitiva, avalla una non desiderabile situazione di oggettiva (e costosa) incertezza circa il regime applicabile alle società *pubbliche* che versino nelle situazioni prese in specifica considerazione in questo lavoro.

delle “società a controllo pubblico”, così come esplicitato nel TUSP [8].

Sulla scorta delle considerazioni d’ordine generale svolte in precedenza, si analizzeranno poi i passaggi dell’Orientamento espresso dal MEF e delle suddette deliberazioni e decisioni delle Corti dei conti, mettendone in luce alcune criticità. In tale contesto, si proverà a cogliere, da più angolazioni e sotto diversi profili, il carattere speciale (e finanche eccezionale) della definizione di “controllo” contenuta nel testo unico del 2016; in particolare, si cercherà di verificare se la definizione di *controllo pubblico congiunto* dell’art. 2 del d.lgs. n. 175/2016 possa davvero essere interpretata estensivamente e utilizzata al fine di generalizzare la figura del controllo condiviso tra più soggetti giuridicamente distinti e tra loro economicamente interdipendenti, così come proposto dai predetti provvedimenti e da una parte della dottrina. Seguiranno alcune considerazioni conclusive e di sintesi.

2. Il meccanismo dell’attribuzione ad una “società a partecipazione pubblica” dell’ulteriore qualifica di “società a controllo pubblico”

Il nuovo plesso di regole speciali costituito dal testo unico individua diverse categorie di società pubbliche; oltre a quella, generalissima, di *società a partecipazione pubblica*, vi si trovano infatti definite, sia la “società *in house*” (di cui all’art. 2, lett. o) e 16, TUSP [9]), sia le “società a partecipazione mista pubblico-privata”,

[8] Appare infatti evidente che la stessa definizione di “società a controllo pubblico”, e dunque anche quella ad essa strettamente connessa di “controllo” nonché la sua ulteriore specificazione in termini di *controllo (pubblico) congiunto* – così come tali nozioni emergono dal TUSP e così come sono state poi interpretate dai provvedimenti evocati nel testo e dalla dottrina – non possano essere esaminati senza prima quanto meno accennare ai tratti essenziali di tali concetti così come affermatosi nel più ampio e generale contesto del diritto societario. E va qui precisato che l’analisi qui proposta non verterà sulla nozione di “controllo analogo” né su quella (strettamente connessa) di “controllo analogo congiunto”, rispettivamente contenute nelle lett. c) e d) dell’art. 2, TUSP (sebbene a tali questioni vengano fatti alcuni cenni *infra*, nel testo in corrispondenza delle note da 9 a 19).

[9] La relativa definizione normativa si ritrova nell’art. 2, lett. o), che così recita: “*società in house*: le società sulle quali un’amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all’art. 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell’attività prevalente di cui all’art. 16, comma 3”. Su tale ultima categoria di società a partecipazione pubblica, v. E. CODAZZI, *Le società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 196 ss.; ID., *Lo statuto di una società in house. Spunti per una ricostruzione della figura dopo il T.U. sulle società a partecipazione pubblica*, in *Studium Juris*, 2017, 406 ss.; E. GINEVRA, *La società in house...è una società* (nota a Trib. Milano, Sez. imp., 6 agosto 2018), in *Società*, 2019, 320 ss.; A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 226 ss.; ID., “*In house providing*”, e mercato: *rette parallele o incroci pericolosi?*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *A.G.E.*, 2/2015, 515 ss.; 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, *ibidem*, 533 ss.; C. IBBA, Società in house: nozione e rilevanza applicativa, prima e dopo il Testo unico, in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, cit., 85 ss.; F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, *ibidem*, 175 ss.; M. CASTELLANO, Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove società partecipate e in house providing*, cit., 77 ss.; A. BARTOLINI, *Prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella Direttiva 2014/24/UE: il caso CINECA*, in *Giur. it.*, 2015, 1976 ss.; ID., *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo impresa*, *ibidem*, 2014, 1995 ss.; torna sulla qualificazione della società in house quale *longa manus* dell'amministrazione aggiudicatrice A. GIUSTI, *I requisiti dell'in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate* (nota a Corte giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15, caso *Undis Servizi s.r.l. c. Comune di Sulmona*), *ibidem*, 2017, 439 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e ad autonomia statutaria*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 21 ss.; ID., *La società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e ad autonomia statutaria. Un aggiornamento*, cit.; F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 774 ss.; meno recentemente v. anche O. CAGNASSO, *Le società in house (parte I) Le società in mano pubblica e la nozione di servizio pubblico*, in 11/2008, 40 ss.; ID., *Le società in house (parte II) Effetti del fenomeno sulla concorrenza ed ambito di applicazione*, *ibidem*, 12/2008, 55 ss. Da ultimo, v. anche A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una public corporate governance?*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (con il coordinamento di F. Massa Felsani), cit., 27 ss., e ivi spec. 36, il quale sintetizza il tema in questi termini: "il fatto che, al fine della disapplicazione della regola di evidenza pubblica, si chieda alla pubblica amministrazione di esercitare sulla società un 'controllo analogo' a quello che avrebbe su un proprio ufficio, si riflette nelle regole dell'organizzazione societaria assegnataria. E qui mi pare che l'alternativa sia tra quanti ritengono che il controllo analogo sia incompatibile con le regole del diritto delle società e quanti – tra cui chi scrive – sostengono che la 'dominazione' della società sia ammissibile (ponendosi, semmai, il problema della tutela dei soggetti terzi e segnatamente dei creditori sociali)". Sul *controllo analogo congiunto* (di cui alla definizione di cui alla lett. d) dell'art. 2 del d.lgs. n. 175/2016), v., in particolare, V. DONATIVI, *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing* (nota a Corte di Giustizia UE, 29 novembre 2012, cause riunite C-182-183/11, *Econord s.p.a. c. Comune di Cagno et alii.*), in *Giur. comm.*, 2014, II, 765 ss.; F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto, e strumenti di controllo analogo*, in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, cit., 197 ss.; E. MARCHISIO, *L'eterodirezione "pubblicistica"*, in *A.G.E.*, 2/2015, cit., 435 ss., e ivi spec. 441 ss. e 444 ss.; G. RIOLFO, *Attività "in-house" e modello organizzativo delle società di capitali*, cit., e ivi spec. 535 ss. e 549 ss. In giurisprudenza, per la stretta connessione esistente tra pubblica amministrazione e società in house, tale da far considerare la seconda quasi come un organo dell'ente pubblico-socio, v. ad es. Corte Giust. CE, 19 aprile 2007, C-295/05, caso *Asemfo*, in *Giur. it.* 2008, 210 ss., e in *Urb. app.*, 2007, 1479 ss., con nota di R. CARANTA, *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'in house?*; Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26823, in *Giur. comm.*, 2014, II, 5 ss., con nota di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, *ibid.*, 13 ss.; con nota di E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, *ivi*, 2015, II, 236 ss.; con nota di S. SARDELLI, *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimine tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, *ibidem*, 464 ss.; nonché in *Foro amm.*, f. 10, 2014, 2498 ss., con nota M. DI LULLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società "in house" che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*; Cass., S.U., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Foro amm.* - CDS, 2014, f. 5, 1391 ss.; Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro*

di cui all'art. 17 del testo unico del 2016 (per brevità, le "società miste") [10]. E l'eventuale riscontro, rispetto ad ognuna di esse, di una situazione di "controllo", a certe condizioni potrebbe inoltre determinare la loro ulteriore qualificazione in termini di "società a controllo pubblico", con conseguenze non secondarie in termini di selezione della disciplina applicabile. Si deve dunque convenire con chi ha prontamente rilevato che la "valenza di queste norme definitorie è meno semplice da puntualizzare e illustrare di quanto possa apparire a prima vista" [11].

Come accennato nell'introduzione, in ragione di quanto dispone l'art. 1, co. 3, d.lgs. n. 175/2016 – "[p]er 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" – il TUSP pare oggi configurare un *corpus* di norme di diritto singolare, in parte di nuovo conio, in parte già contemplate nella legislazione speciale previgente (sia pure, talora, con tenore e portata diversi), che in certi casi deroga a quello che si potrebbe qui per semplicità connotare come il *diritto comune delle società* [12]; e che, in particolare,

amm. - CDS, 2008, f. 3, 740 ss., con note di C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. - CDS*, 2008, f. 3, 756 ss. e di M.G. PULVIRENTI, *Recenti orientamenti in tema di affidamenti in house*, *ivi*, 2009, f. 1, 93 ss. Più recentemente, sulla stessa lunghezza d'onda, cfr. Cons. Stato, 30 aprile 2018, n. 2599, in *AziendItalia*, 2018, f. 7, 1065 ss. e Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22406, in *Società*, 2019, 67 ss., con nota di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, *ivi*, 70 ss.

[10] *Sulle società miste*, v., in particolare, F. GUERRERA, *Le società a partecipazione mista pubblico-privata*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove società partecipate e in house providing* (Atti del Convegno in ricordo di Luca Buttaro – Bari 21 e 22 ottobre 2016), cit., 117 ss.; R. OCCHILUPO, G. ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance*, in *A.G.E.*, 2/2018, 495 ss. Con particolare riferimento alla ulteriore categoria di società pubbliche – le "società a partecipazione pubblica di diritto singolare" – ora espressamente riconosciuta nell'art. 1, co. 4, sub lett. a), v. C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. 8, Utet, Torino, 1991, 523 ss., e *ivi spec.* 531 ss.; *Id.*, *Introduzione*, in C. IBBA, I. DEMURO (a cura di), cit., 7.

[11] F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 518.

[12] Con specifico riguardo al TUSP, v. ad es. (senza pretesa di esaustività), F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 517 s., ribadisce che "[l]a disciplina del T.U. adottato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ha dato corpo un vero e proprio 'diritto speciale' delle società a partecipazione pubblica, e in particolare delle società a controllo pubblico e in house, idoneo ad eliminare quei conflitti col principio di tipicità (art. 2249 c.c.), da tempo rilevati in dottrina e giurisprudenza e determinati verosimilmente dalla peculiare 'colorazione' assunta dall'interesse sociale in tali società", il tema risultando approfondito anche in *Id.*, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 775 ss., e da C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 958 ss., il quale tra l'altro sottolinea che "la scelta di fondo operata dal legislatore [...] ha il suo peso, anche se non costituisce un'innovazione (o forse proprio per questo), perché in realtà una norma del genere esisteva dal 2012" ed era contenuta nell'art. 4, co. 13, IV periodo, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, (abrogato dall'art. 28, lett. q), d.lgs. 19 agosto 2016, n.

175), sulla quale si pronunciarono in termini di “norma di chiusura del sistema” delle società pubbliche, ad es., Cass., 13 maggio 2013, n. 1147; Cass., 23 gennaio 2015, n. 1237 nonché (con specifico riguardo al testo unico) Cass., 1° dicembre 2016, n. 24591 e Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196, ove inoltre si precisa che l’art. 1, co. 3, è, fra le disposizioni del testo unico, una di quelle disposizioni che “definitivamente esplicitano la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all’ordinario regime civilistico”. L’A. cit. segnala altresì come, già prima dell’entrata in vigore del testo unico, vi fosse “una certa consonanza di vedute nel riconoscere che, avendosi a che fare con enti nei quali confluiscono interessi di varia natura”, non soltanto non fosse corretto, metodologicamente, un approccio che si “interrogasse sulla ‘reale natura’ – pubblica o privata – di un determinato ente per poi ricavarne, sillogisticamente, la soggezione a tutto (e solo) il diritto pubblico ovvero a tutto (e solo) il diritto privato”, ma che “il loro regime” dovesse ammettere “l’integrazione fra regole privatistiche e regole pubblicistiche”; ma riconoscendosi, tuttavia, che, ben oltre l’ulteriore criterio ermeneutico della c.d. “prevalenza della sostanza sulla forma” (che pure riscosse fortuna per un certo periodo), “c’erano – e ci sono – casi in cui le regole di stampo privatistico e quelle di stampo pubblicistico non sono compatibili e non possono coesistere nello statuto di un determinato ente o di una determinata categoria di enti, per cui l’interprete è costretto a scegliere le une o le altre”, così come, secondo l’A. citato, accade rispetto alla questione se le “società in house poss[ano] fallire come le comuni società o [siano] esonerate dal fallimento come gli enti pubblici”. Ancora, IBBA (*op. ult. cit.*, 962 ss.), nell’introdurre la distinzione tra “una *specialità derogatoria* del diritto societario comune, per il quale vale il predetto enunciato nell’art. 1, 3° co. t.u., da una *specialità semplicemente integrativa*, per la quale quel precetto non vale”, sottolinea che il testo unico non ha fatto *tabula rasa* di tutta la legislazione preesistente non richiamata ma solo di quella non compatibile (con il testo unico stesso e col diritto societario residualmente applicabile), lasciando “[m]olto [...] alla discrezionalità dell’interprete”: e perciò risultando necessario adottare “il principio di proporzionalità, d’ispirazione comunitaria, dettato dalla legge-delega”, quale faro ordinante in base al quale si legittimerebbero “le sole deroghe al diritto comune necessarie ad assicurare la tutela degli interessi pubblici di volta in volta perseguiti”. In senso difforme (con diversi accenti sottolineando invece un effetto di *ri-pubblicizzazione* delle società pubbliche quale effetto del testo unico), v. ad es. G[iamp]. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA, *Le “nuove società partecipate e in house providing*, cit., 31 ss.; M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Prefazione*, in G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche*, cit., 9 ss. In precedenza, sui rapporti tra discipline pubblicistiche e privatistiche riguardanti le cc.dd. società pubbliche, v. C. IBBA, *L’impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2015, cit., spec. 412 ss.; ID., “Generale” e “speciale” nel diritto dell’iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 494 ss.; ID., *Le società a partecipazione pubblica fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 22 ss.; ID., *Le società “legali”*, Giappichelli, Torino, 1992, spec. 211 ss., 316 ss. e 339 ss.; il medesimo Autore in *Gli statuti singolari*, cit., 526, aveva inoltre rilevato che “l’espressione ‘società di diritto speciale’ [...] designa propriamente enti oggetto di previsioni legislative che si rivolgono a intere classi di società” (contrapponendo tale espressione a quella di “società di diritto singolare”, quest’ultima destinata a “designare convenzionalmente qualunque fattispecie societaria regolata da norme ‘del caso singolo (o ‘a fattispecie esclusiva’)”, ulteriormente precisando (ivi, 527 s.), sia pure “in via del tutto stipulativa”, che il rapporto di “specialità cui si allude evoca spesso qualcosa di diverso dal rapporto di genere a specie”, giacché, oltre alla “figura associativa conforme al modello generale di società per azioni” cui si aggiunga “una nota ulteriore” (in aderenza al rapporto che tradizionalmente intercorre tra genere e *species*), debbono considerarsi altresì le figure associative ove la “specialità di una data forma societaria [...] denota invece la *difformità* rispetto a quel modello (e rispetto alla disciplina che a quel modello è comunemente ricollegata)”, come ad esempio accade laddove lo *statuto speciale* contempli l’assenza dello scopo di lucro (soggettivo). Del resto, il non facile connubio tra principi e regole del Diritto societario – che è parte, a tutti gli effetti, del Diritto dell’impresa – e principi e regole del Diritto

incide in varia misura sul regime della costituzione nonché sull'organizzazione e sul funzionamento (cioè, sulla cosiddetta *governance*) delle attività economiche svolte dalle società partecipate nonché sui diversi profili relativi all'acquisizione e al possesso (in senso ampio e a-tecnico) delle partecipazioni societarie, per l'appunto laddove siano coinvolte, a vario titolo e in diverse forme, una o più Amministrazioni pubbliche [13].

In questo quadro, se la sussunzione nella definizione di "società a partecipazione pubblica" determina l'applicazione di un primo ordine di disposizioni contenute nel TUSP, è quella destinata ad individuare il *sottoinsieme* [14] delle "società a

pubblico veniva stigmatizzato da autorevole dottrina allorché, or son vent'anni, si rilevava che "[il] commercialista che s'imbatta, per la prima volta, nelle norme di diritto societario che regolano le società che hanno per oggetto l'esercizio dei servizi pubblici locali non può non provare una forte sensazione di sconcerto. Alcuni dei più importanti principi fondamentali del diritto societario che gli sono famigliari risultano, già a prima vista, sconvolti; e i problemi interpretativi che quella disciplina subito solleva sono incredibilmente numerosi e spesso ricevono dalla dottrina pubblicistica e dalla giurisprudenza soluzioni a dir poco sorprendenti. Ma se quel commercialista non si lascia scoraggiare da questa prima impressione e viene colto dalla curiosità di capire le ragioni e le logiche che hanno guidato il legislatore scopre anche i limiti che l'impiego dello strumento societario deve necessariamente incontrare": così, in esordio, R. COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 798 ss. Sulla delicata tematica dei rapporti tra diritto speciale e diritto generale delle società da un lato e il confronto tra istanze giuspubblicistiche e quelle giusprivatistiche dall'altro, si vedano infine le opere citate nelle note 13, 17 e 19-21, cui adde con particolare attenzione alla rilevanza, in tutto ciò, del problema delle fonti, C. FOIS, *La società per azioni tra codice civile e legislazione speciale. Preliminari ad una indagine esegetica*, cit., e spec. 85 ss. e 105 ss.

[13] Sul punto, v. C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove società partecipate e in house providing*, cit., 15 ss.; GIAMP. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, *ibidem*, 31 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Le società pubbliche tra regole di diritto speciale e prospettive funzionali: quale disciplina? Una breve riflessione introduttiva*, e B.G. MATTARELLA, *La specialità delle società pubbliche*, entrambi in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, cit., rispettiv. 19 ss. e 21 ss.; ID., *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, e A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una public corporate governance?*, entrambi in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (con il coordinamento di F. Massa Felsani), cit., rispettivamente 3 ss. (e ivi spec. 6 ss.) e 27 ss. (e ivi spec. 37 ss.); F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e "tipi" sociali*, cit., spec. 176 ss. e 185 ss.; prima del testo unico, per tutti, v. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, cit., *passim*; M.T. CITRENEI, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., *passim*, V. anche le opere citate nelle note 12, 17, 19-21.

[14] C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit., 960, ove si afferma che la portata dell'art. 1, co. 3, TUSP deve intendersi estesa a "tutte le società a partecipazione pubblica, incluse quelle sottoposte a controllo pubblico e quelle *in house*; categorie queste due, che sono pensabili come sottoinsiemi della prima e come tali ricadono nel capo di applicazione delle norme dettate per la categoria più generale"; e, in tal senso, v. ancora Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196. Inoltre, l'A. cit. afferma (*op.ult. cit.*, 965) che "[a]ll'interno del testo unico, le deroghe e gli scostamenti dal diritto comune variano non in funzione della natura dei soci pubblici (a seconda che si tratti di amministrazioni statali o locali) o dell'oggetto sociale (attività d'impresa, da una parte, servizi strumentali e funzioni amministrative dall'altra), come la legge-delega consentiva e forse suggeriva di fare, ben-

controllo pubblico” ad assumere maggior rilievo, poiché il suo riscontro in concreto è destinato a far scattare una disciplina speciale ulteriore [15], in coerenza con la *ratio* legislativa dello stesso testo unico, espressa nell’art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 175/2016 [16].

In altri termini, il legislatore ha operato una distinzione tra società “a partecipazione pubblica” – il *genus* – e le “società a controllo pubblico” – le quali delle prime appaiono costituire una *species* – dettando per queste ultime una disciplina (per l’appunto) più specifica [17] e tendenzialmente più rigida.

Inoltre va rilevato, sebbene *incidenter tantum*, che le “società *in house*” – definite nell’art. 2, lett. o), e la cui disciplina risulta per lo più contenuta nell’art. 16 del TUSP – sono anch’esse da considerarsi *società a controllo pubblico*: ciò si ricava, non tanto dal fatto che rispetto ad esse si deve necessariamente riscontrare un “controllo analogo” (eventualmente anche “congiunto”) da parte di una o più amministrazioni pubbliche [18] – nozione che non appare immediatamente assimilabile alla nozione di controllo societario di diritto comune [19] – ma soprattutto in via

si essenzialmente in funzione dell’appartenenza alla categoria della società a controllo pubblico, a quella delle società miste, o a quella delle società *in house*”, la disciplina delle società pubbliche presentandosi, come “un intreccio nel quale il tasso di specialità cresce nel passaggio dalle società semplicemente partecipate dalla pubbliche amministrazione a quelle sottoposte a controllo pubblico e da queste alle società *in house*, e del quale l’interprete deve sempre tener conto nella ricostruzione della disciplina applicabile alle singole fattispecie concrete”.

[15] In particolare, l’effettivo riscontro di una situazione di “controllo” in capo ad una p.a., eventualmente anche congiunto (cioè in capo a “più amministrazioni pubbliche”) comporta l’applicazione della disciplina prevista negli artt. 3, co. 2; 6; 11; 13; 14, commi 2 e 6; 18; 19; 21, co. 3 (sebbene con formulazione non del tutto coerente con la definizione di “controllo” di cui alla lett. b) dell’art. 2); 22; 25 e 26, co. 1 (sebbene il termine ivi previsto sia ormai scaduto), del d.lgs. n. 175/2016. V. C. Conti, Sez. riun. Giurisdiz., 22 maggio 2019, n. 16, cit., punto 4, ove alcune tali norme sono raggruppate in: (a) disposizioni sulla *governance* (artt. 11, commi 1-3 e 4-15); (b) principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione (art. 6); (c) disciplina delle crisi d’impresa (art. 14, commi 2-3); (d) regole sulla gestione dei rapporti di lavoro (art. 19, commi 1-4) ed (e) criteri in tema di trasparenza (art. 22).

[16] In tale norma si legge infatti che: “[l]e disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica”.


[17] C. IBBA, *Introduzione*, in ID., I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 12 ss.; F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo pubblico, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, cit., spec. 519. Sulla qualificazione delle “società a partecipazione pubblica” quale *genus* e della “società a controllo pubblico” quale *species*, v. ora V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, cit., 748.

[18] Così come tali situazioni vengono definite, rispettivamente, lett. c) e d) dell’art. 2, e così come vengono contemplate dall’art. 16, co. 1, TUSP. Sul “controllo analogo”, v. *retro*, sub nota 9 e *infra*, sub n. 19.

[19] Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, II, 5 ss. (con nota di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, cit.; e con nota di E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house ecc.*, *ibidem*, 2015, II, 236 ss.); Cons. Stato, 15 gennaio 2018, n. 182, in

sistematica, dal tenore dell'art. 11 e dell'art. 14, co. 6, del TUSP.

Se è vero che la prima norma, risulta interamente dedicata alle “società a controllo pubblico”, va tuttavia rilevato che il comma 15 specifica che “[a]gli organi di amministrazione e controllo delle società *in house* si applica il decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 1994, n. 444”, così mostrando di considerare le società *in house* come una sorta sottoclasse delle società a controllo pubblico [20] – ferma la distinzione concettuale tra la no-


L'Amministrativista.it (16 gennaio 2018), ove tra l'altro si legge che, al fine di riscontrare il controllo analogo congiunto “[o]ccorre, in particolare, verificare che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) esercitino, pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della *governance* rispetto alla maggioranza azionaria, sicché risulta indispensabile, che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato [ossia il controllo analogo congiunto, n.d.a.], della totalità degli enti pubblici soci”; Cons. Stato, 30 aprile 2018, n. 2599 e T.A.R. Lombardia, 6 dicembre 2018, n. 2746 (ove, a fronte dei tre requisiti imposti dall'art. 12 della Direttiva attuata nell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, il c.d. Codice dei contratti pubblici affinché si possa riscontrare una situazione di c.d. “controllo analogo” della p.a. affidante nei confronti del soggetto affidatario diretto di un appalto, evitandosi la celebrazione di una procedura ad evidenza pubblica, si afferma che “[d]al complesso di tali previsioni interne emerge in definitiva l'esistenza di rilevanti deroghe ai meccanismi tipici di funzionamento delle società di capitali, tali da assicurare ai soci pubblici, collettivamente considerati, un'influenza determinante e un controllo effettivo sulla gestione dell'ente partecipato, attraverso poteri di condizionamento sull'operato del management in grado di conformare l'azione di quest'ultimo agli interessi pubblici di cui il singolo ente pubblico partecipante è portatore. Tali poteri si esplicano sia in generale rispetto al complesso delle attività statutariamente demandate alla società, sia in relazione allo specifico servizio di igiene urbana prestato per il comune partecipante”); interessante è anche la decisione di Trib. Milano, 6 Agosto 2018, in *Giurisprudenzadelleimprese.it*, e ora anche in *Società*, 2019, 315 ss. (con nota di E. GINEVRA, *La società in house ... è una società*, ivi 320 ss.), ove si insiste sulla necessità di un'indagine in concreto circa i poteri che la p.a. affidante si riserva (specialmente sul piano statutario) nei confronti della società in predicato di essere qualificata come *in house*, e volta a dare la prova di una vera e propria subordinazione gerarchica della società rispetto all'ente pubblico, che il tribunale – in aderenza all'impostazione rigorosa espressa da Cass., S.U., n. 26283/2013, cit. – deve andare ben oltre il perimetro dell'eterodirezione di cui all'art. 2497 c.c. In dottrina, argomentando la differenza tra controllo (congiunto) e controllo analogo (congiunto), v. *ex multis* F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica ecc.*, cit., spec. 198 s. e 209 ss.; EAD., F. CUCCU, *La nozione di controllo – Commento sub art. 2 d.lgs. 175/2016*, in G. MORBIDELLI (a cura di), cit., 70 ss., e ivi spec. 72 e 85 ss. Tutto ciò non toglie, come si tra poco si cercherà di precisare nel testo e nella nota seguente, che le società *in house* possano essere al contempo società controllate ai sensi della definizione di controllo del testo unico; e che, pertanto, il riscontro di una situazione di “controllo analogo” (eventualmente congiunto) proceda parallelamente a quello volto ad accertare, rispetto alla medesima società, una posizione di “controllo” (eventualmente congiunto) alla stregua della lett. b), dell'art. 2, d.lgs. n. 175/2016.

[20] Non si vede altrimenti perché inserire tale disposizione nell'art. 11, il quale – ripetesi – contiene una disciplina interamente dettata con specifico riguardo alle “società a controllo pubblico”. Sul punto, tuttavia, si registra una varietà di opinioni: cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 526 (ove si legge, tra l'altro: “[l]e 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"); V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 1261 (ove, con riguardo alle società che gestiscono servizi pubblici in regime di *in house providing*, si legge che: "[è] pur vero che tali situazioni si accompagnano ordinariamente [...] alla titolarità in capo alla medesima amministrazione, di una partecipazione di controllo interno") e V. OCCORSIO, *Gli adempimenti societari necessari per l'adeguamento alla disciplina delle società pubbliche contenuta nel d.lgs. 175/2016*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 315 ss., ivi 319-320, laddove si sostiene che il "controllo analogo", e il "controllo analogo congiunto" – così come definiti dalle lett. c) e d) dell'art. 2 – presuppongono comunque il "controllo" ex art. 2, co. 1, lett. b), TUSP; in senso analogo, v. anche I. CAVALLINI, *Controllo societario in forma "congiunta" e ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 175/2016*, cit., 698. Diversamente argomenta G.M. BUTA, *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175)*, cit., e ivi 499 s. (testo e *sub nota* 9), la quale, a partire da un passaggio contenuto in Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2015, II, 236 ss. (con nota di E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*), ha avuto modo aderire alla prevalente tesi secondo la quale "il mero controllo societario (quand'anche totalitario) non implica necessariamente il riscontro di una situazione di controllo analogo, giacché, in quest'ultimo caso, l'espressione 'controllo' non allude" al noto elemento – indefettibile in ogni ipotesi di controllo ex art. 2359 c.c. – della "influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare", o "sull'assemblea ordinaria e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali" (art. 2359, co. 1, nn. 1) e 2), c.c.), ovvero direttamente sulla società controllata, in virtù di "particolari vincoli contrattuali" (art. 2359, co. 1, n. 3), c.c.), giacché, così argomenta Cass., S.U., n. 26283/2013, cit., "si tratta di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante gestionale" (e ora cfr. in senso conf. Trib. Milano, 6 agosto 2018, cit.). Sembra peraltro che la differenza di vedute possa essere riconciliata rilevando che quella relativa al *controllo analogo* (anche *congiunto*) possa essere considerata una situazione ben più pregnante, e dunque ben distinta, rispetto a quella che concerne il *controllo* di e tra due (o più) società (sostanziato dal riscontro di un'*influenza dominante* dell'una sull'altra) – tanto che v'è chi si è addirittura domandato "se realmente la società *in house* meriti di essere intesa come 'società' [...]": così C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove società partecipate e in house providing*, cit., 27 -. Perciò – quanto meno laddove la società *in house* continui a rimanere qualificabile come "società" (di capitali), sebbene in presenza di talune caratteristiche devianti rispetto ai tipi sociali ai quali pur formalmente fa riferimento (su questi delicati aspetti, v. ancora C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, 23 ss.) – si potrà ritenere che la prima qualificazione (*controllo analogo*) non esclude, ma anzi contempla, benché su di un piano distinto, il ricorrere della seconda situazione (di *controllo*) da parte di "una o più amministrazioni pubbliche" (art. 2, lett. m), TUSP): paiono così orientati anche C. IBBA, *Introduzione*, cit., 12 (laddove, evocando tra l'altro N. IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, ora in *Id.*, *L'età della decodificazione*⁴, Giuffrè, Milano, 1999, 51 ss., e ivi spec. 54 ss., su rapporto tra legge generale e legge speciale, osserva che "il controllo è una forma qualificata di partecipazione, e il controllo analogo una forma qualificata di controllo, la sequenza 'società a partecipazione pubblica-società a controllo pubblico-società in house' evidenzia fattispecie connotate da un grado via via crescente di specialità") e A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, cit. spec. 220 s. Sicché, una "società a controllo pubblico", potrà, in presenza dei requisiti

zione di *controllo analogo*, eventualmente anche *congiunto* (così come elaborata nell'ambito del diritto comunitario, poi trasfusa nel diritto nazionale [21] e infine

previsti dal medesimo T.U. (art. 2, co. 1, lett. o), c) ed eventualmente d), e art. 16) essere qualificata anche come "società *in house*", giacché quest'ultima dovrà pur essere partecipata da enti pubblici in modo totalitario o comunque prevalente (arg. ex art. 16, co. 1, TUSP, ove si vieta la "partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norma di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata", ove i ripetuti riferimenti al *controllo* sono da riferirsi alla situazione definita nella lett. b), dell'art. 2, TUSP), sicché gli stessi requisiti sono sufficienti per configurare, *al contempo*, una (pur distinta) situazione di "*controllo*" ai sensi della lett. b) del già citato art. 2, co. 1, che pure ricorre nei casi di società *in house*. Viceversa, non tutte le "società a controllo pubblico" potranno essere qualificate anche "società *in house*", cioè soggette al "controllo analogo" (eventualmente anche *congiunto*), mancando quei requisiti ulteriori identificati dalla legge per tale ultima tipologia di società pubblica. Cosicché, la società *in house* mostrerà sempre anche i caratteri della società a controllo pubblico, e sarà quindi assoggettata anche ai dettami previsti per tale categoria di società pubblica (in quanto compatibili con la singolarità del regime dell'*in house*), ma non viceversa: e senza con ciò confondere i concetti di *controllo analogo* e di *controllo societario* né i piani ove tali concetti sono destinati ad operare ai fini – non lo si dimentichi – della selezione della disciplina applicabile. A quest'ultimo riguardo, pare pertanto sostenibile che, allorché si discorra di disciplina di società *in house* dovranno applicarsi, sia le regole che direttamente discendono dalla situazione di "controllo analogo", eventualmente anche "congiunto" (per l'appunto quale presupposto della specifica qualificazione della società a controllo pubblico come società *in house*), come, ad esempio, l'art. 4, co. 4; l'art. 11, co. 15; l'art. 16, ecc.; sia le (distinte e ulteriori) regole che direttamente si ricollegano alla situazione di "controllo", così come definita dalla lett. b) dell'art. 2 del TUSP: e dunque gli artt. 3, co. 2 e 3; 6; 11; 13; 14, co. 2 e 6; 18; 19, 22, ecc. (sempreché risultino compatibili con l'*in house*, prevalendo altrimenti la prima serie di disposizioni). Ove invece la società in questione risulti meramente "a controllo pubblico", troverà applicazione soltanto la seconda serie di norme. Si noti, infine, che, analogamente a quanto sin qui argomentato, la "società a controllo pubblico" ben potrebbe essere suscettibile di un'ulteriore qualificazione – ripetes: coesistente con quella relativa al riscontro di un'influenza dominante da parte di una o più pubbliche amministrazioni ("controllo pubblico", eventualmente "congiunto", secondo quanto indicato nell'art. 2, co. 1, lett. b)) – laddove ricorrano i requisiti previsti dall'art. 17, TUSP. In questo caso, si sarà in presenza di una "società a partecipazione mista pubblico-privata", "a controllo pubblico" (e le qualificazioni-specificazioni ben potrebbero continuare, pur sempre al fine della selezione dell'ulteriore disciplina applicabile, ulteriormente discernendo tra i tipi s.p.a. e s.r.l., nonché a seconda del sistema di amministrazione e controllo prescelto rispetto al primo tipo di società).

[21] Sul punto, v. ad esempio gli artt. 17, par. 3, della Direttiva n. 2014/23/UE (c.d. direttiva concessioni) e l'art. 12, par. 3, della Direttiva n. 2014/24/UE (c.d. direttiva appalti) e l'art. 28, par. 1, della Direttiva n. 2014/25/UE (c.d. direttiva settori speciali); in dottrina, F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione* (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10), cit., e ivi spec. 1385 ss.; A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 217 ss. (e part. 221 s., ove tra l'altro si nota che "[i]n conclusione, l'*in house*, in mancanza di un modello organizzativo *ad hoc*, è una disciplina transtipica di // origine giurisprudenziale, volta a rendere giuridicamente sovrapponibile l'ente pubblico e la società partecipata"); ID., *"In house providing" e mercato: rette parallele o incroci pericolosi?*, in *Analisi economica dell'economia*, 2/2015, 515 ss., e ivi spec. 518 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica ecc.*, cit., spec. 219 s.; C. IBBA, *Introduzione*, cit., 10. V'è poi la delicata questione – che tuttavia rimane al di fuori dai temi qui trattati – relativa

codificata nell'art. 2, lett. *c*) e *d*), del TUSP), da un lato; e quella di *controllo* (eventualmente anche *congiunto*) di e tra società pubbliche, di derivazione codicistica (lo testimonia il rinvio "pieno" all'art. 2359 c.c.), così come raccolto nel primo periodo dell'art. 2, lett. *b*) del più volte citato testo unico del 2016, dall'altro lato.

La seconda norma, inoltre, nel dichiarare che "[n]ei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita" pare confermare il dato che tra le società a controllo pubblico debbono farsi rientrare (anche) le società *in house*.

Da quanto sopra, ben si comprende che, al fine di determinare il preciso regime al quale assoggettare una certa "società a partecipazione pubblica", risulta determinante delimitare l'esatta portata della definizione di "società a controllo pubblico" contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. *m*), del TUSP. A tale scopo – come già accennato nell'introduzione – il testo unico impone di determinare altresì quali siano quelle società in cui sia dato riscontrare una fattispecie di "controllo" esercitato da parte di "una o più" Pubbliche Amministrazioni alla stregua dell'ulteriore definizione contenuta nella lett. *b*) del medesimo articolo, alla quale la citata lett. *m*) fa espresso rinvio. Soltanto al termine di questa articolata analisi, sarà possibile classificare la singola società pubblica e individuarne, quindi, il particolare statuto normativo.

Ebbene, ferma la già denunciata differenza tra "controllo" e "controllo analogo" (eventualmente anche "congiunto") – nozione, quest'ultima di cui in questa sede non ci si può tuttavia occupare oltre a quanto già esposto – sin da ora appare utile puntualizzare un'ulteriore distinzione tra differenti situazioni di controllo ("privato", "misto" e "pubblico"), che appare da riconnettersi proprio alla scelta legislativa di tenere separata la definizione di "controllo" *tout court* da quella di "società a controllo pubblico".

Cosicché si possono immaginare dei casi in cui, pur riscontrandosi la presenza di un soggetto controllante (ove ricorra una delle situazioni di cui all'art. 2359 c.c., richiamato dal primo periodo dell'art. 2, lett. *b*), TUSP), ovvero di più soggetti co-controllanti (ove ricorrano le condizioni indicate nel secondo periodo della norma da ultimo citata), tuttavia non scatti l'ulteriore conseguenza di sottoporre la società partecipata da una o più amministrazioni pubbliche al più specifico regime del controllo "pubblico" (eventualmente "congiunto").

Come detto, infatti, benché qualificabili come "società a partecipazione pubblica" (poiché partecipate da soggetti pubblici), tali società non dovranno per ciò sol-

all'esclusività dell'oggetto sociale, imposta alle "società in house" dal co. 4 dell'art. 4 (sulla quale, v. le opere citate in questa nota e *sub* note 12, 13, 17 e 19-20).

ciproca, Giuffrè, Milano, 1957; G. FANELLI, *Le partecipazioni sociali reciproche*, Giuffrè, Milano, 1957; G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1958; G. SANTONI, *Patti parasociali*, Jovene, Napoli, 1985; A. GENTILI, *Le concentrazioni nella stampa quotidiana*, Maggioli, Rimini, 1985; L. FARENCA, *I contratti parasociali*, Milano, Giuffrè, 1987; M. STELLA RICHTER JR., "Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci, Giuffrè, Milano, 1996, spec. 76 ss.; L. SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Cedam, Padova, 1997; V. CARIELLO, "Controllo congiunto" e accordi parasociali, Giuffrè, Milano, 1997; R. TORINO, *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 2000; E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, Giuffrè, 2002; G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Giuffrè, Milano, 2004; tra i saggi, v., ad es.: T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, 385 ss., e poi in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, 219 ss.; ID., *Personalità giuridica e problemi delle società*, in ID., *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. I, 233 ss., e ivi 265 ss.; F. MESSINEO, *Dominio e controllo di azienda altrui*, poi in ID., *Studi di diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 1949, 196 ss.; E. SIMONETTO, *Acquisto di azioni o quote di società controllante e loro regime*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 694 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Società controllate e collegate. Rappresentanza in assemblea*, in *Riv. soc.*, 1974, 802 ss.; P. MARCHETTI, *Commento sub art. 1 legge 5 agosto 1981 n. 416 (sulle imprese editrici e providenze per l'editoria)*, in *Nuove leggi civ.*, 1983, 464 ss. e 481 ss.; ID., *Gruppo e controllo nella disciplina SIM*, in *Riv. soc.*, 1991, 221 ss.; ID., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, *ibidem*, 1992, I, 1 ss.; ID., *O.p.a. obbligatoria e circolazione del controllo all'interno dei gruppi*, *ibidem*, ivi, 1248 ss.; ID., *La nozione di controllo nell'art. 10, l. n. 20/1991: la posizione dell'Isvap*, *ibidem*, ivi, 1475 ss.; ID., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *Gruppi di società* (Atti del Convegno internazionale di studi della Rivista delle società. Venezia, 16-18 novembre 1995), Giuffrè, Milano, 1996, vol. II, 1547 ss.; G.B. PORTALE, *L'acquisto di azioni della controllante da parte di società controllate*, in *Quadrimestre*, 1986, 297 ss.; G. ROSSI, *La tutela della maggioranza, la Consob e il giudice*, in *Riv. soc.*, 1986, 449 ss.; ID., *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, *ibidem*, 1991, 1353 ss.; P.G. JAEGER, *Concentrazioni nella stampa quotidiana e diritto di voto* (nota a Trib. Milano, ord. 14 maggio 1986), in *Giur. comm.*, 1986, II, 593 ss.; ID., *Il problema delle convenzioni di voto*, *ibidem*, 1989, I, 201 ss.; ID., *Controllo e direzione nei gruppi bancari*, in *Banca, impr., soc.*, 1992, 381 ss.; F. GALGANO, *Gruppi di società e concentrazione di testate editoriali (parere pro veritate sul caso Rizzoli-Corriere della Sera)*, in *Contr. impr.*, 1986, 59 ss.; ID., *L'o.p.a. e la circolazione endogruppo delle partecipazioni di controllo*, *ibidem*, 1992, 642 ss.; L.A. BIANCHI, *Il «controllo» nella legge sull'editoria*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1986, 15 ss.; ID., *Il caso Rizzoli* (nota a Tribunale di Milano, 19 dicembre 1986), in *Giur. comm.*, 1987, II, 412 ss.; ID., *Il caso Rizzoli: fase seconda* (nota ad App. Milano, 4 ottobre 1991), in *Giur. comm.*, 1992, II, 249ss.; ID., *La nuova definizione di società "controllate" e "collegate"*, in M. BUSSOLETTI (a cura di), *La nuova disciplina dei bilanci di società – Commento al D.lg. 9 aprile 1991, n. 127*, Giappichelli, Torino, 1993, 1 ss.; ID., *L'«area del consolidamento» nella VII Direttiva CEE nella prospettiva della sua attuazione in Italia*, in *Riv. soc.*, 1987, 1110 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Nota s.t. a Tribunale di Milano, 19 dicembre 1986*, in *Foro it.*, I, 1987, 3162 ss.; EAD., *L'acquisto delle azioni della controllante nel d.lgs. 1994, n. 315*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 49 ss.; A. GENTILI, *Controllo, concentrazioni, gruppi nella legislazione editoriale* (commento a Tribunale di Milano, 13 dicembre 1986), in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 419 ss.; A. GAMBARO, *La prima interpretazione giurisprudenziale della legge sulle concentrazioni editoriali* (commento a Tribunale di Milano, 19 dicembre 1986), in *Quadrimestre*, 1987, 520 ss.; L.F. PAOLUCCI, *Primi approcci giurisprudenziali alla c.d. "legge sull'editoria"* (nota a Tribunale di Milano, 19 dicembre 1986), in *Società*, 1987, 576 ss.; R. WEIGMANN, *Scalate e controllo nelle società di capitali*, in *Giur. piem.*, 1989, 651 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Tratt. delle società per azioni* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. 2, t. 2, Utet, Torino, 1991, 581 ss.; ID., *Divagazioni in tema di "controllo" e "gruppo" nelle aggregazioni societarie*, in *Contr. impr.*, 1997, 508 ss.; ID., *Controllo conseguente ad accordi parasociali, disciplina codicistica del controllo e bilancio consolidato di gruppo*, in *Dir. fall.*, 1997, I, 1300 ss.; G. MINERVINI, R. COSTI, *Due pareri su come vada inteso il "rapporto di controllo" in presenza di*

sindacati di voto (art. 4, comma 3, legge n. 1/1991), in *Contr. impr.*, 1991, 1015 ss.; A. GAMBINO, *L'o.p.a. e la circolazione endogruppo delle partecipazioni di controllo* in *Riv. soc.*, 1992, 1249 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Convenzioni parasociali e "permanenza del controllo pubblico" nelle società bancarie disciplinate dalla legge Amato*, cit.; A. CERRAI, *Le imprese editoriali*, in *Tratt. delle società per azioni* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. 8, Utet, Torino, 1992, 343 ss., e ivi 487 ss.; ID., *I gruppi di imprese nell'esperienza giuridica europea*, in *Riv. soc.*, 1995, 389 ss. [pp. 393 ss.]; D. CORAPI, *In tema di interpretazione delle nozioni di concentrazione e di controllo nella legge 10 ottobre 1990*, n. 287, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 523 ss., [p. 531]; G. SBISÀ, *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991*, n. 127, in *Riv. soc.*, 1992, 906 ss. [pp. 919 ss.]; ID., *Patto di sindacato e OPA (Parere pro veritate)*, *Contr. imp.*, 1992, 653 ss.; ID., *Commento sub art. 2359 c.c.*, in *Società per azioni*, I, Art. 2325-2409, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1997, 475 ss.; ID., *Società controllate e società collegate*, in *Contr. imp.*, 1997, 319 ss.; ID., *Funzione di una nozione unitaria di gruppo e molteplicità delle nozioni di controllo*, in AA.VV., *La disciplina dei gruppi di imprese. Il problema oggi*, Giuffrè, Milano, 1997, 282 ss.; D. DI SABATO, *Ancora una definizione di controllo. Note a margine all'art. 37 della legge 6 agosto 1990*, n. 223, in *Riv. dir. impr.*, 1992, 87 ss.; G. FIGÀ-TALAMANCA, *Direzione e "proprietà transitiva del controllo" di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 338 ss.; ID., F. FERIOLI, M. RASTIELLO, *Controllo e sindacati azionari nelle società quotate italiane*, in questa *Riv.*, 2010, 174 ss.; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Tratt. delle s.p.a.* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. 3, t. 1, *Assemblea*, Utet, Torino, 1994, 485 ss., e ivi spec. 679 ss.; F. DENOZZA, *Modalità di esercizio del controllo e corretto funzionamento del mercato*, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *Gruppi di società*, cit., vol. II, 1139 ss.; G.D. MOSCO, *Il controllo tramite sindacato di voto: uno studio empirico*, *ibidem*, ivi 1651 ss.; V. CARIELLO, *Aktionärskonsortium e imputazione del potere di dominio sulla società*, in *Riv. soc.*, 1998, 759 ss.; ID., *Note minime in tema di fondazione bancaria controllante solitaria e di obblighi informativi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 237 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *Sul collegamento societario nell'ambito dei poteri di fatto di società su società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 712 ss.; A. LUPOI, *Interposta persona: tipologie del controllo indiretto. Il caso del trust*, in *Contr. impr.*, 2002, 1171 ss. E, dopo la riforma (ex multis): M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359-2359quinquies*, in *Società di capitali – Commentario* (a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, vol. I, Jovene, Napoli, 2004, 394 ss.; ID., *Commento sub art. 2359 c.c.*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2016, t. 1, 751 ss.; F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Il controllo nel pallone. Riflessioni sulle nozioni di "controllo" nella disciplina antitrust alla luce di due decisioni concernenti l'acquisizione di società calcistiche*, in *Riv. soc.*, 2006, 76 ss.; M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346-2362 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società* (diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), Egea-Giuffrè, Milano, 2008, 665 ss.; G.A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo: i patti di sindacato*, in questa *Riv.*, 2008, 53 ss.; F. GUERRERA, *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in questa *Riv.*, 2009, 506 ss.; F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* (diretto da F. d'Alessandro), vol. II, t. 1, Piccin, Padova, 2010, 375 ss.; F. GHEZZI, *Nozione di controllo come fattispecie rilevante nelle concentrazioni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Vent'anni di Antitrust – L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010, t. I, 529 ss.; ID., *La disciplina del controllo delle concentrazioni in Italia e l'obbligo di comunicazione preventiva: "dal pieno al vuoto"*, in *Riv. soc.*, 2013, 485 ss.; L.A. BIANCHI, *Note sulla nozione di "controllo" nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, in *Riv. soc.*, 2011, 253 ss. (e in AA.VV. *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, 227 ss.); A. SERRA, *Nozione di controllo – Commento sub art. 23*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (diretto da F. Capriglione), Cedam, Padova, 2012, I, 285 ss.; L. PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2013; L. SCHIUMA, *Commento sub art. 2359*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di) *Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza*, vol. I (artt. 2247-2378), in *Commentario del Codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet Giuridica, Assago Milanofiori, 2015, 1243 ss.; V. CARIELLO, *Azioni a voto potenziato, "voti plurimi senza*

concernenti i profili dell'organizzazione dell'esercizio dell'attività d'impresa (la cosiddetta *corporate governance*).

Il fulcro di tali dibattiti, com'è ben noto, si colloca in corrispondenza delle disposizioni contenute, primariamente, nell'art. 2359 c.c. e, inoltre, in numerose norme di carattere speciale o settoriale susseguitesi nel tempo [23], alimentandosi dei rapporti che tra quella e queste si sono (o, a seconda delle varie posizioni dottrinali, si sarebbero) via via instaurati [24].

azioni" e tutela dei soci estranei al controllo, in *Riv. soc.*, 2015, 164 ss.; ID., *Tra controllo e non controllo: sul mimetismo e sull'occultamento del controllo c.d. di fatto in questa Riv.* 2017, 13 ss.; ID., *A favore di un riequilibrio tra tutela (diritti) dei soci non di controllo e tutela (diritti) dei soci di controllo (nelle sole società controllate c.d. di diritto)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 249 ss.; G. SBISÀ, *Controllo contrattuale esterno, direzione unitaria e abuso di dipendenza economica*, *Contr. impr.*, 2015, 815 ss.; G. MOLLO, D. MONTESANTO, *Il controllo societario nel Testo unico della finanza – Problemi e prospettive di riforma*, in *Quaderni Giuridici CONSOB* n. 8 (giugno 2015), CONSOB, Roma, 2015; recentemente, chiarisce il rapporto tra nozione di controllo e potere di governo esercitabile dagli *stakeholders*, L. MIOTTO, *Il controllo creditorio difensivo*, Giappichelli, Torino, 2017.

[23] Di "influenza dominante di cui all'art. 2359, primo comma n. 2 del codice civile" parla ad esempio l'art. 31 d.P.R. 4 settembre 1980, n. 896, che modifica e integra l'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597. Di controllo su imprese (e non soltanto su società) parla l'art. 2, co. 2, della legge 5 dicembre 1978, n. 787, ove si fa riferimento a "società che controllano imprese industriali". Ad una nozione molto ampia di controllo – capace di trascendere i limiti tradizionalmente ravvisati dalla dottrina rispetto alle fattispecie esplicitamente contemplate nell'art. 2359 c.c. – fa riferimento l'art. 3 della legge n. 95/1979 (c.d. "[prima] legge Prodi"): così B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Nardini, Firenze, 1981 (ora ristampato, in ID., *Opere monografiche* (a cura di G. Guizzi), vol. II, cit., 199 ss., e ivi spec. 252 ss.). Alla nozione di controllo faceva ampio ricorso la legge 5 agosto 1981, n. 416, così come poi modificata dalla legge 30 aprile 1983 n. 137, e soprattutto (per effetto della decisione del Tribunale di Milano del 6 novembre 1986, resa sul noto caso *Rizzoli-Corriere della Sera*, in *Giur. comm.*, 1987, II, 413 ss. con nota di L.A. BIANCHI, *Il caso Rizzoli*, e in *Foro it.*, 1987, I, 3162, con nota S.t. di G. SCOGNAMIGLIO), dalla legge 25 febbraio 1987 n. 67 (intitolata appunto "rinnovo della l. 5 agosto 1981 n. 416"), il cui art. 3, co. 2, che aveva sostituito l'abrogato art. 4 dell'originaria versione della l. n. 416/81, al riguardo testualmente disponeva: "[i]l controllo è definito ai sensi del 1° co. dell'art. 2359 c.c. nonché ai sensi dell'8° co. dell'art. 1 l. 5 agosto 1981 n. 416". In altre parole – come ben spiega G. SCOGNAMIGLIO nella *Nota s.t. a Trib. Milano, 19 dicembre 1986*, cit. – "alla stregua del testo [allora] vigente della legge sull'editoria, la nozione di controllo rilevante ai fini della normativa *antitrust* e in particolare della individuazione della 'posizione dominante nel mercato editoriale'" risultava "uguale a quella che rileva[va] agli effetti degli obblighi informativi nei confronti del servizio dell'editoria, disciplinati dall'art. 1, 8° comma". Numerose sono poi le norme sul controllo susseguitesi nei primissimi anni Novanta del XX secolo, alcune poco dopo modificate o addirittura abrogate: per una rassegna, v. ad es. P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, cit., spec. 2 ss.; M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, cit., 35 ss.; M. NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, cit., spec. 179 ss.; V. CARIELLO, *"Controllo congiunto" e patti parasociali*, cit., spec. 66 ss. Inoltre, v. l'art. 6, commi 2 e 3, d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, in tema di fondazioni bancarie, e l'art. 80 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

[24] Secondo la dottrina giuscommerciale prevalente, siccome "la nozione dell'art. 2359 è quella con cui tutte – o quasi tutte – le definizioni speciali di controllo devono confrontarsi" (così M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., spec. 462 e 477, il quale propende a dare valenza "residuale" piuttosto che "generale" della nozione di controllo espressa

nell'art. 2359 c.c.), la disciplina del controllo di cui alla norma ora citata "pur non essendo dotata di valenza generale [...] rivestirebbe una posizione di 'centralità sistematica' nel senso (importante, ma pur sempre circoscritto) di fungere da primo riferimento per la ricostruzione dei cardini base su cui si fonda una relazione di controllo e da fornire una nozione cui rifarsi fintantoché non sia possibile trarre, dall'ambito normativo specifico in cui la si intenda calare, indici ermeneutici (da quello letterale fino a quelli teleologici e sistematici) che indirizzino in senso (anche solo parzialmente) diverso (tipico il caso di ambiti normativi in cui assumono rilevanza il 'controllo congiunto' o il 'controllo plurimo disgiunto') o, secondo i casi, che ne impongano una applicazione parziale e selettiva (tipico il caso di ambiti normativi in cui non assume rilevanza il controllo esterno, o contrattuale, di cui al n. 3 dell'art. 2359)": così, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1259 (ma, nello stesso senso, v. anche 214 e 1275). In senso analogo, prima della riforma, v. già M. LAMANDINI, *Il "controllo"- Nozioni e "tipo" etc.*, cit., 17, ove si legge che la "[p]rima e più risalente definizione di controllo rinvenibile nel sistema è quella contenuta all'art. 2359 del codice civile del 1942: essa di tutte le successive costituisce l'archetipo e un costante parametro di riferimento", anche in ragione degli "[i]nnumerevoli [...] casi in cui la legislazione speciale richiama la definizione di controllo di cui all'art. 2359 c.c.", riconoscendo che la dottrina maggioritaria aveva nel tempo ravvisato tra la norma codicistica e ciascuna delle definizioni speciali di controllo un rapporto di "specialità reciproca" nel senso cioè che il contenuto delle seconde, talora chiaro nel riconoscere rilevanza al controllo congiunto, resterebbe ad efficacia meramente settoriale, senza poter influire in alcun modo sul contenuto della prima, anch'essa dotata di una propria specifica area strutturale e funzionale" (*op cit.*, 111-112) e poi individuando quale tema ancora "aperto" quello "relativo al rapporto che intercorre" tra il "riconoscimento" della figura di controllo congiunto – operato soprattutto in virtù dell'art. 7, l. n. 287/1990 – e "le altre definizioni legislative di controllo" (ivi, 120-121). Più articolata la posizione di P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo*, cit., 4-6, ove tuttavia prevale ancora l'idea che l'art. 2359 c.c. integri una "figura generale", una "norma di diritto comune", contenente una "clausola generale"; e che altre disposizioni legislative (e talora regolamentari) contengano "nozioni speciali" di controllo tali da dare vita, in alcuni casi, a "microsistemi"; e affermandosi che l'ambiguità connessa a ciascuna "norma speciale" sul controllo societario – "alla quale pur espressamente di regola viene attribuito valore solo ai fini della legge che la contiene (o addirittura solo di una sua parte)", e che solitamente aggiunge alle ipotesi codicistiche ulteriori fattispecie di "controllo di fatto azionario e contrattuale" – finisce per suggerire "un surrettizio, ma insostenibile tentativo di allargare", per l'appunto "attraverso una norma speciale, la portata dichiaratamente limitata, la norma generale"; di tale processo costituirebbe egregio esempio l'art. 37 della legge 6 agosto 1990, n. 223 oggi abrogato, il quale prevedeva – sia pure ai limitati fini della disciplina del sistema radiotelevisivo, cui la legge si riferiva – che "costituiscono controllo e collegamento la sussistenza dei rapporti configurati come tali nell'art. 2359 c.c., ancorché tali rapporti siano realizzati congiuntamente con altri soggetti tramite società direttamente o indirettamente controllata o tramite intermediazione fiduciaria o mediante accordi parasociali" (su tale norma v. anche M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, 114 s.; A. GENTILI, *Norme sulle società. Società controllate e società collegate*, in V. ROPPO, A. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1991, 575 ss.; ID., *Legge 25 febbraio 1987, n. 67*, in *N. leggi civ.*, 1987, 1062 ss.; D. DI SABATO, *Ancora una definizione di controllo. Note in margine all'art. 37 della legge 6 agosto 1990, n. 223*, cit., 87 ss.). Inoltre, cfr. V. CARIELLO, "Controllo congiunto" e accordi parasociali, cit., 85, sub nota 28, il quale afferma che "[s]e bene si sia assistito" – come molta dottrina ha avuto modo di rilevare – "[soprattutto] negli [...] anni [Ottanta e Novanta del XX secolo] a una 'proliferazione' delle nozioni di controllo [...], appare fondato ritenere, nonostante qualche a. abbia espresso avviso contrario, che l'art. 2359 cc. continua a conservare centralità sistematica" (sul punto citando, tra gli altri, G. OLIVIERI, *La redazione del bilancio consolidato in Tratt. Società per azioni* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. 7, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, Utet, Torino, 1994, 677 ss., e ivi 680; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Giappichelli, Torino, 1996, 12 (sub nota 16); G. SBISÀ, *Funzione di*

Del resto, come si è anticipato nel paragrafo 2, anche nell'ambito dedicato alle società pubbliche la lettura della definizione contenuta nella lett. *m*) dell'art. 2 del TUSP indica chiaramente che il significato attribuibile all'espressione "società a controllo pubblico" [25] non può prescindere dalla connessa definizione di "controllo" offerta nell'art. 2, lett. *b*) del d.lgs. n. 175/2016; la quale, a sua volta, nel primo periodo richiama la corrispondente nozione di diritto societario comune, ossia quella delineata nell'art. 2359 c.c. Al rinvio "pieno" alle tre fattispecie contemplate nel comma 1° di tale ultima norma (controllo interno di diritto, controllo interno di fatto e controllo in virtù di "particolari vincoli contrattuali"), oltre che, a rigore, al comma 2° (controllo indiretto), il secondo periodo della definizione del testo unico ha aggiunto un'ipotesi ulteriore, specificatamente dedicata al "controllo congiunto", riscontrabile allorquando "in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo" e della quale meglio ci si occuperà nel prosieguo di questo lavoro.

Benché non sia possibile ripercorrere in questa sede le complesse tematiche che concernono ciascuna delle fattispecie di controllo individuate nell'art. 2359 c.c., appare chiaro che, dell'intera definizione speciale di controllo contenuta nell'art. 2, lett. *b*), TUSP, quanto meno la prima parte – quella cioè che provvede ad un pieno e completo rinvio all'art. 2359 c.c. – andrà ricostruita verificandone i possibili significati operativi rispetto all'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina giuscommercialistica affaticatesi intorno all'interpretazione di tale norma codicistica. Ma anche il secondo periodo della norma del testo unico – cioè quella dedicata all'(unica) ipotesi di controllo congiunto e che qui più interessa analizzare – non potrà risultare del tutto immune dall'itinerario interpretativo emerso, a partire dalla medesima disposizione codicistica, intorno al tema della valenza generale o meno di tale ulteriore concetto [26]. E tale approccio metodologico sembra trovare con-

una nozione unitaria di gruppo e molteplicità delle nozioni di controllo, in AA.VV., *La disciplina dei gruppi di imprese: Il problema oggi*, cit., 282 s.). Nel senso invece che l'art. 2359 c.c. avrebbe perduto la propria centralità sistematica G. FIGÀ-TALAMANCA, *op. cit.*, 359. Esprime alcune motivate riserve sulla valenza generale dell'art. 2359 c.c. M. NOTARI, *La nozione di "controllo" ecc.*, cit., spec. 179 ss. (e part. 182 ss.), 211 ss. e 225 s. Il discorso relativo ai rapporti (tormentati) tra la nozione codicistica di controllo e le diverse definizioni di c.d. diritto speciale si salda evidentemente con il più ampio tema, da tempo studiato, della "frantumazione degli istituti" e del "particolarismo di disciplina" che, come autorevolmente notato tempo addietro, "ha raggiunto ormai la materia societaria, e quella azionaria in particolare"

[25] Il lemma completo rimanendo – vale la pena ribadirlo – *società a controllo pubblico*, così come specificato nella lett. *m*) dell'art. 2 e poi in numerose norme del TUSP.

[26] Sul punto, v. sin da ora M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, cit., spec. 120-121, ove, nel riconoscere quale problema ancora "aperto" quello relativo alla "valenza solo settoriale del riconoscimento" del controllo *congiunto* da parte dell'ordinamento italiano, si pone, da un lato, la più generale que-

ferma nella già citata norma di chiusura del “micro-sistema normativo” [27], specificamente dedicato alle società a partecipazione pubblica, e contenuta nell’art. 1, co. 3, TUSP, laddove appunto si dispone che “[p]er 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” [28].

Ebbene, come già si accennava in esordio di paragrafo, ai numerosi e delicati profili concernenti la disciplina del controllo – profili sui quali in questa sede non si può indugiare – si aggiunge quello del rapporto tra le fattispecie di controllo disegnate nell’art. 2359 c.c. e quelle individuate nelle non poche norme di diritto speciale [29]. Oltre all’art. 26 del d.lgs. n. 127/1991 e all’art. 93 del Testo unico della finanza (d.lgs. n. 58/1998, “TUF”) si possono aggiungere – a mero titolo esemplificativo – l’art. 23 del Testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993, “TUB”), l’art. 72 del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005, “CAP”) e, non ultima per rilevanza, l’art. 7 della legge *antitrust* italiana (legge 10 ottobre 1990, n. 287), la quale peraltro contempla specificamente un’ipotesi di controllo congiunto.

Si è osservato in dottrina che alcune di queste disposizioni servono a perimetra-

stione relativa al “rapporto che intercorre tra tale riconoscimento [del controllo congiunto] e l’art. 2359 c.c. e le altre definizioni legislative di controllo”; e, dall’altro lato, il conseguente tema “dell’individuazione della disciplina effettivamente applicabile (o ricollegabile) al controllo congiunto”.

[27] L’espressione si deve a N. IRTI, *L’età della decodificazione* (già in *Dir. soc.*, 1978, 613 ss., e ora) in ID., *L’età della decodificazione*⁴, Milano, Giuffrè, 1999, 21 ss., e ivi spec. 38 s. e 46 s. (ma del medesimo A. vedasi anche *Le leggi speciali tra teoria e storia*, ibidem, 51 ss., e ivi 70 ss.; e vedila impiegata specialmente nel contesto della teoria della “*pluralità giuridica dei mercati*”, e dunque della corrispondente “*pluralità degli statuti normativi*” a ciascuno di quelli afferenti, in ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato* (già in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 1 ss., e ora) in ID., *L’ordine giuridico del mercato*⁵, Laterza, Roma-Bari, 2009, 57 ss., e ivi spec. 91 ss.; detta espressione viene inoltre utilizzata, ad es., da M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., spec. 459 ss., ed è stata anche di recente ripresa più volte nel contesto delle cc.dd. *società pubbliche* da V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 3 ss.

[28] Tale norma è stata preceduta dall’art. 4, co. 13, quarto periodo, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (norma abrogata dall’art. 28, lett. q) del TUSP), ove si prevedeva che: “[l]e disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”. Come osservato in dottrina, la disposizione in parola rappresenta il punto di arrivo di una sorta di reazione al “progressivo e crescente emergere di deroghe sempre più vistose al diritto societario comune, specialmente (ma non solo) in presenza di determinati presupposti e/o in determinati ambiti, come quello delle c.d. società ‘in house’, intese e rappresentate come (o quanto meno equiparate agli) uffici interni alla pubblica amministrazione” (V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 4); v. inoltre le opere citate *retro*, sub note 12-13, 17, 19 -21.

[29] V. *retro*, note 12 e ss. e relativo testo.

re “l’area del gruppo” [30], con conseguente applicazione di un certo *statuto speciale* del gruppo [31]; altre sono funzionali ad imporre in capo a certi soggetti (e non soltanto gli enti astretti dalla relazione di controllo) particolari doveri di trasparenza, di informazione (*disclosure*) e/o di (analitica) motivazione laddove sia plausibile l’insorgere di conflitti di interessi; altre ancora servono (anche) ad innescare ipotesi di responsabilità e/o a delimitare obblighi (e dunque correlativi diritti) ovvero divieti (e correlative sanzioni) rispetto a certe categorie di atti e/o di condotte oppure con riguardo addirittura ad intere attività *riferibili* a soggetti controllanti e non solo: così, ad esempio, l’art. 2497-*sexies* c.c. che richiama il controllo come presupposto dell’applicazione della disciplina dell’attività di direzione e coordinamento, e in particolare della responsabilità che, in certe circostanze, può essere fatta discendere da un suo esercizio abusivo *ex art.* 2497, co. 1, c.c.; così, ancora, tra le molte altre che potrebbero essere ulteriormente ricordate, l’art. 7 della citata legge n. 287/1990, rispetto alle operazioni di “concentrazione”.

Norma, quest’ultima, sulla quale vale la pena di soffermarsi un poco, risultando ancor oggi la più rilevante di queste nozioni, cosiddette speciali, di controllo e contemplandosi in essa anche la possibilità di un controllo “congiunto”. Tale ultima disposizione integra la definizione delle “operazioni di concentrazione”, contenuta nel precedente art. 5 della medesima legge, la quale, nella parte che qui risulta importante, così recita: “[l]a concentrazione si realizza: [...] b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un’impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente o indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo



[30] M. LAMANDINI, *Il “Controllo” etc.*, cit., 29. Pare significativo ai nostri fini rilevare come l’A. cit. (ivi, *sub* nota 28) specificasse che la “delimitazione dell’area di gruppo [...] diviene evidentemente delicata nel settore delle partecipazioni statali dove si deve tener conto del fatto che l’unitario insieme economico può in parte risultare indipendente dalla detenzione del capitale o dalle norme di controllo amministrativo applicabili”, portandosi l’esempio del caso deciso dalla Commissione CE, *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* (in *G.U.C.E.*, L334 del 5 dicembre 1991, 42) nell’ambito della quale si era considerato, ai fini del calcolo del fatturato, quello ricavato dal gruppo di Alenia e facente capo alla sola *subholding* Finmeccanica, cioè considerando il gruppo come insieme economico dotato di sufficiente autonomia decisionale rispetto all’IRI.

[31] Un vero e proprio “statuto del gruppo” – cioè quel plesso di norme, codicistiche e non, la cui applicazione conseguente al riscontro del gruppo sul piano fattuale poi giuridico alla stregua degli artt. 2497 e seguenti c.c. – viene teorizzato, in particolare, da U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. 39 ss. Sul punto, v. anche G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757 ss., spec. 778 ss.; R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, entrambi in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale), vol. 3, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 2007, rispettiv. 797 ss. (e spec. 823 ss.) e 831 ss.; F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, 86 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss.

dell'insieme o di parti di una o più imprese; [...]". E l'art. 7 a questo punto chiarisce che: "[a]i fini del presente titolo si ha controllo nei casi contemplati dall'art. 2359 del codice civile *ed inoltre* in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, *da soli o congiuntamente*, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa [...]" (l'enfasi è aggiunta).

Nell'ambito del diritto *antitrust* la nozione di *controllo* viene pertanto "costruita intorno al concetto unitario di influenza *determinante* (termine che sostituisce quello di influenza *dominante* presente nell'art. 2359 c.c.)", sancendo "l'abbandono (temperato tuttavia dall'immane rinvio all'art. 2359 c.c.) di una tecnica costruttiva fondata sulla 'tipizzazione' rigida di specifiche figure di controllo presunto alle quali viene preferita una definizione generale di controllo da influenza determinante, che postula un'indagine fondata sull'apprezzamento delle circostanze concrete circa la sussistenza di tale potere almeno potenziale" [32].

Pertanto, la nozione di controllo individuata dall'art. 7 della legge n. 287/1990, pur effettuando un rinvio pieno all'art. 2359 c.c., e aggiungendovi ("e inoltre") altre figure di controllo, in particolare quella di controllo congiunto, configura – dal punto di vista dell'ambito soggettivo di applicazione – una "descrizione della fattispecie assai più generale, sia per impianto sia per contenuto, rispetto alla nozione codicistica" [33], di ciò trovandosi successiva conferma, sia nell'art. 26 del d.lgs. n. 127/1991, sia nell'art. 93 del TUF. Infatti – e tralasciando qui la questione (che verrà ripresa nel prossimo paragrafo) circa la fondatezza o meno della distinzione tra influenza *dominante* (di cui all'art. 2359 c.c.) e influenza *determinante* (di cui all'art. 7 legge n. 287/1990) [34] – sul piano "dei soggetti di controllo", la ricostru-



[32] M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, cit., 34. Ciò, secondo l'A cit. (ivi) potrebbe "tra l'altro ad attribuire rilevanza anche a mezzi o rapporti fonte di influenza determinante diversi da quelli tipizzati dall'art. 2359 c.c. Inoltre, la nozione in esame estende dal punto di vista oggettivo il controllo a situazioni di potere sull'impresa, piuttosto che sulla società, e sotto il profilo soggettivo non richiede più, per il soggetto attivo di controllo, natura societaria, potendo essere controllante anche la persona fisica". Sul piano applicativo, la dimensione meramente potenziale del "controllo" permette, tra l'altro di attribuire rilevanza all'acquisto (trasferimento) e/o alla sottoscrizione, voi di diritti di opzione su azioni emesse o da emettere (quali ad esempio *warrants*), vuoi, parallelamente, di obbligazioni convertibili in azioni ordinarie: in questo senso, v. Trib. Milano, 19 dicembre 1986, cit. (caso *Rizzoli-Corriere della sera*). E cfr. L.A. BIANCHI, *Il caso Rizzoli: fase seconda* (Nota ad App. Milano, 4 ottobre 1991), in *Giur. comm.*, 1992, II, 249 ss.

[33] M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, cit., 33, precisando inoltre che la definizione della legge italiana *antitrust* si mostrerebbe "fortemente debitrice del modello di controllo sviluppatosi a livello comunitario" (e in particolare, all'epoca, dell'art. 3, Regolamento CEE n. 4064/89).

[34] Se per un verso, la nozione di cui all'art. 7 della l. n. 287/90 ruota attorno alla a quella che è stata addirittura definita la "clausola generale" dell'influenza "*determinante*" (così V. DONATIVI, *I "confini" del controllo congiunto*, cit., 554-555, testo e *sub* nota 6, a sua volta citando, tra gli altri, C. OSTI, *Commento sub art. 7 l. 10 ottobre 1990 n. 287*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C.

zione dottrinale che ha voluto individuare nelle fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. dei tratti tipologici, e dunque ricorrenti, della figura in parola (tra i quali appunto l'esercizio di un'"influenza dominante") ha altresì ritenuto che, per un verso, "il 'tipo' risenta di un notevole allargamento soggettivo, dal momento che si è passati da fattispecie in cui il soggetto attivo di controllo poteva essere solo una società di capitali [secondo una interpretazione letterale dell'art. 2359 c.c.] ad altre in cui tale è qualsiasi società o persona fisica" [35]; per altro verso – e soprattutto in forza della sistematica emersa dai tentativi di coordinare le numerose norme speciali nel tempo dettate in tema di controllo (e in particolare in virtù delle suddette norme cosiddette speciali, e cioè dell'art. 7 legge n. 287/1990 e, poi, dei già citati artt. 26 d.lgs n. 127/1991 e 93 del T.U.F.) – la nozione di controllo si è vista estesa oltre il più ristretto ambito del fenomeno societario, potendosi riferire, da un capo o dall'altro della relazione ad essa sottesa, ad un'*impresa*, di qualunque forma organizzativa quest'ultima possa essere rivestita [36].

La nozione codicistica di controllo – e così le tre fattispecie che sono descritte

UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Zanichelli, Bologna, 1993, t. I, spec. 577 ss., e part. 580 s.), per altro verso non si può dimenticare che, invece, il tratto tipologico qualificante della nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. (nonché delle norme di diritto singolare che dettano definizioni speciali di controllo, richiamando, in diversa misura e maniera, la predetta norma codicistica) rimane – come accennato in precedenza, e com'è generalmente riconosciuto in dottrina – l'"influenza dominante" (*ex multis*, v. M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, cit., spec. 33 ss. e 54 ss., tra l'altro sottolineando la maggior pregnanza della prima nozione, sebbene racchiusa in una norma c.d. speciale). Pertanto, accanto all'annoso problema relativo alla valenza generale o meno del concetto di *influenza dominante*, quale emerge dall'art. 2359 c.c., e alla connessa questione – altrettanto delicata e discussa – dell'attitudine delle nozioni di controllo di cui alle definizioni speciali (e in particolare di quella contenuta nell'art. 7, l. n. 287/1990) ad integrare la nozione di controllo codicistica, ci si era chiesti, più in particolare, se la nozione *speciale* di influenza *determinante* e quella di *influenza dominante* (quest'ultima intesa, invece, come il concetto immanente alla nozione codicistica, e dunque generale-residuale, di controllo) potessero considerarsi espressioni equivalenti, oppure no. Come già rilevato in altre parti del lavoro, rispetto a tale questione, la dottrina si mostra divisa: a coloro che ritengono le qualificazioni dell'influenza equipollenti (per tutti v. M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, spec. 57 s.), si contrappone altra parte della dottrina che, invece, ne rileva la distinzione qualitativa e non soltanto quantitativa a partire da diversi argomenti letterali e sistematici (per tutti v. M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., 470 ss. e 489 ss.).

[35] M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, cit., 106. Afferma F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* (diretto da F. d'Alessandro), cit., 376-377, che, a differenza delle norme speciali sul controllo, "nel sistema codicistico il rapporto di controllo è di norma intersocietario", specificandosi inoltre che "[c]'è solo una disposizione, introdotta dalla riforma societaria, che fa riferimento ad un rapporto di controllo tra un 'ente' ed una società: si tratta dell'art. 2497-sexies [...]".

[36] In merito ad entrambi i profili descritti nel testo, e specie con riguardo all'influsso sulla ricostruzione del generale concetto di controllo operato dalla correlativa definizione speciale, contenuta nella legge *antitrust* (artt. 5 e 7), v. M. LAMANDINI, *Il "Controllo" ecc.*, cit., spec. 28 ss., 53 ss., 83 ss., 91 ss., 103 ss. e 246 ss.

nel co. 1 dell'art. 2359 (controllo interno di diritto; controllo interno di fatto e controllo esterno, c.d. contrattuale) – risulta anch'essa ricostruibile in termini generali-residuali, alla luce delle numerose definizioni forgiate nel tempo dalla cosiddetta legislazione speciale – dalle già citate norme del TUB, del TUF e del CAP, passando per molte altre situazioni o discipline di settore dettate in tema di imprese e di società [37] – che pur alterando (modificando, integrando e/o specificando) il tenore di quella disposizione, inevitabilmente vi fanno riferimento e/o rinvio, così supportando quella tesi secondo la quale la disposizione di cui all'art. 2359 c.c. “pur non essendo dotata di valenza generale”, tuttavia “rivestirebbe una posizione di ‘centralità sistematica’ che la farebbe assurgere a punto di (primo) riferimento (privilegiato) per la ricostruzione dei cardini base su cui si fonda una relazione di controllo” [38].



[37] Si possono ad esempio citare gli artt. 34, co. 2, e 38, co. 1, lett. *m-quater*), 50, co. 1, lett. a) (sebbene il rinvio sia limitato ai soli nn. 1 e 2 del co. 1 dell'art. 2359 cc.); 90, co. 8; 91, co. 7; 118, co. 8; 157, co. 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (recante il “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”, peraltro abrogato dall'art. 217, co. 1, lett. e), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nonché gli artt. 24, co. 7; 80, co. 5, lett. *m*); 105, co. 18; 185, co. 1; 209, co. 1, dello stesso d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante): norme – tutte quelle ora citate – nelle quali si rinvengono plurimi rinvii alle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. Riferimenti all'art. 2359 c.c. si ritrovano anche nei commi 12 e 14 dell'art. 43 del D. Lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (recante il Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici): peraltro, il co. 15 della medesima norma individua una “speciale” nozione di controllo, che – *more solito* – spiega la propria efficacia ai limitati fini della disciplina di settore, in cui potrebbe forse contemplarsi – la disposizione in parola non pare invero costruita in modo lineare – anche una situazione di controllo congiunto: cfr. la lett. c), ove il riferimento ad una situazione di “assoggettamento a direzione comune, che può risultare anche in base alle caratteristiche della composizione degli organi amministrativi o per altri significativi e qualificati elementi”. D'altro canto, il co. 13 – pur sempre ai limitati “fini della individuazione delle posizioni dominanti vietate dal presente testo unico nel sistema integrato delle comunicazioni” – considera “anche le partecipazioni al capitale acquisite o comunque possedute per il tramite di società anche indirettamente controllate, di società fiduciarie o per interposta persona”, così di fatto richiamando la nozione speciale di controllo di cui al comma 15; e inoltre inserendo una norma interessante in caso di controllo da sindacato di voto, modellata (così sembrerebbe) sulla falsariga dell'ormai da tempo abrogato art. 27, co. 2, legge n. 287/1990 (nella versione in vigore dal 14 ottobre 1990 al 31 dicembre 1991, ossia nel testo precedente le modifiche apportate dal d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481), a mente della quale: “[a]llorché tra i diversi soci esistano accordi, in qualsiasi forma conclusi, in ordine all'esercizio concertato del voto, o comunque alla gestione della società, diversi dalla mera consultazione tra soci, ciascuno dei soci è considerato come titolare della somma di azioni o quote detenute dai soci contraenti o da essi controllate”.

[38] V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 214 e 1275. E in tal senso appare orientata la maggior parte della dottrina precedente. Sostiene la valenza *residuale*, piuttosto che, *tout court*, *generale* della definizione codicistica di controllo M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., 477 (pur non disconoscendo l'eventualità – paventata da G. FIGÀ-TALAMANCA, *Direzione e “proprietà transitiva” del controllo*, cit., 359 – che il proliferare di nozioni cc.dd. “speciali” di controllo possano infine produrre l'effetto di attenuare o addirittura far venir meno la “centralità del ruolo dell'art. 2359 c.c.”).

Insomma, il riscontro di una posizione di *controllo* alla stregua delle molteplici disposizioni di diritto speciale sembra funzionare come una sorta di *interruttore* per l'applicazione (ovvero la disapplicazione) di certe regole rispetto a certe persone o enti (non soltanto tra società, dunque) che, ricorrendo i presupposti rispettivamente indicati in ognuna di tali norme, non sono più trattati, per i corrispondenti fini, quali soggetti distinti, ma vengono appunto considerati (in varia misura) come unificati sotto un unico centro di potere decisionale. E non sembra diverso il meccanismo utilizzato anche nel TUSP: come già rilevato, infatti, al riscontro nella società a partecipazione pubblica di una situazione di “controllo” da parte di “una o più amministrazioni pubbliche” consegue (anche) la qualificazione di “società a controllo pubblico”, con correlativa applicazione di un regime giuridico particolare, condensato specialmente (ma non esclusivamente) negli artt. 6, 11 e 13 [39].

In questa luce, allora, ognuna di queste definizioni *speciali* di “controllo” risulta destinata ad operare soltanto in certi (e usualmente ben definiti) settori – o “micro-sistemi normativi” [40] – che di volta in volta specificano ovvero ampliano la por-

[39] Ma sono molte, va ribadito, le disposizioni speciali del testo unico del 2016 applicabili sul presupposto che la società “a partecipazione pubblica” sia al contempo qualificabile come società “a controllo pubblico”: a mo’ di esempio, possono qui ricordarsi, oltre alle norme già citate nel testo, gli artt. 3, co. 2; 14, co. 2; 19, 22 e 25.

[40] In passato, per tale affermazione (sia pure non ancora sistematicamente collocata nella temporalmente successiva teoria dei “micro-sistemi normativi” di N. IRTI), v. T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, 219 ss., e ivi 252, ove si legge: “il controllo [...] non indica una determinata situazione giuridica, ma una situazione di fatto che può derivare da rapporti giuridici diversi, attenendo (e quand’anche esercitato da un solo soggetto) non già al tipo del rapporto, ma a modalità di fatto e a modalità di fatto relative alla situazione comparativa dei vari interessati nella società. Questa situazione di fatto può tuttavia costituire il presupposto per l’applicabilità di determinate norme, acquistando allora giuridica rilevanza, e potranno allora essere diverse le accezioni alle quali si dovrà far capo nel definire il ‘controllo’ in relazione alle diverse norme nei cui confronti deve essere considerato”. A partire da questa posizione si è in seguito affermata la “tesi che accetta come un dato di fatto l’irriducibilità delle diverse ‘nozioni’ di controllo ad un paradigma comune” insistendo “nel difender l’ipotesi, che evidentemente restituisce razionalità e concretezza all’operato del legislatore, di una corrispondenza tra le singole definizioni di controllo e le finalità o le caratteristiche operative particolari dei diversi interventi legislativi settoriali”: cosicché “ciascuna definizione di controllo acquista senso nella misura in cui essa sia funzionale agli scopi che il legislatore si prefiggeva nel dettarla e che pertanto ciascuna definizione riflette le esigenze ‘tecniche’ della disciplina che ad essa è riferita” (così, sia pure con piglio critico, M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., 458-459, testo e nota 4, ove i relativi riferimenti bibliografici). Nel senso di superare almeno parzialmente questa posizione, e dunque sostenendo l’opportunità quanto meno di verificare – pur nella consapevolezza del fatto che “gli stessi micro-sistemi da assemblaggio di norme speciali sono tutt’altro che facili da costruire” – la possibilità di immaginare dei “micro-sistemi normativi” a partire dalle definizioni di controllo contenute nelle leggi speciali, ove le rispettive nozione di controllo, pur singolarmente enucleate dal legislatore, possano tuttavia ricondursi ad una sorta di filone comune, ad esempio le finalità antimonopolistiche, rendendo così possibile l’utilizzo dell’analogia, si esprime P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo ecc.*, spec. 4-5. Per una concreta configurazione di un simile “micro sistema” di nozioni di controllo, capace

tata del potere di determinare l'azione societaria della controllata rispetto all'estensione delle fattispecie disegnate nell'art. 2359 c.c., così allargando, modificando ovvero specificando – sul piano, ora soggettivo, ora (anche) oggettivo – il novero dei casi in cui si può legittimamente affermare che una società (*recte*, un'*impresa* e finanche un soggetto *non* imprenditore) *controlla* un'altra società [41]. E di nuovo

di estendersi a partire dalla definizione di cui all'art. 7 della legge *antitrust*, alle più specifiche definizioni contenute nella legge sull'editoria, sull'emittenza televisiva e finanche nell'ambito della definizione invalsa ai fini di identificare il gruppo creditizio, cfr. D. CORAPI, *In tema di interpretazione delle nozioni di concentrazione e di controllo nella legge 10 ottobre 1990, n. 287*, cit. (ipotesi ricostruttiva rispetto alla quale esprime alcune motivate riserve M.S. SPOLIDORO, *op. ult. cit.*, 459-460, *sub* nota 6).

[41] In tal senso sembrerebbe tuttora plausibile avallare la tradizionale ipotesi di chi ravvisa una corrispondenza fra ciascuna definizione di controllo enucleata dal legislatore, da un lato, e “finalità e struttura dell'intervento legislativo”, dall'altro: tuttavia, M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., 461-462 (a sua volta elaborando uno spunto di P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo ecc.*, cit., 5-6), rileva che l'elemento testuale che pare capace di mettere in crisi la stessa fondamentale “idea che le diverse nozioni di controllo possano essere giustificate dalle distinte finalità perseguite dalle discipline che le utilizzano” – ossia, ripetesì, il presupposto che sta alla base del tutt'oggi prevalente approccio *pluralistico* (o *polimorfo*) alla nozione di controllo nel nostro ordinamento – è “il quasi immancabile rinvio all'art. 2359 c.c., la cui definizione di controllo evidentemente viene sentita come quella ‘normale’, ‘comune’ o ‘generale’”, ulteriormente ricavandone la condivisibile e ancora valida conclusione per la quale “la nozione dell'art. 2359 è quella con cui tutte – o quasi tutte – le definizioni speciali di controllo devono confrontarsi”; e poi avanzando l'ipotesi che la nozione codicistica debba considerarsi *residuale*, piuttosto che *generale tout court* (ID., *op. ult. cit.*, 477). Tutto ciò non elimina, è chiaro, la possibilità che sussistano nell'ordinamento nozioni *speciali* di controllo che alimentano plessi normativi essi stessi classificabili, nel loro complesso, di diritto singolare; e come pare in effetti accadere nel peculiare contesto delle “società a partecipazione pubblica” di cui si qui si parla. Il punto centrale mi sembra rimanga quello di comprendere – in un contesto assai delicato e in continuo divenire, ove i rapporti tra norma *generale*-norma *speciale*-norma *eccezionale*, sebbene analiticamente identificabili di volta in volta nei vari contesti dati, risultano pur sempre improntati ad un'estrema relatività (così N. IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, ora in ID., *L'età della decodificazione*⁴, cit.) – la *misura* della divergenza tra ciascuna nozione singolare di controllo e quella ritenuta di diritto societario comune; e quindi il senso sistematico delle definizioni cosiddette speciali. Nello specifico ambito che qui ci occupa, va aggiunto, il significato funzionale delle definizioni di “controllo” e di “società a controllo pubblico” è ancor più articolato; e si manifesta soprattutto nella conseguente applicazione di una disciplina che ha, ad un tempo, un oggetto gius-pubblicistico-amministrativistico e gius-privatistico-societaristico e che comporta, entro entrambi gli ambiti, deroghe, modifiche e/o specificazioni dei rispettivi regimi, che si potrebbero per semplicità qui definire “di diritto comune”. Inoltre, sembra che i due predetti profili siano talora difficilmente scindibili; ed essi paiono d'altra parte strumentali ad una disciplina singolare delle società con partecipazione pubblica dettata, sia con finalità di riduzione di spesa, sia di trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa, sia di garanzia della concorrenzialità del mercato ove tali società, nelle distinte varianti previste dallo stesso d.lgs. n. 175/2016, sono destinate ad operare. Ed è proprio tale compresenza (e talora vera e propria mistione) di scopi diversi (e dunque di *rationes* distinte, eppure talora inestricabilmente connesse) nel medesimo plesso normativo che concorre a rendere la nozione di “controllo” (e di “società a controllo pubblico”) ad un tempo così pregnante e complessa nell'economia del TUSP: in altri termini, la conseguenza della (ulteriore) qualificazione di una società a *partecipazione pubblica* quale società a *controllo pubblico* ha conseguenze sul suo stesso regime legale e non comporta semplice-

va rilevato che anche l'art. 2, comma 1, lett. b) del TUSP pare destinato ad operare in modo analogo: per un verso rinviando alle tre ipotesi di controllo divise nell'art. 2359, co. 1, c.c., ma aggiungendovi, nel secondo periodo, la già richiamata fattispecie di "controllo congiunto", destinata ad applicarsi (soltanto) in presenza di certi presupposti (e di cui meglio si dirà nei successivi paragrafi), non previsti nella disciplina codicistica, e pertanto risultando *prima facie* non riconducibile ad essa in via generalizzata; per altro verso, il proprio ambito applicativo rimanendo agganciato a doppio filo (e dunque limitato) al testo unico in cui si trova collocata.

A quanto sin qui rilevato in linea generale si può aggiungere che – in ragione del fatto che molte delle definizioni contenute nell'art. 2 nonché diverse norme del TUSP ruotano intorno al concetto di *partecipazione* [42] – a ben vedere, la definizione di *controllo* contenuta nello stesso testo unico delle società pubbliche – pur con il suo rinvio "pieno" all'art. 2359, c.c. (cioè, va ribadito, alla norma del Codice civile che, tutt'oggi, primariamente concorre a definire la nozione di *controllo*) – sembra fondarsi sull'*atto* di esercizio del diritto di voto o comunque – ove si intenda valorizzare anche la condizione di influenza dominante *potenziale* – sulla *situazione di disponibilità* (solo tendenzialmente e non necessariamente corrispondente ad un rapporto dominicale sulle azioni o sulle quote dotate del diritto di voto di cui si parla [43]), ascrivibile ad un socio, di voti sufficienti a determinare l'esito di una

mente l'applicazione di meri obblighi informativi e/o di singoli doveri (positivi o negativi) di comportamento, come invece solitamente accade rispetto ad altre nozioni, cosiddette speciali, di *controllo*.

[42] Si noti infatti, che delle definizioni racchiuse nell'art. 2, TUSP, due riguardano direttamente la nozione di *partecipazione* (lett. f), "partecipazione" e lett. g), "partecipazione indiretta"); e queste a loro volta costituiscono la base su cui si fondano sia la definizione di "società a partecipazione pubblica" che contempla, oltre alle "società a controllo pubblico", le società "partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche [...]" (lett. n)), sia quella di "società in house" (lett. o)), ove si precisa, tra l'altro, che tali sono le "società [...] nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'art. 16 comma 1° [...]"; e le "società quotate" (lett. p)), la cui nozione si ricava in base alla quotazione su mercati regolamentati delle *partecipazioni* (di tipo azionario o di altri strumenti finanziari). Tra le norme costruite intorno alla nozione di *partecipazione* (diretta o indiretta), v., ad esempio, gli artt. 3; 4; 5 commi 1 e 3; 7, 8; 9; 10; 16, commi 1 e 2; 17; 18; 20 e 24, TUSP. Su tale concetto e sulla sua rilevanza, prima e dopo il TUSP, v. ad es., V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 1267 ss. e 1279 ss.; inoltre v. *retro*, sub nota 5 e *infra*, sub nota 122.

[43] Sul concetto di "disponibilità" di cui all'art. 2359, co. 1, n. 2), c.c., v. M. NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, cit., 331 ss., e part. 334 ss. (il quale, non solo ritiene "sussistente il controllo interno – ove le percentuali siano sufficienti per l'esercizio dell'influenza [dominante] – nei casi di disponibilità dei diritti di voto grazie ad un diritto parziale sulle azioni, che privi del voto il titolare della partecipazione", come nel caso di usufrutto e pegno di azioni o quote, salvo convenzione che mantenga il diritto di voto in capo al relativo titolare, ma attribuisce il controllo "nella forma di controllo *interno*, [...] anche colui che possiede le azioni ad altro titolo (vantando cioè un diritto reale parziario sulla partecipazione) nonché colui che ne sia 'sostanzialmente' titolare attraverso una qualsiasi forma di *interposizione*"); G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., 691 (ove si legge che "il verbo 'disporre' nel frangente viene usato in un'accezione diversa dalla solita, quale sinonimo di 'orientare, in-

certa votazione [44] nell'assemblea ordinaria della società in predicato di essere qualificata come "controllata" [45] – e dunque primariamente alle fattispecie di cui ai numeri 1) e 2) della citata norma codicistica. E ciò si può affermare sebbene non

fluenzare (*et similia*) nel proprio interesse: lo dimostra la precisazione contenuta nel secondo comma dell'articolo [2359 c.c.], per cui si 'dispone' anche dei voti spettanti a controllate, fiduciarie e persone interposte (benché non spettanti direttamente alla controllante, la quale potrebbe vedere le proprie istruzioni non rispettate) e per contro non si 'dispone' dei voti esprimibili per conto di terzi (benché praticamente potrebbe farsene ciò che si vuole, violando se del caso le altrui istruzioni)". Scrive G. SBISSÀ, *Società per azioni*, I, Art. 2325-2409, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, cit., 465-466, che ciò che conta "non è l'appartenenza delle azioni o quote in quanto tale e neppure la titolarità del diritto di voto, bensì il potere di decidere sul suo esercizio": in definitiva, "l'art. 2359 c.c. impone di tener conto del reale potere di decisione" del soggetto (di norma il socio-società) che vota in assemblea. Sul tema, v. anche L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società "controllate" e "collegate"*, in M. BUSSOLETTI (a cura di), *La nuova disciplina dei bilanci di società*, Giappichelli, Torino, 1993, spec. 7, 9 e 12 ss. e, più recentemente, F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, cit., 377 s.

[44] Sulla distinzione tra nozione di "controllo" e quella di "direzione e coordinamento", pur tra loro connesse (v. ad es. M. LAMANDINI, *Commento sub art. 2359 – 2359-quinquies*, cit., 395), pare molto interessante quanto rileva, sia pure in un diverso contesto, R. Costi, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 860 ss. e ivi 869, laddove si afferma che il "controllo" non è [...] il contenuto di un'attività, come quella di direzione, ma una 'situazione' individuata attraverso la detenzione di una partecipazione". Peraltro, sembra di molto ridurre la differenza che pure la dottrina maggioritaria tuttora ravvisa tra questi due concetti (in tal senso, v. per tutti M.S. SPOLIDORO, *Il concetto ecc.*, cit., 476 s., testo e nota 54), B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, ora in *Id.*, *Opere monografiche*, vol. II, cit., e ivi spec. 258 e 259, ove, benché *prima facie* si riconosca che tale impostazione risulta "completamente diversa da quella propria all'ordinamento italiano vigente", per un verso, si dà atto di una definizione di influenza dominante ("*beherrschender Einfluss*") che, nell'ambito della dottrina tedesca, viene posta in diretto rapporto con la nozione di "*Konzern*"; e, per altro verso, partendo da una definizione di influenza dominante quale elemento costante della nozione di controllo, e discutendo del delicato problema della necessità o meno che tale situazione permanga nel tempo (c.d. requisito della *stabilità* del controllo-influenza dominante), si giunge ad affermare che "la fugacità del rapporto impedisce invero la realizzazione, sia pure in potenza, di quella direzione unitaria che in ultima analisi è il dato qualificante della fattispecie": ove tuttavia per fattispecie, nel contesto del discorso condotto da tale chiaro Autore, si dovrebbe intendere per l'appunto quella del controllo, e non già quella relativa all'attività di direzione unitaria (ossia, come oggi si direbbe alla stregua degli artt. 2497 e seguenti, c.c., di "direzione e coordinamento" di società), così in ultima analisi finendosi per elidere la differenza tra le due fattispecie.

[45] Ciò evidentemente non vale per l'ipotesi espressa nel n. 3) del co. 1 dell'art. 2359, c.c., ossia rispetto ai casi di controllo esterno (contrattuale): qui, infatti, l'influenza dominante – elemento che, come si ricorda nel testo, costituisce il *leit motiv* della nozione codicistica del controllo – viene ricavata dal riscontro di "particolari vincoli contrattuali" instaurati tra il soggetto controllante e l'ente controllato. Come peraltro osserva B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Nardini, Firenze, 1981 (ora ristampato, in *Id.*, *Opere monografiche*, vol. II (a cura di G. Guizzi), Giuffrè, Milano, 2017, 199 ss., e ivi spec. 262), l'eventuale situazione di dipendenza economica dovuta, ad esempio ai finanziamenti concessi dal soggetto cui si intenda imputare l'esercizio dell'influenza dominante sulla società (o impresa) controllata, dovrà "emergere a livello organizzativo": occorrerà cioè che "gli schemi decisionali della società che si assume dipendente siano effettivamente influenzati – da un accordo contrattuale, da una situazione di soggezione economica – in maniera che la linea di azione prescelta, e ciò si tradurrà il fatto del controllo significativo a livello giuridico, non sia libera ma soggetta a direttive non formatesi nell'ambito della normale esplicazione del modulo organizzativo cui pure si riferiscono".

si possa escludere, quanto meno in linea di principio, che il controllo possa altresì scaturire alla stregua del n. 3) del co. 1 della medesima disposizione, ossia in ragione di “particolari vincoli contrattuali”, i quali – anche al di là di un’influenza dominante che, per così dire, si propaghi dal controllante alla controllata attraverso (una catena di) partecipazioni sociali – astringano società controllata e società controllante consentendo il dominio della seconda sulla prima; ciò sembra evincersi, in particolare, dalla frase finale della definizione speciale di *controllo* di cui all’art. 2, lett. b), TUSP (e con la quale tra poco ci si dovrà cimentare), ove si fa riferimento a “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale”, per le quali, ai fini di veder integrata la fattispecie speciale di controllo congiunto, “è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”; e la cui adozione, stando al tenore letterale della disposizione, mi pare non debba necessariamente essere rintracciata in una deliberazione dell’assemblea dei soci di s.p.a. ovvero, nel caso di s.r.l., in una “decisione” dei soci, potendo altresì risultare da atti formati *aliunde*, ad esempio, dall’organo amministrativo e perfino (e di nuovo stando alla lettera della norma speciale) in seno a un patto parasociale.

Ponendosi su di un piano più generale, il delicato discorso relativo ai rapporti (tormentati) tra la nozione codicistica di *controllo* e le diverse definizioni che di tale concetto si ritrovano racchiuse in quelli che anche nel diritto dell’impresa si affermano come “micro-sistemi” o plessi semi-autonomi di regole primarie e (ormai) soprattutto regolamentari (ad esempio, si pensi nuovamente ai cosiddetti “testi unici”, quali sono i già menzionati TUF, e TUB, nonché ai “codici” di settore, quali il “codice del consumo”, il “codice del turismo”, il già citato CAP, ecc.) finisce per saldarsi con il più ampio tema, da tempo studiato (e sul quale qui non è possibile indugiare), della crisi del principio di gerarchia delle fonti del diritto, della “frantumazione degli istituti” e del “particolarismo di disciplina” che, come autorevolmente notato tempo addietro, “ha raggiunto ormai la materia societaria, e quella azionaria in particolare”, sicché appare sempre più condivisibile “la constatazione che non esiste più un unico modello di società per azioni” [46] – né, oggi occorre

[46] Così C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni* (diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale), vol. 8 – *Società di diritto speciale*, Utet, Torino, 1992, 523 ss., e ivi 525 s. (ma *passim*). Sul punto, v. inoltre C. FOIS, *La società per azioni tra codice civile e legislazione speciale. Preliminari ad una indagine esegetica*, cit., spec. 92 ss. e 110 ss.; ID., *Il “giardiniere” di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell’economia* in *Giur. comm.*, 2006, I, 321 ss., e ivi spec. 328 s., 336 s. e 341 ss.; G. SBISÀ, *Fattori di evoluzione del diritto privato, scomposizione degli istituti e ricostruzione del sistema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 822 ss.; V. DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie*, in *Giur. Comm.*, 1991, I, 468 ss.; A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statuari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Riv. Orizz. Dir. Comm.*, 2/2017. Nell’ambito dello specifico tema delle partecipazioni pubbliche, v. per tutti G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Longanesi, Milano, 1979; su un piano più generale, v. anche N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull’interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, ora in ID., *L’età della decodificazione*⁴, cit., 165 ss.

aggiungere, di società a responsabilità limitata! [47] –, tutto ciò incidendo profondamente sulla stessa conformazione giuridica dell'impresa che per la sua natura intrinsecamente fattuale e dinamica, tende a sottrarsi a ipostatizzazioni di norme e/o istituti e talora finanche alle più flessibili logiche dei “tipi”.

4. La figura del “controllo congiunto”, tra diritto societario comune e disposizioni speciali

Sin qui si è fatto prevalentemente riferimento a nozioni di controllo “solitario”,

[47] V. ad es. O. CAGNASSO, *Note in tema di start up innovative, riduzione del capitale e stato di crisi (dalla ‘nuova’ alla ‘nuovissima’ s.r.l.)*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 5/2014, 9 ss.; ID., *Il socio di s.r.l. privo del diritto di voto. Qualche riflessione in tema di proprietà e controllo nell’ambito delle società P.M.I.*, *ibidem*, 6/2018, 915 ss.; ID., *Preliminare di vendita e pignoramento di partecipazioni di s.r.l. – la “lunga marcia” di avvicinamento delle partecipazioni di s.r.l. alle azioni* (nota a Trib. Milano, Sez. spec. imprese, 9 maggio 2017 e Cass. civ., Sez. III, 18 agosto 2017, n. 20170), in *Giur. it.*, 2017, 11, 2422 ss.; ID., *Profili organizzativi e disciplina applicabile alle s.r.l. P.M.I.*, relazione presentata al Convegno *Società a responsabilità limitata, piccola e media impresa, mercati finanziari: un mondo nuovo?* (Courmayeur, 14-15 settembre 2018); P. BENAZZO, *La s.r.l. start up innovativa*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 101 ss.; ID., voce “Start up e P.M.I. Innovative”, in *Digesto disc. priv.*, Sez. comm., -Aggiornamento, Utet giuridica, Assago Milanofiori, 2017, 467 ss.; ID., *Categorie di quote, diritti di voto e governance della “nuovissima” s.r.l.: quale ruolo e quale spazio per la disciplina azionaria nella s.r.l. – PMI aperta?*, in *Riv. soc.*, 2018, 1441 ss.; ID., *La nuova disciplina delle (PMI) società a responsabilità limitata*, *Studio n. 101-2018/I*, in www.notariato.it; M. CIAN, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.*, 2018, 818 ss.; ID., *Società start up innovative e P.M.I. Innovative*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 969 ss.; ID., *Le start up innovative a responsabilità limitata: partecipazioni, altri rapporti partecipativi e nuovi confini del tipo*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 1178 ss.; M. SPERANZIN, *S.r.l. piccole-medie imprese tra autonomia statutaria e ibridazione dei tipi (con particolare riferimento alle partecipazioni prive del diritto di voto)*, in *Riv. soc.*, 2018, 335ss.; N. ABRIANI, *Struttura finanziaria, assetti proprietari e assetti organizzativi della società a responsabilità limitata P.M.I. “Que reste-t-il della s.r.l.?”*, relazione presentata al IX Convegno Annuale dell’Associazione “Orizzonti del Diritto Commerciale” (Roma, 23-24 febbraio 2018); ID., *Strumenti finanziari partecipativi e categorie di quote nelle s.r.l. start up innovative PMI*, relazione al Convegno organizzato dal Consiglio Notarile di Milano e dalla Scuola di Notariato della Lombardia, *Strumenti finanziari partecipativi e operazioni sul capitale: prassi societaria e orientamenti interpretativi* (Milano, 10 novembre 2017); L. DE ANGELIS, *La s.r.l. cent’anni dopo, una società à la carte*, in *Società*, 2018, 684 ss.; G.P. LA SALA, *Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, *Riv. soc.*, 2018, 1118 ss.; A. GUACCERO, *La start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed equity crowdfunding*, in *AA.VV., Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, vol. I, 245 ss.; G. FERRARINI, *I costi dell’informazione societaria per le P.M.I.: mercati alternativi, crowdfunding e mercati privati*, in *M. CAMPOBASSO ET ALII* (diretto da), *Società, banche, crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Utet Giuridica, Assago Milanofiori, 2014, vol. 3, 2077 ss.; M. COSSU, *Le start up innovative in forma di società a responsabilità limitata. Profili privatistici*, *ibidem*, vol. 2, 1715 ss.; EAD, *Nuovi modelli di s.r.l. nella legislazione italiana recente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 448 ss. Più in generale, sui tipi e modelli societari nell’ottica evolutiva imposta dagli incalzanti cambiamenti dell’ambiente normativo del diritto societario (e ora anche della crisi d’impresa), v. ad es. P. MONTALENTI, *Il diritto societario dai “tipi” ai “modelli”*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 420 ss.

cioè ad ipotesi di influenza dominante imputabile ad un solo soggetto. Tuttavia, la dottrina, sia pure con un'iniziale timidezza [48], e poi tra molte incertezze, non ha tardato ad identificare "un'ulteriore e diverso profilo 'soggettivo' del 'tipo controllo'", quello del *controllo congiunto*, il quale, secondo una posizione inizialmente minoritaria, andrebbe a costituire un "sottoinsieme del 'tipo' di carattere generale" [49].

[48] Lo rileva, tra gli altri, M. LAMANDINI, *Il "controllo"*, ecc., cit., 107-108 (testo e nota 3), osservando che "il problema se l'art. 2359 c.c. 'copra' anche l'ipotesi del controllo congiunto è [stato] trattato solo di sfuggita" anche da chi al tema del controllo aveva dedicato una monografia (cfr. C. PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Giuffrè, Milano, 1957, ove al tema del controllo congiunto si dedica soltanto un rapido passaggio, a p. 5).

[49] M. LAMANDINI, *Il "controllo"* ecc., cit., 106. Al controllo congiunto, figura peraltro rimasta a lungo estranea alla legislazione italiana (su questo aspetto v. ad esempio T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, I, 385 ss., e poi in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, 219 ss., e ivi 253, sub nota 58, ove, nel riconoscere che il codice civile (allora) faceva riferimento unicamente "al controllo esercitato da un solo soggetto senza menzionare l'ipotesi di controllo esercitato da più soggetti tra loro coordinati", esprimeva l'opinione che tale scelta del legislatore – quella, appunto, di omettere di considerare anche ipotesi di *controllo congiunto* – "non trova[ss]e tuttavia piena giustificazione nella fattispecie di tutti gli articoli in questione", ossia delle norme che alla fattispecie di controllo all'epoca facevano riferimento, e, in *primis*, le disposizioni relative alle partecipazioni reciproche), la nostra dottrina – come ha osservato anche il LAMANDINI (*op. ult. cit.*, 107-108) – per lungo tempo non ha dedicato che fugaci cenni (cfr., ad es., C. PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, cit., 5, pur nell'ambito di una trattazione monografica del tema); e non è un caso dunque che F. D'ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società (note esegetiche)*, cit., 110, rilevasse come, giunti al termine degli anni Settanta del XX secolo, il problema risultasse da noi ancora tutto da esplorare, a differenza che nell'ambito della dottrina straniera, e in particolare di quella tedesca (e l'A. cit., tra l'altro, citava a sua volta H.G. KOPPENSTEINER, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*², vol. I, Köln, 1986, paragrafo 17, 218 ss.). In seguito, oltre ai contributi citati *retro*, nelle note 2 e 22, v. D. BONVICINI, *Le «joint ventures». Tecnica giuridica e prassi societaria*, Giuffrè, Milano, 1977, spec. 220 ss.; B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Nardini, Firenze, 1981, 70 (ora ristampato, in ID., *Opere monografiche*, vol. II (a cura di G. Guizzi), Giuffrè, Milano, 2017, 199 ss., e ivi spec. 263, ove si contempla la possibilità del controllo congiunto, quanto meno ai fini dell'art. 3 del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazione nella legge 3 aprile 1979, n. 95 (la c.d. "[prima] legge Prodi"); F. BORTOLOTTI, in F. BORTOLOTTI, R.M. MORRESI, voce *Joint ventures*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, Utet, Torino, 1983, 535 ss., spec. 538 s.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Sulla applicabilità dell'art. 85 Trattato CEE alle filiali comuni*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 412 ss., spec. 435-438. Il primo caso giudiziario ove la questione emerge esplicitamente – ed è risolta in senso negativo – è il famoso caso *Rizzoli-Corriere della Sera*, deciso in primo grado da Trib. Milano, 6 novembre-19 dicembre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 3162 ss. (con nota s.t. di G. SCOGNAMIGLIO); in *Giur. comm.*, 1987, II, 412 ss. (con nota di L.A. BIANCHI, *Il caso Rizzoli*) e in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 618 ss. (con il commento di A. GENTILI, *Controllo, concentrazioni, gruppi nella legislazione editoriale*, ivi, 419 ss.) e sul quale v. anche ID., *Collegamento e controllo nelle concentrazioni editoriali (parere pro veritate)*, *ibidem*, 1988, 301 ss.; F. GALGANO, *Gruppi di società e concentrazione di testate editoriali (parere pro veritate sul caso Rizzoli-Corriere della Sera)*, in *Contr. impr.*, 1986, 59 ss., e ivi spec. 65 s. Per la decisione resa in appello v. App. Milano, 4 ottobre 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, pp. 249 ss. (con nota di L.A. BIANCHI, *Il caso Rizzoli: fase seconda*).

Quanto alla sua definizione [50], si può qui ricordare la tesi di chi la identifica nella “ipotesi in cui un’impresa (necessariamente collettiva) risulti dominata (per via interna o esterna o per concorso di entrambi i rapporti, partecipativi e non) non già da un solo soggetto, bensì da due o più, insieme tra loro” [51]. Altri – ma il

[50] Si noti peraltro come la dottrina che si è occupata *funditus* del tema, e con particolare riferimento all’ipotesi di controllo derivante dalla stipulazione di patti parasociali – ci si riferisce ora a V. CARIELLO, “Controllo congiunto” e patti parasociali, cit., 15 ss. – ha analiticamente individuato due accezioni distinte di *controllo congiunto*, quest’ultima nozione da intendersi cioè, da un lato “in senso oggettivo: nel senso che la ‘partecipazione di controllo’ e il ‘potere di influenza qualificata’ idonei a instaurare una relazione di dominio-dipendenza risultano rispettivamente dalla ‘somma’ delle partecipazioni possedute e dall’interagire di poteri di influenza vantati da due o più soggetti e/o di diritti o di altri rapporti giuridici. Proprio al controllo congiunto oggettivo sembra alludere lo stesso legislatore italiano quando riconosce l’esistenza di una situazione di controllo in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente la possibilità di esercitare un potere di influenza qualificata (art. 7, 1° comma, l. n. 287/1990)” (accezione condivisa da G. FIGÀ-TALAMANCA, *Direzione e “proprietà transitiva” del controllo di società*, cit., spec. 353 e 355; G.F. CAMPOBASSO, *La partecipazione al capitale delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, 285 ss., spec. 305 s.; ma v. in senso differente, v. M. NOTARI, *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, cit., spec. 396 s., testo e nota 184); nonché “in senso soggettivo: si intende che l’imputazione del controllo avviene contemporaneamente nei confronti di due o più soggetti ‘collegati’. La prassi mostra, anzitutto, che ogni fattispecie di controllo soggettivo lo è anche in senso oggettivo, dal momento che in presenza di più controllanti il potere di influenza qualificata [*dominante o determinante*, n.d.r.] appare la risultante di singoli poteri di influenza appartenenti a ognuno dei controllanti e/o di differenti diritti o rapporti giuridici e, correlativamente, la ‘partecipazione’ di controllo coagula le singole ‘partecipazioni’ dei rispettivi controllanti. Sempre la prassi testimonia inoltre che sotto il profilo meramente operativo, ogni fattispecie di controllo congiunto soggettivo si estrinseca come controllo *attuato* grazie alla *collaborazione* di più soggetti [...]”. L’Autore in parola, nonostante ritenga applicabile tale nozione, in linea di principio e in generale (ma in contrasto con la maggior parte della dottrina) anche al controllo c.d. *indiretto* di società, preferisce stipulativamente (e, secondo chi scrive, correttamente) “riservare, *almeno in sede teorica*, la qualificazione di controllo congiunto “alle sole fattispecie in cui l’imputazione plurisoggettiva di un potere di influenza qualificata riguarda due o più soggetti tra loro giuridicamente ed economicamente indipendenti”.

[51] Così M. LAMANDINI, *Il “Controllo” etc.*, cit., 106. Cfr. V. CARIELLO, “Controllo congiunto” e patti parasociali, cit., spec. cap. I (e spec. 20 ss.) ove tra l’altro si dà spazio ad una diffusa analisi delle fattispecie riconducibili alla nozione di controllo congiunto, ricordando che “l’espressione ‘controllo congiunto’” si presta ad “identificare differenti fattispecie di *imputazione plurisoggettiva del controllo*”, escludendo che tra esse vadano incluse le ipotesi di controllo indiretto di cui al co. 2 dell’art. 2359 c.c. e ritenendo in definitiva più corretto “riservare *almeno in sede teorica*, la qualificazione di controllo congiunto alle sole fattispecie in cui l’imputazione plurisoggettiva di un potere di influenza qualificata riguarda due o più soggetti tra loro giuridicamente ed economicamente indipendenti” (ivi, 22). In modo non dissimile, altra dottrina si riferisce alla circostanza nella quale il controllo viene esercitato, al contempo, da una pluralità di soggetti, ai quali risulta attribuito l’esercizio congiunto di un’influenza dominante; e, solitamente, tale situazione si ritiene determinata in virtù di accordi parasociali: G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. impr.*, 1997, 319 ss., ivi spec. 357; ma, va qui aggiunto, non si può affatto escludere che a siffatta situazione si possa addivenire anche in ragione di particolari clausole statutarie e/o ad altri vincoli contrattuali e perfino in ottemperanza di norme di legge, come del resto non esclude il dettato dell’art. 2, lett. b), TUSP. Cfr., inoltre, V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., *passim*.

punto non può affatto darsi per pacifico – vi hanno altresì ravvisato quella circostanza per cui “più soggetti dispongono di poteri di veto o interdittivi” [52] rispetto ad una certa società (e, si aggiunge, anche siffatta situazione potrebbe determinarsi in virtù di previsioni statutarie o parasociali [53]).

Opportunamente si è altresì puntualizzato che “svariati e non di poco conto sono



[52] Ne dà atto, sia pure senza esplicitamente aderire alla prospettazione, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1262; tale autore, infatti, mostra di non ritenere integrata un'ipotesi di controllo congiunto nei casi in cui i soggetti candidati alla qualifica di controllanti, o co-controllanti, siano in grado di esercitare un mero potere di veto, l'uno nei confronti dell'altro o degli altri, senza che sussista tra loro un rapporto di coordinamento (v. nota seguente): cfr. *amplius* ID., *I “confini” del controllo congiunto*, cit., spec. 569 (e *passim*), ove si distingue tra “controllo congiunto” in senso proprio ed una diversa situazione che potrebbe definirsi di ‘controllo concorrente’, corrispondente all'ipotesi in cui, in presenza di almeno due titolari di un reciproco potere di veto ed in assenza di un coordinamento nell'esercizio di tale potere, l'“influenza dominante” che fa capo a ciascuno di essi lungi dal tradursi in un dominio congiunto della società, si trasforma in uno strumento che potrebbe essere utilizzato in funzione di una vicendevole interdizione all'esercizio (individuale) dell'influenza di tipo ‘dominante’”. Orientato a ritenere il reciproco potere di veto di due soggetti astretti da un patto parasociale sufficiente per configurare un'ipotesi di controllo congiunto V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e patti parasociali*, cit., 159 ss., ove tra l'altro si conviene (anche sulla scorta di un'ampia ricognizione della dottrina tedesca) sul fatto che, al di là dei possibili “indizi” (*Indizien*) o ‘condizioni strutturali di fatto’ (*strukturelle oder faktische Voraussetzungen*)” (ivi 163) – tra i quali l'Autore include, non soltanto il caso di “un'impresa partecipata pariteticamente da due altre imprese tra loro indipendenti (c.d. impresa comune)”; ma anche il caso della “impresa non partecipata pariteticamente purché esistano circostanze di fatto o di diritto – tra cui i patti parasociali – idonee ad assicurare il concorso determinante di due o più soci (anche di ‘minoranza’) tra loro indipendenti all'elaborazione e all'adozione delle decisioni di importanza strategica per la stessa impresa” nonché il “caso di imprese non partecipate pariteticamente” ove il controllo congiunto sarebbe *garantito* dal riconoscimento a più soci di specifici ‘diritti o poteri di veto’ sulle decisioni strategiche relative alla condotta degli affari dell'impresa e/o del potere di designare lo stesso numero di membri del consiglio di amministrazione” (ivi, 160-162) –, il “sistematico coordinamento (*planvolle Koordinierung*)” integra una condizione essenziale, il cui accertamento in concreto è pure ritenuto necessario, “affinché si possa affermare la ricorrenza di una situazione di dominazione comune” (ivi, 164).

[53] La precisazione inserita nel testo sembra necessaria per distinguere a *contrario* l'ipotesi di controllo congiunto da quella di controllo plurimo disgiunto, identificata dallo stesso V. DONATIVI, *La società a partecipazione pubblica*, cit., 1263 (e in passato, anche in ID., *I “confini” del controllo congiunto*, cit.), in quella situazione ove “più soggetti dispongono di un potere di veto, a contenuto interdittivo o negativo, ma senza alcun accordo che ne coordini le azioni e i comportamenti”. Peraltro, l'Autore in parola precisa che “[i]n relazione a quelle fattispecie per le quali dovesse concludersi per la non rilevanza del controllo congiunto, dovrebbe ovviamente reputarsi irrilevante, ed a fortiori, anche il controllo plurimo disgiunto. Nelle altre ipotesi [sc., quelle ove invece potrebbe in astratto ricorrere una situazione di controllo congiunto], occorrerà invece orientarsi caso per caso, fermo restando che le medesime ragioni eventualmente spese in favore della rilevanza del controllo congiunto indurrebbero a reputare ragionevole l'estensione anche al controllo plurimo disgiunto”; e portandosi ad esempio la fattispecie di cui all'art. 1, co. 568-bis della legge n. 147/2013. Sul diritto di veto come parte integrante della nozione di “influenza determinante” di cui all'art. 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (ma non di quella di “influenza dominante”, ex art. 2359 c.c.), v. soprattutto M. NOTARI, *La nozione di “controllo” ecc.*, cit., 251 ss. e 269 ss.; in senso per certi versi analogo v. anche M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, spec. 496 ss.

i problemi che a questa situazione di potere si collegano. Innanzitutto, sotto il profilo ‘ontologico’ questa è una di quelle ipotesi di massimo confine tra coordinamento e dominio sicché è spesso difficile distinguere questa fattispecie sia dal controllo ‘solitario’ (in specie ‘temperato’) sia dal non controllo” [54].

Quella del controllo congiunto è dunque una figura, per così dire, *di frontiera* e dai tratti talora sfuggenti.

Anche a seguito di una (tutto sommato molto breve) stagione degli anni Novanta del XX secolo che ha visto l’emanazione di alcune disposizioni esplicitamente concernenti ipotesi di controllo *congiunto* (una tra tutte: l’art. 7 della legge n. 287/1990, di cui si è già avuto modo di descrivere alcuni tratti salienti [55]), appare



[54] M. LAMANDINI, *Il “controllo” – Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, cit., 106-107. Si noti peraltro che la situazione di “non controllo” viene dal medesimo Autore definita come la circostanza in cui “la partecipazione di più soggetti alla definizione delle scelte gestionali della società discende non dalla stabile posizione di controllo di tali soggetti sulla società quanto piuttosto dallo spontaneo e mutevole aggregarsi degli interessi e dei relativi voti di volta in volta nelle opportune sedi sociali – in piena coerenza con il modello astratto di ripartizione legale dei poteri entro le strutture societarie – sicché non v’è un ristretto ed esclusivo centro di potere cui ricollegare gli impulsi direttivi e decisionali sull’attività dell’ente su base stabile” (ivi, 107, *sub* nota 2). Altra dottrina sottolinea, d’altro canto, che, nelle ipotesi di *controllo interno* (normalmente *di fatto*) *congiunto*, “si presuppone l’assenza di un soggetto in grado di dominare da solo l’assemblea ordinaria della società controllata e l’influenza dominante rappresenta il risultato del coordinamento dell’esercizio di voto riferito a singole partecipazioni, nessuna delle quali idonea a consentire la prevalenza di un socio rispetto agli altri” se così non fosse (come accade nei casi di “moltiplicazione fittizia” delle posizioni di controllo che si riscontrano in presenza di *catene di comando* e nei casi di dissociazione temporanea della titolarità delle partecipazioni rispetto al diritto di voto a queste inerenti, come accade nelle ipotesi di pegno o usufrutto di azioni), si tratterebbe in realtà di ipotesi di controllo “solitario”: così M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346-2362 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società* (diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), Egea-Giuffrè, Milano, 2008, 665 ss., 682 (citando tra gli altri G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, cit., 359 e M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, cit., 488).

[55] In particolare, ai fini dell’art. 7, legge *antitrust*: “si ha controllo nei casi contemplati dall’art. 2359 del codice civile ed inoltre in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, *da soli o congiuntamente*, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un’influenza determinante sulle attività di un’impresa [...]” (l’enfasi è aggiunta). L’importanza di tale norma emerge alla luce dei numerosi studi, anche monografici, che hanno affrontato il problema del controllo, e in particolare del *controllo congiunto* (citati *retro*, *sub* note 2 e 22), dedicando massima attenzione proprio a questa la fonte normativa speciale, della quale si è a lungo ragionato, anche per verificare i termini di una sua eventuale valenza più ampia e generalizzata); e v. infatti P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, cit. spec. 7 ss.; M. LAMANDINI, *Apunti in tema di controllo congiunto*, cit. spec. 229; ID., *Il “controllo” ecc.*, cit., 120; A. GUACCERO, *L’impresa comune nella disciplina antitrust nazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 765 ss.; G.A. RESCIO, in *Tratt. S.p.a.*, cit., 705 s.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., spec. 489 ss.; M. NOTARI, *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, cit., spec. 393 ss.; F. GHEZZI, *Le imprese comuni nel diritto della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. 395 ss.; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo ecc.*, cit., spec. 179 ss. Per la medesima posizione assunta dall’Autorità

tuttora controverso se – con riguardo a tale specifica fenomenologia del controllo – sia effettivamente rintracciabile nel sistema una nozione “normativa” dotata di respiro generale e, per così dire, trasversale, cioè capace di imporsi come variante soggettiva dell’imputazione del controllo, e in particolare rispetto ad ogni situazione di influenza dominante [56]. Ciò si afferma per una duplice ragione: anzitutto, allorché nella legislazione speciale degli inizi degli anni ‘90 – e anche in seguito [57]– erano fiorite alcune ipotesi di controllo societario congiunto (salvo, in molti casi, ben presto appassire [58]), il Codice civile non si arricchiva parallela-

garante della concorrenza e del mercato v. F. GHEZZI, *Le imprese comuni*, in *Concorr. Mercato*, 1/1993, 332 ss.; G. GUIZZI, *Concentrazioni: le fattispecie*, *ibidem*, 4/1996, 63 ss.

[56] Per un’analisi delle disposizioni speciali che in modo certo ovvero controverso facevano (e talora ancora fanno) riferimento alle ipotesi di controllo congiunto e alla legittimità di trarre da tali disposizioni una rilevanza normativa generalizzata del controllo congiunto v., prima della riforma del diritto societario del 2003, V. CARIELLO, “Controllo congiunto” e patti parasociali, cit., spec. 66 ss. (e *passim* cap. II). V. *infra* nel testo per alcuni cenni sui rinnovati termini della questione alla luce della riforma del diritto societario del 2003.

[57] In particolare, ci si riferisce all’ipotesi di cui all’art. 122, co. 5, lett. d), del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (il testo unico della finanza, c.d. “TUF”), la quale contempla un’ipotesi di esercizio, anche congiunto, di influenza dominante. In seguito, tale disposizione è stata in sostanza replicata nell’art. 2341-bis comma 1, lett. c), a sua volta introdotto nel Codice civile con la riforma del 2003 (norma, quest’ultima, sulla quale si tornerà più avanti nel testo).

[58] Oltre al più volte citato art. 7, l. n. 287/1990, ci si riferisce in particolare, all’art. 27, co. 2, della legge n. 287/1990 (nella sua versione originaria, antecedente le modifiche apportate dall’art. 16 d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481), l’art. 4, co. 3, legge 2 gennaio 1991, n. 1, sul gruppo SIM (tale articolo, ad eccezione del co. 2, fu abrogato dall’art. 66, d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 il quale fu a sua volta abrogato dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, c.d. TUF); l’art. 10, co. 2, l. 9 gennaio 1991, n. 20, in tema di partecipazioni al capitale delle società di assicurazioni (comma sostituito dall’art. 7, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 90); nonché ad alcune ulteriori norme speciali che a loro volta contemplavano dei rinvii alle precedenti disposizioni, mutuando così le relative nozioni di controllo (anche congiunto), tra le quali ad es.: l’art. 1, co. 5, lett. f), l. 23 marzo 1983, n. 77, così come modificato dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 83; l’art. 6, co. 1, della l. 17 maggio 1991, n. 157 (attuato con Delibera Consob 14 novembre 1991, n. 5553); gli artt. 1, co. 2, e 5, co. 9, e 7, co. 3, d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 84; l’art. 1, co. 3, d.lgs. 14 agosto 1993, n. 344; l’art. 6, co. 5, lett. b), d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124; l’art. 1, co. 3, l. 25 gennaio 1994, n. 86: disposizioni, tutte, abrogate dall’art. 214 del TUF. Va inoltre ricordato l’art. 37, co. 1, del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, sul bilancio d’esercizio e consolidato (e attuativo delle Direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE), tutt’ora in vigore, alla stregua del quale si ammette il consolidamento (proporzionale alla quota posseduta: cfr. il co. 2) dei conti delle “imprese [recte: società] sulle quali un’impresa inclusa nel consolidamento abbia il controllo congiuntamente con altri soci ed in base ad accordi con essi, purché la partecipazione posseduta non sia inferiore alle percentuali indicate nell’art. 2359 terzo comma del codice civile”. Si tratta, secondo quanto la dottrina non ha mancato subito di rilevare, di ipotesi di controllo condiviso (a mezzo di coordinamento volontario) su un’impresa comune, tipicamente una *joint-venture company*. A proposito di tale norma (e, parallelamente, dell’art. 35 del d.lgs. n. 87/1992, in seguito abrogato nel 2015, nonché dell’art. 65, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 385/1993, così come modificato dall’art. 1, co. 1, lett. f), n. 2), d.l. 27 dicembre 2006, n. 297, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 febbraio 2007, n. 15), si è scritto che: “ogni dubbio sull’intenzione del legislatore di alludere con tale avverbio [congiuntamente] alle fattispecie di controllo

mente di alcuna definizione di “controllo congiunto”, così ritenendosi in radice impedita la possibilità di valorizzare quel classico rapporto tra disciplina generale e disciplina speciale (o, meglio, settoriale) che a sua volta avrebbe potuto dischiudere un varco all’interpretazione sistematica volta a generalizzare la portata delle norme speciali sul controllo congiunto [59]. In secondo luogo, la stessa “centralità sistematica” generalmente riconosciuta all’art. 2359 c.c. [60] rende(va) più difficile un riconoscimento generalizzato del controllo congiunto, soprattutto perché tale norma – almeno stando alla più parte della dottrina – non sembra contemplare ipotesi diverse dal controllo c.d. “solitario” [61].

imputabile a soggetti tra loro indipendenti viene fugato dal riferimento della Relazione ministeriale (sub art. 37) al “controllo in comune”, esercitato da imprese distinte, sia pure tra loro coordinate da patti che le vincolano al governo della partecipazione”: così V. CARIELLO, “Controllo congiunto” e patti parasociali, cit., 73-74 (sub nota 12, ove ricchi riferimenti bibliografici relativi alla dottrina tedesca, nell’ambito della quale “è pacificamente riconosciuta la rilevanza della dominazione comune rispetto alla disciplina del bilancio consolidato dettata dall’*Handelsgesetzbuch (HGB)*”),

[59] Va in effetti considerato che, se è vero che (come illustrato nel precedente paragrafo) rispetto alla nozione di controllo possono essere rintracciate una definizione generale (o quanto meno dotata di “centralità sistematica”) – ossia quella codicistica, a sua volta imperniata sul concetto di *influenza dominante* – e una serie di definizioni speciali – ossia quelle coniate di volta in volta dal legislatore (spesso avvalendosi di una tecnica di rinvio a tutte o a parte delle situazioni di controllo individuate nell’art. 2359 c.c.) e destinate ad operare per finalità peculiari e dunque, tendenzialmente, in ambiti più ristretti –, rispetto all’ulteriore concetto di *controllo congiunto* non è stato possibile contrapporre una definizione generale (codicistica) ad una o più ulteriori nozioni speciali; e, come meglio si dirà nel prosieguo, neppure alla luce delle innovazioni riscontrabili sul punto a seguito della riforma del diritto societario del 2003 tale obiezione può dirsi compiutamente superata. Neppure l’inserimento di un esplicito riferimento al controllo congiunto da patto parasociale nel Codice civile (ossia nell’art. 2341-bis, co. 1, lett. c)), pare capace di superare in modo diretto e immediato questa sorta di *handicap* imputato alla figura del controllo congiunto, poiché, a parere di chi scrive, rimarrebbe pur sempre da dimostrare che tale riferimento debba intendersi quale espressione di un più generale riconoscimento, in seno all’art. 2359 c.c., della figura di controllo congiunto. Sul punto, v. anche le osservazioni di P. MARCHETTI, *Note ecc.*, cit., spec. 12 ss.

[60] Sul punto v. ad es. P. MARCHETTI, *Note ecc.*, cit., spec. 3 s.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto ecc.*, cit., spec. 477 s., e da ultimo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 214 e 1275. Peraltro, va dato atto di un tentativo di mettere in discussione tale centralità, sulla base di argomenti sistematici e di vertice basati, da un lato, sul ruolo dell’art. 2359 c.c., quale norma dotata di *specialità reciproca* (piuttosto che sul suo ruolo di norma *generale*) rispetto all’art. 7, legge 10 ottobre 1990, n. 287; e, dall’altro lato (e in definitiva), sulla stessa teoria dell’impresa e incentrati sulla valenza (sistematica, appunto) della legge *antitrust*, da parte di M. LAMANDINI, *Il “controllo” ecc.*, cit., spec. 103 ss., 111 s. e 120 s. Parla di attenuazione della centralità del ruolo dell’art. 2359 c.c. a fronte dell’incremento notevole delle discipline settoriali che regolano il fenomeno dei gruppi e, di conseguenza, le situazioni di controllo, che di quello costituiscono il presupposto, G. FIGÀ-TALAMANCA, *Direzione e “proprietà transitiva” del controllo di società*, cit., 359. Un approfondimento di tale questione si ritrova in M. NOTARI, *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, cit., 179 ss. (e part. 225).

[61] Lo riconosce anche M. LAMANDINI, *Il “controllo” ecc.*, cit., 107 ss., pur ritenendo il tenore letterale della norma non dirimente per risolvere la questione della portata generale e trasversale della figura del controllo congiunto. Tra molti, si soffermano e valorizzano il dato letterale nel senso di escludere la figura dall’alveo dell’art. 2359 c.c. R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recen-*

Cosicché non stupisce che, prima della riforma del 2003, contraria alla figura di controllo congiunto si fosse mostrata la giurisprudenza, sin dal primo caso portato alla sua attenzione – il noto *affaire Rizzoli-Corriere della Sera* [62] – che lasciava intravedere una presa di posizione negativa sul punto.

In senso ostativo ad un riconoscimento della figura del controllo congiunto (e comunque ad un suo riconoscimento generalizzato nei termini sopra tratteggiati) si

te, cit., spec. 29 ss. (e part. 32) il quale afferma che: “la nozione di controllo prevista dall’art. 2359 postula sempre la ‘solitudine’, la unicità del controllante, non prevede in alcun modo ipotesi di controllo congiunto [...]. Le tre fattispecie del [...] 2359 sono costruite sull’ipotesi del controllo in capo ad un solo soggetto, non solo con riferimento al controllo di diritto anche per il controllo di fatto”, tale posizione trovando ulteriore spiegazione in ID., *I sindacati di blocco e di voto nella legge sull’OPA*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 472 ss., e spec. 479: “la regola dovrebbe essere quella del controllo individuale sia perché finisce per riflettere la realtà sia, e soprattutto, perché sembra essere la soluzione adottata dall’art. 2359, nella sua nuova formulazione, così come emerge dall’art. 26 del d.lgs. n. 127/1991”, norma nella quale infatti si legge che si considerano controllate le “imprese in cui un’altra in base ad accordi con altri soci controlla *da sola* la maggioranza dei diritti di voto” (enfasi aggiunta); e si noti che anche l’art. 93, co. 1, lett. b), del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. “TUF”), contiene ora analoga (sebbene non identica) definizione. In tal senso v. anche M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, spec. 487 ss. Dopo la riforma del 2003, nello stesso senso v. M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346-2362 c.c.*, cit., spec. 729; F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, cit., 380. In senso contrario (cioè svalutando l’elemento letterale di cui all’art. 2359 c.c.), V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all’esercizio congiunto dell’attività di direzione e coordinamento*, cit., spec. 8 ss. Da ultima, espressamente interpreta le fattispecie di cui all’art. 2359 c.c. come riferite ad altrettante ipotesi di controllo “solitario” Corte dei Conti, Sez. riun. Giurisdiz., 22 maggio 2019, n. 16, cit. (punto 5, ove si legge che l’art. 2359 c.c. “in modo chiaro e univoco individua fattispecie tipiche di controllo operato da una società nei confronti di un’altra società”).

[62] Trib. Milano, 6 novembre 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II 413 ss. (con nota di L.A. BIANCHI, *Il caso Rizzoli*) e (ma con data 13 dicembre 1986) in *Foro it.*, 1987, I, 3162 ss. (con nota s.t. di G. SCOGNAMIGLIO) e in *Dir. inf.*, 1987 614 ss.; in appello, App. Milano, 4 ottobre 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, pp. 249 ss. (con nota di L.A. BIANCHI, *Il caso Rizzoli: fase seconda*). La nota *querelle*, com’è noto, ebbe ad oggetto l’asserita possibilità, avanzata dagli attori, di ravvisare in un sindacato di voto (operante a maggioranza, ma con dei *quorum* molto elevati e che riuniva in sé i soci che rappresentavano, nel loro insieme, una quota di capitale sociale intorno ai due terzi), un’ipotesi di controllo, ed eventualmente un controllo di tipo congiunto. Se con riguardo alla eventualità che un sindacato di voto sia in grado di conferire, anche a prescindere dalla sua intrinseca validità (questione all’epoca ancora molto discussa), un potere sussumibile nell’art. 2359, co. 1, c.c., il tribunale di Milano mostrò una certa apertura, non altrettanto fece rispetto all’ipotesi che tale figura di controllo potesse essere ascritta, in contemporanea, ad un gruppo di soggetti, cioè congiuntamente. La stessa prospettazione di un controllo congiunto apparve “inconferente, in quanto estranea alla figura di controllo delineata nell’attuale sistema normativo”; invero, prosegue la motivazione, “è fatto incontestabile che l’art. 2359 c.c. individua il controllo in relazione ad un soggetto dominante; il dato testuale è inequivoco. Inoltre, è ancor prima logicamente insostenibile affermare un controllo di diritto da parte di una società ove, da sola, non detenga la maggioranza, ovvero un controllo di fatto, quando la presunta società dominante non sia capace di esprimere la propria influenza se non coagulando intorno a sé delle alleanze: ogni formazione di maggioranza scaturisce da ricerche di accordi”, e dunque, sembra voler aggiungere la nota sentenza, neppure è ammissibile che, in virtù della “geometria variabile” di tali accordi, si individuino, di volta in volta, dei soggetti co-controllanti.

è successivamente espressa anche la maggior parte della dottrina [63], per lo più ritenendo di dover confinare le ipotesi “normative” di controllo congiunto alle correlative aree settoriali e di rispettiva applicazione, cioè negando a tale concetto quel respiro generale e “trasversale” che altra dottrina invece sosteneva.

[63] Cfr. P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, cit., spec. 11 ss. (il quale, ivi 16, riconosce invero uno spazio, ma eccezionale, alle ipotesi di controllo congiunto che fossero espressamente previste dalla legge); ID., *La nozione di controllo nell'art. 10 della legge 20/1991: la posizione dell'ISVAP*, in *Riv. soc.*, 1992, 1475 ss., e spec. 1480; ID., *Sul controllo e sui poteri della controllante* in AA.Vv., *I gruppi di società*, cit., 1547 ss., ivi spec. 1559 ss.; R. COSTI, in G. MINERVINI, R. COSTI, *Parere ecc.*, cit., 1021 s.; ID., *I sindacati di blocco e di voto nella legge sull'OPA*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 472 ss., spec. 479 s.; R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., spec. 32 ss.; G. SBISÀ, *Parere sul Gruppo SIM*, in *Contr. impr.*, 1992, 34 ss., e ivi spec. 43; ID., *Patto di sindacato e OPA (parere pro veritate)*, *ibidem.*, 1992, 653 ss., e ivi spec. 657 ss.; ID., *Società e imprese controllate nel d.lgs. n. 127/1991*, cit., spec. 906; ID., *Società per azioni*, I, Art. 2325-2409, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), cit., 494 ss.; P. MONTALENTI, *La legge italiana sulle OPA: prime riflessioni*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 831 ss., ivi spec. 856 e 858; G. VISENTINI, *op. cit.*, spec. 245 s.; A. CERRAI, *op. cit.*, spec. 451, 465 (testo e nota 29), 487 e 494; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legislazione antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 457 ss., e ivi 487-489 (il quale “esclude la rilevanza generale, in particolare ai sensi dell'art. 2359 c.c., della fattispecie del controllo congiunto”); L.A. BIANCHI, *Il caso Rizzoli*, cit., 449; ID., *La nuova definizione di società “controllate” e “collegate”*, in M. BUSSOLETTI (a cura di), *La nuova disciplina dei bilanci di società – Commento al D.lg. 9 aprile 1991, n. 127*, Giappichelli, Torino, 1993, 1 ss., spec. 13 ss.; ID., *L’“area del consolidamento” nella VII Direttiva CEE nella prospettiva della sua attuazione in Italia*, in *Riv. soc.*, 1987, 1110 ss., e ivi spec. 1150 ss. (con specifico riguardo alla disciplina comunitaria in tema di bilanci consolidati); M. MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Giappichelli, Torino, 1994, spec. 32 (sub nota 49); G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., spec. 682 ss., e 703 ss.; G. FIGÀ-TALAMANCA, *op. cit.*, 351; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo*, cit., 171 ss. (e part. 177); ID., *I “confini” del controllo congiunto*, cit., spec. 556 (testo e nota 8); M. NOTARI, *La nozione di “controllo” ecc.*, cit., spec. 270-271 (testo e note 88 e 89), 354 ss. e 405 ss. In precedenza, e sia pure incidentalmente, v. F. D'ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, cit., 113, sub nota 19. In tal senso è orientata anche la più parte della manualistica (cfr. ad es. A. DACCÒ, *I gruppi di società*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale – III. Diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2017, 775 s., che opportunamente distingue la situazione di controllo congiunto da quella di controllo da sindacato). V. inoltre le opere citate nella nota seguente. Dopo la riforma del diritto societario del 2003, in senso contrario v. M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., 683 ss. e 729; F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, 380. A favore della portata generale della figura in esame cfr., invece, M. LAMANDINI, *Appunti in tema di controllo congiunto*, cit., spec. 243 s. (ma *passim*); ID., *Il “Controllo” – Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, cit., spec. 106 ss.; ID., *Commento sub artt. 2359 – 2359 quinquies*, cit., 401 ss.; M. BIN, *Il gruppo SIM e la nozione di controllo*, in *Contr. impr.*, 1994, 521 ss., e ivi spec. 526 e 529; M. RESCIGNO, *L'art. 20, 2° comma, del T.U. del credito ed il controllo della banca, “anche cooperativa”: prime notazioni sistematiche*, in AA.Vv., *Impresa e mercato – Scritti in onore di Gustavo Minervini*, vol. IV – *Banca e mercato finanziario*, Napoli, Jovene, 1996, 599 ss., e ivi spec. 607 (esprimendo dissenso, tra l'altro, rispetto all'opinione di chi invece aveva ritenuto che l'art. 23 d.lgs. n. 385/1993 escludesse la rilevanza del controllo congiunto da patti parasociali); V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e patti parasociali*, cit., *passim* (ma spec. 89 ss. e 124 ss.); ID., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss. In passato, in senso genericamente positivo v. anche B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Nardini, Firenze, 1981, ora ristampato, in ID., *Opere monografiche* (a cura di G. Guizzi), vol. II, Giuffrè, Milano, 2017, 199 ss., e ivi spec. 263.

Alla base di tali prevalenti valutazioni stavano, tra l'altro, sia la convinzione che (come già ricordato) in seno all'art. 2359 c.c. potessero trovare usbergo soltanto fattispecie di controllo *solitario*, sia la convinzione che le norme speciali che evocavano il controllo congiunto non avessero né la forza né l'aspirazione di definire una generale variante soggettiva dell'influenza dominante (quest'ultima pertanto rimanendo principalmente sottesa alle fattispecie di controllo solitario di cui all'art. 2359, co. 1, c.c.); sia anche la convinzione che non potesse ammettersi una figura generale di controllo congiunto a partire dal mero riscontro di ipotesi (normative o meno) di controllo derivante da un patto parasociale [64] e, in parti-

[64] Sulla riconducibilità del controllo di una società derivante da patto parasociale all'alveo dell'art. 2359, v. con dovizia di riferimenti M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346-2362 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società* (diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), cit., e ivi 678 s. (*sub nota* 36). Occorre peraltro avvertire delle distinte questioni che tendono a sovrapporsi in tale ultima affermazione: da un lato, la legittimità o meno di ricondurre il cosiddetto *controllo da patto parasociale* ad alcuna (o a tutte) le ipotesi di cui all'art. 2359, c.c.; dall'altro lato, la possibilità che il sindacato di voto sia idoneo a configurare un'ipotesi di controllo congiunto (imputabile ad alcuni ovvero addirittura a tutti i soci paciscenti, a seconda delle diverse dottrine sul punto): a veder bene, siffatta questione a sua volta suppone risolto in senso positivo quell'ulteriore problema, collocato a monte, concernente l'ammissibilità o meno della figura di controllo congiunto quale variante soggettiva delle fattispecie configurate nell'art. 2359 c.c. Su tali delicate questioni, v. in particolare R. COSTI, in G. MINERVINI, R. COSTI, *Due pareri su come vada inteso il "rapporto di controllo" in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3, legge n. 1/1991)*, in *Contr. impr.*, 1991, 1020 ss. (e spec. 1023); ID., *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 25 ss., e ivi spec. 30 ss.; ID., *Parere sul Gruppo SIM*, in *Contr. impr.*, 1991, 22. In proposito al doppio quesito se le situazioni di controllo di società determinate dalla stipulazione tra alcuni soci di sindacati di voto possano rientrare nelle fattispecie di cui all'art. 2359 c.c.; e se, pertanto, in tali casi sia concepibile l'imputazione anche *congiunta* del controllo, tale chiaro Autore precisa, per un verso, che "[i]n ogni caso a me pare che neppure nelle ipotesi in cui sembra che il controllo da sindacato venga ricondotto nell'ambito delle fattispecie previste dall'art. 2359, emerga con chiarezza l'intenzione di postulare l'esistenza – nei rapporti fra società partecipante al sindacato di controllo e la società nella quale tale sindacato esiste – di un rapporto di controllo ai sensi del 2359 [...]". Più in generale, continua l'Autore in parola, il controllo da sindacato di voto non può essere ricondotto ad alcuna delle fattispecie indicate nell'art. 2359, co. 1, c.c.: "questa conclusione" – si argomenta (R. COSTI, *I sindacati di voto ecc.*, cit., 30-31) – "poggia non solo sull'ovvia osservazione che le fattispecie di controllo da sindacato sono previste nelle varie leggi [speciali] per consentire l'applicazione delle disposizioni previste da quelle stesse leggi e non per rendere applicabili altre norme, e, quindi, neppure quelle dettate dal codice civile, ma anche sul fatto che la fattispecie in questione non è 'strutturalmente' riconducibile a quelle descritte nell'art. 2359" c.c.; e una conferma in questo senso si ritroverebbe nella "necessità di aggiungere alle fattispecie del 2359 elencate dal 1° comma dell'art. 26 [del d.lgs. n. 127/1991], l'ipotesi in cui la maggioranza dei voti sia acquisita da una società sulla base di un patto di sindacato significa che il patto di sindacato non è ricompreso nelle ipotesi di cui al 2359, neppure quando lo stesso finisca per attribuire ad una sola società la maggioranza de voti" (R. COSTI, *op. ult.cit.*, 32). Contro tale tesi, che – benché assai autorevolmente sostenuta (in senso conforme alla posizione di COSTI, v. anche A. CERRAI, *op. cit.*, 494 s. ove si legge che: "ad un'attenta riflessione sembra che si debbano nutrire molti dubbi in merito all'idoneità dei patti parasociali a determinare forme di controllo rilevanti ai sensi" dell'art. 2359 c.c.) – appare oggi minoritaria, v. ad es.: V. CARELLO, "Controllo congiunto" e accordi parasociali, cit., 85 ss. (testo e nota 30); G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Tratt.*

colare, da sindacati di voto operanti a maggioranza [65].

delle S.p.a. (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. 3, cit., 682 ss. (e part. 683 e 696). D'altra parte – chiosa ancora R. COSTI, *op. ult. cit.*, 31, così entrando nell'ambito del secondo problema (ammissibilità di un "controllo congiunto" derivante da un patto parasociale) – il "problema della riconducibilità del controllo da sindacato alle fattispecie del 2359 non può porsi con riferimento al sindacato di controllo nel suo complesso, dal momento che lo stesso non è socio della società in questione" – ed evidenziandosi così la carenza di soggettività di tale tipologia di patto parasociale (e sul punto v. *amplius* V. CARIELLO, "Controllo congiunto" e accordi parasociali, cit., spec. 189 s.; ID., *Aktionärskonsortium e imputazione del potere di dominio sulla società*, in *Riv. soc.*, 1998, 759 ss., e ivi 775 s.) – "ma deve porsi con riferimento al rapporto fra ogni socio partecipante al sindacato di controllo e la società controllata" (tale posizione, va segnalato, si pone in contrasto anche con chi – ad es. B. VISENTINI, *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 1988, 1 ss., 12 – ha sostenuto che "[s]e vi è un sindacato di voto, la presenza o meno di una situazione di controllo (di diritto o di fatto) deve essere accertata [...] con riferimento al blocco delle azioni sindacate e non a quelle di uno soltanto dei soci sindacati. Ciascuno degli azionisti partecipanti al sindacato acquista la qualifica di controllante, anche se la sua partecipazione di per sé considerata è esigua e comunque non tale da determinare di per sé il controllo"; si noti che questa impostazione era stata inizialmente condivisa dal legislatore allorquando emanò l'art. 27, co. 2, della l. n. 287/1990 (nella sua versione originaria, antecedente le modifiche apportate dall'art. 16 d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481), l'art. 4, co. 3, legge 2 gennaio 1991, n. 1, sul gruppo SIM (tale articolo fu abrogato dall'art. 66, d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, ad eccezione del co. 2), l'art. 10, co. 2, legge 9 gennaio 1991, n. 20, in tema di partecipazioni al capitale delle società di assicurazioni (comma sostituito dall'art. 7, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 90) e altre analoghe disposizioni settoriali che richiamavano le precedenti norme dettate in tema di controllo congiunto, le quali pure vennero in seguito modificate e/o abrogate proprio laddove conducevano all'imputazione della posizione del controllo in capo a tutti i partecipanti ad un sindacato di voto, sebbene operante a maggioranza, qualunque fosse (e per quanto fosse esigua) la partecipazione sindacata. Su tali questioni, si veda anche la nota seguente.

[65] Tale stretta connessione tra le pur distinte questioni della generale ammissibilità della figura del controllo congiunto e della sua più specifica fenomenologia allorché sussistano dei patti parasociali (*sub specie* di "sindacati di controllo") rispetto alla società che si assume controllata non deve affatto stupire, giacché le leggi cosiddette "speciali" che si susseguirono a partire dagli anni Ottanta – a partire dalla legge sull'editoria (5 agosto 1981 n. 416) – e soprattutto nel corso degli anni Novanta, del XX secolo, e afferenti a quella che con felice espressione si chiamò "legislazione economica" (cfr. M. LAMANDINI, *Il "Controllo" – Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, cit.), spesso contemplarono diverse norme sul controllo societario, destinate a regolamentare i rapporti tra società e tra gruppi di società in settori socio-economici (i mercati, si potrebbe dire) ritenuti strategici, non di rado includendo in tali definizioni specifiche fattispecie concernenti una situazione di controllo congiunto determinatesi in forza di un patto tra soci. Tra queste norme c.d. "speciali" sul controllo, e contemplanti ipotesi di controllo "congiunto", si possono qui ricordare, ad esempio, due norme che ebbero vita molto breve, l'art. 27, co. 2, della l. n. 287/1990 (la legge *antitrust*) e l'art. 10, co. 2, l. 9 gennaio 1991, n. 20 (in tema di partecipazioni al capitale delle società di assicurazioni): la prima disposizione fu dapprima modificata dall'art. 16, d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481, e poi abrogata dall'art. 161, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (il testo unico bancario); il contenuto originario della seconda norma fu integralmente riscritto ad opera dell'art. 7, co. 4, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 90 (in attuazione della Direttiva, n. 88/627/CEE). Ancora, v. l'art. 37, co. 1, l. 6 agosto 1990, n. 223 (in tema di sistema radiotelevisivo) prevedeva, tra l'altro che "[a]i fini della presente legge costituiscono controllo e collegamento la sussistenza dei rapporti configurati come tali nell'articolo 2359 del codice civile, *ancorché tali rapporti siano realizzati congiuntamente con altri soggetti tramite società direttamente o indirettamente controllate o tramite intestazione fiduciaria o mediante accordi parasociali*" (enfasi aggiunta); tale norma è stata

Con specifico riferimento alle delicate questioni poste dall'inserimento nel sistema dell'art. 7 legge n. 287/1990 – e in specie sul piano della reale possibilità di

poi abrogata dall'art. 54 del Testo unico della radiotelevisione di cui al d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177. E si veda infine l'art. 4, co. 3, della (anch'essa ormai abrogata) legge n. 1/1991 (legge SIM), che rinviava all'allora ancora vigente art. 27, co. 2, legge *antitrust*. Un riferimento (sia pure indiretto e non del tutto significativo ai nostri fini) al controllo congiunto si ricava inoltre dall'art. 37, co. 1, del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 (di attuazione delle Direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, co. 1, legge 26 marzo 1990, n. 69), ove si legge: “[p]ossono essere incluse nel bilancio consolidato anche le imprese sulle quali un'impresa inclusa nel consolidamento abbia il controllo congiuntamente con altri soci ed in base ad accordi con essi, purché la partecipazione posseduta non sia inferiore alle percentuali indicate nell'art. 2359, terzo comma, del codice civile. [...]” (enfasi aggiunta). Sul rapporto tra sindacati di voto e nozione di controllo (anche congiunto), cfr., inoltre, sia pure con diverse impostazioni e soluzioni: G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 517 ss.; G. ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. soc.*, 1991, 1353 ss.; G. MINERVINI [R. COSTI], *Parere su come vada inteso il rapporto di controllo in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3, legge n. 1/1991)*, in *Contr. impr.*, 1991, 1015 ss.; P. BENAZZO, *I presupposti dell'o.p.a. preventiva*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 116 ss., ivi 133 s. (testo e nota 31) e 166 ss. (e part. 169, ove, con riferimento alla nozione di controllo contenuta nell'art. 10, co. 3°, l. n. 149/1992, la legge sull'o.p.a., poi abrogata, tra l'altro si interpreta l'espressione “uno o più azionisti di controllo” nel senso si “uno o più azionisti di controllo solitario”); G. VISENTINI, *La rilevanza della partecipazione e sindacati di voto nella configurazione del gruppo SIM*, in *Riv. soc.*, 1992, 240 ss., spec. 245 s.; F. GALGANO, R. COSTI, C. PEDRAZZI, G. SBISÀ, *Pareri su “Il gruppo SIM”*, in *Contr. impr.*, 1992, 15 ss.; G.D. MOSCO, *Il controllo tramite sindacato di voto: uno studio empirico*, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *Gruppi di società*, cit., vol. III, spec. 1656 s.; M. LAMANDINI, *Il “Controllo” ecc.*, cit. 131 ss.; M. NOTARI, *la nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, cit., spec. 408 ss.; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., 679 ss.; A. PAVONE-LA ROSA, *Divagazioni in tema di “controllo” e “gruppo” nelle aggregazioni societarie*, cit., spec. 512 s.; ID., *Controllo conseguente ad accordi “parasociali”, disciplina codicistica del controllo e bilancio consolidato di gruppo*, in *Dir. fall.*, 1997, I, 1300 ss., e spec. 1301 e 1303; N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. 466 ss.; e, *funditus*, V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e accordi parasociali*, cit., *passim* (ma spec. cap. II, 144 ss. e 159 ss.). Più recentemente, G.A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo: i patti di sindacato*, cit., 62 (testo e nota 18), precisa inoltre che di controllo *congiunto* potrebbe parlarsi “qualora dal patto – se pur finalizzato ad un'unica assemblea di nomina – derivasse un potere di designazione congiunta di un numero tale di componenti dell'organo gestorio da assicurare stabilmente il controllo (poi concretamente attuato) delle decisioni gestorie durante l'intero periodo di durata della carica”. L'ipotesi del *controllo congiunto*, ricollegabile anche alla stipulazione di un accordo tra più soggetti “che [possa] indurli ad adottare una politica comune nei confronti dell'emittente”, va indicata nel punto 3.2.6 dello *schema di prospetto di quotazione* annesso alla Direttiva n. 2001/34/CE (sull'ammissione a quotazione di valori mobiliari e sulle relative informazioni), “ma” – come osservato da G.A. RESCIO, *op. ult. cit.*, 54, *sub* nota 3 – “non coprono la generalità dei patti tra azionisti da ritenersi meritevoli di *disclosure*”. D'altro canto, il riferimento all'esercizio concertato (“di concerto”: artt. 101-bis, co. 4-bis, e 109, T.U.F.) del voto in assemblea di società con titoli quotati in mercati regolamentati, al fine di esercitare una “politica durevole nei confronti della gestione della società in questione”, si ritrova nell'art. 92, par. 1, lett. c), della medesima Direttiva nonché nell'art. 10, par. 1 lett. a), della Direttiva n. 2004/109/CE (sulla trasparenza degli emittenti ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati), dedicati, nei rispettivi ambiti disciplinari, agli obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti e al relativo calcolo.

procedere alla costruzione di una generale (e omnicomprensiva) nozione di controllo, e dunque anche di controllo congiunto [66] –, ci si chiede(va) altresì: (1) se l'eventuale differenza di significato tra le due espressioni normative – influenza *dominante* e influenza *determinante* – potesse risultare o meno decisiva rispetto alla configurabilità di una influenza *dominante congiunta*, oltre che un'influenza *determinante congiunta* (così come espressamente permette l'art. 7 legge *antitrust*); e quindi, anche a seconda della risposta offerta a tale quesito, (2) se fosse concesso teorizzare ipotesi di *controllo congiunto* basate *direttamente* sulle fattispecie tipiche – in particolare quelle esplicitate nell'art. 2359 c.c. – e quindi capaci di abbinarsi ad esse così da integrare altrettanti varianti di controllo dal punto di vista soggettivo (ossia, per l'appunto fattispecie parallele di controllo congiunto) [67].

Nessuna delle due questioni ora evocate trova(va) la dottrina concorde; tuttavia, si è per lo più data risposta positiva alla prima domanda, nel senso che, dovendosi in effetti distinguere tra influenza *dominante* e influenza *determinante* [68], la figu-

[66] È questo il tentativo offerto, ad esempio, nei lavori monografici di M. LAMANDINI, *Il "Controllo" ecc.*, cit., spec. 106 ss. e 123 ss., e di V. CARIELLO, *"Controllo congiunto" ecc.*, cit., spec. 89 ss., 124 ss. e 144 ss.

[67] Invero, ove si accettasse la tesi dell'identità tra influenza *determinante* e influenza *dominante*, si spianerebbe la strada alla tesi che intende far rifluire l'ipotesi speciale di controllo congiunto di cui all'art. 7, legge n. 287/1990 (basato sulla prima nozione di influenza) nell'alveo generale dell'art. 2359 c.c. (basato invece sulla seconda accezione), allargando la portata di quest'ultima ben oltre il suo tenore letterale (e l'interpretazione comunemente accettata), sostenendo, come spesso accade, che la prima (controllo congiunto da influenza *determinante* congiunta) debba intendersi in termini di fattispecie specifica, esemplificativa di una più generale regola (quella che, in tesi, sarebbe contenuta, sia pure implicitamente, nella norma codicistica), che vede accanto alle ipotesi di controllo solitario (influenza *dominante* solitaria), corrispondenti ipotesi di controllo congiunto (influenza *dominante* congiunta). In altri termini, sostenere l'identità tra influenza *dominante* e influenza *determinante* appare uno degli argomenti strumentali a offrire una sorta di diritto di cittadinanza generale al concetto di controllo *congiunto*. Sul punto, ma in senso critico, v. le lucide considerazioni di M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., 474 s. Al contrario, laddove si marcasse la differenza tra le due caratterizzazioni dell'*influenza*, si giungerebbe a sostenere con maggiore efficacia la natura *solitaria* del controllo ex art. 2359 c.c., giacché – come osservato da M. NOTARI, *La nozione di "controllo" ecc.*, cit., 270-272 (testo e note 88 e 89), la "minore intensità dell'*influenza* determinante [rispetto all'*influenza* dominante] amplia sensibilmente lo spettro delle situazioni idonee a dar vita al controllo, poiché viene abbassata la soglia di rilevanza dei poteri che un soggetto può vantare nei confronti di una società (o, nella legge *antitrust*, di un'impresa). L'ambito in cui tale ampliamento è più evidente – ma non il solo – è quello del controllo congiunto, che per diverse ragioni non viene annoverato nella nozione di controllo ai sensi dell'art. 2359 cc. La ragione principale sta proprio nel concetto di dominio, quale potere positivo di supremazia, che contribuisce a rendere necessariamente *solitario* il controllo societario. Nella nozione *antitrust*, invece, l'abbassamento della soglia di intensità dell'*influenza* determinante, fino a comprendervi anche il potere di veto, concorre ad ammettere senza alcun dubbio la figura del controllo congiunto, che nelle sue manifestazioni tipiche (ad esempio le società *fifty-fifty*) rappresenta una combinazione di poteri di// interdizione, volti a 'garantire' la necessaria collaborazione delle imprese madri nella gestione dell'impresa comune".

[68] Così ad es., con dovizia di argomenti, M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., 471 ss. Detta posizione appare in linea con la prevalente dottrina (così

ra del controllo congiunto avrebbe potuto riconoscersi soltanto in presenza della seconda tipologia di influenza, in virtù del tenore dell'art. 7 della legge *antitrust* ove appunto si menzionava la possibilità di una influenza *determinante*, anche *congiunta*, in aggiunta al rinvio operato all'art. 2359 c.c., ove invece si discorre soltanto di influenza *dominante* [69].

A partire da questo ragionamento si giunge(va) poi a dare risposta negativa alla seconda questione [70]: infatti, dovendosi limitare la fattispecie del controllo con-

infatti, tra molti: P. MARCHETTI, *Note ecc.*, cit., spec. 9; ID., *La nozione di controllo nell'art. 10 l. n. 20/1991: la posizione dell'Isvap*, cit., 1480; ID., *Commento sub art. 1 legge 5 agosto 1981, n. 416 (disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria)*, in *Nuove leggi civ.*, 1983, 466 ss. e ivi spec. 482 ss.; G. AGHINA, *La nozione di "controllo congiunto" ai fini dell'applicazione delle norme antitrust comunitarie e nazionali*, cit., 492; A. CERRAI, *Le imprese editoriali*, in *Tratt. delle s.p.a.* (diretto da G.A. Colombo e G.B. Portale), vol. 8 – *Società di diritto speciale*, Utet, Torino, 1992, 343 ss., e ivi spec. 489 s. e 498; D. CORAPI, *In tema di interpretazione delle nozioni di concentrazione e di controllo*, cit., 531 e 535; G. FIGÀ-TALAMANCA, *Direzione e "proprietà transitiva" del controllo di società*, cit., e ivi 346; A. GENTILI, *Collegamento e controllo nelle concentrazioni editoriali*, in *Dir. inf.*, 1988, 301 ss., e ivi spec. 315; ID., *Commento sub art. 3 della legge 25 febbraio 1987, n. 67. Rinnovo della legge 5 agosto 1981, n. 416, recante la disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria* (a cura di N. Lipari), in *Nuove leggi civili comm.*, 1987, 1069 ss., ivi 1079 s.; A. TOFFOLETTO, *Antitrust: la legge italiana*, in *Giur. Comm.*, 1990, I, 925 ss., ivi 929; ID., *Commento sub art. 7 legge 10 ottobre 1990, n. 287*, in V. AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Cedam, Padova, 1994, 227 ss., e ivi 230 (sub nota 10); S. FORTUNATO, *La funzione del bilancio consolidato nella tutela degli interessi correlati al gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 51 ss., ivi 63; A. PISANI MASSAMORMILE, *Sull'applicabilità dell'art. 85 del Trattato CEE alle filiali comuni*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 412 ss., ivi 435; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Tratt. delle società per azioni* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. 3, t. I, *Assemblea*, Utet, Torino, 1994, 685 (nota 16); M. NOTARI, *La nozione di "controllo" ecc.*, cit., 266 ss.). In senso contrario, v. tuttavia M. LAMANDINI, *Il "controllo" – Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, cit., 55 ss., e part. 57-58; ID., *Commento sub artt. 2359-2359 quinquies*, cit., 401; C. OSTI, *Commento sub artt. 5-7*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI-GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1993, 523 ss., e ivi 582 s.; G. OLIVIERI, in R. ALESSI, G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, Torino, 1991, 52 ss.

[69] F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, cit., 380, ove si mette in luce, tra l'altro che "la congiunzione 'ed inoltre' e l'inciso 'da soli o congiuntamente' dimostrano che la fattispecie del controllo congiunto è di per sé estranea alla previsione codicistica".

[70] Quanto alla prima domanda (se l'influenza determinante fosse o meno sovrapponibile all'influenza dominante di cui all'art. 2359 c.c.), v. le due note che precedono e la nota che segue; per ciò che riguarda la seconda, oltre alla nota che precede, v., ad es., V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1262, ove, tra l'altro, si legge che la soluzione che nega la possibilità di ritenere integrati i presupposti delle disposizioni che si riferiscono genericamente al controllo oppure a quelle che facciano riferimento alle fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. in presenza di "relazioni aggregative riconducibili alla fattispecie del controllo c.d. 'congiunto'" sarebbe "astrattamente argomentabile sulla scorta di una serie di rilievi di natura sistematica, legati al fatto che il controllo congiunto, secondo la tesi prevalente in dottrina non sarebbe rilevante nel nostro ordinamento (e, in particolare, non lo sarebbe ai fini di cui all'art. 2359 c.c.) se non nell'ambito di norme speciali che, per le finalità proprie ad esse sottese, abbassino la soglia di riferimento delle relative relazioni dominicali. A ciò si aggiungerebbero argomentazioni [...] connesse alla natura spesso eccezionale delle norme in commento, con conseguente soggezione al disposto di cui all'art. 14 disp. prel. al c.c. e correlativa necessità di privilegiare

giunto al riscontro di una *influenza determinante* – ed essendo quest’ultimo d’altro canto da ritenersi concetto *distinto* da quello di *influenza dominante* – figura, questa, che, nella norma codicistica ove trova(va) la propria sede primaria, veniva del resto declinata senza alcun riferimento ad una pluralità di (società) controllanti – non si sarebbe potuto far *transitare, sic et simpliciter*, la fattispecie del controllo *congiunto* contempata dalla definizione speciale (art. 7) alla norma generale dettata in materia di controllo (art. 2359) [71].

Pur sempre tentando di sintetizzare percorsi argomentativi complessi e articolati

ipotesi di lettura di ‘stretta interpretazione’. In alcuni casi – aggiunge tuttavia l’A. citato – sarebbe “certamente preferibile la soluzione affermativa”: si tratterebbe di fattispecie rispetto alle quali il controllo congiunto risulti “più coerente con la ratio specifica delle singole disposizioni e, vieppiù, ove la ratio si atteggi in modo diverso da quella sottesa all’art. 2359 c.c. e alle altre norme di legge rispetto alle quali si ritiene che il controllo congiunto non assuma rilievo [...]. Il che varrà, beninteso, nel caso delle norme che non rinviano alla nozione di controllo di cui all’art. 2359 c.c.”. Da tali rilievi si ricava ulteriore conferma di quanto lo spazio nel quale la dottrina prevalente ammette, almeno in linea di principio, talune ipotesi di controllo congiunto, appaia ristretto e *pur sempre distinto dall’ambito applicativo dell’art. 2359 c.c.*: il che è quanto dire che il rinvio a tale ultima disposizione, eventualmente contenuto nella norma speciale – qual è appunto l’art. 2, lett. b), TUSP, non è idoneo a contemplare, di per sé, ipotesi di controllo congiunto; pertanto dovendosi tali eventuali ipotesi di controllo congiunto essere espressamente predisposte dal legislatore (e ciò pare si affermi nonostante l’art. 2341-bis, co. 1, lett. c), c.c., consideri un’ipotesi di controllo congiunto che, almeno in teoria, potrebbe ricondursi sistematicamente alla norma generale sul controllo societario di cui, per l’appunto, all’art. 2359 c.c. o, quanto meno, come del resto non ha mancato di notare la dottrina – v. ad es. M. LAMANDINI, *Il “controllo” – Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, cit., 131 ss.; ma *contra* P. MARCHETTI, *Note ecc.*, cit., spec. 12 ss.; R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., 31 ss.) – all’ipotesi di controllo interno di fatto, di cui al n. 2) del comma 1° dell’art. 2359 c.c.).

[71] Sul punto, v. soprattutto M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, cit., 471 s. 473 s., 475 s. e soprattutto 489 s., il quale – in linea con la dottrina maggioritaria a differenza di altri (v. le tre note precedenti) – distingue la nozione di influenza *dominante* (di cui all’art. 2359 c.c.) dall’influenza *determinante* (di cui all’art. 7, l. n. 287/1990), peraltro relegando la possibilità di configurare un controllo “congiunto” soltanto nell’alveo della seconda nozione (e disposizione normativa), ritenuta “più ampia” di quella che, secondo tale chiaro Autore, è lecito evincere dall’art. 2359 c.c. In senso analogo cfr. V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., spec. 554-556 (testo e note 6 e 7), il quale – dopo aver dato atto della questione, inizialmente senza prendere specifica posizione sul punto, ritenendolo “incerto” – poi aggiunge (ivi, 575), in assonanza con la posizione assunta da altra dottrina, che “la nozione di influenza determinante insiste su un perimetro di applicazione più ampio rispetto a quello dell’“influenza dominante”. Oggetto di ingerenza è, in entrambi i casi, la politica della società controllata (*rectius*: gli indirizzi generali della sua gestione) [...]. La differenza, tuttavia, si manifesta nella diversa ‘misura’, ovvero, se si vuole, nella diversa ‘intensità’, del potere di determinazione della politica o degli indirizzi gestionali, della società che si assume controllata: l’“influenza dominante” è espressione di una posizione di forza che consente all’impresa dominante di ‘imporre’ le proprie decisioni all’impresa dominata ed agli altri soci; la nozione di ‘influenza determinante’, invece, è tale da ricomprendere, accanto a queste ipotesi, anche quelle fattispecie in cui un soggetto, pur impossibilitato a governare autonomamente la società (non disponendo di un dominio assoluto), si trovi in condizioni di esercitare sulla stessa un ‘irresistibile condizionamento’, potendo contare sulla disponibilità di una sorta di potere di veto sulla gestione: di un potere, cioè, di portata meramente ‘negativa’ (la c.d. ‘*negative Beherrschung*’).”

in funzione dei più specifici temi qui affrontati, si può inoltre rilevare un'ulteriore questione che appare emergere dal dibattito sul controllo congiunto, e cioè quella relativa alla compatibilità di tale concetto – in specie laddove si facciano rientrare nella nozione di influenza dominante congiunta ipotesi di due o più soggetti capaci di trovare un coordinamento nella gestione della società controllata (spesso mediante la stipulazione di accordi parasociali: ecco riemergere la *liaison* tra questi contratti e la figura in esame) soltanto a fronte di un *potere interdittivo* spettante, di diritto o di fatto, a ciascuno di essi (in particolare con riguardo alla nomina e alla revoca degli amministratori della società co-controllata) [72] – con uno dei postulati che trovano la gran parte della dottrina da sempre concorde, e cioè quello secondo il quale “l'esistenza di un potere di veto [...] non comporta il controllo” [73]. Quest'ultimo è dunque un argomento che si pone naturalmente *contro* il riconoscimento in linea generale di situazioni di controllo congiunto, ove, per definizione, l'influenza dominante è tale proprio perché ciascuno dei co-controllanti – che in ipotesi la condivide – può negare il proprio consenso all'adozione di una decisione strategica, sì da impedirne l'adozione, e così appunto esercitando un potere di veto.

Si può quindi rilevare come dal dibattito sviluppatosi – per lo più in dottrina, e soprattutto nel periodo precedente la riforma organica delle società commerciali e delle cooperative del 2003 – fosse emersa una tendenza a riconoscere e ad interpretare in modo piuttosto restrittivo le ipotesi di *controllo congiunto*, in sostanza relegan-

[72] Si noti che tali ipotesi vengono ricondotte alla figura del controllo congiunto da V. CARIELLO, “Controllo congiunto” e *patti parasociali*, cit., spec. 162 ss. e 185 ss.

[73] F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, cit., 378 (ove peraltro si dà atto di un'importante eccezione a tale regola, contenuta nell'art. 6, d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, a mente del quale “il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante” anche quando “la fondazione ha il potere [...] di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori”). In tal senso, v. anche M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., 672, 681 (testo e nota 41), 683 e 707-708 (testo e nota 120), ove si rileva, tra l'altro, che “il potere di influire sull'assemblea ordinaria della società partecipata deve essere *dominante ed esclusivo*, tale da potersi manifestare in via positiva, e non un mero potere di veto. Il controllo societario è cioè caratterizzato dal concetto di ‘dominio’, che viene comunemente inteso quale capacità di imporre *in positivo* la propria volontà sulle decisioni della controllata [...]. Continua a non convincere, anche dopo la riforma del 2003, la tesi di chi ravvisa il controllo societario, ai sensi dell'art. 2359, in capo a chi abbia (solo) il potere di porsi come elemento necessario della formazione della volontà assembleare, come avviene in caso di adesione ad un patto parasociale nel quale ‘le regole organizzative del patto impongano l'agire all'unanimità ovvero fissino maggioranze che rendono necessario, se non su tutte almeno su gran parte delle più significative materie, il voto favorevole del socio che si pretende co-controllante’” (citando M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359 – 2359-quinquies c.c.*, cit., 404, ove, in senso contrario, si rilevava altresì che “la nozione di controllo congiunto postula per la sua ricorrenza che ciascun co-controllante abbia un concorso volitivo necessario alla formazione della volontà unitaria del gruppo”); e affermando, in conclusione che “[i]n tali circostanze, infatti, si finisce per qualificare come controllante un socio, che, in ultima analisi, può disporre solo di un potere negativo di veto, di interdizione dell'altrui dominio, e non già di un'influenza dominante come postula la definizione di controllo”.

done il riconoscimento – e quindi l’operatività – alle sole ipotesi di che fossero state espressamente considerate dalla normativa speciale [74]; ipotesi che, a loro volta, non di rado apparivano suscettibili di includere talune fattispecie di controllo conseguenti alla stipulazione di patti parasociali – e, in particolare, di sindacati di voto (*sub specie* di sindacati di controllo), inclusi quelli operanti a maggioranza [75] –



[74] Osserva a tale proposito M. LAMANDINI, *Il “controllo” ecc.*, citi, 111-112, che “i risultati interpretativi”, per lo più contrari al riconoscimento della portata generale e trasversale della figura del controllo congiunto, da un lato “sottopongono a revisione critica l’opinione” – in realtà ancora molto diffusa – “secondo cui il controllo congiunto da sindacato può inquadrarsi, entro la nozione di cui all’art. 2359, in quello interno di fatto” – rimanendo marginale la tesi che riconduce tale fattispecie al controllo “esterno da contratto”. “Dall’altro lato, e conseguentemente, sul piano della disciplina essi determinano una significativa restrizione del campo di applicazione delle norme codicistiche dettate con riferimento al controllo” in generale. Infine – si aggiunge da parte del medesimo Autore – tali risultati interpretativi “sono evidentemente sintomatici di una ricostruzione del rapporto tra l’art. 2359 c.c. e le norme speciali (in tema di controllo) in chiave di ‘specialità reciproca’, nel senso cioè che il contenuto delle seconde, talora chiaro nel riconoscere rilevanza al controllo congiunto, resterebbe ad efficacia meramente settoriale, senza poter influire in alcun modo sul contenuto della prima, anch’essa dotata di una propria specifica area strutturale e funzionale”. Tale A., peraltro, non ha difficoltà a riconoscere che il “legislatore ‘speciale’ si è invero occupato del controllo congiunto, anche se con formule come sempre disomogenee e incoerenti, a partire dalla ricordata legge sull’editoria” (art. 2, l. n. 416/1981, modificata dalla l. n. 67/1987, a seguito della sentenza resa dal Tribunale di Milano nel caso *Rizzoli-Corriere della Sera* – così afferma esplicitamente G. MINERVINI, *Parere su come vada inteso il rapporto di controllo in presenza di un sindacato di voto* (art. 4, comma 3, legge n. 1/1991), cit., 1019), proseguendo poi con l’art. 26 del d.lgs. n. 356/1990 (antesigano del successivo testo unico bancario, racchiuso nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e nel quale rifluisce la predetta norma *sub art.* 23), nessuna delle quali offriva una “risposta sicura alla questione in esame, prestandosi alla medesima ‘doppia lettura’”: invero, facendo le norme riferimento ad un’ipotesi di “attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dal numero delle azioni possedute” si alludeva, ma solo implicitamente, al controllo da sindacato (cioè al potere ricavato dal socio aderente al sindacato, in virtù dei meccanismi di funzionamento del patto stesso), tuttavia rimanendo incerto se con tale espressione si facesse “riferimento all’ipotesi di controllo congiunto e non piuttosto (unicamente) a quella di controllo solitario (di fatto, ai sensi dell’art. 2359, n. 2, c.c.) conseguito da un soggetto per il tramite, e grazie alla ‘leva’ del patto di sindacato (da questi solitariamente egemonizzato)” (M. LAMANDINI, *op. ult. cit.*, 113). L’analisi dell’Autore ora citato prosegue (ivi, 114 ss.) – in analogia con quanto si riscontra ad es., in V. CARIELLO, *“Controllo congiunto”, ecc.*, cit., spec. 67 ss. e nei contributi di molti altri Autori – analizzando altre successive norme speciali (ad esempio, l’art. 37 della legge 6 agosto 1990, n. 223, di disciplina del sistema radiotelevisivo, oggi contenuta nel t.u. del 2005; l’art. 6, legge n. 157/1991, sull’*insider trading*, disciplina oggi rifluita nel t.u.f., presidiata dalla nozione speciale di controllo ex art. 93, la quale assomiglia molto alla corrispondente e precedente definizione contenuta nell’art. 26, d.lgs. n. 127/1991) – dando luogo a quella che da P. MARCHETTI, *Note in materia di controllo ecc.*, cit., 12, è stata argutamente definita la “babele” del controllo – ove il riferimento al controllo di tipo “congiunto” emerge pur sempre con scarsa (o nessuna) nitidezza e alterne fortune (alcune norme che contemplavano espressamente il controllo congiunto ebbero una vita molto breve) sino, si può dire, alla formulazione dell’art. 122, co. 5, lett. d), t.u.f. e dell’art. 2341-bis, co. 1, lett. c), c.c. introdotto con la riforma del diritto societario del 2003; *amplius* sul punto, *infra*, nel testo di questo paragrafo.

[75] Per migliore chiarezza, va qui ricordato che, se non pare vi sia dubbio sul fatto che un patto di sindacato (operante anche a maggioranza) possa condurre ad una situazione di controllo in capo ad uno (o più: cfr. ora l’art. 2341-bis co. 1, lett. c), c.c.) soggetti, vi è chi ha negato (in particolare R. CO-

all'interno delle quali l'ipotesi di controllo congiunto si incentrava specialmente in quelle situazioni di *coordinamento volontario* tra due o più soggetti rispetto ad una "impresa comune" o *joint venture* [76].

Va ulteriormente precisato che un'apertura verso un riconoscimento più ampio della figura del *controllo congiunto* – che a sua volta potrebbe schiudere un varco verso la sua riconducibilità limitatamente ad alcune delle fattispecie di cui all'art. 2359, e in specie a quelle di cui al n. 2) del co. 1 della predetta norma, ove per l'appunto si riscontri un patto parasociale dotato di certe caratteristiche [77] – si è registrata a seguito della riforma del diritto societario del 2003, giacché in tale occasione è stato inserito nel Codice civile quello che, tutt'oggi, appare integrare l'unico riferimento codicistico relativo a tale concetto, ossia quello che si riscontra

STI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., spec. 29 ss.) che il sindacato di voto possa rilevare come mezzo generale di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.: e dunque disputandosi, non tanto intorno alla possibilità di raggiungere la posizione di controllo mediante l'effetto leva dei voti sindacati in un patto siffatto, quanto piuttosto circa la riconducibilità di un tale situazione di controllo alle fattispecie di cui alla norma codicistica.

[76] V. DONATIVI, *I "confini" del controllo congiunto*, cit., spec. 560, 562 s., 567 s. Più ampio è invece il ventaglio di ipotesi di controllo congiunto delineato da V. CARIELLO, *"Controllo congiunto" e patti parasociali*, cit, 162 ss. Il tema evidentemente interferisce anche con questioni di diritto *antitrust*, e dunque sembra suscettibile di essere analizzato anche (se non addirittura prioritariamente), alla luce della l. n. 287/1990, sia per ciò che riguarda il possibile effetto concentrativo di un accordo di JV (e dunque alla stregua degli artt. 5 e 7), sia per il possibile rilievo del patto (o al limite della clausola dello statuto sociale della joint venture), come *intesa* alla stregua dell'art. 2 (nonché, ricorrendone i presupposti, delle corrispondenti norme europee sulla concorrenza). A tale categoria di ipotesi (e ad essa soltanto) del resto fa espresso riferimento l'art. 37, d.lgs. n. 127/1991 e, parallelamente (prima della sua abrogazione ad opera dell'art. 48, co. 1, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 136), l'art. 35 del d.lgs. n. 87/1992 (attuativo delle Direttive n. 89/117/CEE e n. 86/635/CEE relative ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, nonché agli obblighi di pubblicità dei documenti contabili delle succursali, stabilite in uno Stato membro, di enti creditizi ed istituti finanziari con sede sociale fuori di tale Stato membro). Cfr. inoltre la casistica immaginata dallo stesso V. CARIELLO, *op. locc. ultt. citt.*, e da V. DONATIVI, *op. ult. cit.*, spec. 582 ss., opportunamente distinguendo – entro le "ipotesi in cui due o più soci dispongano reciprocamente, di diritto o di fatto, di un potere di 'veto' (e quindi di un'"influenza determinante' [alla stregua dell'art. 7 l. n. 287/1990, e non già "dominante" ai sensi dell'art. 2359 c.c.) – tra i casi in cui tale situazione ricorra "nel quadro di un più ampio accordo di cooperazione, con conseguente coordinamento del relativo potere ('controllo congiunto' in senso proprio)" e i casi in cui, invece, tale situazione ricorre "in assenza di coordinamento ('controllo concorrente' o 'controllo plurimo disgiunto')", altresì sottolineando (ivi, 583) come l'"elemento differenziale" tra le due situazioni fosse da riscontrare nella presenza ovvero nell'assenza "di un coordinamento nell'esercizio di tale potere di influenza".

[77] Sul presupposto – sostenuto da larga parte della dottrina – che il controllo da patto parasociale (sindacato di voto, anche se operante a maggioranza) sarebbe riconducibile all'ipotesi di controllo interno, di fatto: cfr. per tutti M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., spec. 678 (nota 36); F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, 380 (riferendo la situazione di controllo da sindacato più genericamente ad ipotesi di "controllo interno").

nella lett. c), dell'art. 2341-bis, co. 1, c.c. [78]. Norma, quest'ultima, dedicata alla descrizione (e alla durata) delle fattispecie di patti parasociali, che, “in qualunque forma stipulati”, si propongano di “stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”; e tali finalità – aggiunge la disposizione in parola – possono raggiungersi anche attraverso “l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante” sulla società (e/o rispetto alle società che eventualmente la controllino) [79].

[78] Sull'art. 2341-bis c.c., v. ad es.: G. SANTONI, *Commento sub artt. 2341-bis e 2341-ter, c.c.*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società di capitali*, vol. I, t. 1, Giappichelli, Torino, 2003, 94 ss.; V. DONATIVI, *Commento sub art. 2341-bis c.c.*, in G. NICCOLINI e A. STAGNO d'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Jovene, Napoli, 2004, vol. I, 155 ss.; M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter del Codice civile*, in *Il nuovo diritto societario* (diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale), vol. IV, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 2007, 463 ss.; E. MACRÌ, *Patti parasociali e attività sociale*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. 99 ss. e 109 ss.; A. PICCIAU, *Commento sub artt. 2341-bis – 2341-ter, c.c.*, in M. Notari (a cura di), *Costituzione-Conferimenti (artt. 2325-2345 c.c.)*, in *Commentario alla riforma delle società* (diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), Egea-Giuffrè, Milano, 2007, 323 ss.; G.A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo: i patti di sindacato*, cit., *passim*; G.A. RESCIO, M. SPERANZIN, *Commento sub art. 2341-bis e sub art. 2341-ter c.c.*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Della società – dell'azienda – della concorrenza*, in *Commentario di codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 2015, t. I, 715 ss. e 725 ss.

[79] Si noti peraltro, che, almeno nella prospettiva della dottrina che ha sempre ritenuto il controllo da sindacato di voto un'ipotesi *distinta* dal controllo di cui alle fattispecie di cui all'art. 2359, co. 1, c.c. (ad. es., R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., spec. 30 ss.), il nuovo art. 2341-bis, co. 1, lett. c), c.c. non sposterebbe di molto i termini della questione; anzi, semmai, tale innovativa disposizione codicistica potrebbe essere utilizzata per comprovare che il *controllo congiunto* proprio in quanto derivante da patti parasociali (o meglio, da sindacati di voto, *sub specie* di “sindacati di controllo”) è tale da configurare un'ipotesi speciale di *controllo*, a sé stante, al pari delle molteplici definizioni che si trovano racchiuse in discipline speciali o settoriali, secondo quanto del resto si è sempre ritenuto rispetto alla differente portata applicativa delle diverse nozioni di controllo riscontrabili in varie norme, codicistiche ed extra-codicistiche: v. ad es. L.A. BIANCHI, *Il “controllo” nella legge sull'editoria*, in *Dir. inf.*, 1986, 15 ss., ivi 20, ove si afferma che “essendo quello di controllo un tipico *Zwecksbegriff*, esso può venire ridefinito di volta in volta dal legislatore in vista delle specifiche finalità che la singola disciplina entro cui viene impiegato si propone di conseguire”; in tal senso, v. in precedenza P.G. JAEGER, *I “gruppi” tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur.comm.*, 1980, I, 916 ss.; e poi anche in ID., *Concentrazioni nella stampa quotidiana e diritto di voto*, cit., 598 s.; A. CERRAI, *Le imprese editoriali*, cit., 487; G. SBISÀ, *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. soc.*, 1992, 906 ss. e spec. 922. In senso diverso, ma non incompatibile con la posizione ora in esame, v. anche P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo*, cit., 4 ss. e 12 ss., e M.S. SPOLIDORO, *Aumento del capitale e concentrazione: ordinamento comunitario e disciplina nazionale nel caso Mediobanca Assicurazioni Generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 165 ss., e ivi spec. 182; ID., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., spec. 458-459 e 461-462. In senso nettamente opposto, v. tuttavia, M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359 – 2359-quinquies, c.c.*, in G. NICCOLINI e A. STAGNO d'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, vol. I, cit., 401, ove si ritiene che la lett. c) del comma 1° dell'art. 2341-bis, c.c. abbia definitivamente chiarito la riconducibilità del concetto di *influenza determinante* (di cui all'art. 7 della legge n. 287/1990) a quello di *influenza dominante* (di cui appunto all'art. 2359 c.c.) e, per tale via, si sia finalmente affermata la generale e trasversale valenza della nozione di “controllo congiunto” nel nostro ordinamento.

L'insieme delle predette norme, nell'offrire nuova linfa al dibattito sulla reale portata della nozione di controllo congiunto, hanno permesso ad una parte della dottrina di ritenere finalmente superate le tesi – nettamente maggioritarie prima della riforma del 2003, e che ancor oggi appaiono prevalenti [80] – che avevano ritenuto non plausibile (già ad un livello logico e pre-giuridico) la costruzione, a livello generale (ovvero *tipologico*), di una figura di *controllo congiunto* (come detto, infatti, la posizione di potere sulla controllata si riteneva per sua natura *solitaria*) e che, a tutto concedere – come poco sopra illustrato –, la ammettevano (e per lo più ancor oggi la ammettono) negli stretti limiti in cui una norma speciale ne riconoscesse la cittadinanza: e, quindi, limitatamente al rispettivo e particolare ambito di applicazione [81].

In questo articolato quadro, di cui sin qui si è cercato di tratteggiare le linee evo-



[80] In questo senso, v. ad es., M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., spec. 683 ss. e 729; F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, 380. E ciò viene riconosciuto anche da uno dei più tenaci e brillanti sostenitori della configurabilità sul piano generale ("*tipologico normativo*") della fattispecie *controllo congiunto*: V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, cit., 2-4, il quale scrive: "[n]ella nostra esperienza pare si segnali ancora oggi come minoritario, anche se certo più asseccato che nel passato, l'orientamento interpretativo favorevole ad impostare il controllo congiunto quale autentico // problema tipologico e sistematico e propenso a risolverlo nel senso di una sua rilevanza generale; continuando al contrario in prevalenza la dottrina, da una parte, ad arrestarsi in modo avvertito come risolutivo nel senso della corrispondente irrilevanza del controllo congiunto, alla stretta esegesi della espressione 'un'altra società' (controllante) contenuta nell'art. 2359, comma 1°, c.c.; dall'altra, a mantenersi sul piano di attestazione di eccezionalità della rilevanza del controllo congiunto, di cui spesso non si rinuncia a rimarcare la presunta 'anomalia' – parrebbe, sia concettuale, sia tipologica – e la non 'purezza' logica, prima ancora che giu-/ridica". E aggiungendosi inoltre (ivi, 4 ss.) che sul piano giuspositivo, si riscontra "una legislazione generale e speciale, la quale, seppure permeabile a espliciti e anche sistematicamente significativi riconoscimenti del controllo congiunto o dell'influenza dominante congiunta" – si portano i ben noti esempi dell'art. 2341-bis, co. 1, lett. c), nonché dell'art. 122, co. 5, lett. d), del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (il testo unico della finanza, c.d. "TUF") – "appare // tuttavia non di rado fedele a norme definitorie menzionanti almeno sul piano letterale, fattispecie di controllo solitario (ancora una volta, soprattutto da accordi parasociali)" – come ad esempio l'art. 93, co. 1, lett. b), TUF; art. 23, co. 2, n. 1), d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (il testo unico bancario, c.d. "TUB") l'art. 72, co. 2, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (il Codice delle assicurazioni private, il c.d. "CAP") e l'art. 43, co. 15, lett. a), del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 170 (il testo unico delle telecomunicazioni) – "anche se ciò potrebbe di per sé non essere // preclusivo, almeno per alcune di queste discipline, della rilevanza, ai fini della stessa norma, di altre determinate fattispecie di controllo congiunto".

[81] In altri termini, quanto meno prima della riforma del diritto societario del 2003, si ragionava per lo più ritenendo che, se il legislatore non aveva provveduto a fornire una definizione generale di controllo congiunto, né aveva specificato che le definizioni codicistiche di controllo – ovvero, il che è da ritenersi equivalente, di "influenza dominante", quale substrato concettuale delle ipotesi generali di controllo di cui all'art. 2349 c.c. – si dovessero applicare anche in caso di controllo congiunto, ciò doveva interpretarsi nel senso che, non essendo tale concetto definito a livello generale, avrebbe semmai potuto trovare applicazione soltanto nei limiti delle eventuali fattispecie divise specificamente dal legislatore in certi e ben definiti ambiti operativi, come ad esempio nel contesto della disciplina delle *concentrazioni* di cui agli artt. 5 e 7 della l. n. 287/1990.

lutive più importanti, si innesta oggi la norma – l’ennesima nel suo genere – che delimita l’ambito del concetto di controllo delle società a partecipazione pubblica nello specifico contesto del TUSP: come già anticipato, tale ultima definizione di controllo anzitutto effettua un nuovo rinvio all’art. 2359 c.c., contemplando altresì un figura ulteriore e peculiare, che sembra ascrivibile al novero dei casi di *controllo congiunto*; invero, con riferimento a tale specifica situazione, il secondo periodo dell’art. 2, lett. b), del d.lgs. n. 175/2016 recita: “[i]l controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime delle parti che condividono il controllo” [82].

[82] Infine, va sia pure incidentalmente segnalato che, proprio in virtù di alcune disposizioni speciali riguardanti le società pubbliche – e parallelamente alla questione della legittimità e della latitudine applicativa della nozione di controllo congiunto (sia pure con assai minor eco) – parte della dottrina è stata indotta ad individuare l’ulteriore figura di *“controllo plurimo disgiunto”*: espressione, quest’ultima, attribuibile a V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., 568 ss., poi ribadita nel contesto che qui più interessa in ID., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1255 ss. (e part. 1263), portando l’esempio dell’art. 1, comma 568-bis della legge 2013, n. 147, recante incentivi in favore dello scioglimento delle società partecipate o della dismissione delle relative partecipazioni. Cfr., inoltre, l’art. 11, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, quanto meno nella sua versione originaria, antecedente alle modifiche ad esso apportate dal d.lgs. n. 97/2016. Quest’ultima situazione, per certi versi speculare, ma alternativa a quella di controllo congiunto, risulterebbe tutt’altro che ignota al diritto societario comune (sul punto v. ancora V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., 569, ove vi si fa riferimento pur con la diversa connotazione di *“controllo concorrente”*, valorizzando la *“presenza di almeno due soci titolari di un reciproco potere di veto”* e, al contempo la *“assenza di un coordinamento nell’esercizio di tale potere”*. Cfr., in senso diverso, M. NOTARI, *La nozione di “controllo” ecc.*, cit., 269 s., ove, nel differenziare, anche “[d]al punto di vista dell’intensità”, la nozione di influenza *determinante* da quella di influenza *dominante*, si sottolinea – con riferimento a quest’ultima – che “[è] d’altronde pacifico che non sussiste controllo societario quando un socio detiene un mero potere di interdizione sulle decisioni degli organi della controllata, tale da non consentirgli di prevalere sulla volontà degli altri” (opinione condivisa, tra l’altro, da P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, cit., 11 e da A. CERRAI, *Le imprese editoriali*, cit., spec. 489 ss.); e, secondo lo stesso NOTARI (ivi, 270) sarebbe *“proprio questo aspetto che evidenzia la diversa intensità dell’influenza nell’art. 2359 c.c. e nell’art. 7 della legge antitrust, che a nostro avviso è espressa dagli aggettivi determinante e dominante. L’influenza determinante è meno intensa di quella dominante poiché è sufficiente che la controllante abbia un potere (potenzialmente) solo negativo [...]. In altre parole, il potere di veto può dar vita al controllo ai sensi dell’art. 7, ma non è comunque idoneo a configurare il controllo societario ai sensi dell’art. 2359 c.c.”*. Cfr. anche V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e patti parasociali*, cit., 159 ss.); essa troverebbe applicazione ove si riscontrasse l’attribuzione, di norma in capo a due soci, ma talora anche a più soci (e, in particolare, per quanto qui più interessa, *più amministrazioni pubbliche* socie di una società a partecipazione pubblica) di un *diritto di veto* o, comunque, un potere interdittivo, rispetto a decisioni sulla gestione esercitabile da una pluralità di soggetti, senza che tra questi sussista un patto o altro atto o norma di legge che faccia supporre un loro agire di concerto (in questi termini, v. ancora una volta V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1263 e 1278; anche coloro che si mostrano fautori della figura del controllo congiunto escludono che ne ricorra la fattispecie ove non vi sia *coordinamento* tra i soggetti che si assume rivestano la figura di co-controllanti: cfr. ad es. V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e patti parasociali*, cit., spec. cap. I e 163 ss.). Tuttavia, va pure riconosciuto che attorno tale ulteriore figura non si è mai consolidata una posizione sufficiente-

Come meglio si avrà modo di illustrare nei paragrafi seguenti, v'è chi ha visto in tale definizione – peraltro mutuata, in buona sostanza, dai principi contabili internazionali – e in specie se letta insieme al quella di cui alla lett. *m*) del medesimo art. 2, la conferma di quel più generale riconoscimento della figura di controllo congiunto in merito al quale la dottrina ha continuato a discutere da circa trent'anni. A tale proposito, si può già anticipare che, pur ammettendo che la questione si presenta oggi più che mai “fluida”, per le ragioni argomentate sin qui e per quelle che seguiranno, allo stato non mi sembra possibile condividere la posizione più liberale rispetto al definitivo riconoscimento del controllo congiunto, dovendosi piuttosto riconoscere un nuovo, benché pur sempre molto specifico, spazio di operatività alla figura di cui si parla, la cui portata ancora non mi appare generalizzabile al punto tale da ammettere, accanto ad ogni situazione di controllo (*recte*, di influenza dominante) *ex art. 2359 c.c.*, un'omologa fattispecie di controllo congiunto.

5. L'ampia area applicativa della nozione di “controllo congiunto” dettata dal TUSP, alla luce di alcuni recenti provvedimenti del MEF e della Corte dei conti

Ad alimentare il dibattito circa l'estensione del *controllo congiunto* di società a partecipazione pubblica, eventualmente esercitato da parte di “più amministrazioni pubbliche” oggi contribuiscono alcuni atti amministrativi (classificabili come deliberazioni, pareri, orientamenti) emanati nel corso del 2018 e già citati all'esordio di questo lavoro. Ad essi si è poi aggiunta la già ricordata sentenza delle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti del 20 giugno 2019 che, in buona sostanza, aderisce (sia pure con alcune considerazioni ulteriori) alla posizione propugnata dai precedenti provvedimenti, che ora si passeranno in rassegna.

Quanto all'Orientamento del MEF del 15 febbraio 2018, esso prende le mosse dal rilievo secondo il quale la “corretta individuazione della nozione di società a controllo pubblico, di cui al TUISP, risulta dall'esame del combinato disposto delle lett. *b*) ed *m*) del comma 1 dell'articolo 2 del” TUSP. Vale subito la pena rilevare come – a parte la preferenza che si intenda o meno accordare ad un approccio interpretativo basato sul “combinato disposto” di due norme definitorie [83] – le di-

mente condivisa, né in dottrina né in giurisprudenza, rimanendo aperte alcune questioni relative alla sua effettiva utilità nonché ai limiti alla sua concreta applicazione (su tali interrogativi in ordine alla stessa possibilità di configurare delle ipotesi di “controllo plurimo disgiunto”, v. di nuovo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., locc. ultt. citt.).

[83] Non si può infatti non rilevare ciò che in questo caso parrebbe addirittura evidente, data la prossimità dell'oggetto delle due definizioni (“società a controllo pubblico” e “controllo”): ossia che non avrebbe avuto senso sdoppiarle laddove il significato debba poi comunque evincersi dalla loro

sposizioni in questione non risultino affatto simmetriche, nel senso che la lett. *m*) non definisce alcunché, limitandosi ad un rinvio puro e semplice alla nozione di “controllo” inclusa nella lett. *b*), sicché è proprio quest’ultima norma che appare capace di esprimere il contenuto sostanziale della prima, e senza residui [84]. Di questo preliminare aspetto sembrerebbe avvedersi anche la Direzione VIII del MEF (ossia la “Struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche”), a cui si deve l’Orientamento in parola, laddove, proseguendo la propria disamina, prende le mosse proprio da tale ultima definizione; salvo poi insistere nella “lettura combinata” di entrambe, intendendo valorizzare quella forse non felicissima espressione della disposizione in parola in cui “una o più amministrazioni pubbliche” potrebbero assumere il controllo. Quasi a lasciar intendere che l’alternativa ipotesi del controllo imputabile a “più amministrazioni pubbliche” – cioè *congiunto* – possa vivere di *vita propria* e per l’appunto slegata da quella esplicitata nel secondo periodo della definizione di cui alla lett. *b*): e così allora aprendo a fattispecie di *controllo congiunto* addirittura ulteriori rispetto all’unica serie di casi espressamente contemplata nella seconda parte di tale ultima regola definitoria [85].

Di tale discutibile impostazione – in seguito condivisa da tutte le deliberazioni adottate dalle Sezioni Regionali di Controllo della Corte dei conti nonché dalla quella adottata dalle Sezioni riunite in sede di controllo in data 20 giugno 2019, n. 11 – può trarsi riprova allorché il Ministero aggiunge: “la lettura combinata delle citate lettere induce a ritenere che il legislatore del TUSP abbia voluto ampliare le fattispecie di ‘controllo’, prevedendo che: *a*) il controllo di cui all’art. 2359 c.c. possa essere esercitato da più amministrazioni congiuntamente, anche a prescindere dall’esistenza di un vincolo legale, contrattuale, statutario o parasociale tra le stesse; *b*) si realizzi una *ulteriore* ipotesi di controllo congiunto, rispetto a quelle di cui alla precedente lett. *a*), quando ‘in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti

“combinazione”. Del resto, come già rilevato nel paragrafo 2, la nozione di “controllo” divisata nel testo unico non è coestensiva rispetto alla nozione di “società a controllo pubblico”, ma è più ampia, essendo configurabili casi di “controllo” (eventualmente anche congiunto, secondo il tenore del secondo periodo della definizione di cui alla lett. *b*) dell’art. 2, d.lgs. n. 175/2016) che tuttavia non rientrano nella nozione di cui alla lett. *m*) della predetta norma.

[84] In tal senso mi pare si ponga l’analisi condotta, sia da F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 72; sia, correlativamente, da R. RANUCCI, *Commento sub art. 2 – IX. Società a controllo pubblico*, *ibidem*, 135. Cfr. inoltre quanto rilevato nella nota che precede.

[85] Fattispecie di *controllo congiunto*, quella espressamente definita alla fine della lett. *b*) dell’art. 2, TUSP, che tuttavia sembra capace di esaurire – come anticipato nel testo – la portata applicativa della definizione di cui alla lett. *m*), anche laddove vi siano “più amministrazioni pubbliche” e, al contempo, non vi siano norme di legge, ovvero clausole statutarie e/o parasociali che conducano a diversa soluzione. Questa è, in buona sostanza, la posizione sostenuta nel presente contributo, e che si cercherà di meglio argomentare nel prosieguo.

parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"; e inoltre facendo rientrare nell'alveo di "tale fattispecie anche il caso dell'influenza interdittiva attribuita alla Pubblica amministrazione, come nell'ipotesi del patto parasociale che attribuisce al socio pubblico un potere di veto" [86].

Pertanto, conclude il MEF, "in coerenza con la *ratio* della riforma [...] al controllo esercitato dalla Pubblica Amministrazione sulle società appaiono riconducibili non soltanto le fattispecie recate dall'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP, ma anche le ipotesi in cui le fattispecie di cui all'articolo 2359 c.c. si riferiscono a più Pubbliche Amministrazioni, le quali esercitano tale controllo congiuntamente e mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere da un coordinamento formalizzato" [87]. "In altri termini" – si soggiunge con un'affermazione che appa-



[86] Così MEF, *Orientamento* 15 febbraio 2018, cit. In senso conforme, v. ora la delibera n. 11/2019 delle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti, in www.corteconti.it, la quale, rispetto alle definizioni di controllo contenute nel TUSP, per un verso, ne afferma la maggior ampiezza (e comunque non coincidenza) rispetto a quelle civilistiche; per altro verso con specifico riguardo a quella di cui all'art. 2, lett. m), afferma la necessità di interpretarla "nel senso che abbia [...] una portata autonoma" che altrimenti risulterebbe in "un'enunciazione pleonastica" rispetto alla contenuto della precedente lett. b). Va peraltro rilevato che tale provvedimento – preso atto del diverso orientamento espresso dalla sentenza della Corte dei conti, Sez. riunite in sede giurisdizionale, 22 maggio 2019, n. 16, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 651 ss. – riconosce che tale conclusione non possa estendersi a quelle situazioni nelle quali si riscontrino clausole statutarie o patti parasociali di tal tenore da far ritenere che, nonostante le pubbliche amministrazioni socie detengano, collettivamente, la maggioranza del capitale sociale (benché le rispettive quote risultino minoritarie), i soci privati detengano rilevanti poteri di (co-)controllo e/o di veto, sicché il co-controllo avrà, al più, natura mista pubblico-privato (per tale ipotesi di controllo, v. *retro*, sub par. 2).

[87] Aspetto – quest'ultimo – che appare in evidente contrasto con i presupposti necessari per l'operare della fattispecie di controllo congiunto, così come espressi nel secondo periodo dell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016: infatti, agli stessi fini della sua applicazione, l'esigenza di una esplicitazione e, anzi, di una formalizzazione (per iscritto) dei termini del controllo congiunto si ricava, sia dal fatto che tale situazione riposa o su patti parasociali o su clausole statutarie o su disposizioni di legge *ad hoc* (o loro combinazioni), sia dal fatto che l'esercizio del controllo si esprime in "decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale", sia, infine, dal fatto che, affinché la fattispecie di controllo congiunto possa dirsi integrata, occorre verificare, in ordine a queste ultime, l'espressione di un "consenso unanime da parte di tutte le parti che condividono il controllo". Appare dunque scorretto applicare la disciplina delle "società a controllo pubblico" alle pubbliche amministrazioni che, con il loro voto convergente (ma non concordato), abbiano *di fatto* determinato l'esito di decisioni strategiche della società partecipata, specie se tale applicazione viene invocata in virtù di *comportamenti concludenti*, desunti dal riscontro di determinazioni autonome, eppure convergenti delle PA socie, ma senza evidenze del consapevole ed esplicito (cioè formalizzato) coordinamento delle rispettive volontà. Lo stesso MEF, nel *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, 54 s. (pubblicato sul sito istituzionale del Ministero nel maggio 2019, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), se per un verso (con un apparente modulazione della precedente posizione espressa nell'*Orientamento* del febbraio 2018, cit.) esclude che "da una partecipazione maggioritaria al capitale sociale da parte di più pubbliche amministrazioni possa *automaticamente* inferirsi la natura di 'società a controllo pubblico'", a tal fine richiedendosi, "al contrario [...] una verifica dell'effettivo

re molto impegnativa sul piano della conformità ai principi, rispetto all'assai scarna motivazione che la supporta – “sia l'interpretazione letterale, sia la *ratio* sottesa alla riforma nonché una interpretazione logico-sistematica delle disposizioni citate, inducono a ritenere che la ‘Pubblica Amministrazione’, quale ente che esercita il controllo, sia stata intesa dal legislatore del TUSP come soggetto unitario, a prescindere dal fatto che, nelle singole fattispecie, il controllo di cui all'art. 2359, comma 1, numeri 1), 2) e 3), faccia capo ad una singola Amministrazione o a più Amministrazioni cumulativamente” [88].

Dal canto suo, il provvedimento della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Liguria, del 24 gennaio 2018, n. 3, prende in esame una situazione niente affatto residuale nel mondo delle partecipate pubbliche, ossia il caso in cui si riscontrino “società partecipate in misura maggioritaria da (varie) amministrazioni pubbliche” (nella specie i soci pubblici detenevano il 95% del capitale so-

esercizio, da parte dei soci pubblici, del controllo sulla società”, per altro verso conferma il proprio *Orientamento* secondo il quale “per realizzarsi la fattispecie del controllo pubblico congiunto, è necessario, secondo la formulazione contenuta nell'orientamento, che i *soci pubblici* siano in grado, anche tramite comportamenti concludenti, di approvare le delibere dell'assemblea della società e, in particolare, quella di nomina e revoca dei componenti del suo organo di gestione, sì da poterne influenzare in maniera determinante l'operato” (enfasi aggiunte). Sulla necessità di formalizzare l'eventuale controllo pubblico esercitato congiuntamente da parte di “più pubbliche amministrazioni”, v. Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578 (con riguardo a partecipazioni pubbliche “pulsicolari”); T.A.R. Veneto, 5 aprile 2018, n. 363, in *Foro amm.*, 2018, 689 ss. e (sia pure in modo implicito) Corte dei conti, Sez. reg. Emilia-Romagna, Del. n. 61/2018/VSGO e n. 36/2018/VSGO (benché, secondo il MEF, *Rapporto*, cit., 55, tali pronunce non avrebbero l'effetto di escludere la possibilità del riscontro di un controllo pubblico congiunto, “ancorché discutibile nelle modalità”, sulla base di *comportamenti concludenti* posti in essere dalle pubbliche amministrazioni ritenute co-controllanti). Tuttavia, Corte conti, Sez. riun. giurisdiz., n. 16/2019, cit. (spec. punto 5), ancor più chiaramente afferma che la situazione di *controllo pubblico congiunto*, di cui all'art. 2, lett. b), Il periodo, TUSP, dovendo risultare da norme di legge, clausole statutarie o patti parasociali – cioè da atti aventi forma scritta – non può presumersi a partire da “comportamenti” delle p.a. coinvolte, per quanto “univoci e concludenti”; in senso conforme, v. anche Corte conti, Sez. riun. giurisdiz., 29 luglio 2019, n. 2019, cit. (punto 2.4). Corte conti, Sez. riun. in sede di controllo, n. 11/2019, cit., prende atto della necessità di formalizzare gli strumenti idonei ad assicurare il controllo pubblico (eventualmente congiunto) da parte delle pubbliche amministrazioni, sebbene discostandosi da tali due ultime decisioni per gli altri aspetti relativi al riscontro del “controllo pubblico” e aderendo invece alla tesi proposta dall'*Orientamento* MEF del 2018. In dottrina, v. M.V. SUSANNA, *Osservazioni in tema di controllo congiunto e relativa necessaria “formalizzazione” ecc.*, cit., 146 s.

[88] In dottrina, v. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 522, il quale valorizza la “funzione ‘ampliativa’” delle fattispecie di controllo (pubblico) congiunto” che si desumerebbe dalla norma definitoria, in quanto ritenuta “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 di risorse pubbliche sottese alle norme di cui agli artt. 1, 4, 5, 11 del TUSP”. Sul punto, v. tuttavia le considerazioni svolte nei paragrafi 7 e 8.

ziale della partecipata), “ma senza che” – secondo l’ente che instava per il parere della Sezione Regionale della Corte dei conti – fosse dato *prima facie* riscontrare “i presupposti prescritti per identificare le ‘società a controllo pubblico’”, così come definite alle lett. *m)* e *b)* dell’art. 2 del TUSP: cioè, senza che alcuno dei soci pubblici potesse disporre di una partecipazione di controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. (oggetto del rinvio da parte del primo periodo dell’art. 2, lett. *b)* del d.lgs. n. 175/2016); e, inoltre, in assenza di patti parasociali o di norme di legge che altrimenti determinassero espressamente, vuoi un controllo solitario da parte di una delle p.a. socie, vuoi un agire congiunto (coordinato) di due o più di queste né tantomeno l’unanimità dei consensi dei soci aderenti al patto. D’altra parte, lo statuto sociale della partecipata prevedeva, da un lato, una super-maggioranza (l’85%) – e dunque non l’unanimità, né l’unanimità delle P.A. socie – per l’adozione di talune deliberazioni assembleari e, dall’altro lato, dei meccanismi di elezione degli amministratori che permettevano alle amministrazioni socie di nominare la maggioranza dei componenti del c.d.a. della società medesima.

Il quesito sottoposto all’attenzione della Corte dei conti Liguria verteva quindi sulla possibilità di ravvisare *comunque* una situazione di controllo in capo alle Pubbliche amministrazioni socie alla stregua delle definizioni speciali contenute nel testo unico del 2016, cioè anche se nel caso di specie difettavano le condizioni previste per l’ipotesi di controllo “congiunto”, contemplata nel secondo periodo della definizione di “controllo” di cui allo stesso d.lgs. n. 175/2016.

Con un ragionamento basato, di nuovo, sul “combinato disposto” delle lett. *b)* ed *m)* dell’art. 2 del testo unico, la Sezione Regionale Liguria della Corte dei conti, ha ritenuto di poter rispondere positivamente al quesito sottopostole, facendo valere, per un verso, un’interpretazione, per così dire, *additiva e meccanicistica* del rinvio operato all’art. 2359 dal primo periodo della lett. *b)* dell’art. 2 del d.lgs. n. 175/2016, tale per cui, essendo indicata nella lett. *m)* la possibilità che il “controllo” – così come per l’appunto definito ai sensi della precedente lett. *b)* – ricada in capo ad “una” ovvero a “più amministrazioni pubbliche”, sarebbe lecito inferire la conseguenza per la quale ciascuna delle tre situazioni di controllo configurate nell’art. 2359 c.c. (norma alla quale, come più volte rilevato, la citata lett. *b)* fa espresso rinvio) debbano valere, tanto nel caso in cui la specifica fattispecie di controllo venga imputata soltanto ad “una”, quanto nel caso in cui detta situazione venga invece ascritta a “più amministrazioni pubbliche” congiuntamente. E, per altro verso, ritenendo che l’ipotesi di controllo (congiunto) contemplata nel secondo periodo della definizione di cui alla lett. *b)*, TUSP (e che non risultava integrata nel caso di specie, difettando il requisito dell’unanimità dei consensi dei soggetti – le p.a. socie – che, in tesi, avrebbero dovuto condividere il controllo pubblico), non dovesse rilevare in senso contrario a tale ricostruzione, in quanto essa avrebbe configurato un’ipotesi *aggiuntiva* (a tal fine facendo valere la locuzione “anche quando” contenuta nella definizione speciale di “controllo”) rispetto a quelle estrapolate dal com-

binato disposto delle due già evocate norme definitorie del testo unico [89].

Del tutto analogo è il caso preso in esame dalla deliberazione della Sezione Controllo della Corte dei conti Piemonte, del 23 aprile 2018 [90], ove tra l'altro si legge che "l'uso dell'espressione 'una o più amministrazioni pubbliche' alla lett. m) [dell'art. 2, TUSP] rende palese" che "il carattere pubblico del controllo sussiste anche se il controllo di cui all'art. 2359 c.c. non sia esercitato da una sola amministrazione, ma da più amministrazioni pubbliche, le quali, *complessivamente considerate*, detengano la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (controllo azionario di diritto), o un numero di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (controllo azionario di fatto) o siano in grado di esercitare un'influenza dominante determinata da particolari vincoli contrattuali (controllo contrattuale)" (l'enfasi nella citazione è aggiunta).

Dal canto suo, il provvedimento dalla Corte dei conti, Sezione Regionale di Controllo per la Regione Emilia Romagna, adottato nell'adunanza del 13 febbraio 2018, ha avuto modo di rilevare che una società, direttamente o indirettamente partecipata per oltre il 95% del capitale da amministrazioni pubbliche – le quali, come nel caso precedente, non potevano dirsi "controllanti" alla stregua dell'art. 2359 c.c., non sussistendo in questo caso patti parasociali ovvero norme di legge o statutarie che, alla stregua dell'art. 2, lett. b), secondo periodo, TUSP, imponessero l'unanimità dei consensi delle pubbliche amministrazioni che "condividono il con-

[89] In analogia con l'orientamento del MEF, il provvedimento in esame conclusivamente sottolinea, a conforto dell'impostazione prescelta, che la soluzione adottata si sarebbe mostrata "funzionale all'obiettivo del legislatore, emergente da una lettura sistematica del decreto, di assoggettare le società a controllo pubblico a disposizioni più stringenti". Tale impostazione, come verrà poi ulteriormente precisato nel testo, si giova di un (ingiustificato) collegamento diretto tra l'espressione "più amministrazioni" e le (tre) fattispecie di cui all'art. 2359 c.c., con un (preteso) effetto di sdoppiare queste ultime in senso congiunto. Ed ecco perché chi sostiene tale tesi si vede costretto ad interpretare l'espressione "anche quando" nel senso di formula introduttiva di un'ipotesi di controllo congiunto (*unanime*) *ulteriore e diversa* rispetto a quelle così ravvisate: tuttavia, per rendersi conto della fallacità di tale ragionamento, basti sin d'ora ragionare sul fatto che la definizione di "controllo", tenuta opportunamente distinta da quella di "società a controllo pubblico" contempla sia casi di controllo esercitato da una pubblica amministrazione sia casi di controllo da parte di soggetti privati (nell'ambito di società miste è ben possibile che un socio privato che abbia il 30% dei diritti di voto consegua il *controllo interno di fatto* della società a partecipazione pubblica, senza che la partecipata possa tuttavia qualificarsi come "società a controllo pubblico" alla stregua della lett. m) dell'art. 2 del TUSP. Così come è ben possibile che il *controllo congiunto* di cui al secondo periodo della lett. b) del citato art. 2 del d.lgs. n. 175/2016 ricorra in casi di consenso unanime da parte di soggetti pubblici e privati che condividono il controllo in virtù di patti parasociali, clausole statutarie e/o di norme di legge, di nuovo escludendosi la possibilità di stabilire un rapporto biunivoco tra "controllo" esercitato nei confronti di una società a partecipazione pubblica e la sua qualificazione in termini di "società a controllo pubblico".

[90] Vi si legge infatti che: la "lettura congiunta della lettera m) e della lettera b) dell'art. 2 d.lgs. n. 175 del 2016 consente [...] di individuare la sussistenza del controllo pubblico [...] nel caso in cui una singola amministrazione pubblica o una pluralità di amministrazioni pubbliche congiuntamente si trovino in una delle situazioni descritte dall'art. 2359 c.c.".

trollo” – avrebbe dovuto tuttavia essere qualificata come “società a controllo pubblico”, in quanto “l’ipotesi del controllo di cui all’art. 2359” c.c. può “ricorrere anche quando le fattispecie considerate dalla norma si riferiscano *a più pubbliche amministrazioni*, le quali esercitino tale controllo congiuntamente, mediante comportamenti concludenti, *a prescindere dall’esistenza di un coordinamento formalizzato*” [91], così in sostanza aderendo all’interpretazione basata sul “combinato disposto” della definizione di cui, rispettivamente, alla lett. *m*) e alla lett. *b*) dell’art. 2, d.lgs. n. 175/2016, già esplicitata nelle succitate delibere, ma altresì attribuendo rilevanza alla mera convergenza *di fatto* della volontà delle singole pubbliche amministrazioni-socie su decisioni strategiche della società partecipata.

Infine, la Corte dei conti Trentino-Alto Adige, Sezione controllo, con deliberazione n. 8, adottata il 10 dicembre 2018, nel rispondere al quesito “se una società che [...] sia qualificata società *in house* a controllo congiunto da una pluralità di enti locali e, come tale, goda di una partecipazione pubblica totalitaria, debba essere considerata ai sensi della disciplina dettata dal d.lgs. n. 175 del 2016 quale società a controllo pubblico o quale semplice società a partecipazione pubblica”, ha optato per la prima soluzione, richiamando i ragionamenti già svolti nel precitato Orientamento del MEF del 15 febbraio 2018 e nella deliberazione della Corte dei conti Liguria del 24 gennaio 2018, così applicandoli anche all’ipotesi della società di cui all’art. 16 del TUSP [92].

[91] L’enfasi è aggiunta. Il provvedimento prosegue giungendo ad affermare che, anche nel caso di stipulazione di un “patto di consultazione non vincolante tra i principali soci pubblici e privati” (con quote unitarie superiori al 6%), “la natura pubblica del controllo *potrebbe* derivare” – e dunque il ragionamento della Corte dei conti viene addirittura condotto in linea meramente ipotetica – “dall’esistenza di accordi, desumibili anche da meri comportamenti concludenti delle pubbliche amministrazioni partecipanti in misura maggioritaria, indipendentemente dalla sottoscrizione di accordi formali”, significativamente soggiungendo (benché senza in alcun modo motivare) che a siffatta conclusione non “sarebbe di ostacolo [...] l’esistenza di interessi non perfettamente coincidenti o sovrapponibili da parte dei soci pubblici”. Per una critica a tale ultima affermazione v. il punto (D) del paragrafo 7. In senso contrario, v. anche Corte conti, Sez. riun. giurisdiz., 29 luglio 2019, n. 25, in www.corteconti.it, spec. par. 2.4 e 2.5 (“al di fuori di forme di coordinamento istituzionalizzato tra più pubbliche amministrazioni in grado di influire sulle scelte gestionali e strategiche della società – risultante da norme di legge, statutarie e da patti parasociali -eventuali situazioni di coordinamento di mero fatto non possono assumere rilievo ai fini della configurabilità della nozione di ‘controllo pubblico’”, soggiungendo inoltre che “sotto il profilo normativo, nessuna disposizione prevede espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla gestione delle [rispettive] partecipazioni in modo associato e congiunto [...]).

[92] Tale provvedimento, si segnala, in particolare, per aver esplicitamente preso posizione sul rapporto tra “società *in house*” (artt. 2, lett. *o*), e 16, TUSP) e “società a controllo pubblico” (art. 2, lett. *m*) e *b*), TUSP), affermando – benché senza motivare in modo adeguato, bensì anche in questa occasione procedendo per asserzioni e combinazioni meccaniche di norme codicistiche e discipline particolari – che le prime sono da considerarsi ricomprese nella categoria delle seconde. Un’analisi critica di tale posizione travalica i limiti di questo lavoro; tuttavia, in sintesi (e riservandomi di approfondire il tema in altra sede) rilevo che, benché si riscontri la comunanza di alcuni strumenti (come ad esempio i

6. Alcuni rilievi critici rispetto ai citati provvedimenti in tema di controllo pubblico congiunto

Dalla lettura dei provvedimenti amministrativi sopra esaminati emerge una tendenza ad accreditare – e proprio a partire da una disciplina di settore come quella contenuta nel TUSP – una nuova impostazione della figura del controllo congiunto, che, pur partendo da presupposti ben distinti, risulta sotto molti profili analoga a quella proposta da quella parte della dottrina giuscommerciale che da sempre si è mostrata pronta a considerare superata la figura del controllo “solitario” a cui tradizionalmente si faceva riferimento allorché si discuteva delle situazioni di controllo contenute nell’art. 2359, co. 1, c.c. [93].

patti parasociali, le clausole statutarie *ad hoc* utilizzabili per esercitare il controllo (eventualmente congiunto), da un lato, e il controllo analogo (eventualmente congiunto) dall’altro lato, le due situazioni mi sembrano appartenere a piani distinti, apparendo pertanto diversi e perciò non omologabili, soprattutto dal punto di vista funzionale. Il controllo analogo è concetto di matrice comunitaria e di natura squisitamente giuspubblicistica, che serve per identificare un rapporto organizzativo-gerarchico tra una pubblica amministrazione e una società appartenente ad uno dei tipi indicati dalla legge (s.r.l. e s.p.a., anche cooperative e/o consortili), al fine immediato di qualificare una certa società come “società *in house*” e al fine ultimo di permettere all’amministrazione cui sia imputabile il controllo analogo di sottrarsi eccezionalmente all’obbligo di assegnare il servizio (o la fornitura) cui provvederà la società *in house* mediante procedure di gara ad evidenza pubblica e, in certa misura, alle regole della concorrenza che presiedono normalmente all’esercizio di attività economiche. Esso non pare quindi assimilabile, né per natura, né per funzione, al concetto di controllo/influenza dominante invalso nel diritto societario comune, che è un rapporto che si stabilisce su base tendenzialmente volontaria tra (almeno) due soggetti di cui uno è una società (di qualunque tipo). Nell’appiattare la figura del *controllo analogo* su quella di *controllo* di diritto societario comune si corre il rischio di mettere in crisi la “tenuta” di quel sistema di coesistenza tra regole che seguono principi di diritto amministrativo e quelle che seguono principi di diritto societario comune che si riscontra nell’ambito delle cosiddette società pubbliche. Per un’analisi di tale rischio di tenuta del sistema, con specifico riferimento alla nozione di controllo analogo congiunto, v. F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, cit., 198 s. (ove per l’appunto si rileva “che il problema di fondo” del regime delle società pubbliche “appare essere oggi legato alla verifica della ‘tenuta’ del modello privatistico, come è evidente soprattutto per le società *in house*, i cui tratti indicano una distanza sempre più marcata rispetto ai principi ed alle regole di fondo del diritto societario”, specificando altresì che “l’imbarazzo interpretativo di fondo che accompagna tali società [...] nasce dall’incoerenza delle caratteristiche del controllo analogo con la disciplina societaria, e in particolare con la regola di cui all’art. 2380-bis c.c.” – e oggi, alla luce delle rilevanti modifiche apportate al regime del tipo s.r.l. ad opera del Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, anche con la nuova regola di cui all’art. 2475, co. 1, c.c.) e 212 ss. (ove si evidenziano più analiticamente le differenze tra nozione di controllo analogo e la nozione di controllo ex art. 2359 c.c.); EAD., F. CUCCU, *La nozione di controllo – Commento sub art. 2 d.lgs. 175/2016*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 70 ss., e ivi spec. 72 e 85 ss. (per ulteriori riferimenti v. *retro*, sub nota 9).

[93] In tal senso F. D’ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, cit., 113 (sub nota 9); R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., spec. 29 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto*

Eppure, in virtù del carattere decisamente settoriale proprio delle suddette definizioni, non mi pare di poter riscontrare quell'effetto interpretativo "ampliativo" che invece in quelle deliberazioni pare darsi quasi per scontato e che pare condiviso anche da una parte della dottrina [94]. E ciò tanto più considerando che quel medesimo effetto ampliativo e generalizzante era già stato per lo più negato in passato, e benché ci si fosse trovati di fronte all'introduzione nell'ordinamento di disposizioni, anch'esse di carattere speciale – e mi riferisco in particolare all'art. 7, legge n. 287/1990 –, ma che pur avrebbero mostrato di possedere, per tenore, per oggetto e per impatto sistematico, un'attitudine ad alterare il corrente *acquis* in tema di controllo societario ben maggiore rispetto a quelle ora contenute nelle definizioni inserite nel TUSP [95].

Invero, nei provvedimenti riportati nel precedente paragrafo, non tanto si fa leva sul concetto di controllo congiunto nel significato attribuito a tale figura (e sia pure con una certa difficoltà) dalla maggioranza della dottrina giuscommercialistica in passato affaticatasi sul punto, quanto piuttosto si tenta di accreditarne una nozione autonoma; eppure, in ragione della male intesa interazione della prima definizione (di cui alla lett. *m*) con l'art. 2359 c.c. (in quanto norma fatta oggetto di un autonomo rinvio da parte della seconda, di cui alla lett. *b*) dell'art. 2, TUSP) – così come immaginata dai provvedimenti che sin qui si sono esaminati, per l'appunto invocando il loro "combinato disposto" – si finisce per postulare un'applicazione, per così dire, "iper-estesa" delle fattispecie di controllo congiunto; applicazione che risulta del tutto esorbitante anche rispetto alle interpretazioni più generose in passato dedicate a tale figura, ma che finisce per trovarsi in linea con l'"intento di ricomprendere" nella norma codicistica "tutte le figure di 'controllo congiunto'" [96].

In una prospettiva attenta ai profili giuscommercialistici, ci si deve quindi interrogare se l'introduzione nel nostro ordinamento di una definizione di carattere chiaramente speciale – quella di "società a controllo pubblico", di cui alla lett. *m*) del d.lgs. n. 175/2016 – permetta davvero di avallarne una lettura a sua volta in

di controllo ecc., cit., spec. 489 ss.; e cfr. sia pure in termini critici anche quanto riconosce M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, spec. 110 ss. e 116 ss.

[94] F. GUERRERA, *op. ult. cit.*, 519-520; conf. F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 84 (laddove si legge che "l'aspetto più rilevante di questa previsione [...] è quello che concerne il riconoscimento, ormai definitivo, del controllo congiunto. Infatti, anche se limitatamente alle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale, la disposizione [i.e., l'art. 2, lett. *b*], secondo periodo, TUSP, n.d.r.], prevedendo che sia abbia controllo anche nelle ipotesi in cui questo è condiviso, ne conferma l'ammissibilità, fino a ora ipotizzabile soltanto in via interpretativa").

[95] Per tutti, v. P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, cit., spec. 13 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, cit., spec. 462 ss. e 479 ss.

[96] F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 519.

grado di rivisitare così profondamente la figura del controllo invalsa nell'ambito del diritto societario comune, e tale addirittura da riportare la discussa nozione di controllo congiunto nell'alveo dell'art. 2359 c.c., a mezzo di un'altrettanto discutibile interpretazione di (o meglio di un'*interpolazione* tra) due norme speciali, ossia quelle, già citate, di cui alle lett. *b*) ed *m*) del TUSP. Per poi ampliarne a dismisura la valenza settoriale e affermandone, in definitiva, la portata generale e trasversale, si da inferire, accanto ad ogni ipotesi di influenza dominante ex art. 2359, co. 1, c.c., la configurazione di una parallela fattispecie di controllo congiunto.

Infatti, per un verso, facendo leva semplicemente sulla "*ratio* della riforma" Madia, si afferma la capacità della definizione di cui alla lett. *m*) dell'art. 2 di andare anche *oltre* le fattispecie di cui alla precedente lett. *b*) del testo unico del 2016 – che pure contiene la definizione speciale di "controllo" – agganciando, per così dire, al mero riscontro di una pluralità delle pubbliche amministrazioni socie, l'applicazione delle fattispecie di controllo contemplate nell'art. 2359 c.c. E, per altro verso, si crede di poter ravvisare una posizione di controllo – a sua volta sufficiente ad innescare l'applicazione di quella porzione più stringente della disciplina contemplata nello stesso testo unico per le "società a controllo pubblico" – anche in quei casi in cui le diverse pubbliche amministrazioni socie, ciascuna titolare di una quota di minoranza del capitale di una s.r.l. o di una s.p.a. – vuoi interamente in mano pubblica, vuoi "mista" pubblico-privata – non abbiano stipulato tra loro un accordo parasociale, né possano altrimenti beneficiare di una disposizione normativa ovvero di una clausola statutaria che permetta di far assumere, sul piano giuridico, una specifica rilevanza unitaria al "blocco" delle partecipazioni (di minoranza) dei soci pubblici [97], e dunque ciascuna essendo priva – se considerate isolatamente l'una dall'altra – di capacità di esercitare un'*influenza dominante* alla stregua dell'art. 2359 c.c.

Di più. L'idea (contenuta, in particolare, nell'orientamento del MEF e della Sezione Piemonte della Corte dei conti e poi fatta propria dalla sentenza delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 11/2019) di trascendere l'entità delle singole partecipazioni (minoritarie) delle singole p.a. socie e di imputarle ad una sorta di "super-pubblica amministrazione di fatto" – ossia considerandole congiuntamente, e quindi come se i soci pubblici costituissero soggetto unitario (e allora maggioritario) – non soltanto non convince, ma appare molto singolare anche alla stregua dei più basilari principi del Diritto amministrativo dettati in tema di organizzazione e di tutela degli specifici interessi pubblici. Ed è stata infatti da ultimo contrastata da due decisioni (la n.16 e la n. 25 del 2019), anch'esse adottate dalle Sezioni riunite della Corte dei conti, ma questa volta in sede giurisdizionale.

—

[97] E, comunque, in nessuno dei predetti casi si contempla l'adozione *unanime* di decisioni strategiche e finanziarie, così come prescritto dall'ultima parte dell'art. 2, lett. *b*), TUSP, onde veder integrata l'unica, esplicita fattispecie di controllo (pubblico) congiunto.

Rinviando alla fine del prossimo paragrafo una più puntuale critica rispetto a tale ultimo rilevante profilo, occorre sin da ora prendere atto che nel testo della norma definitoria – e in particolare nel rinvio all’art. 2359, c.c. operato in forza del primo periodo della lett. b) dell’art. 2, TUSP – non v’è alcun indizio testuale realmente utile per argomentare quell’effetto “ampliativo” che pare insito nei ragionamenti posti alla base dei provvedimenti sopra analizzati; e che, come già anticipato, da una parte della dottrina è stato addirittura ritenuto sufficiente per far ritenere che ogni ipotesi di controllo contemplata nell’art. 2359 c.c. possa d’ora in poi declinarsi anche in modo “congiunto”.

Anzi, il rinvio “secco” che quella porzione della norma definitoria effettua verso la disposizione codicistica, e dunque verso un precetto di applicazione generale (o almeno residuale [98]), parrebbe proprio in linea con altre, precedenti, norme settoriali, a loro volta contenenti delle definizioni speciali di controllo [99], le quali, sul punto, si limita(va)no ad evocare le già note situazioni di cui al comma 1 dell’art. 2359 c.c., così importandole, per così dire, tal quali nel settore specifico ove il legislatore di volta in volta aveva inteso estendere la disciplina codicistica del controllo (e dunque una o più delle fattispecie di controllo *solitario*), salvo eventualmente aggiungere, delineandole espressamente, *altre* fattispecie di controllo (talora anche di tipo *congiunto*) sulla base di disposizioni autonome e ulteriori rispetto al predetto rinvio. Norme che – quanto meno secondo l’interpretazione prevalente che ne è stata data – non sembravano di conseguenza consentire, da sole, quell’effetto di generalizzazione della figura di controllo “congiunto” che invece viene ora rivendicato dai già citati provvedimenti e da una parte della dottrina; e ciò benché anche in questo caso ricorra uno schema del tutto analogo alle norme speciali dettate in passato in tema di controllo e di controllo congiunto.

7. (segue) *Illustrazione di quattro profili critici dei provvedimenti esaminati*

Entrando nel dettaglio, va segnalato come nei provvedimenti riportati nel paragrafo 5 la tesi “ampliativa” sia stata in effetti perseguita lungo un sentiero interpretativo in parte diverso da quello perseguito in dottrina, e in particolare argomentandola a partire da quattro distinte angolazioni.

[98] In tal senso si esprime ad es. M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, cit., spec. 477.

[99] E qui, quale esempio, si potrebbe di nuovo evocare l’art. 7 della legge italiana *antitrust*. Cfr. inoltre F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, cit., 210, ove si argomenta che “il riferimento alla norma di cui all’art. 2359 c.c. non possa essere messo in discussione là dove il legislatore, così come avviene nelle discipline di carattere speciale dedicate alle pubbliche amministrazioni, richiama esplicitamente l’art. 2359 c.c.”.

(A) Anzitutto, si rileva un approccio all’ esegesi della normativa settoriale metodologicamente non condivisibile: la fattispecie riportata nella lett. *a*) dell’Orientamento MEF – cioè la prima delle due tipologie di situazioni in cui il Ministero ritiene possa essere riscontrata una fattispecie di “controllo congiunto” (ma analoga impostazione si ritrova anche nella di poco precedente deliberazione della Corte dei conti Liguria) – non corrisponde a quella prevista dalla legge; essa infatti si riferisce ad un insieme di ipotesi di controllo congiunto non espressamente contemplate dal TUSP, bensì estrapolate dal MEF in modo autonomo, a partire da una discutibile lettura dell’apparato definitorio del testo unico. Invero, non è dato evincersi dal citato Orientamento su quali basi testuali si ritenga possibile configurare *altre ipotesi* di controllo congiunto “anche a prescindere dall’esistenza di un vincolo legale, contrattuale statutario o parasociale tra le stesse” (cioè “anche a prescindere” da quanto espressamente richiesto dal secondo periodo dell’art. 2, co. 1, lett. *b*), d.lgs. n. 175/2016), ma, se ben si comprende, pur sempre basate sull’art. 2359 c.c. (così infatti si esprime la suddetta lett. *a*) dell’Orientamento), quando invece la norma definitoria – la più volte citata lett. *b*), dell’art. 2 TUSP – pare proprio affermare il contrario [100].

All’opposto, come pare riconoscere anche quella dottrina che pur si mostra favorevole (ma per altre ragioni) alla generalizzazione della figura di controllo congiunto, se è vero che la lett. *m*) dell’art. 2, del testo unico, nel momento in cui afferma che sono qualificabili come “a controllo pubblico” le società in cui “una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lett. *b*)”, si limita per l’appunto a rinviare a quanto dispone la precedente lett. *b*), al fine di individuare il perimetro applicativo della specifica normativa applicabile alle “società a controllo pubblico” occorre(va) necessariamente partire dalla norma definitoria, la quale, essendo per l’appunto intitolata al “controllo”, è l’unica che individua (*recte*, che permette di individuare) quei *poteri* di “direzione e guida della so-

[100] E allora mi pare che sarebbe stato corretto prendere le mosse dall’unica ipotesi di controllo congiunto che il TUSP contempla in questo contesto: quella appunto che andrà riscontrata quando – alla stregua della definizione legislativa di cui all’art. 2, lett. *b*), TUSP, “in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”. Partendo dal dato letterale, sarebbe discesa l’esigenza di giustificare le ulteriori ipotesi convogliate nella lettera *a*) dell’Orientamento del MEF; giustificazione che invece manca del tutto, benché al contempo si dia per scontato che tali ipotesi esistano. Come si avrà modo di argomentare nel prosieguo del paragrafo, la linea di ragionamento volta a ritenere *aggiuntiva* l’unica ipotesi di controllo congiunto espressamente delineata nel testo unico rispetto ad *altre* ipotesi di controllo congiunto non viene motivata né supportata da alcun elemento testuale se non ricorrendo ad una meccanica e arbitraria *addizione* o accostamento della locuzione “una o più amministrazioni pubbliche” – contenuto nella definizione di cui alla lett. *m*) dell’art. 2, d.lgs. n. 175/2016 – al rinvio all’art. 2359 c.c., operato nel primo periodo della definizione contenuta nella lett. *b*) della medesima norma speciale.

cietà” [101] così come verranno poi *esercitati* dalle amministrazioni pubbliche sulle società partecipate: e quindi a tal fine ravvisando, nel primo periodo della lett. b), l’esistenza di un rinvio “pieno” alle ipotesi di cui all’art. 2359 c.c. (e cioè ad una norma che tradizionalmente contempla ipotesi di controllo “solitario”) e, nel secondo periodo, una definizione di “controllo congiunto”, sostanzialmente mutuata dai principi IAS/IFRS [102].

[101] E che, come giustamente si è messo in evidenza, integrano “l’essenza del fenomeno” del controllo: così F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 76. Sulla definizione di controllo (in generale), di recente, v. anche L. SCHIUMA, *Commento sub art. 2359*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di) *Delle società. Dell’azienda. Della concorrenza*, vol. I (artt. 2247-2378), in *Commentario del Codice civile* (diretto da E. Gabrielli), cit., spec. 1261 e 1264. Si noti peraltro che il riferimento all’esercizio di poteri di controllo da parte di “una o più amministrazioni pubbliche” apre al tema, di cui in questa sede non è possibile farsi carico, del rapporto che deve essere ravvisato tra nozione (statica) di controllo e nozione (dinamica) di direzione e coordinamento di “società a partecipazione pubblica” e in particolare, di quelle “a controllo pubblico”: intorno a tale complessa relazione, sia pure in termini generali, cfr. M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359 – 2359quinquies c.c.*, cit., spec. 398 s., 401, 404 e 406 s.; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale), vol. 3, cit., e ivi spec. 834 ss.; V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, cit., spec. 9 ss., 14 s. e 36 ss.; M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., 665 ss., e ivi spec. 701-702, 709 e 723 ss.

[102] Su tali principi, v. L.A. BIANCHI, *Note sulla nozione di “controllo” nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, cit.; inoltre, v. F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 83, ove tra l’altro si richiamano i principi IAS 31, punto 3, e IAS 28, punto 2: detti principi in modo analogo tra loro definiscono il *controllo congiunto* nei seguenti termini: “[i]l controllo congiunto è la condivisione, stabilita contrattualmente, del controllo su un’attività economica, ed esiste unicamente quando per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo (partecipanti al controllo congiunto)”. In generale, sulla possibilità e sui limiti di questa sorta di *transustanziazione* del principio (o regola) contabile in un principio (o regola) giuridica, v., tra molti, S. FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 5 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *La ricezione degli IAS/IFRS nel nostro ordinamento e il sistema delle fonti*, in AA.VV., *IAS/IFRS: La modernizzazione del diritto contabile in Italia* (Atti del Convegno di Studi promosso dalla Rivista *Giurisprudenza Commerciale* e patrocinato da A.B.I. – Roma, Sala della Clemenza di Palazzo Altieri, 23-24 novembre 2006), Giuffrè, Milano, 2007, 29 ss.; O. CAGNASSO, *I principi di redazione del bilancio IAS/IFRS secondo la dottrina commercialistica*, in *Nuov. dir. soc.*, 4/2012, 58 ss. nonché L. DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile*³, Milano, Giuffrè, 2013, spec. 58 ss., 65 ss. e 85 ss., ove tra l’altro si precisa che gli “IAS/IFRS non costituiscono un corpus normativo di diritto interno, di nessuno Stato. Sono piuttosto il portato delle conoscenze e dell’esperienza della professione contabile a livello internazionale [...]” che viene poi a depositarsi e a consolidarsi, nel tempo, in una “prassi di generale accettazione e alla cui elaborazione presiedono autorevoli organismi rappresentativi delle istituzioni regolatrici dei mercati e dei ceti professionali, successivamente integrati con altri rappresentativi degli ambienti imprenditoriali e finanziari (come [lo] IASB, il SIC – *Standing Interpretation Committee* e l’IFRIC – *International Financial Reporting Interpretations Committee*, che lo ha sostituito, od ancora lo Iosco – *International Organization of Securities Commission* e l’EFRAG – *European Financial Reporting*

La definizione della lett. *m*) non è in grado di individuare alcuna fattispecie di “controllo”, perché questa è precisamente la funzione affidata alla definizione di cui all’art. 2, co. 1, lett. *b*), d.lgs n. 175/2016, cui la prima giustappunto rinvia. Pertanto, neppure appare possibile riconoscere alla definizione di cui alla lett. *m*) alcuna capacità di individuare ulteriori e autonome “fattispecie” di controllo, e tanto meno di controllo congiunto, in aggiunta e indipendentemente da quanto prevede la lett. *b*) dell’art. 2, TUSP, in virtù del mero, testuale riferimento, contenuto nella prima definizione, all’alternativa tra “una o più” pubbliche amministrazioni – come pure sostengono, oltre al MEF, anche la Corte dei conti della Liguria e la sentenza delle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti n. 11/2019.

D’altra parte, va rilevato che, per un verso, la enunciazione dell’ipotesi di controllo congiunto contenuta nel secondo periodo dell’art. 2, co. 1, lett. *b*), riprende la definizione di controllo congiunto contenuta negli IAS/IFRS; e che quindi, per altro verso, essa differisce – o, meglio, non viene affatto contemplata – dalla definizione di controllo di cui all’art. 2359 c.c. Del resto, è noto che la stessa definizione di *controllo* contenuta negli IAS/IFRS risulta *diversa* da quella contenuta in tale ultima

Advisory Group [...]). E l’Autore ora citato soggiunge (ivi, 59) che: “[c]on l’omologazione – che viene sancita mediante l’emanazione di regolamenti della U.E. – gli IAS/IFRS cessano di rappresentare unicamente delle corrette regole tecniche di redazione dei bilanci ed assumono la configurazione di norme comunitarie ed altresì, giusta l’automatica efficacia dei regolamenti negli ordinamenti interni degli Stati membri della U.E. senza obbligo di recepimento espresso, di norme di diritto interno di ciascuno di questi Stati”. È il caso, ad esempio, della Direttiva del Parlamento e del Consiglio della Comunità Europea, del 27 settembre 2001, n. 2001/65/CE (in *G.U.C.E.* n. L-283, del 27 ottobre 2001, 28 ss., e in *Società*, 2001, 1139 ss., con nota di C. SOTTORIVA, *Modificate la IV e la VII direttiva sui bilanci con l’introduzione del principio del “valore equo”*), implementata in Italia, in parte con il d.lgs. 30 dicembre 2003, n. 394, e in parte con il d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 38 (a sua volta attuativo della delega contenuta nell’art. 25 della legge 31 ottobre 2003, n. 306, recante di disposizioni in tema di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alla Comunità Europea, oggi Unione Europea); v. inoltre la Direttiva del Consiglio della Comunità Europea del 13 maggio 2003, n. 2003/38/CE, nonché la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio della Comunità Europea del 18 giugno 2003, n. 2003/51/CE (rispettivamente, in *G.U.C.E.* n. L-120 del 15 maggio 2003, 22 ss. e in *G.U.C.E.* L-178, del 17 luglio 2003, 16 ss.), recepita dall’Italia con d.lgs. 7 novembre 2006, n. 285 nonché con d.lgs. 3 novembre 2008 n. 173. Ma è anche il caso, di due importanti regolamenti europei, il Regolamento CE n. 1606, del 19 luglio 2002 (in *G.U.C.E.*, n. L-243, dell’11 settembre 2002, 1 ss.), in seguito più volte modificato, che ha sancito l’obbligo per gli Stati Membri dell’odierna Unione Europea di uniformare i rispettivi ordinamenti interni in materia di regole per la contabilità e i bilanci delle società, i cui titoli risultino negoziati in mercati regolamentati, ai principi contabili internazionali (IAS/IFRS), e il Regolamento CE n. 1725, del 29 settembre 2003 (in *G.U.C.E.*, L-261, del 13 ottobre 2003, 2 ss.), anch’esso più volte in seguito modificato per permettere la ricezione di ulteriori modifiche ai principi originariamente inserite e di ulteriori principi. Sul punto, v., ad es. la recente Circolare n. 8/2018 di ASSONIME (pubblicata sul sito web istituzionale dell’associazione il 6 marzo 2018), ove si analizzano le novità in materia di disciplina fiscale per le imprese *IAS Adopter* anche alla luce del nuovo principio di derivazione rafforzata vigente per le imprese OIC.

disposizione codicistica [103], così in definitiva distanziando ulteriormente il rinvio operato alla norma codicistica ad opera del primo periodo della lett. *b*) dell'art. 2 d.lgs. n. 175/2016, dalla peculiare ipotesi di controllo congiunto configurata dal testo unico nel secondo periodo di tale speciale definizione normativa [104].

Se poi si riflette sul fatto che la stessa nozione di “controllo” contenuta nei principi contabili internazionali viene nettamente distinta dalle ben più specifiche e meno comuni ipotesi di “controllo congiunto” – regolate dagli IAS n. 28 (par. 3) e n. 31 (“Partecipazioni in Joint Venture”, a sua volta corrispondente all'IFRS n. 11, “Accordi a controllo Congiunto”), allora, a fronte della scelta compiuta dal nostro legislatore – il quale ha individuato, per ciò che specificamente riguarda il TUSP, la figura di controllo congiunto in una formula definitoria sostanzialmente equivalente agli IAS nn. 28 e 31/IFRS n. 11 – pare ragionevole ritenere assai meno plausibile il tentativo di omologare la definizione ora inserita nel secondo periodo dell'art. 2, lett. *b*), del d.lgs. n. 175/2016 all'elaborazione dottrinale fino ad oggi confrontatasi con le nozioni di *controllo* e di *controllo congiunto* sulla base degli indicatori forniti dalle (diverse) norme sparse nel nostro ordinamento che effettiva-

[103] Infatti, è noto che nell'ambito dei principi contabili internazionali, la definizione della relazione di *controllo* si ricava dal principio IAS n. 27 (ora, dopo una modifica intervenuta nel maggio 2011, denominato “*Separate Financial Statement*” e volto a disciplinare il trattamento contabile e le informazioni contabili-finanziarie da fornire nel bilancio separato con riguardo agli investimenti in entità controllate, collegate e in *joint venture*), dal principio IFRS n. 10 (intitolato “*Consolidated financial statements*”, anch'esso risalente al maggio 2011) e dall'IFRS n. 3 (il quale riguarda le “aggregazioni aziendali” o, meglio, le regole della contabilizzazione dei processi di aggregazione tra imprese, in particolare disciplinando il trattamento contabile concernenti le differenze di consolidamento). Tale relazione rileva, sia al fine dell'identificazione dei soggetti obbligati a redigere il bilancio consolidato, in base appunto ai principi contabili internazionali, sia al fine della delimitazione dell'area di consolidamento, cioè delle entità (società o altri enti) e/o di alcuni cespiti riferibili ad altre entità, da inserire o da escludere dal consolidamento. Ed è altrettanto noto che tale nozione – pur essendo in atto un processo di progressiva revisione del diritto contabile italiano alla luce delle direttive di “modernizzazione” e dei regolamenti (v. nota precedente e sul quale in particolare v. L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, 141 ss.) – differisce da quella usata nell'ambito della normativa italiana per definire, sia le società controllate e collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c.; sia le imprese controllate a cui estendere l'obbligo di redigere il bilancio consolidato ex art. 26, d.lgs. n. 127/1991: sul punto per tutti v. ancora L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, 166 ss. (e part. 169 ss., ove si sottolinea, tra l'altro come la definizione di controllo di cui allo IAS 27, par. 4 – definito come “potere di determinare le scelte amministrative e gestionali di un'impresa e di ottenerne i benefici relativi”, individui, in effetti, “una nozione più prossima, nella nostra tradizione giuridica, a quella di ‘direzione unitaria’ che a quella di controllo in sé”).

[104] Così, ancora, L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, 179-180. Si può incidentalmente aggiungere che le “decisioni finanziarie e gestionali strategiche” della definizione contenuta nel II periodo dell'art. 2, lett. *b*), TUSP evocano altresì la lett. *f-bis*) del co. 1 dell'art. 2409-terdecies c.c., nel quale, con riguardo al sistema di amministrazione e controllo c.d. *dualistico*, si fa riferimento ad “operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari delle società”, cioè a competenze che – benché attinenti alla sfera della c.d. *alta amministrazione* (riguardando profili gestori dotati di riflessi significativi sul livello di rischio e/o sulla stessa redditività dell'impresa) – possono essere statutariamente attribuite al consiglio di sorveglianza.

mente prendono in considerazione ipotesi di controllo di tipo *congiunto*: entrambe le nozioni infatti risultano tutt'ora ricostruite secondo linee e con contenuti in buona parte diversi da quelli fatti propri dai principi contabili internazionali e da ultimo trasposti nella definizione di controllo contenuta nel d.lgs. n. 175/2016 [105].

Insomma, l'ipotesi peculiare di controllo congiunto configurata nel secondo periodo dell'art. 2, lett. *b*) TUSP, anche alla luce della sua origine, non sembra costituire una semplice variante "congiunta" delle classiche situazioni di controllo cui il primo periodo della medesima norma fa rinvio (quelle cioè contemplate nell'art. 2359 c.c.), bensì pare integrare un'ipotesi assai peculiare di controllo congiunto – invero l'unica configurabile in questo peculiare contesto di disciplina delle società pubbliche.

(B) Il secondo ordine di motivazioni addotte per sostenere la tesi "ampliativa" della fattispecie di controllo congiunto fa leva su un'improbabile combinazione di significati (peraltro non univoci) estrapolati da alcune locuzioni presenti nelle due definizioni relative al controllo di cui, rispettivamente, alla ridetta lett. *b*), ed alla lett. *m*) del più volte citato art. 2, d.lgs. n. 175/2016. In altri termini, si intende valorizzare il rinvio all'art. 2359 c.c. contenuto nel primo periodo della prima definizione e combinandolo – benché, si badi, con una certa dose di arbitrarità – con l'espressione "una o più amministrazioni pubbliche" contenuta nella seconda: sfruttando cioè l'espressione "una o più" di cui alla lett. *m*) per sostenere che il rinvio all'art. 2359 di cui alla lett. *b*) schiuderebbe ad un ventaglio di ipotesi di controllo congiunto delle partecipate pubbliche che la norma codicistica di per sé non contempla; e così affiancando – se ben si comprende – a ciascuna delle tre situazioni di controllo "solitario" che tale ultima disposizione invece considera espressamente, altrettante fattispecie di controllo "congiunto" [106].

In senso contrario, pare doversi rilevare che, così ragionando, si finisce per operare un'interpolazione meccanica, artificiosa, del tutto innaturale tra espressioni contenute in norme distinte (sia pur indirettamente collegate dal rinvio che la lett. *m*) effettua alla lett. *b*) del TUSP e di qui all'art. 2359 c.c.) e che in altri contesti è stata efficacemente definita "ortopedica". Troppo gracile appare questa soluzione

[105] E tutto ciò – si sottolinea – va considerato nella consapevolezza che l'utilizzo dello strumento dell'interpretazione sistematica – ove pure venisse ritenuta ammissibile e appropriata nel caso di specie – segue, e *non* precede, l'esegesi delle norme, giacché non si può prescindere dalla portata letterale di disposizioni di rango primario, per poi semmai tentarne una riconduzione a sistema e infine eventualmente argomentando una loro interpretazione estensiva (o analogica).

[106] Come già annunciato nel testo all'esordio del precedente paragrafo 6, il passaggio ulteriore, compiuto da una parte della dottrina che ha studiato la questione del controllo congiunto nel contesto specifico del d.lgs. n. 175/2016, è quello di ritenere che al riconoscimento di tali ipotesi di controllo congiunto nel particolare settore delle società pubbliche consegua, in modo quasi automatico, il riconoscimento generale del controllo congiunto anche sul piano del diritto societario comune: cfr. in particolare F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 520 s.

ermeneutica per sostenere il *peso*, per così dire, di un'interpretazione evolutiva, non già e soltanto della norma speciale, bensì, e addirittura, della norma dotata di portata generale-residuale nel contesto del diritto societario comune (l'art. 2359 c.c.), e rispetto alla quale la prima definizione (la lett. *b*) dell'art. 2, d.lgs. n. 175/2016) si limita, in realtà, ad un mero rinvio.

E ciò si può sostenere, sia in ragione del già più volte segnalato carattere speciale della disposizione definitoria in esame, che concerne soltanto il controllo esercitato da parte delle pubbliche amministrazioni sulle partecipate; sia in virtù della specificità dello stesso *micro-sistema normativo* delle società a partecipazione pubblica in cui essa si colloca; sia, infine, per la genericità della stessa locuzione “una o più amministrazioni pubbliche”, la quale, essendo collocata in una diversa norma definitoria, può (e anzi dovrà) essere letta, non già in diretta correlazione con l'art. 2359, c.c., bensì – e piuttosto – in connessione con il secondo periodo della definizione di cui alla lett. *b*) dell'art. 2, d.lgs. n. 175/2016, la quale, a ben vedere (e come tra poco si argomenterà), contiene l'*unica* ipotesi espressa e legislativamente disciplinata di controllo congiunto nel particolare contesto delle società pubbliche.

Più analiticamente, il collegamento interpretativo tra la più volte citata lett. *m*), e l'art. 2359 c.c. valendosi del rinvio operato verso tale ultima norma dalla lett. *b*) non appare né univoco né, a ben vedere, il più logico, atteso l'espresso legame che la stessa norma definitoria speciale di “società a controllo pubblico” impone con l'*intera* (e non già con una sola parte della) definizione di cui alla precedente lett. *b*), dovendo necessariamente ricomprendersi il secondo periodo della definizione di “controllo” (pubblico). D'altro canto, come si è detto, questa seconda parte della lett. *b*) è incentrata sull'*unica* ipotesi che potrebbe in effetti evocare il controllo congiunto, e quindi l'*unica* che potrebbe contemplare il controllo da parte di “più amministrazioni pubbliche”.

Certo, nell'ottica di un riconoscimento generalizzato del controllo congiunto anche oltre i confini del TUSP, si comprende il desiderio di estenderla ad ipotesi ulteriori di controllo condiviso. Ma un simile risultato ricostruttivo sembra ben lungi dal poter essere raggiunto giustificandolo semplicemente con una sorta di *addizione* meccanica di una locuzione contenuta nell'una con un rinvio ad una norma generale contenuta nell'altra.

Sul piano sistematico, va infatti debitamente considerato – per un verso – che la nozione di *controllo congiunto* sin qui non ha mai beneficiato di una compiuta definizione legislativa sulla quale far affidamento per poi inferire il preteso collegamento tra l'art. 2359 c.c. (cui rinvia il primo periodo della definizione di cui alla lett. *b*)) e l'espressione “una o più amministrazioni pubbliche” (di cui alla definizione di cui alla lett. *m*) del TUSP). Il concetto di controllo congiunto, invero, ha sin qui vissuto soltanto di accenni, spesso non univoci sul piano testuale, contenuti in disposizioni per lo più dotate di una valenza settoriale (ad esempio, l'art. 7, legge n. 287/1990,

l'art. 37, d.lgs. n. 127/1991, l'art. 122, co. 5, lett. d), TUF) [107] e di diverse interpretazioni dottrinali di cui si è già dato conto nel paragrafo 4. Senza contare che – per altro verso – e guardando invece ai contenuti esplicitati nelle norme in discussione, quell'unica ipotesi di controllo congiunto espressamente contemplata nella legislazione speciale (nel già evocato secondo periodo dell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016) a sua volta differisce in modo netto dalle fattispecie tradizionali di cui all'art. 2359, co. 1, c.c., la cui interpretazione prevalente, d'altra parte, è sempre stata nel senso di individuare altrettante fattispecie di controllo “solitario” [108].

Va pertanto valutata con molta circospezione la possibilità di mutuare dall'ambito specifico delle società pubbliche una nozione, per così dire, generale di controllo congiunto di diritto societario comune, in specie considerando quanto dispone l'art. 1, comma 3, del testo unico circa il rapporto tra la normativa speciale e il diritto privato (*recte*, diritto societario) comune. D'altro canto, dovrebbe escludersi la possibilità di importare ulteriori nozioni speciali di controllo (congiunto) nel contesto del diritto – altrettanto speciale – delle società pubbliche senza un esplicito richiamo o un'indicazione in tal senso, e per di più in presenza di un'autonoma e compiuta ipotesi di controllo congiunto, che a sua volta differisce da quelle in passato configurate in altre leggi speciali, essendo questa chiaramente basata su canoni diversi, ossia – come già anticipato nel precedente punto (A) – sugli IAS/IFRS. E senza contare che, in entrambi i casi si dovrebbe importare nel settore



[107] Ed è proprio in base alle disposizioni speciali che finisce per fondarsi la tesi, pur non maggioritaria, che sostiene la possibilità di configurare una nozione generalizzata e trasversale di controllo congiunto direttamente basata sulle fattispecie di cui all'art. 2359 c.c.

[108] V. ad es. L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società “controllate” e “collegate”*, in M. BUSOLETTI (a cura di), *La nuova disciplina dei bilanci di società (commento al d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127)*, Giappichelli, Torino, 1993, 1 ss., 16, il quale, riportando un passaggio di P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo ecc.*, cit., 12 ss., afferma che “è da ritenere che la fattispecie del c.d. controllo congiunto ‘rappresenti un’eccezione rispetto alla prevalente nozione di controllo che postula l’unicità del controllante: il dominio e non il condominio”. Una posizione conforme si ritrova in R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., 31 s., e in M.S. SPOLIDORO, *Il concetto*, cit. spec. 479 ss.; V. DONATIVI, *“Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., spec. 762 ss. Da ultime v. anche le due decisioni della Corte conti Sez. riunite giurisdiz. n. 16 (punto 5) e 25/2019 (punto 2.6), ove si afferma che l'art. 2359 c.c. “presuppone in tutte e tre le ipotesi l’unità organizzativa ed istituzionalizzata del soggetto controllante, poiché si tratta del controllo di una società su un'altra società”. *Contra*, da ultimi, F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 520; F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 78 (ove invece si afferma che “la tesi che oggi” – dopo la riforma del 2003 – “appare maggioritaria e secondo cui il controllo esercitato congiuntamente, con l’esercizio concertato del diritto di voto, può essere ricondotto alla nozione di cui all’art. 2359, supera l’argomento letterale” – quello cioè che fa leva sulla declinazione al singolare, nella norma codicistica, del soggetto che esercita l’influenza dominante su una società – “e focalizza l’attenzione sul nuovo testo dell’art. 2341-bis” c.c.). In tal senso, prima e dopo la riforma, i più volte citati contributi di LAMANDINI e CARIELLO.

delle società pubbliche, non già una compiuta definizione normativa di controllo congiunto, bensì una nozione di per sé discussa di tale figura, in quanto frutto dell'interpretazione offerta da una parte soltanto della dottrina, pur autorevole, che sin qui si è mostrata favorevole ad un generalizzato riconoscimento della figura.

In ragione di ciò, sembra pertanto priva di ogni residua sostanza l'asserzione contenuta, sia nell'Orientamento MEF, sia nei più volte evocati Provvedimenti delle Sezioni Regionali di Controllo della Corte dei conti, secondo la quale l'interpretazione del "combinato disposto" delle due definizioni del TUSP – quelle cioè rispettivamente contenute nelle lett. *m*) e *b*) dell'art. 2, comma 1 – sarebbe in grado di includervi *altre ipotesi* di controllo congiunto, oltre a quella espressamente contemplata nella lett. *b*), che, testualmente configura *soltanto una ipotesi* di controllo congiunto "unanime" da parte delle P.A. in relazione a decisioni strategiche e laddove ciò sia contemplato da una norma di legge, ovvero da una clausola statutaria o parasociale.

In conclusione sul punto, il riferimento a "una o più amministrazioni pubbliche" contenuto nella lett. *m*) dell'art. 2 TUSP e/o il suo "combinato disposto" con le fattispecie contemplate nell'art. 2359 c.c. non pare metodologicamente corretto, almeno nei termini e alla luce delle scarse motivazioni addotte nei provvedimenti analizzati; né tanto meno appare idoneo a fondare una lettura della norma codicistica quale disposizione capace di contemplare, in via generalizzata e trasversale, altrettante ipotesi di controllo congiunto [109], in tal modo peraltro consentendo il definitivo superamento dell'interpretazione tradizionale di tale ultima disposizione.

(C) Ma il discorso sul tentativo di allargare la portata delle fattispecie di influenza dominante contemplate nell'art. 2359, co. 1, c.c., così di nuovo sminuendo la portata dell'ipotesi del controllo congiunto unanime (ripetesi: l'unica esplicitata nel testo unico e dotata di un autonomo contenuto operativo) non terminano qui. In terzo luogo, infatti, tanto nell'Orientamento MEF, quanto nella delibera della Sezione Controllo Liguria della Corte dei conti si tenta di relegare la fattispecie descritta nel secondo periodo della lett. *b*) dell'art. 1, d.lgs. n. 175/2016, ad ipotesi di co-controllo pubblico *aggiuntiva* rispetto a quelle evinte dall'ortopedica combinazione tra il rinvio all'art. 2359 c.c. di cui al primo periodo della stessa norma e la locuzione "una o più amministrazioni pubbliche" di cui alla lett. *m*) del medesimo articolo del testo unico. A tal fine, si fa valere l'ulteriore locuzione "anche quando", di nuovo stravolgendone il significato più lineare [110] a favore di un'interpretazione più ardita e certo non adeguatamente motivata.



[109] In termini diversi, v. tuttavia V. DONATIVI, "Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria, cit., 765 ss.

[110] Significato peraltro condiviso anche da chi pur ritiene il controllo congiunto un concetto generale e dotato di portata trasversale rispetto a tutto il diritto societario: cfr. infatti F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 73.

Infatti, a prima vista, si potrebbe ravvisare nella già trattata congiunzione “*anche*” – che, nella definizione del testo unico, viene collocata tra il rinvio all’art. 2359 c.c. e l’illustrazione degli elementi richiesti per aversi controllo congiunto – un elemento testuale che depone per una soluzione di apertura, ossia tale da permettere il recupero di un più ampio ambito applicativo del nostro concetto, così finendo però per includere ipotesi non direttamente contemplate dall’art. 2359, c.c. ma che sono invece il frutto di interpretazioni che coinvolgono altre norme, da quella non espressamente richiamate. A ben vedere, tuttavia, e ragionando sul presupposto che il primo periodo della norma definitoria speciale abbia il compito di richiamare le ipotesi “tradizionali” di controllo, direttamente contemplate nell’art. 2359 c.c., la congiunzione “anche”, contenuta all’inizio del secondo periodo della definizione di cui alla lett. b) dell’art. 2, TUSP, nient’altro farebbe se non avvertire che, *oltre a quella prima serie di ipotesi*, ve n’è un’altra serie, configurata per l’appunto nel secondo periodo della medesima norma [111]. Quindi, la norma *de qua* non già e non necessariamente intende con ciò riferirsi ad *altre* ipotesi di controllo *congiunto*, bensì, più semplicemente, ad *altre ipotesi di controllo*, da considerarsi diverse dalle precedenti (quelle cioè contemplate nell’art. 2359 c.c.) proprio in quanto implicanti, a differenza delle precedenti, un controllo *congiunto* [112].



[111] Si noti come anche in dottrina sia data un’analoga interpretazione alla congiunzione *anche*: ritenendo cioè che potesse ricorrere un’ipotesi ulteriore di controllo congiunto *anche* nei casi in cui fosse richiesto il *consenso unanime* delle parti; e che, dunque, alla stregua della stessa definizione di cui alla lett. b) dell’art. 2, TUSP, potessero darsi *altre, ulteriori* ipotesi di “controllo congiunto”, al di fuori di quelle espressamente previste nella seconda parte della definizione di cui alla lett. b); e dunque anche prescindendo dal requisito dell’*unanimità* necessaria per l’adozione delle decisioni “strategiche” contemplate espressamente nella disposizione in parola: cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 521 s. Tuttavia, la norma, se letta senza interpolazioni, è chiara nel suggerire la conclusione opposta, ivi contemplandosi *soltanto* una tipologia di ipotesi di controllo congiunto, quella che per l’appunto ricorre laddove “in applicazione di norme di legge, statutarie o parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale” sia “richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”: in tal senso, si veda anche R. RANUCCI, *Commento sub art. 2 – IX. Società a controllo pubblico*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, 135 ss., e ivi spec. 135 e 137-138. Perciò va qui ribadito che la congiunzione “anche” in realtà assume l’unica funzione di collegare la prima parte della definizione – quella che contempla un rinvio alle fattispecie di controllo di cui all’art. 2359 c.c. – a questa seconda parte or ora riprodotta, con ciò tuttavia non autorizzando ad immaginare ulteriori ipotesi di controllo congiunto al di fuori di quella esplicitata nella norma speciale. Che questa sia la ricostruzione più aderente al testo della norma si può dedurre altresì dall’espressione, del tutto analoga, che si ritrova nel principio IFRS n. 11 e nel principio IAS n. 31, relativi a delle ipotesi di controllo congiunto e dalla quale assai probabilmente è stata tratta la stessa definizione di cui alla lett. b) dell’art. 2 del TUSP.

[112] Soltanto postulando *a monte* l’estensione delle ipotesi di controllo solitario contemplate nell’art. 2359 c.c. a correlative ipotesi di controllo congiunto risulterebbe poi possibile sostenere che la congiunzione *anche* (che funge da “ponte” tra il primo e il secondo periodo della definizione contenuta nella lett. b) dell’art. 1 del d.lgs. n. 175/2016) vada riferita ad *ulteriori* ipotesi di controllo *congiunto*.

(D) Da ultimo, va contrastato l'ulteriore argomento messo in camp, tanto dal provvedimento del 24 gennaio 2018 della Sezione Regionale di Controllo della Corte dei conti per la Regione Liguria, quanto dall'Orientamento MEF del 15 febbraio 2018 – e poi in parte avallato anche dalla sentenza della Corte dei conti, Sez. riunite in sede di controllo n. 11/2019 – per sostenere la tesi “ampliativa” della nozione di controllo congiunto. Ossia quello in forza del quale si ritiene possibile intendere la “Pubblica Amministrazione”, quale ente che esercita il controllo, [...] come soggetto unitario, a prescindere dal fatto che, nelle singole fattispecie, il controllo di cui all'art. 2359, comma 1, numeri 1), 2) e 3), faccia capo ad una singola amministrazione o a più Amministrazioni cumulativamente”, addirittura aggiungendosi – da parte del più recente parere reso dalla Sezione Controllo della Corte dei conti del Trentino Alto Adige – che “la natura pubblica del controllo potrebbe derivare dall'esistenza di accordi, desumibili anche da meri comportamenti conclusivi delle pubbliche amministrazioni partecipanti in misura maggioritaria, indipendentemente dalla sottoscrizione di accordi formali”, significativamente soggiungendo (sebbene ancora una volta in modo assertivo) che a siffatta conclusione non “sarebbe di ostacolo [...] l'esistenza di interessi non perfettamente coincidenti o sovrapponibili da parte dei soci pubblici”. In tal modo, la suddetta Sezione regionale della Corte dei conti mostra di porsi su una linea di rigore quasi esasperato, collocandosi ben oltre la posizione di quella dottrina che pur si mostra favorevole ad un ampio riconoscimento della figura del controllo congiunto, ma che mantiene ferma la necessità di un ancoraggio di una siffatta situazione – in specie laddove questa possa ricorrere *di fatto* – al positivo riscontro di un “patto parasociale o del contratto di coordinamento (e in relazione allo statuto della controllata)” [113].

Ma è proprio detto postulato a monte che si mette in dubbio, poiché una simile estensione della portata soggettiva dell'art. 2359 c.c. a situazioni di influenza dominante congiunta, rispettivamente, di diritto, di fatto, oppure giusta vincoli contrattuali esterni non potrebbe non basarsi su di una interpretazione che, sul piano del diritto societario comune, neppure oggi potrebbe dirsi pacifica, anzi. E laddove fosse invece condotta sul piano del diritto speciale delle società pubbliche, mediante il meccanismo che nel testo si è definito “ortopedico” di interpolazione di definizioni contenute nel testo unico, va contrastata per le ragioni già argomentate *retro* nel testo. In senso diverso, v. tuttavia V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, cit., 765 ss.

[113] Afferma infatti F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 521, che il “legislatore” avrebbe infatti modificato “le regole di imputazione del controllo e, ai fini del TUSP”, tra l'altro avrebbe consentito “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)”. Secondo questa dottrina, inoltre, la “specificità della prescrizione del TUSP” di cui alla definizione contenuta nell'art. 2 lett. b), d.lgs. n. 175/2016 risiederebbe “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”. E si precisa ulteriormente che tale qualifica di co-

Tuttavia, in senso contrario si deve ritenere che il secondo periodo dell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016, nell'introdurre una nuova (ed unica) ipotesi di controllo congiunto (la quale – entro il peculiare settore individuato dalla disciplina speciale dedicata alle società pubbliche – va così ad aggiungersi alle tradizionali situazioni di controllo di tipo “solitario”, contemplate nell'art. 2359 c.c., in quanto appunto richiamate espressamente dal primo periodo della predetta norma definitoria del testo unico), ponga altresì la necessità di un suo esplicitarsi *in forma scritta* affinché tale nuova figura di controllo condiviso offra un preciso riferimento *espresso*, anche per finalità meramente informative, a beneficio di tutti i soci e dei terzi [114]. Del resto, mi pare che la necessità di un rilievo formalizzato della situazione di controllo congiunto oggi si imponga – così evitando di dover ricorrere ad ipotesi “intuizionistiche” in ordine al riscontro di una siffatta situazione, talora poco perspicuamente rinvenuta *a valle* di veri o presunti “comportamenti concludenti” – proprio a partire dal testo della definizione normativa, laddove, nel disegnare la tipologia di fattispecie di controllo congiunto, si dà rilievo ad un meccanismo

controllante potrebbe essere ascritta in capo all'amministrazione pubblica, pur detentrica di una partecipazione di minoranza in una società pubblica, “non solo [...] in caso di previsione di maggioranze semplici o rafforzate, ma anche di unanimità, e quindi di influenza puramente negativa”. Tuttavia il medesimo A. al contempo correttamente riconosce che l'ampliamento della portata della nozione di controllo – che, secondo questa prospettiva, d'ora dovrebbe ritenersi idonea a racchiudere anche le ipotesi di controllo *congiunto* – non dovrebbe spingersi sino a “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’”.

[114] Così anche Corte Conti Sez. riun. giurisdiz., 29 luglio 2019, n. 25, cit., punto 2.4. In questo senso, può forse stabilirsi un punto di contatto con quanto prevede ad es. l'art. 2341-ter c.c. con riguardo all'obbligo di esplicitare l'esistenza di patti parasociali prima di ogni adunanza dell'assemblea dei soci. In senso diverso tuttavia v. F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 78 s. (ove si ritiene che “neanche la previsione contenuta nella seconda parte dell'art. 2 lett. b) t.u.s.p.p. sembra in grado di legittimare dei dubbi in ordine al riconoscimento, per le società a partecipazione pubblica” – e dunque limitatamente a questo specifico ambito settoriale – “di un controllo congiunto di fatto”, di talché si ritiene che detta definizione “non esclud[a] affatto che quel consenso [unanime] si coaguli nei fatti nelle delibere di competenza dell'assemblea ordinaria”). Da ultimo, pare concordare sull'esigenza di una formalizzazione del rapporto di (volontario) coordinamento di una o più amministrazioni pubbliche ai fini del riscontro del controllo congiunto di cui alla lett. b) dell'art. 2, d.lgs. n. 175/2016, V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, cit., spec. 752-753. Infine, si noti incidentalmente che, in linea di principio, nulla osterebbe alla possibilità di ravvisare un'ipotesi di “controllo” alla stregua della lett. b) del citato art. 2 del d.lgs. n. 175/2016, *sub specie* di “controllo congiunto”, anche laddove il coordinamento richiesto dal secondo periodo di detta norma trascorresse tra soggetti pubblici e soggetti privati; ciò non potendo tuttavia comportare la qualifica della partecipata in termini di “società a controllo pubblico” alla stregua della definizione contenuta nella lett. m) del citato art. 2 del TUSP, la quale richiede esplicitamente che la situazione di controllo congiunto si verifichi tra “più amministrazioni pubbliche”.

deliberativo (avente ad oggetto decisioni strategiche e operante secondo il meccanismo dell'unanimità, quanto meno, dei soggetti che condividono il controllo), che *deve* trovare la sua fonte in disposizioni di legge, clausole statutarie ovvero in patti parasociali: e dunque riferendo tale categoria di situazioni ad ipotesi regolamentate *ex ante* (e dunque *a monte*, e non *a valle* del riscontro di una situazione di controllo congiunto) mediante forma scritta, e comunque esplicita [115].

Inoltre, secondo i provvedimenti in esame, una siffatta configurazione delle pubbliche amministrazioni coinvolte potrebbe verificarsi nella non infrequente ipotesi – riscontrabile tanto laddove della società siano socie soltanto amministrazioni pubbliche, quanto nei casi di società miste pubblico-private di cui all'art. 17, TUSP – in cui ciascun ente pubblico-socio risulti detentore di partecipazioni di minoranza: per meglio dire, trattasi di casi in cui ciascun socio pubblico risulti avere una disponibilità di diritti di voto insufficienti ad assicurarsi, in solitudine, l'*influenza dominante* nell'assemblea ordinaria dei soci; tuttavia, laddove tutti i diritti di voto facenti capo alle amministrazioni pubbliche-socie fossero considerati assieme, la loro somma algebrica sarebbe sufficiente a determinare l'esito della votazione assembleare [116], così legittimando l'illusione che, in tali casi, si possa *de plano*

[115] V. ora in senso conforme al testo Corte conti, Sez. riun. giurisdiz. sent. 22 maggio 2019, n. 16 (punto 5) e sent. 29 luglio 2019, n. 25 (punto 2.4). Vi è d'altra parte da rilevare la stretta connessione tra la necessità – che qui sembra inferirsi dalla stessa lettera della legge – di formalizzare il rapporto di controllo congiunto tra due o più amministrazioni pubbliche (ed eventualmente anche laddove il controllo congiunto ricorra tra una o più amministrazioni pubbliche e uno o più soggetti privati: v. la nota precedente) e le responsabilità in cui potrebbe incorrere una p.a. per il solo fatto di esprimersi, in assemblea ovvero in seno ad un organo gestorio di una società a partecipazione pubblica (ovvero anche in seno consiglio di sorveglianza: invero il sistema di amministrazione e controllo c.d. dualistico non è affatto escluso nell'ambito delle s.p.a. a partecipazione pubblica), in modo parallelamente (ed autonomamente) convergente rispetto ad un'altra amministrazione pubblica socia (o più amministrazioni pubbliche socie), così da suggerire, *ex post*, l'illusione che tali amministrazioni abbiano agito *congiuntamente* (nel senso di aver concorso all'adozione della decisione mediante un consapevole e volontario coordinamento di intenti). Sul fronte giusprivatistico, tali responsabilità si percepiscono, in particolare, nell'ambito delle s.r.l., laddove alla estrema flessibilità dei rapporti tra organo gestorio e soci (sicché questi ultimi, in forza dell'art. 2479, co. 1, c.c. potrebbero avocare a sé delle decisioni in linea di principio appannaggio del primo: ma, in senso limitativo di tale facoltà, v. ora il nuovo testo dell'art. 2475, co. 1, c.c., così come modificato dal d.lgs. n. 14/2019), si accompagna una norma di responsabilità del socio "eterogestore", dai confini operativi ancora incerti, e dunque potenzialmente dirompente, in specie nell'ambito che qui interessa, qual è l'art. 2476, co. 8 (già comma 7, prima dell'avvento del Codice della Crisi e dell'Insolvenza del 2019), c.c.

[116] Per meglio illustrare l'ipotesi indicata nel testo, valga qui quanto riportato nel Provvedimento del 24 gennaio 2018 della Sezione Regionale di Controllo della Corte dei conti per la Regione Liguria (di cui si è già dato conto nel paragrafo 5): "l'istante propone l'esempio della società [Alfa, consortile per azioni] che viene ritenuta [dall'istante] solo a partecipazione pubblica e quindi non soggetta alle disposizioni più stringenti previste dal testo unico per le società a controllo pubblico [...]. La società [...], nello specifico, è una società consortile senza scopo di lucro [...] partecipata da vari soggetti pubblici (Provincia di [...] al 25%; Comune di [...] al 25%; Camera di commercio [...] al 25%; Università

imputare ai soci pubblici, *collettivamente*, una posizione di controllo, perciò qualificabile in termini di *controllo* (pubblico) *congiunto* [117], con tutte le conseguenze del caso in punto di applicazione della correlativa disciplina.

Posto che, anche in questo frangente, i provvedimenti citati non sembrano distinguere – come pure sarebbe stato opportuno – i casi nei quali siano stati stipulati dei patti parasociali (o clausole statutarie) operanti all'unanimità (ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016), ovvero a maggioranza qualificata, ma in modo tale da imporre l'unanimità alle pubbliche amministrazioni che, in tesi, condividano il controllo sulle decisioni strategiche della partecipata (ipotesi che, sia pure espressa in modo non lineare, occorre considerare implicitamente inclusa nella precedente definizione [118]), dai casi in cui tali patti o clausole non sussistano ovvero operino a maggioranza *non* (sufficientemente) qualificata (ipotesi in cui, in ragione di quanto sin qui argomentato, appare quanto meno discutibile che possa applicarsi l'ipotesi di controllo congiunto contemplata dal testo unico rispetto alle società pubbliche), va rilevato come la tesi ora esposta sembri

degli studi di [...] al 20%), oltre all'Unione Industriali (5%). I soci pubblici dispongono, pertanto, del 95% del capitale, ma nessuno, singolarmente, ha il controllo della società. Inoltre, non esistono patti parasociali, né norme che permettano, ai soci pubblici, di conseguire l'unanimità delle decisioni. Le disposizioni dello statuto, a loro volta, richiedono il raggiungimento dell'85% del capitale per assumere alcune deliberazioni e che spettino agli enti pubblici tre consiglieri nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto di cinque membri, e quattro nel caso di sette membri [...]. In sostanza, lo statuto non conterrebbe alcuna prescrizione che renda palese il controllo da parte dei soci pubblici, che, al contrario, [...] risulta a volte portatori di opinioni e interessi divergenti”.

[117] Di una simile ipotesi si trova una sorta di anticipazione nel Parere n. 594 espresso dal Consiglio di Stato nel 2014 (Cons. Stato, Sez. I, Parere 4 giugno 2014, in *Foro amm.*, 2014, 1772 ss., e ivi spec. 1777), ove, per finalità del tutto avulse dal tema del controllo (si discuteva infatti di “quote di genere” e di controllo analogo) si giunge ad ipotizzare *prima facie* la sussistenza di una fattispecie di controllo societario ex art. 2359 c.c. laddove si riscontri la possibilità di esprimere una maggioranza nell'assemblea ordinaria della società (congiuntamente) controllata, in capo alle amministrazioni-socie – pur non dotate, individualmente, di partecipazioni di maggioranza – che meramente e semplicemente pongano in essere, in “parallelo” comportamenti convergenti rispetto all'esercizio dei loro rispettivi diritti di voto. Detto parere, va tuttavia rilevato, non brilla per linearità nella parte motiva, giacché, al contempo si precisa, in senso contrario a quanto sopra, che il “controllo [...] certo non può dirsi integrato allorché le pubbliche amministrazioni, pur avendo la maggioranza del capitale, agiscano separatamente”, cioè esercitino i rispettivi diritti di voto senza previa concertazione. Per una puntuale critica a tale provvedimento, v. F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, cit., 210 ss.; A. BLANDINI, F. MASSA FELSANI, *Dell'equilibrio tra i generi, principi di fondo e “adattamenti” del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 1591 ss.; da ultimo v. anche V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, cit., 768 ss.

[118] Ciò si ricaverebbe anche dalla lettura degli esempi contenuti nell'Appendice B (“Guida operativa”) dell'IFRS n. 11 (“Accordi a controllo congiunto”, al quale la definizione di cui al II periodo dell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016 sembra inequivocabilmente ispirarsi, e sui quali v. *infra*, nelle note 182 e 183.

implausibile perché, in tal modo, si finirebbe per omologare – se non addirittura per obliterare – l’individualità dei soggetti pubblici considerati, e così pure gli specifici interessi pubblici perseguiti da ciascuna P.A. [119], del tutto al di fuori di un criterio valido e oggettivo espresso dalla legge (e, dunque, in una situazione quanto meno *praeter*, se non addirittura *contra legem*).

La mera caratterizzazione di un certo gruppo di soggetti di diritto come *amministrazioni pubbliche* non permette di appiattare su tale ultima qualificazione le specifiche articolazioni, gli specifici compiti e le peculiari finalità di pubblico interesse a ciascuna di esse affidate [120]. Del resto, è fin troppo noto che nel nostro ordinamento non si dà una “monolitica” nozione giuridica di pubblica amministrazione; si contemplano bensì una pluralità di pubbliche amministrazioni, ciascuna titolare della cura di certi interessi pubblici [121]. E un simile assunto – che qui non abbisogna di particolari approfondimenti – non pare possa essere messo in discussione sol che alcune di esse, per ragioni conferenti con la cura degli interessi pubblici alla quale ciascuna risulti preposta, si trovino ad essere socie della medesima società e abbiano l’avventura di determinarsi al voto in modo analogo – ma, di nuovo, all’esito di una valutazione (doverosamente) basata sulla migliore tutela dei (distinti) interessi pubblici rispettivamente perseguiti.

Pertanto, sembrerebbe quasi paradossale che, ad esempio, un Ateneo, un Comune e una Regione (ciascuno evidentemente dotato della propria soggettività giuridica, dei propri uffici, del proprio personale, delle proprie competenze, dei propri poteri, prerogative e doveri, ecc.) vengano accorpati quasi costituissero un unico centro decisionale soltanto in ragione del fatto che risultino soci (di minoranza, ma,

[119] Questo aspetto viene assai lucidamente ripreso e sviluppato, da un punto di vista più ampio e generale, in una rivisitazione del possibile contenuto del sempre sfuggente e complesso tema dell’interesse sociale, proprio nel contesto delle società a partecipazione pubblica da G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance delle società pubbliche*, in ID. (a cura di), *La governance delle società pubbliche* nel d.lgs. n. 175/2016, cit., 1 ss., e ivi spec. 7 ss. e 10 ss.

[120] Un cenno alla questione in C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove società partecipate e in house providing*, cit., 18; e v. *amplius* G.M. CARUSO, *Il socio pubblico, passim* (ma spec. 257 ss., 303ss. e 545 ss.), e, inoltre, A. DE GIROLAMO, *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, e N. ABRIANI, S. DELLA ROCCA, *La gestione delle partecipazioni pubbliche*, entrambi in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (con il coordinamento di F. Massa Felsani), cit., rispettivamente, 63 ss. e 227 ss.; F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e “tipi” sociali*, cit., spec. 180 ss.; e cfr. le opere citate retro, sub note 6, 12-13, 17, 19-21.

[121] Tra molti, v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*³, Giuffrè, Milano, 1993, vol. I, spec. 85 s., 109 ss. e 239 ss.; C. FRANCHINI, *L’organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo – Parte generale*², Giuffrè, Milano, 2003, 251 ss. e ivi spec. 257 ss., 265 ss. e 271 ss.; di recente, v. anche le considerazioni di A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una Public Corporate Governance?*, cit., spec. 41 s. V. ora in senso conforme al testo: Corte conti, Sez. riun. giurisdiz. sent. 22 maggio 2019, n. 16 (punto 5) e sent. 29 luglio 2019, n. 25 (punto 2.5) entrambe in www.corteconti.it.

ove le rispettive partecipazioni sociali venissero pur soltanto ipoteticamente considerate assieme, di maggioranza) di una *società a partecipazione pubblica* e soltanto perché, *a valle* dell'esercizio da parte di ciascuno di tali enti dei rispettivi diritti di voto – e in assenza di patti parasociali ovvero di clausole statutarie ovvero di norme di legge che implicino un loro agire di concerto – si constati che abbiano votato in modo (parallelamente) convergente.

A voler così opinare, verrebbe tuttavia obliterata ogni (pur doverosa) valutazione dello specifico interesse pubblico alla cura del quale ciascuna articolazione autonoma della pubblica amministrazione risulta istituzionalmente preposta e che è vieppiù obbligata per legge a perseguire nel caso concreto: qui, infatti, la pretesa omologazione dell'autonomia decisionale del singolo ente pubblico-socio a quella di una “super pubblica amministrazione di fatto” si tradurrebbe nell'abdicazione del potere della singola P.A. di autodeterminarsi, secondo il miglior perseguimento dei rispettivi interessi istituzionali, in relazione all'esercizio dei diritti sociali derivanti dalla disponibilità di una quota (di minoranza) di capitale (*recte*, dei relativi diritti di voto) in una certa società a partecipazione pubblica: eppure quel potere risulta attribuito a ciascun socio pubblico in virtù di ragioni specifiche (gli interessi pubblici propri delle p.a. socie), che debbono risultare “analiticamente motivate” giusta il dettato dell'art. 5 del TUSP, pena l'illegittimità della stessa assunzione (per sottoscrizione o acquisto successivo) della partecipazione sociale in questione.

Siccome ogni valutazione in relazione alla partecipazione sociale di minoranza di cui il singolo ente pubblico sia titolare deve effettuarsi in modo necessariamente autonomo e indipendente da parte di ciascun ente pubblico che fosse in ipotesi coinvolto in questa curiosa forma di controllo societario *di fatto*, previa *unificazione* dei soci entro il perimetro di un unico centro decisionale, la pretesa considerazione unitaria degli enti di natura pubblicistica, eppure giuridicamente autonomi, ai fini del riscontro di una situazione di “controllo congiunto” tale da determinare l'applicazione del regime del “controllo pubblico”, a ben vedere supporrebbe che fossero violate le specifiche competenze e le correlative capacità decisionali istituzionalmente attribuite dalla legge a ciascuno di loro, in quanto si dovrebbe supporre che sia operante una sorta di “cupola”, capace di adottare di volta in volta una risoluzione vincolante rispetto alle singole pubbliche amministrazioni-socie con riguardo alle decisioni sociali riconducibili ad un possibile esercizio del “controllo”. E, va aggiunto, la distonia che emerge da tale non condivisibile ipotesi rispetto ai principi organizzativi e operativi delle funzioni assunte dalle diverse pubbliche amministrazioni sembrerebbe ancor più evidente laddove tale loro presunta unificazione risultasse occasionata dal mero fatto – di per sé non rilevante al fine dell'esercizio delle prerogative di ciascuna amministrazione socia (specie se di minoranza) – di essere tutte socie di una certa società; il che, tra l'altro, rende questo artificioso “compattamento” delle P.A. coinvolte in un unico, fantomatico soggetto controllante, conseguenza di una mera coincidenza di posizioni e di presunzioni

che non paiono nella specie ammissibili: e dunque, in ultima analisi, arbitrario.

Invece, quanto meno in assenza di situazioni particolari – del resto già espressamente indicate nella stessa definizione legislativa, con riguardo all'unica ipotesi di controllo congiunto ivi esplicitata (e cioè: clausole statutarie, patti parasociali, norme di legge *ad hoc*) – ogni socio, per quanto abbia natura pubblica, dal punto di vista del diritto societario deve essere considerato anzitutto come autonomo centro di imputazione di una certa partecipazione sociale, cui sono ricollegati alcune situazioni soggettive e veri e propri diritti e obblighi [122], che per l'appunto discendono dalla qualità di socio della società partecipata, giacché – in definitiva – di stabilire del controllo societario di quest'ultima pur sempre si tratta.

Pertanto, anche da questa ulteriore prospettiva, gli eventuali interessi particolari di ciascun socio, insieme alla sua condotta nei rapporti endosocietari, non potranno che essere considerati *individualmente e autonomamente* rispetto a quelli degli altri soci, salvi i casi in cui risultino altre circostanze – come ad esempio il riscontro di un patto parasociale (un sindacato di voto [123]) – idonee a legittimare, sia sul piano pubblicistico (e in tal senso valga il riferimento alla possibile stipulazione di patti parasociali, contenuta nella lett. b) dell'art. 2 TUSP), sia sul piano privatistico (secondo l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della nozione privatistica di “controllo”), la possibilità di considerare la decisione espressa a mezzo del voto in assemblea dal singolo socio, quale frutto di (due o anche più) procedimenti distinti: dapprima, a seguito di un meccanismo di concertazione operata “a monte” (dai soci in seno al patto); e, poi, di un procedimento di implementazione della relativa decisione “a valle” (in seno alla società), secondo regole che comunque (e in ciascuna di tali fasi) dovranno risultare compatibili, non soltanto con i compiti istituzionali affidati a ciascun ente – cioè con quelli che dal punto di vista endosocietario rimangono pur sempre interessi individuali

[122] Sul punto, non si può che rinviare ai classici contributi monografici di V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Morano, Napoli, 1960 (ristampato da ESI, Napoli, nel 2011) e di G.C.M. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1965; e v. anche P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971 (ristampa). Recentemente, alcuni utili spunti ricostruttivi del significato di *partecipazione* (sociale) si possono ritrovare in M. ONZA, “Partecipare”: *significati e ipotesi nel diritto delle società azionarie (note preliminari sulla partecipazione del “non socio”)*, cit.; e v. anche G. FERRI JR., *Interesse dell'impresa e posizioni soggettive nell'evoluzione del diritto societario*; M. NOTARI, *Interesse dell'impresa e posizioni soggettive nell'evoluzione del diritto societario: note a margine della ricostruzione dello stile giuridico neoliberale di Francesco Denozza* e R. SACCHI, *Impresa, posizioni soggettive e stile giuridico neoliberale*, tutti in R. SACCHI, A. TOFFOLETTO (a cura di), *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale? – Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Giuffrè, Milano, 2019, rispettiv. 65 ss., 85 ss. e 109 ss.

[123] Per le dovute classificazioni e articolazioni dei patti parasociali in convenzioni di voto ovvero in sindacati di voto (a seconda del riscontro o meno di una dimensione organizzativa e durata del patto in concreto considerato), v. per tutti G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Tratt. delle società per azioni* (diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE), vol. 3 (*Assemblea*), t. 1, cit., e ivi spec. 486 ss.

dei soci – ma anche con le regole procedurali applicabili a ciascuno di loro; regole che andranno comunque conciliate con la disciplina sostanziale (incluse quelle concernenti le condotte assunte dai soci) e, di nuovo, con quella di tipo procedimentale invalsa, questa volta, nell’ambito del diritto societario comune.

All’esito di questa analisi, pare pertanto doversi confermare, anche sulla scorta di due recenti decisioni delle Sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale (n. 16/2019 e 25/2019), che anche un eventuale esercizio in modo “parallelo” (o se si vuole: indipendente, ma convergente), del diritto di voto rispettivamente utilizzabile nell’assemblea sociale da parte di ciascuna P.A. socia, nella proporzione ad essa spettante – e dunque, nell’ipotesi ora considerata, in relazione alla rispettiva partecipazione sociale di minoranza (“frammentate”) – non pare possa costituire, di per sé, indice dirimente circa l’esistenza di un “controllo congiunto” [124] da parte di tali pubbliche amministrazioni; le quali – ribadisco – doverosamente si determinino ad esercitare il proprio voto in un certo modo, ciascuna secondo le proprie competenze, specifiche finalità, interessi ed esigenze, nel rispetto dei propri compiti istituzionali e delle applicabili regole procedurali, sia di stampo pubblicistico, sia, poi, di matrice societaria [125].

[124] Nello stesso senso argomentano, sia pure in termini differenti, C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit., 964 e V. DONATIVI, *Società a controllo pubblico e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., spec. 757 ss. (e part. 764 ss.). E ciò mi pare sostenibile, quanto meno laddove e sino a quando si possa escludere che tali condotte parallele ammontino o comunque evidenzino “intese” o “pratiche concordate” anticoncorrenziali, ossia aventi come oggetto o come scopo quello di limitare e/o di impedire la concorrenza ovvero di perpetrare congiuntamente un abuso di posizione dominante, sul mercato di riferimento (il c.d. “mercato rilevante”), ai sensi degli artt. 2 e/o 4 della legge n. 287/1990. In tali circostanze, infatti, non vedrei ostacoli all’utilizzo della nozione speciale di “controllo congiunto” contenuta nell’art. 7 della medesima legge. Ma anche in tali casi, pare a me che possa essere tenuto fermo il punto di arrivo del ragionamento sin qui condotto, giacché non già di una nozione generale di controllo congiunto si può oggi parlare, bensì di una serie di nozioni speciali di controllo (o meglio, di influenza su una certa società: *dominante* in certi ambiti, *determinante* in altri, come ad esempio ai fini della nostra disciplina *antitrust*) che, in certe situazioni e al fine dell’applicazione di determinati plessi normativi, contemplan peculiari situazioni in cui il *controllo* può atteggiarsi, dal lato attivo dei soggetti coinvolti, anche come *co-controllo*.

[125] In tali casi si potrebbe parlare, al più, di una situazione che da autorevole dottrina è stata da tempo definita di “controllo plurimo disgiunto”, che, in ragione appunto del mancato coordinamento tra i soggetti in odore di *co-controllo*, pare doversi collocare al di fuori dei “confini” del controllo congiunto: sul punto, v. ancora V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., spec. 562-563, 569 e 582 ss. Riconoscono che esulano dalla fattispecie di controllo congiunto i casi in cui manchi, tra i soci “sospettati” di *co-controllo*, il coordinamento consapevole del potere di influenza nelle decisioni strategiche della società partecipata, V. CARIELLO, *Controllo congiunto e patti parasociali*, cit., spec. 159 ss.; M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359-2359-quinquies c.c.*, cit., spec. 404 s. Nel senso che “la situazione di ‘controllo’ pubblico [...] non può essere presunta *ex lege* (né *juris tantum*, né *iuris et de jure*) in presenza di una partecipazione maggioritaria di più amministrazioni pubbliche, né si può automaticamente desumere da un ‘coordinamento di fatto’”, bensì che “esso deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che - richiedendo il consenso unanime o maggioritario di tutte o alcune delle pubbliche amministrazioni partecipanti - determini la capacità di tali pubbliche amministrazioni di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società”, v. ora

Mutatis mutandis, una siffatta conclusione sembra possa valere anche negli ulteriori casi in cui si registri un voto “parallelo” da parte di uno o più soci privati e di una o più amministrazioni pubbliche socie di *società miste*, ex art. 17, TUSP [126]. Come, ad esempio, non infrequentemente succede nelle società consortili miste pubblico-private, ov’è la stessa caratterizzazione consortile a sottolineare come il veicolo societario serva a dar vita a quella “organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese” (art. 2602 c.c.); situazioni nelle quali è proprio la strumentalità della partecipazione all’organizzazione rispetto all’esercizio della rispettiva attività caratteristica a delineare, almeno *prima facie*, un interesse parallelo, ma pur sempre autonomo, di ciascun socio, rispetto all’esercizio in comune della società (impresa) consortile [127].

Né credo si possa d’altra parte ritenere che la semplice impronta mutualistica (propria anche delle società consortili, di cui all’art. 2615-ter c.c. [128]) sia idonea a creare, di per sé, una situazione di controllo di tipo “congiunto” tra i soci; giacché, anzi, tale peculiare cifra che caratterizza (la causa di) tali società di solito si

Corte dei conti, Sez. riun. giurisdiz. sent. 22 maggio 2019, n. 16, cit., (punto 5) e Ead., sent. 29 luglio 2019, cit., n. 25 (punto 2.4).

[126] Infatti, all’interno delle cc.dd. *società miste* – ove i soci privati, nel loro complesso, non possono essere titolari di meno del 30% del capitale sociale (art. 17, d.lgs. n. 175/2016) – è in teoria possibile che una situazione di *controllo congiunto* risulti il frutto di un’alleanza (ad esempio, a mezzo di un sindacato di voto), vuoi tra soli soci pubblici (così rientrandosi pacificamente nella nozione di “società a controllo pubblico”, ove si riscontri il voto unanime delle pubbliche amministrazioni socie aderenti al sindacato di controllo); vuoi tra soci privati e soci pubblici: tale ultima situazione, invero, potrebbe dare adito ad un caso di *controllo* (e, ove ricorra l’ipotesi di cui all’art. 2341-bis, co. 1, lett. c), c.c., di controllo congiunto da patto parasociale, anche se in ipotesi operante a maggioranza), ma non di *controllo pubblico* (eventualmente *congiunto*, ove invece si riscontrino le condizioni indicate nel II periodo dell’art. 2, lett. b), TUSP), quanto meno laddove si ritenesse necessario che al fine ritenere integrata tale ultima fattispecie (e in tal senso potrebbe deporre il tenore della lett. m) dell’art. 2, d.lgs. n. 175/2016) occorra che il controllo sia condiviso *soltanto* tra pubbliche amministrazioni. Tale alternativa, tra l’altro, contribuirebbe a dare ragione anche della decisione del legislatore di tenere separate le definizioni di “controllo”, di cui alla lett. b), e di “società a controllo pubblico”, di cui alla lett. m) del più volte citato art. 2 del TUSP.

[127] In tema di consorzi, società consortile e causa consortile v. ad es. (senza pretesa di esaustività): P. MENTI, *Tipicità cooperativa* in F. Preite (a cura di), *Cooperative, Consorzi e Società Consortili. Profili Sostanziali, Notarili e Fiscali*. vol. I – *Le nuove cooperative: tipologie e operazioni sul capitale*, Giuffrè, Milano, 2019, 11 ss.; G.D. MOSCO, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi (Art. 2602-2620)*, in *Commentario del Codice Civile e codici Collegati Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Zanichelli, Bologna, 2017; R. SANTAGATA, *La cooperazione tra imprenditori*, in M. CIAN (a cura di) *Diritto commerciale*, vol. I – *Diritto dell’impresa*, Giappichelli, Torino, 2017, 323 ss.; M. SARALE, *Consorzi e società consortili*, in G. COTTINO, M. SARALE, R. WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. Dir. comm.* (dir. da G. Cottino), vol. III, Cedam, Padova, 2004, 407 ss.; A. CETRA, *L’impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, Torino, 2003; O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, ESI, Napoli, 2012.

[128] M.S. SPOLIDORO, *Le società consortili*, Giuffrè, Milano, 1984.

determina alla stregua di quanto ciascun socio riesca a sfruttare (legittimamente) la struttura imprenditoriale e aziendale comune per il soddisfacimento dei propri scopi o motivi individuali (di norma, ma non necessariamente, imprenditoriali [129]).

In conclusione sul punto, anche sul piano metodologico, l'imputazione di una (eclettica, non legislativamente prevista) ipotesi di "controllo congiunto" in capo ad un agglomerato di pubbliche amministrazioni, ciascuna distinta e indipendente dall'altra, che tuttavia risultassero socie di una società pubblica in ragione di partecipazioni individualmente di minoranza, significa, in realtà, creare, del tutto illegittimamente, una sorta di "super pubblica amministrazione di fatto" [130]. Soluzione quest'ultima che, sul piano più generale – e atteso il carattere comunque *atipico* della figura di *controllo congiunto*, così come avallata dall'interpretazione estensiva dell'Orientamento MEF, del Provvedimento della Sezione della Corte dei conti della Regione Liguria e dalle Sezioni riunite in sede di controllo – pare scontrarsi, se non altro, con il principio di *tipicità* dell'organizzazione e delle regole di azione, proprie del nostro Diritto amministrativo (e del Diritto pubblico in generale) [131].

8. Considerazioni critiche intorno alla possibilità di avallare un generale riconoscimento della figura del "controllo congiunto"

Benché, come visto, i risultati a cui approdano non possano essere condivisi, i provvedimenti amministrativi discussi nei precedenti paragrafi hanno avuto il merito di mettere alla prova il significato della nuova definizione speciale di *controllo* introdotta nell'ambito dello specifico "micro-sistema" di cui qui ci si sta occupando, e in particolare ai fini di individuare i "confini" di quella situazione che nel-

[129] Si noti incidentalmente che la possibilità di una pubblica amministrazione di essere socia di una società consortile (pur non assumendo, in virtù di tale partecipazione, la qualità di imprenditore) è riaffermata in dottrina anche con riguardo al TUSP: sul punto, v. M. STELLA RICHTER JR., *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 T.U.S.P.*, Studio CNN n.227-2017/l. In precedenza, v. anche D.U. SANTOSUOSSO, *Le società di capitali consortili tra "nuove" soluzioni e "vecchi" problemi – Appunti con particolare riferimento alle società consortili a responsabilità limitata*, Studio CNN n. 187-2011/l; A. RUOTOLO, *Consorti, società consortili e requisiti soggettivi*, Studio CNN, n. 248-2012/l; D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, *Società consortili: profili pratici e questioni applicative*, Studio CNN n. 134-2013/l, tutti reperibili in www.notariato.it.

[130] E così in una pur molto sfumata analogia alla figura, di matrice dottrinale, sebbene infine riconosciuta dalla Suprema Corte di Cassazione nel 2016 (n. 1095), che ravvisa tra una società di capitali e uno o più dei suoi soci una "super società di fatto" al fine di assoggettarla, insieme a ciascuno dei suoi soci, al fallimento ricorrendo le fattispecie di cui al (tutt'ora in vigore) art. 147, co. 1, l.fall.

[131] Per tutti, v. F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2004.

l'introduzione era stata identificata come *controllo (pubblico) congiunto* [132]: così evidenziandosi il problema con particolare riferimento ad una serie di fattispecie particolari, ma assai diffuse nella prassi, di una molteplicità di partecipazioni pubbliche di minoranza in società a partecipazione pubblica che vengono tra loro artificiosamente accorpate e unificate allo scopo immediato di considerare le amministrazioni socie come se costituissero una maggioranza coesa e coordinata, al fine ultimo di far scattare la specifica disciplina delle "società a controllo pubblico".

Dal canto suo, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, parte della dottrina si è chiesta se, anche andando al di là della portata settoriale ascrivibile a tale ulteriore plesso normativo – il "testo unico" specificamente dedicato alle cosiddette società pubbliche [133] – vi fosse un (e allora quale fosse il) significato sistematico del nuovo intervento normativo specificamente dedicato alla nozione di *controllo* [134]. In particolare, da voci autorevoli è stato rilevato come il legislatore del d. lgs. n. 175/2016 non si sarebbe limitato "a rinviare alla disposizione civilistica dell'art. 2359 c.c., ma" avrebbe utilizzato, "nell'intento di ricomprendere nella prima tutte le figure di 'controllo congiunto' (peraltro, non fatto oggetto di specifica definizione), una formula" per l'appunto onnicomprensiva, giudicata capace di far ritenere "superata la tesi della configurazione necessariamente 'solitaria' del controllo" [135].

[132] Ancora valido risulta pertanto l'approccio al nostro tema proposto da V. DONATIVI, *I "confini" del controllo congiunto*, cit.

[133] A tal proposito, v. ad es. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer, Assago Milanofiori, 2016, 3 s., 14 s., 216 s., 1275 ss.; F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto* ecc., cit., 517 s., il quale tra l'altro sostiene che la "disciplina del T.U. [...] ha apportato rilevanti novità sul piano sistematico e ha dato corpo ad un 'diritto speciale' delle società a partecipazione pubblica, e in particolare delle società a controllo pubblico e in house".

[134] V. in particolare, F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, ecc., cit., 520 s.; F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 82 (con particolare riferimento alla "seconda parte della disposizione dettata all'art. 2, lett. b)" del TUSP, tali Autori si sono chiesti infatti "se la stessa rappresenti soltanto una puntualizzazione e/o una specificazione della nozione di controllo dettata dall'art. 2359 c.c., nel cui perimetro comunque rimane, o se invece abbia una portata innovativa e rappresenti quindi un ulteriore capitolo di quella serie di tensioni deformative della nozione di controllo che da tempo, seppure ogni volta in relazione a specifici ambiti, ne ridefiniscono i connotati", giungendo a concludere, sebbene per ragioni distinte e con implicazioni sistematiche differenti, che "l'aspetto più rilevante di questa previsione [...] è quello che concerne il riconoscimento, ormai definitivo, del controllo congiunto [...] anche se limitatamente alle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale" (*op. ult. cit.*, 84) di quelle società pubbliche che risultino definibili al contempo come società a controllo pubblico. Cfr. anche V. DONATIVI, *"Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., 759 ss.

[135] Così F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, ecc., cit., 519 e 520. In senso analogo, F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, cit., 84. Ma, cfr. V. DONATIVI, *"Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., 760 e 770.

Esprimendosi in senso favorevole ad un generalizzato riconoscimento del controllo congiunto nel nostro sistema di diritto societario – ma, intendendolo come oggetto di un processo evolutivo già compiutosi, per così dire, a monte della definizione speciale di controllo inserita nel testo unico – si è dunque ritenuto di poter superare le pur denunciate “ambiguità” e “disomogeneità” delle definizioni di controllo impiegate nel testo unico rispetto all’impianto interpretativo dell’art. 2359 c.c. [136]. Infatti, a partire, in particolare, da taluni mutamenti ed inserimenti di alcune norme codicistiche, dovuti alla riforma del diritto societario dal 2003 (in particolare, l’art. 2341-*bis* e l’art. 2497 c.c.) e al diritto comunitario [137], l’inter-

[136] Più in particolare, si è argomentato che, “[c]onfigurando 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” avrebbe contemplato “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.”: così, ancora, F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo* ecc., cit., 519. L’Autore citato, onde spiegare questa situazione di riconosciuta *disomogeneità*, aggiunge (*ivi*) che, mentre le ipotesi di “controllo interno” (di diritto o di fatto), disciplinate nell’art. 2359 c.c., presuppongono l’esercizio di una “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 mentre quelle ipotesi annettono “rilievo alla sola influenza *positiva*, non anche ai poteri di interdizione dei soci minoritari”, nella definizione in parola – sc. quella di cui all’art. 2, lett. b) TUSP – “invece, viene in considerazione anche l’influenza determinante (e non solo dominante) *negativa*, cioè il potere ‘di blocco’ o ‘di veto’; e per di più l’una e l’altra forma d’influenza riguardano materie che ricadono, nelle s.p.a., nell’alveo dei poteri di gestione (sia pure straordinaria) degli amministratori e non nell’area delle competenze assembleari”. In altri termini, prosegue GUERRERA (*op. locc. ultt. citt.*) “il legislatore del TUSP equipara (ai propri fini) il controllo basato sulla disponibilità della maggioranza dei voti o sull’influenza dominante *nella assemblea* al controllo (*di fatto* o *contrattuale*) ‘strategico’ sulla gestione della società, anche se conseguito congiuntamente dagli enti soci mediante accordo parasociale o con ogni altro strumento o modalità”. Da questa pretesa *equiparazione* (e benché si riconosca apertamente il contesto *speciale* per cui essa verrebbe affermata: “ai propri fini” specifica infatti il citato A.), si prendono le mosse per affermare non già – come pure ci si sarebbe attesi – che la norma speciale deroga alla generale ed ha, proprio in ragione sua stessa natura *speciale*, una portata applicativa limitata al testo unico; bensì che l’introduzione della nuova disposizione sul controllo – seppur, ripetesì, entro un contesto settoriale come quello di cui si parla – avrebbe comportato, a livello sistematico, l’effetto di *ampliare* la portata del suo contenuto peculiare, estendendone il dettato alla norma generale (di diritto comune), ossia alle fattispecie contemplate nell’art. 2359, co. 1, c.c. Ed è proprio tale passaggio che qui non è possibile condividere per le ragioni di cui ai paragrafi 6-7 e *infra*, in questo paragrafo.

[137] In particolare cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto, ecc.*, cit., 520, il quale, in modo analogo a quanto in precedenza rilevato da M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359 – 2359-quinquies c.c.*, cit., 401, sottolinea la valenza sistematica da riconnettere alla “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 o per effetto l’esercizio anche congiunto di un’influenza dominante’”; nonché agli “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 a “varie altre considerazioni inerenti all’attuazione nell’ordinamento interno delle direttive 92/101/CEE e 2012/30/UE”. In senso non dissimile, v. anche F. CUCCU, F. MASSA FEL-

pretazione dell'art. 2359 c.c., avrebbe subito un'evoluzione tale da consentire di includere a livello generale la figura di controllo congiunto, e così facendo ritenere definitivamente superate le tesi del controllo "solitario". Evoluzione di cui il legislatore del testo unico del 2016 avrebbe dunque semplicemente preso atto, emanando delle norme definitorie – quelle di cui alle più volte citate lett. *b*) e *m*) dell'art. 2 – da leggersi in sintonia con la nuova costruzione dell'istituto del controllo tra società.

Per le ragioni che tra poco cercherò di argomentare, per un verso, dubito che dall'incedere della disposizione di cui all'art. 2, lett. *b*) del TUSP si possa ricavare conferma della volontà del legislatore di generalizzare le figure di controllo congiunto, ancorché si intenda collocare un siffatto riconoscimento nel quadro dell'"evoluzione del concetto di controllo" di cui alla nozione inscritta nell'art. 2359 c.c. [138]. Peraltro, un tale intento, ove pure vi fosse stato, mi appare comunque tradito, e dal tenore, e dall'effettivo respiro della definizione in parola, della quale anche la dottrina che detta tesi sostiene riconosce apertamente la specificità (oltre che, come già detto, un certo grado di "ambiguità" e di "disomogeneità") [139].

SANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 78 (ove in particolare si ribadisce l'influenza sistematica dell'art. 2341-bis c.c. sull'evoluzione della figura di controllo congiunto).

[138] Cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, ecc., cit., 519, il quale attribuisce al legislatore "l'intento di ricomprendere nella [definizione civilistica dell'art. 2359 c.c.] tutte le figure di 'controllo congiunto'". In senso analogo v. anche F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 78 e 84.

[139] In particolare, la dottrina che pur si dichiara favorevole all'ampiamiento generalizzato della portata del controllo congiunto, giudica il tenore della specifica definizione di controllo congiunto del testo unico in termini "formula non priva di ambiguità" che, tra l'altro, dà luogo ad una "situazione disomogenea" rispetto alle ipotesi di "controllo interno (di diritto o di fatto) di cui all'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, c.c.": così F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 519. Peraltro, una parte della ricostruzione offerta dalla dottrina sopra evocata in merito alla più volta citata definizione di cui alla lett. *b*) dell'art. 2, d.lgs. n. 175/2016 non appare condivisibile, perché non sembra del tutto aderente al tenore letterale della nozione speciale di controllo e neppure in linea con il pur limitato respiro sistematico che quest'ultima assume nel testo unico, rispetto alla portata generale della nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. Invero, per un verso, laddove si scrive che: "[c]onfigurando 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'", subito aggiungendosi "anche quando 'sia richiesto il consenso unanime delle parti'", si finisce per modificare il senso proprio della definizione di "controllo" – e in particolare del "controllo congiunto" – così come offerta dal TUSP: infatti, così riformulata la definizione in questione, si potrebbe anzitutto essere indotti a pensare che in essa si evochi la nozione di "influenza determinante" (quest'ultima già assai discussa nei suoi rapporti con l'"influenza dominante", in relazione ai rapporti tra l'art. 7 della legge n. 287/1990 e l'art. 2359 c.c.), la quale, però, non compare affatto nella definizione di cui all'art. 2, lett. *b*), d.lgs. n. 175/2016. Inoltre, dal medesimo passaggio, si potrebbe essere indotti a ritenere che la congiunzione "anche" colleghi due serie di ipote-

Per altro verso, neppure l'analisi di alcune norme di diritto societario comune (interne ovvero comunitarie) sembra condurre pacificamente alla conclusione secondo la quale il concetto di controllo di cui all'art. 2359 c.c. sarebbe già di per sé idoneo a contemplare, *de plano*, e accanto alle tradizionali fattispecie di controllo solitario, altrettante situazioni di controllo *congiunto*. Proprio da queste ultime pare opportuno cominciare.

8.1. Il “controllo congiunto” quale generale variante soggettiva delle fattispecie solitarie del “controllo” di cui all’art. 2359 c.c.? (In merito alla portata di alcune norme di diritto societario comune, interno e comunitario, che supporterebbero tale risultato ermeneutico)

Occorre anzitutto ricordare che la figura di controllo congiunto non risulta espressamente evocata né tanto meno definita in termini generali nel testo unico: sebbene l'ultima parte della definizione di cui all'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016 si contraddistingua per un maggiore dettaglio delle condizioni per aversi co-controllo [140], rimane pur sempre il fatto che anche questa disposizione, non soltanto non nomina formalmente la figura del controllo congiunto, ma neppure la definisce in termini generali [141]; quest'ultimo è anzi un tratto, sia pure di ordine negativo (la non-definizione), che la accomuna alle precedenti (e ancor più generiche) situazioni di controllo congiunto che in passato hanno fatto capolino, a livello normativo, nell'ambito del cosiddetto *diritto societario comune* – quello a cui lo stesso testo unico rinvia in via residuale e a mo' di chiusura del sistema delle società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 1, co. 3. Altre situazioni di controllo congiunto rispetto alle quali, peraltro, in passato è sempre prevalsa una interpretazione ricostruttiva in chiave settoriale – si pensi ad esempio al riferimento al controllo congiunto contenuto rispettivamente, nell'art. 7 della legge n. 287/1990 e

si di influenza determinante congiunta, laddove invece essa altro non fa se non collegare una prima serie di ipotesi di controllo (e dunque di influenza *dominante*, e non già *determinante*), che coincidono con le fattispecie individuate dall'art. 2359 c.c., all'unica serie di ipotesi di controllo congiunto, le quali si possono manifestare in presenza di patti parasociali, clausole statutarie o norme di legge *ad hoc* che contemplino l'unanimità dei consensi di coloro che si suppone condividano il controllo rispetto alle decisioni strategiche riguardanti l'attività d'impresa svolta dalla società ritenuta soggetta a controllo pubblico.

[140] Condizioni che, come già sottolineato, corrispondono sostanzialmente ai dettami dello IAS n. 31 e dello IFRS n. 11.

[141] Si è già fatto cenno, *retro*, *sub* nota 2, al fatto che il legislatore del TUSP ha operato consapevolmente la scelta di *non* offrire una definizione di “controllo congiunto”, benché in tal senso fosse stato sollecitato dal Parere del Consiglio di Stato, espresso nell'adunanza del 21 aprile 2016, n. 968, con riguardo allo schema di decreto legislativo messo a punto dal Governo sulla base della delega ricevuta con legge 7 agosto 2015, n. 18.

nell'art. 36 del d.lgs. n. 127/1991 – e dunque riconoscendo loro una portata applicativa limitata al contesto specifico di provenienza [142].

Inoltre, non convince il tentativo di legittimare la tesi della riconducibilità del controllo congiunto alla sfera dell'art. 2359 c.c. a partire dal tenore dell'art. 2341-*bis*, co. 1, lett. c), c.c., giacché detta norma si concentra sulla possibilità che un patto parasociale possa determinare l'imputazione di un'"influenza dominante" contemporaneamente a più soggetti, ma non sembra permettere di andare oltre, e così di affermare che tutte le fattispecie di controllo implicate nell'art. 2359, c.c. includono tale ultima ipotesi di controllo da patto parasociale [143], e quindi anche quella, a quest'ultima connessa, di controllo "congiunto". In altri termini, non pare possibile argomentare una generalizzata riconducibilità del controllo congiunto alle ipotesi contemplate nell'art. 2359 c.c. sulla base dell'attuale tenore dell'art. 2341-*bis* c.c., che pure contempla tale figura come una delle possibili modalità – non certo l'unica né tanto meno necessaria [144] – con cui si può manifestare l'oggetto immediato del patto parasociale.

Vero è – e va qui precisato – che la possibilità oggi espressamente riconosciuta nell'art. 2341-*bis*, comma 1, lett. c), c.c. di riscontrare una situazione di controllo congiunto in caso di stipulazione di patti parasociali potrà parzialmente rimettere in gioco questa eventualità (benché pur sempre rimanendosi al di fuori di una generale riconducibilità del controllo congiunto all'alveo dell'art. 2359 c.c.), giacché, com'è noto, i patti parasociali sono molto diffusi nella pratica, e anche nel contesto che qui interessa. Tuttavia, anche accedendo a tale specifica soluzione, rimane

[142] Del resto, finanche rispetto alle fattispecie contemplate nelle disposizioni di cui all'art. 122, co. 5, lett. d), TUF e di cui all'art. 2341-*bis*, co. 1, lett. c), c.c. – le quali pure contemplano, in modo del tutto simile, l'ipotesi di un controllo congiunto derivante dall'operare (anche a maggioranza) di un patto parasociale (*sub specie* di sindacato di voto) – si può ancora fondatamente dubitare che possano *de plano* ricondursi ad una o più delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c.: sul punto, v. la tesi di R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., spec. 30 ss.; *contra*, M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359 – 2359-quinquies*, cit., spec. 401 s.

[143] Sebbene questa sia la tesi sostenuta da V. CARIELLO, "Controllo congiunto" e patti parasociali, cit., spec. 85 ss. e 124 ss.; l'ipotesi è contemplata altresì da F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2005, spec. 26. E v. anche M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359-2359quinquies*, cit., 401: tale ultimo Autore peraltro rileva che, a seguito dell'introduzione – ad opera della riforma del diritto societario del 2003 – dell'art. 2341-*bis*, co. 1, lett. c), c.c., sarebbe venuto meno uno degli argomenti più significativi avanzati dalla dottrina contraria alla generalizzazione della nozione di controllo congiunto, giacché, tale nuova norma ricollega direttamente un'ipotesi di controllo "congiunto" al concetto di "influenza dominante" – e non già a quella di "influenza determinante" – così effettivamente facendo venir meno l'obiezione (in passato sollevata, in particolare, da M. NOTARI, *La nozione di "controllo" nel diritto anti-trust*, cit., spec. 247 ss. e 266 ss. e M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, cit., spec. 470) secondo la quale *influenza dominante* e *influenza determinante* sarebbero concetti distinti (anche perché il primo *non* contemplerebbe l'ipotesi di controllo congiunto, mentre il secondo lo includerebbe).

[144] Lo riconosce espressamente anche M. LAMANDINI, *op. loc. ultt. citt.*

chiaro che ove il patto si traduca, com'è probabile, in un "sindacato di controllo" [145], in forza del principio di specialità (la disposizione speciale essendo quella contenuta nel secondo periodo della lett. b) del TUSP), le amministrazioni pubbliche che ne facciano parte e che siano in grado di determinare, con il concorso delle loro volizioni, l'esito delle decisioni strategiche in campo gestionale e/o finanziario della società pubblica partecipata, dovranno esprimere un consenso *unanime* onde vedersi ascrivere il ruolo di co-controllanti ai fini del testo unico; dunque, se da un lato un sindacato di voto operante a maggioranza potrebbe non soddisfare in concreto la definizione legislativa del TUSP, dall'altro lato rimane fermo che le parti dovranno comunque mostrare di coordinarsi consapevolmente e stabilmente a tal fine [146].

D'altro canto, va pure riconosciuto che il sistema configurato dalla riforma del 2003 con riguardo agli artt. 2497 e seguenti c.c. non reca alcun esplicito riferimento ad ipotesi di "controllo congiunto"; semmai, si tratterebbe di ricostruire – ma ciò dovrebbe pur sempre avvenire in via interpretativa – un esercizio *congiunto* di un'attività di direzione e coordinamento [147]; e si tratterebbe di individuarne i tratti a partire da una fattispecie (la "attività di direzione e coordinamento di società", appunto) che la dottrina maggioritaria italiana tradizionalmente intende tenere *ben distinta* dalla nozione di "controllo" [148], a differenza di quanto si registra in



[145] Si noti che non necessariamente si tratterà di un sindacato operante a maggioranza rispetto alle azioni e/o alle quote sindacate, quanto meno laddove sussistano, *aliunde*, particolari diritti di nomina e di revoca della maggioranza di amministratori, come nei casi di cui agli artt. 2449 e/o 2468, co. 3, c.c., che potrebbero sfuggire alla portata delle pattuizioni parasociali. D'altra parte, la definizione di cui al II periodo dell'art. 2, lett. b), TUSP, sembra prenderle in considerazione ai fini del riscontro del consenso *unanime*, laddove specifica che la situazione di controllo congiunto ivi configurata può sussistere in applicazione di norme di legge (art. 2449 c.c.) o statutarie (art. 2468, co. 3, c.c.) ovvero, per l'appunto in ragione di "patti parasociali" (ossia il *genus* a cui appartiene la *species* dei sindacati di voto).

[146] Sulla necessità di una stabile e consapevole co-determinazione (in senso unanime) delle decisioni strategiche al fine di poter configurare ipotesi di controllo *congiunto* concorda pure la dottrina favorevole alla figura del controllo congiunto: v. ad es. M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359 – 2359-quinquies c.c.*, cit. 404-405; V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'esercizio congiunto dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., spec. 13 ss. Da ultimo ribadisce il punto V. DONATIVI, "Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria, cit., spec. 761.

[147] In tale prospettiva, peraltro non pacifica in dottrina, cfr. V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, spec. 9 ss. 14 s. e 36 ss.; sui rapporti tra nozioni di controllo e di direzione e coordinamento, v. anche M. LAMANDINI, *op. ult. cit.*, spec. 398 s., 401, 404 e 406 s., M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., 665 ss., e ivi spec. 701-702, 709 e 723 ss.

[148] L. DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile – Disciplina civilistica e principi contabili internazionali*³, cit., spec. 170 ss. (e part. 173 s.), ove, tra l'altro, nell'ambito di una precisazione delle differenze che intercorrono tra la nozione di controllo civilistica e quella fatta propria dai principi contabili internazionali, si ricorda come la tesi che tutt'oggi distingue nettamente la nozione di "controllo" da

altri ordinamenti e/o sistemi (ad esempio, quello contabile [149]), ove invece le situazioni di “controllo” e la “attività di direzione e coordinamento” si sovrappongono (da ciò derivando che “nel sistema degli IAS/IFRS ove c’è controllo di un’impresa su un’altra, c’è gruppo; e la capogruppo è la controllante *tout court*, senza necessità della sussistenza di alcun requisito ulteriore; mentre una controllata è un’impresa eterodiretta” [150]).

A veder bene, dunque, proprio dalla riconosciuta differenza tra questi due importanti concetti – *controllo* da un lato, *direzione e coordinamento* dall’altro – non pare che il riferimento agli articoli 2497 e seguenti c.c. sia in grado offrire una significativa chiave di lettura in ordine alla possibile soluzione dello specifico quesito che qui rileva, e cioè se della nozione di “controllo congiunto” possa o meno predicarsi una valenza generalizzata e trasversale, a tale specifico fine l’analisi dovendo pur sempre partire dalla nozione di “controllo” formulata, per tutto ciò che riguarda il diritto societario, e sia pure in via generale-residuale, nell’art. 2359 c.c.; e perciò dovendosi prendere nuovamente atto che le correlative fattispecie vengono

quella di “direzione unitaria” – tesi che, come già detto, risulta ancor oggi seguita dalla più parte della dottrina e dalla giurisprudenza italiane (per tutti v. G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società* (Atti del Convegno internazionale di studi di Venezia, 16-18 novembre 1995), Giuffrè, Milano, 1996, 24 ss.; P.G. JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, *ibidem*, vol. II, 1425 ss.; P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, *ibidem*, ivi, 1547 ss.; G. MINERVINI, *La capogruppo e il “governo” del gruppo*, *ibidem*, ivi, 1565 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Gruppi di società e gruppi di imprese tra diritto societario e diritto della concorrenza*, *ibidem*, vol. III, 2193 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sul potere di direzione nei gruppi di società*, *ibidem*, ivi, 2107 ss.; EAD., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Giappichelli, Torino, 1996; L. DE ANGELIS, *L’impresa holding, l’impresa di gruppo o il gruppo di imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, 417 ss., poi anche in AA.VV., *Studi in onore di Luca Buttaro*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. I, 191 ss.) – si fondi sull’ulteriore concezione secondo la quale, nel contesto dell’ampio e variegato fenomeno dell’integrazione tra imprese, non si darebbe una “impresa di gruppo” (così come pure sostenuto da parte minoritaria, benché autorevole, della nostra dottrina: per tutti, v. F. GALGANO, *Qual è l’oggetto della società holding?*, in *Contr. imp.*, 1985, 327 ss.; ID., *L’oggetto della holding è, dunque, l’esercizio mediato e indiretto dell’impresa di gruppo*, *ibidem*, 1990, 401 ss., a commento della nota sentenza della Suprema Corte resa sul caso *Caltagirone*), bensì, piuttosto, un “gruppo di imprese, giuridicamente distinte le une dalle altre, ciascuna delle quali – ancorché sottoposta al controllo, all’influenza dominante e, ancor più, alla direzione di un’altra – mantiene la propria autonoma soggettività anche nei confronti della capogruppo [...] un arcipelago – per usare la felice espressione di Nino Piras – non già un continente”. Più recentemente, nel senso della necessità di distinguere la nozione di controllo da quella di direzione e coordinamento, v. ad es. U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, Milano 2010, spec. 2 s.; M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., e ivi spec.701-702, 709 e 723 ss.

[149] L. DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile*³, cit., spec. 169-170.

[150] L. DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile*³, cit., 173, il quale prosegue affermando che “[d]a ciò deriva un concetto di gruppo diverso dal nostro” – effetto questo, speculare, e anzi conseguente, ad una (già peraltro segnalata) differente nozione di *controllo* rispetto a quella invalsa nel nostro diritto societario.

tradizionalmente configurate come altrettante ipotesi di controllo “solitario”, peraltro le medesime rimanendo distinte dall’omologo concetto invalso nell’ambito dei principi contabili internazionali.

Infine, elementi dirimenti in ordine a tale domanda non sembrano emergere né dal tenore della Direttiva n. 92/101/CEE [151], la quale non contiene alcun riferimento ad ipotesi di esercizio congiunto di influenza dominante; né dal dettato della Direttiva n. 2001/34/CE [152], che nella definizione di controllo (*sub art.* 87) non contempla alcuna ipotesi di controllo congiunto (e, anzi, *sub comma* 1, lett. *c*), ribadisce il carattere solitario del controllo) [153]; tali normative non paiono autorizzare all’ampliamento, sul piano sistematico, di situazioni molto peculiari, assimilabili al c.d. controllo congiunto, come pure si è riconosciuto anche da parte di chi da tempo ha sostenuto la validità generalizzata del concetto in parola [154]. Del resto,

[151] La Direttiva 92/101/CEE, del Consiglio, del 23 novembre 1992 (in *Gazz. Uff. CEE*, n. L 347 del 28 novembre 1992, 64 ss.) modifica la Direttiva n. 77/91/CEE, per quanto riguarda la costituzione della società per azioni nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa (in particolare, introducendo un nuovo art. 24-*bis*); entrambe sono confluite nella Direttiva 2012/30/UE, quest’ultima a sua volta confluita nella Direttiva n. 2017/1132/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario (in *Gazz. Uff. UE*, n. 169, del 30 giugno 2017, 46 ss.). L’art. 67 di tale ultima direttiva riporta, praticamente inalterato, il contenuto dell’art. 24-*bis*, della Direttiva n. 77/91/CEE, ove si continua a non fare alcun riferimento ad ipotesi di controllo congiunto, bensì soltanto a ipotesi di controllo (almeno *prima facie*) di tipo solitario.

[152] La Direttiva, 2001/34/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 28 maggio 2001 (in *Gazz. Uff. CEE*, n. L 184 del 6 luglio 2001, 1 ss.), riguarda l’ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale e l’informazione da pubblicare su detti valori.

[153] Semmai, va rilevato che la Direttiva n. 2001/34/CE contiene un unico riferimento – *sub art.* 92, paragrafo 1, lett. *c*) – a situazioni in cui “è opportuno assimilare ai diritti di voto [...] detenuti” da un certo soggetto (“persona fisica o giuridica o un ente di cui all’art. 85” della direttiva medesima), “i diritti di voto detenuti da un terzo con il quale tale persona o ente ha concluso un accordo scritto che li obbliga ad adottare, con un esercizio concertato dei diritti di voto che detengono, una politica comune durevole nei confronti della gestione della società in questione”: riferimento che, tuttavia, non viene in rilievo rispetto alla precedente nozione di *controllo*, bensì ai ben più limitati e specifici fini di imporre un ben distinto obbligo di *disclosure*. E più precisamente ai fini dell’obbligo di “effettuare la dichiarazione prevista dall’art. 89, paragrafo 1, e all’art. 90” della medesima direttiva. La differenza che corre tra nozione di influenza dominante a fini di *disclosure* (obblighi di comunicazione e/o di registrazione) e nozione di influenza dominante a fini di determinare la sussistenza di una situazione di controllo ricorda da vicino la duplicità di definizioni che si riscontrarono nell’originaria versione della legge sull’editoria del 1981 e che diede linfa alle contrapposte posizioni assunte dalle parti nel noto caso *Rizzoli-Corriere della sera*. Incidentalmente vale qui la pena di ricordare che, in tale contesto, il Tribunale di Milano fece valere proprio questa distinzione di finalità e la diversa ampiezza dei rispettivi ambiti applicativi delle due diverse norme per ritenere *non* sussistente una posizione di controllo in capo ai convenuti.

[154] M. LAMANDINI, *Commento sub artt.* 2359-2359quinquies c.c., in *Società di capitali – Commentario* (a cura di G. Niccolini e A. Stagno d’Alcontres), vol. I (artt. 2325-2379 *ter*), Jovene, Napoli, 2004, 394 ss., e ivi 402-403 (testo e nota 12).

né la direttiva “*transparency*” [155], né la c.d. *VII Direttiva* in tema di società (la direttiva in materia di conti consolidati e di gruppo) [156], contengono riferimenti alla tipologia di rapporti di controllo congiunto qualificabili in termini generali e trasversali, anzi di nuovo riscontrandosi delle definizioni di controllo che contemplano esclusivamente ipotesi di controllo c.d. *solitario* [157].

Cosicché – su un piano più in generale – non mi pare di poter riscontrare elementi di novità tali nel sistema di diritto societario comune da permettere tutt’oggi di ravvisare con il dovuto grado di certezza quegli elementi di discontinuità che consentano di ritenere del tutto superate le obiezioni che, prima dell’entrata in vigore del testo unico sulle società pubbliche, impedivano al *controllo congiunto* – così come individuato in norme speciali e di settore (ad esempio, nell’art. 7 legge n. 287/1990) – un riconoscimento generalizzato e, per così dire, “trasversale” rispetto ad ogni definizione di controllo (codicistica o meno), finanche laddove non si menzioni affatto, dal punto di vista attivo – quello cioè del soggetto esercente l’influenza dominante nei confronti di una certa società – la possibilità di ascrivere il controllo in capo a più soggetti contemporaneamente.

8.2. La (im)possibilità di una generalizzata legittimazione del “controllo congiunto” a partire dalla formulazione dell’art. 2, lett. b) e m), d.lgs. n. 175/2016

Occorre a questo punto prendere atto che intorno al tema del “controllo con-



[155] Direttiva n. 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del del 15 dicembre 2004, sull’armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato e che modifica la direttiva 2001/34/CE (in *G.U.C.E.*, n. L 390, del 31 dicembre 2004, 38 ss.), sull’armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato). L’originaria direttiva *transparency* è stata in seguito modificata dalla Direttiva n. 2013/50/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, recante appunto delle modifiche alla Direttiva n. 2004/109/CE, alla Direttiva n. 2003/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al prospetto da pubblicare per l’offerta pubblica o l’ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari, e alla Direttiva n. 2007/14/CE della Commissione, che stabilisce le modalità di applicazione di talune disposizioni della Direttiva 2004/109/CE (in *G.U.U.E.*, n. L 294 del 6 novembre 2013, 13 ss.). La Direttiva n. 2013/50/UE è stata a sua volta recepita in Italia con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 25.

[156] Direttiva n. 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983, basata sull’articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati (in *G.U.C.E.*, n. L 193 del 18 luglio 1983, 1 ss.), in seguito abrogata e sostituita dalla Direttiva n. 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativa ai bilanci d’esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della Direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle Direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio (in *G.U.U.E.*, n. L 182, del 29 giugno 2013, 19 ss.).

[157] Delle due Direttive citate nel testo cfr., rispettivamente, gli artt. 2 e 1 (quest’ultimo poi divenuto l’art. 22 della Direttiva n. 2013/34/UE).

giunto” spesso si sono sovrapposte due questioni, che invece pare opportuno tenere ben distinte. La prima concerne l’ammissibilità, *in linea di principio*, di una simile situazione di controllo; essa appare a sua volta articolabile in due sotto-problemi: quello relativo alla stessa ammissibilità *logica* di un potere di comando nei confronti una società, ossia un *potere* di influenzare la condotta di una società (quanto meno con riguardo a decisioni strategiche), *condiviso* fra due o addirittura tra più soggetti, perciò da considerarsi co-controllanti, con correlativa applicazione a ciascuno del regime giuridico ricollegabile al riscontro, alla stregua della normativa applicabile, della fattispecie di “controllo” [158]; e quello relativo alla ammissibilità *giuridica*, ossia un’ammissibilità che questa volta viene in rilievo, non tanto dal punto di vista logico, bensì dal punto di vista giuspositivo e che dunque potrebbe fondarsi, non tanto su un riscontro di un eguale potere di influenzare le decisioni strategiche di un altro soggetto giuridico, quanto sull’esigenza di ricollegare ad una situazione che in potenza consenta di configurare una simile posizione una certa qualifica (quella di “(co-)controllante”) per farne poi discendere l’applicazione di una certa disciplina.

A tale ultimo proposito, si può brevemente osservare che il fatto stesso che il legislatore in più occasioni abbia coniato delle norme che *espressamente* contemplano il “controllo congiunto” (l’art. 7, legge 10 ottobre 1990, n. 287; l’art. 37, d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127; l’art. 122, co. 5, lett. *d*), del T.U.F., l’art. 2341-*bis*, co. 1,

[158] Questa, in effetti, è l’obiezione contenuta in quello che, tutt’oggi, pur a distanza di molti lustri, sembra costituire l’unico caso in cui la giurisprudenza affronta il tema, sia pure non *ex professo*: afferma infatti il tribunale meneghino nel caso *Rizzoli-Corriere della Sera* (Trib. Milano, 6 novembre 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 413 ss.) che “è fatto incontestabile che l’art. 2359 c.c. individua il controllo in relazione ad un soggetto dominante; il dato testuale è inequivoco. Inoltre, è ancor prima logicamente insostenibile affermare un controllo di diritto da parte di una società ove, da sola non detenga la maggioranza, ovvero un controllo di fatto, quando la presunta società dominante non sia capace di esprimere la propria influenza se non coagulando intorno a sé delle alleanze: ogni formazione di maggioranza scaturisce da ricerche di accordi”. In questo senso può essere letto, sia quanto scrive R. COSTI, in G. MINERVINI, R. COSTI, *Due pareri su come vada inteso il “rapporto di controllo” in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3°, legge n. 1/1991)*, in *Contr. impr.*, 1991, 1020 ss., e ivi 1022, secondo il quale “nozione di controllo prevista dall’art. 2359 c.c. postula sempre la ‘solitudine’, la unicità della controllante, non prevede in alcun modo ipotesi di controllo congiunto”, sia quanto afferma G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., 684: “il controllo riveste il carattere della *singularità*, nel senso che la società controllante esplica il controllo da sé, in modo auto-sufficiente. Ciò deriva, sia dal riferimento alla lettera della legge al controllo della società da parte di ‘un’altra società’, sia dal concetto di influenza ‘dominante’, la quale, per essere realmente tale, deve prescindere dalla libera cooperazione di altri soggetti”; aggiungendo inoltre (ivi, 684-685) che, “laddove tra i [...] soci vi siano alleanze, di fatto o giuridicamente sanzionate” – come appunto accade nel caso di patti parasociali sull’esercizio del diritto di voto – “che permettano al gruppo di maggioranza di dominare la società, atteso che l’art. 2359 non consente di conferire la qualifica di controllante in modo collettivo a gruppi non soggettivizzati, si mantiene ferma la conclusione per cui ai singoli appartenenti al gruppo di maggioranza, individualmente considerati, non va riconosciuta la posizione di controllante”; e da qui ulteriormente l’A. cit. ricava che “[i]l ‘co-dominio’ – o controllo congiunto – è dunque fattispecie estranea all’art. 2359 c.c.”.

lett. c), c.c., oltre allo stesso art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016) [159], dovrebbe suggerire una risposta positiva a tale secondo aspetto della prima questione, pur rimanendo ancora da valutare la seconda questione, ossia quella relativo all'ammissibilità, ma questa volta *in linea generale*, del "controllo congiunto" nel nostro ordinamento [160].

Questo secondo profilo riguarda, per così dire, il "respiro sistematico" della stessa nozione di "controllo congiunto", siccome riscontrabile in alcune delle già citate norme speciali (codicistiche e non codicistiche) che, più o meno esplicitamente lo contemplan, ognuna in un ambito e con una portata pur sempre limitati. Invero, è proprio entro questo più specifico contesto problematico che si discute della possibilità di estendere (ovvero, a seconda delle diverse dottrine affacciate sul punto, di estrapolare i tratti ricorrenti, tipici di) ogni nozione speciale di controllo congiunto – per l'appunto individuata alla stregua di specifiche norme di legge (che, ripetesì, indiscutibilmente ammettono ipotesi di controllo congiunto, così superando la questione della sua ammissibilità sul piano logico) – ad un livello più generale e, per così dire, *trasversale*. Da qui poi tentandosi di ricostruire il concetto di "controllo congiunto" come parte o aspetto specifico del più complessivo problema concernente l'ampiezza stessa della generale nozione di "controllo": quest'ultima rimanendo pur sempre indagata da un punto di vista soggettivo, cioè nella prospettiva di identificare i casi in cui più soggetti possano *effettivamente* esercitare insieme [161] un'influenza *dominante* ovvero (e anche qui a seconda della posizio-

[159] A tali ipotesi si potrebbero forse aggiungere quelle che sembrano essere state incluse – con formulazione tra loro identiche – nel nuovo testo dell'art. 23 del d.lgs. n. 385/1993, (il Testo unico bancario o "TUB"), e nell'art. 79 d.lgs. n. 209/2005 (il Codice delle assicurazioni private), e più in particolare nel 2° comma, n. 3), lett. b) di dette disposizioni, e benché non mi pare possa dirsi affatto certo che l'ipotesi del *controllo congiunto* sia stata davvero contemplata in tal ordine di casi da un legislatore non certo chiaro né rigoroso nel redigere il relativo testo normativo.

[160] Scandisce le due fasi del ragionamento in modo analogo M. LAMANDINI, *Il "controllo" ecc.*, cit., 120-121.

[161] Cfr. V. CARIELLO, *"Controllo congiunto" e patti parasociali*, cit., spec. 165-168, il quale giustamente si pone il problema della conciliabilità del controllo congiunto derivante da diritti o comunque poteri di veto con la nozione codicistica (e generale) di controllo – che invece sembra presupporre un *dominio* di tipo *positivo* sull'attività della società controllata (in tal senso la dottrina prevalente: per tutti v. M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346-2362 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società* (diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), Egea-Giuffrè, Milano, 2008, 665 ss., ivi 672). E più in particolare di conciliare le ipotesi di cui all'art. 2359 c.c. con l'esigenza di considerare l'*esercizio effettivo* dell'influenza dominante allorché di quest'ultima si predichi la variante *congiunta*: elemento che – a differenza della nozione di influenza dominante *solitaria* (che solitamente la dottrina ritiene integrata anche solo in presenza di un *potere astratto* di determinare l'attività della società dominata o, più precisamente, in presenza di un potere astratto – benché, nel caso di controllo di fatto, *stabile* – di nomina e revoca della maggioranza dei suoi amministratori, e cioè anche solo a livello *potenziale*: in tal senso v. M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346-2362 c.c.*, in *Commenta-*

ni assunte in dottrina) *determinante* [162], nei confronti di una certa società. E così pertanto ascrivendo in capo a tali soggetti la qualifica di “co-controllanti” in ogni ipotesi in cui sia contemplata (o comunque sia effettivamente contemplabile) una situazione di “controllo” [163], a cominciare appunto da quelle configurate alla stregua dell’art. 2359 c.c.

In altri termini, sotto il secondo dei due profili ora in esame, ci si chiede se le norme speciali che contemplano il “controllo congiunto” siano interpretabili come altrettante espressioni di un principio avente una portata generalizzata, che consenta di affiancare siffatta figura di controllo “congiunto” ad ogni figura di controllo “solitario” contemplato dalla legge (e *in primis* dall’art. 2359 c.c.); oppure se, al contrario, la sua ammissibilità debba pur sempre rimanere confinata alle fattispecie descritte e regolate specificamente nelle norme che espressamente contemplano l’ipotesi di controllo “congiunto”, secondo quella che tutt’ora appare l’impostazione prevalente in dottrina [164], la quale appare oggi disposta a valorizzare maggior-

rio alla riforma delle società (diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), Egea-Giuffrè, Milano, 2008, 665 ss., e ivi spec. 701 ss.) – appare invece necessario supporre laddove si voglia affermare che siffatta influenza dominante congiunta possa essere generata dalla presenza di reciproci poteri di veto tra i soggetti cui si intenda attribuire la qualifica di co-controllanti. Il succitato Autore risolve elegantemente il problema teorizzando una sorta di duplice natura del *coordinamento* che si ritiene necessario intercorra tra i supposti co-controllanti; e così individua un “*momento negativo o statico* del potere di veto, vale a dire dell’ostruzionismo e quindi alla vera messa in atto del ‘blocco’”, accanto ad un “*momento positivo e dinamico* del potere di veto che permette di ipotizzare l’esistenza di un coordinamento. Il potere di veto può pertanto contribuire a realizzare una situazione di controllo congiunto da accordi parasociali in quanto si può ipotizzare che, una volta esercitato, esso indurrà a concordare decisioni diverse da quelle ‘bloccate’ e a coordinarsi per la loro adozione”. In tale unificazione di due distinti *momenti* della dinamica dell’esercizio del potere di veto si risolverebbe dunque anche la questione dell’effettività dell’influenza dominante (che *prima* dell’esercizio in concreto del potere di veto in realtà non parrebbe affatto configurabile).

[162] Appare infatti chiaro che coloro che supportano la tesi della generalizzazione della nozione di controllo congiunto preferiscono solitamente equiparare il significato di influenza dominante a quello di influenza determinante: sul punto, v. ad es. M. LAMANDINI, *Il “controllo” ecc.*, cit., spec. 55 ss.

[163] In tali termini sono condotti i tentativi di dare cittadinanza “generale” alla nozione di controllo congiunto da parte, ad esempio, di M. LAMANDINI, *Il “controllo” ecc.*, cit., 106 ss., e di V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e patti parasociali*, cit., 124 ss. (e *passim*).

[164] V., dopo la riforma, M. MIOLA, *Società quotate, controlli esterni e gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 7 ss., e ivi spec. 48; F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*³, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* (dir. da F. Galgano), Cedam, Padova, 2006, 277; M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346-2362 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società* (diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), Egea-Giuffrè, Milano, 2008, 665 ss., e ivi spec. 683 ss.; *contra*, M. LAMANDINI, *Commento*, cit., spec. 401 ss.; *Id.*, *Commento sub art. 2359*, in *Le società per azioni – Commentario* (dir. da P. Abbadessa e G.B. Portale), cit., 751 ss.; V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss.; F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 519 s.; F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 78 e 84.

mente la portata singolare e/o settoriale delle varie definizioni di controllo disseminate nel nostro ordinamento nelle norme cosiddette speciali, ritenendosi che ciascuna di esse sia stata dettata, appunto, per finalità diverse e peculiari e che la fattispecie di “controllo congiunto” eventualmente prevista da tali norme speciali debba perciò applicarsi soltanto entro i confini predicati in ciascuna di tali specifiche ipotesi.

In questo quadro, appare pertanto evidente che, a voler ritenere le norme speciali quali altrettante punte di emersione di un medesimo *iceberg*, costituito da una sorta di nozione generale e immanente al sistema di “controllo congiunto”, la questione ora esplicitata pare destinata ad essere attratta nella sfera di analisi circa l’ampiezza (pur sempre dal punto di vista soggettivo e del lato per così dire “attivo” dell’influenza *dominante*, che pare pur sempre costituire il *backbone*) dell’ancor più generale nozione di “controllo” [165].

Insomma, se davvero di “controllo congiunto” si potesse parlare in linea generale, allora ciascuna fattispecie di “controllo” – incluse quelle indicate nell’art. 2359, co. 1, c.c. – sarebbe suscettibile di essere declinata *anche* in termini di “controllo congiunto”, ciascuna pertanto contemplando, non soltanto la variabile soggettiva “solitaria” (così come attualmente si suole per lo più ritenere), ma anche la corrispondente variabile soggettiva “congiunta” (come da tempo sostiene quella parte della dottrina che più si è spesa per un riconoscimento generalizzato del controllo congiunto) [166].

Ciò posto, se, come già anticipato, oggi appare definitivamente superato in senso positivo il quesito intorno all’ammissibilità logica e giuridica della figura del controllo congiunto, ritengo più difficile prendere posizione in modo risoluto in merito alla seconda questione. In particolare, non credo sia possibile avallare la portata generalizzata del concetto di “controllo congiunto”, non soltanto alla luce del diritto societario comune, ma neppure alla luce delle disposizioni contenute nel TUSP [167]. E ciò, anzitutto, perché gli elementi testuali che oggi contemplano delle ipotesi di “controllo congiunto” nel nostro ordinamento non mi appaiono di consistenza qualitativa e quantitativa tale da permettere di confermare con la dovuta sicurezza il secondo passaggio del ragionamento, ossia l’avvenuta generalizzazione del “controllo congiunto” oltre i confini delle specifiche disposizioni che di

[165] Convincenti mi pare rimangano le considerazioni sui rapporti tra influenza *dominante* e influenza *determinante* svolte, ad esempio, da M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, cit., spec. 470 ss. e 489 ss. (*contra*, specialmente dopo la riforma del diritto societario, e in particolare alla luce del nuovo art. 2341-bis, co. 1, lett. c), c.c., M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359-2359-quinquies c.c.*, cit., 401).

[166] M. LAMANDINI, *Il “controllo”*, cit., loc. ult. cit.; V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e patti parasociali*, cit., spec. 89 ss. e 112 ss. e *passim* cap. III.

[167] In senso opposto v. tuttavia F. GUERRERA, e F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *opp. locc. ultt. citt.*

volta in volta lo prendano espressamente in considerazione per le finalità proprie e peculiari della normativa speciale e/o di settore. E d'altra parte non mi pare che una disciplina settoriale quale quella di cui qui si discute possa esplicitare quell'effetto di generale e definitivo riconoscimento di una figura che sino ad ora è stata alimentata da alcuni (pur significativi) riferimenti normativi non coordinati e talora addirittura diversi tra loro.

Non che non mi avveda del “guadagno” in termini di deterrenza rispetto a possibili comportamenti abusivi e, più in generale, di ampliamento soggettivo nell'applicazione di alcune norme o plessi di norme, come appunto nel caso delle “società a controllo pubblico”. Non è un caso, infatti, che – da parte della dottrina e dei provvedimenti amministrativi che mi constano sino ad ora essersi espressi su tale problema, con specifico riferimento al TUSP (cioè così come ricavabile dal “combinato disposto” delle lett. *m*) e *b*) dell'art. 2, TUSP) – a supporto di tale estensione del concetto di controllo congiunto, si sottolinei per l'appunto il beneficio “sistematico” di un simile ampliamento del fronte soggettivo (e dal lato attivo) dell'applicazione della nozione di “controllo” [168]; beneficio che si fa consistere proprio nel correlativo allargamento della portata soggettiva del regime previsto per le “società a controllo pubblico”, ritenuto più rigido rispetto a quello applicabile alle società che fossero meramente qualificabili come “società a partecipazione pubblica” (di cui all'art. 2, lett. *n*), TUSP). Insomma, secondo la tesi condivisa da coloro che si sono susseguiti nell'esaminare la portata della definizione di “controllo”, così come espressa nel TUSP, estendere la portata della nozione di controllo congiunto – anche mediante l'uso dell'argomento di una sua definitiva estensione sul piano generale e trasversale del diritto societario comune – porterebbe ad un maggior rigore nell'applicazione delle regole previste dal TUSP, sul presupposto – talora non esplicitato, talaltra ricondotto alla *ratio legis* del d.lgs. n. 175/2016 – che un siffatto maggior rigore sia doveroso, oltre che auspicabile nel merito, per i benefici effetti rispetto all'esigenza di contenimento e razionalizzazione della “spesa pubblica”.

Tuttavia, non credo sia questo ordine di considerazioni – di respiro evidentemente settoriale – a dover guidare l'interprete nella valutazione dell'eventuale riconoscimento di una ben più ampia e generalizzata portata della nozione di “controllo congiunto”. Anche a non voler qui considerare la fallacia di un'eventuale sovrapposizione tra le voci che integrano i costi connessi e/o conseguenti alla gestione di una certa

[168] Cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 522, ove si legge che: “tale funzione di precisazione e ampliamento della norma definitoria del TUSP appare coerente, oltre che con la concezione ‘relativistica’ del controllo, anche con la peculiare *ratio* della disciplina della 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 di risorse pubbliche sottese alle norme di cui agli artt. 1, 4, 5 e 11 del TUSP”.

società di capitali – sebbene questa possa risultare partecipata da una o più amministrazioni pubbliche (ed in alcuni casi, anche da soggetti privati: cfr. l’art. 17 d.lgs. n. 175/2016) – e il concetto di “spesa pubblica” [169], al quale inequivocabilmente rinvia l’art. 1, comma 2, TUSP, a me pare che l’insieme di argomenti sopra riportati sia, per dirla con MENGONI, “orientato alle conseguenze” [170]: ma, piuttosto che orientato a conseguenze d’ordine generale (giacché generalizzato è il risultato ermeneutico a cui si giungerebbe a voler aderire alla tesi del riconoscimento generalizzato della figura del controllo congiunto), mi sembra che ci si voglia riferire alle conseguenze “desiderate” dall’interprete, in una sorta di *pre-comprensione* esseriana, e così poi identificate in base ad un preteso significato oggettivo, quasi che quest’ultimo possa genuinamente rappresentare il “dover essere” proprio della normativa in esame; la quale invece è, e rimane, una disciplina speciale (di settore).



[169] Talora sfugge che una siffatta (ma imprecisa) sovrapposizione di patrimoni rispetto ai quali la “spesa” andrebbe calcolata, comporta un’immedesimazione – del tutto ingiustificata, quanto meno laddove non si tratti di società *in house* – tra società pubblica, pur dotata di distinta personalità giuridica e autonomia patrimoniale perfetta (ai sensi dell’art. 3, co. 1, TUSP, sono suscettibili di “partecipazione pubblica” soltanto le s.r.l. e le s.p.a., anche in forma cooperativa) e amministrazione (o amministrazioni) socia(e). D’altro canto, pare che l’espressione “spesa pubblica” abbia assunto un significato condiviso e tale da indicare le uscite delle pubbliche amministrazioni. Perciò, l’obiezione per la quale la spesa delle società pubbliche sarebbe *tout court* riconducibile all’alveo della “spesa pubblica” è tutta da dimostrare; certo non può essere “presunta” (così dandosi luogo ad un’evidente inversione logica), e quindi confusa con essa, proprio in ragione dell’alterità tra società partecipata e amministrazione socia, la prima essendo un soggetto (di norma qualificabile come imprenditore commerciale) che opera secondo le proprie regole organizzative e a mezzo del proprio patrimonio: sul punto si vedano ora le perspicue osservazioni di A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una Public Corporate Governance?*, cit., 38 ss. (il quale tra l’altro ricorda la qualifica di *impresa* propria dell’attività svolta dalla società a partecipazione pubblica, quanto meno ai fini del diritto europeo della concorrenza – e di conseguenza, ai sensi dell’art. 1, co. 4, l. n. 287/1990, anche del diritto italiano *antitrust* – e come la Corte di Giustizia abbia chiarito che la semplice partecipazione della pubblica amministrazione in una società non è sintomatica dell’esistenza di un preminente interesse generale tale da giustificare *status* privilegiati per il socio pubblico, né sono invocabili motivi puramente economici, quali esigenze di risparmio per le casse pubbliche”). Le precedenti osservazioni si crede debbano valere anche con riguardo ad ogni situazione di “controllo” che fosse ritenuta capace di giustificare l’applicazione del regime proprio delle “società a controllo pubblico”: in altri termini, non sarebbe ammissibile invertire l’ordine del ragionamento che induce a tale ultima qualificazione, così ritenendosi di dover applicare il regime più restrittivo al fine di interpretare il testo unico in conformità al parametro indicato nell’art. 1, co. 3, TUSP; piuttosto, il regime eventualmente più restrittivo dovrebbe ritenersi *conseguenza* di quella qualificazione, la quale di per sé non appare *orientabile alle conseguenze*; ma, all’opposto, è essa stessa – ove fosse in concreto riscontrata alla stregua dei criteri dettati nell’art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016 – a determinare il *conseguente* regime giuridico della società che in ragione della definizione legislativa risulti, alla luce delle circostanze, *controllata* (o *co-controllata*) da “una o più amministrazioni pubbliche”.

[170] L. MENGONI, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1994, 1 ss.; sulla scia, cfr. tra molti V. CARIELLO, *Osservazioni preliminari sull’argomentazione e sull’interpretazione “orientate alle conseguenze” e il “vincolo del diritto positivo per il giurista”*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 309 ss.

In altri termini, con il tentativo di offrire un'interpretazione quanto mai ampia dell'ipotesi di "controllo congiunto" – interpretazione che peraltro va ben al di là del testo della definizione contenuta nell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016 [171] – nondimeno ci si "orienta" verso delle finalità quanto mai specifiche e settoriali che l'interprete desidera leggere, e dunque veder confermate, nelle norme (altrettanto specifiche e settoriali) del testo unico; ma così procedendo, l'interpretazione di una definizione dettata in relazione ad uno specifico, quanto peculiare "microsistema normativo" mi sembra debordi, nei suoi effetti, verso un approccio di respiro assai più generale che finisce per investire trasversalmente il tema del "controllo congiunto", sebbene, come si è già evidenziato, per veder affermate finalità che certo non risultano parimenti sganciate da esigenze ricostruttive del tutto contingenti.

Con questo intendo dire che, se è vero che la *ratio legis* del testo unico del 2016 include il contenimento della "spesa pubblica", oltre al rispetto delle dinamiche della concorrenza e del mercato e alla ricerca dell'efficienza gestionale (così infatti l'art. 1, co. 2, TUSP), mi pare altrettanto vero che tutto ciò non debba portare automaticamente a due definizioni contenute nel testo unico – peraltro da ricostruirsi alla luce di norme (ad esempio, l'art. 2359 c.c.) e di principi del "diritto societario

[171] Cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 519, il quale, nell'analizzare il testo dell'art. 2, lett. b) del TUSP, sembrerebbe incorrere in una sorta di forzatura nella sequenza espositiva degli elementi costitutivi di tale norma: infatti, spostando la congiunzione "anche" subito prima della parte che recita "quando 'sia richiesto il consenso unanime delle parti'" si finisce per intendere la definizione nel senso che la suddetta ipotesi sia una delle tante fattispecie possibili di controllo congiunto contemplate dalla norma; fattispecie nelle quali, stando a questa diversa formulazione letterale, potrebbe "anche" non ricorrere il requisito dell'*unanimità* dei consensi (in tale logica bastando quindi una maggioranza o un potere di veto non derivante da un obbligo di consenso unanime al fine del riscontro di un controllo congiunto di una società pubblica). Ma la norma del d.lgs. n. 175/2016 non è formulata in questo modo: riportando la parola "anche" all'inizio della seconda parte del testo della definizione (così come in effetti risulta dal testo normativo), se ne coglie il diverso significato. Infatti, tale parola fungendo, appunto, da congiunzione fra il primo periodo della definizione normativa – contenente il rinvio alla nozione di controllo ex art. 2359, c.c. – e la frase che recita: "[il controllo può sussistere [...] quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo]", rende chiaro che quella appena descritta (sc. la necessità di "decisioni unanimi rispetto a decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale") è l'*unica* situazione in cui il legislatore del testo unico del 2016 ritiene che possa ricorrere – per l'appunto nei termini enunciati nella predetta definizione e agli specifici fini del testo unico – un'ipotesi di "controllo congiunto". Insomma, la definizione in parola si presta ad essere letta nel senso che, ai fini del TUSP, non si contemplano altre ipotesi di "controllo congiunto" oltre a quella in cui "in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo". Pertanto, è questa sola ipotesi di controllo congiunto che, alla stregua della definizione legislativa di cui all'art. 2, lett. b), TUSP, va ad aggiungersi alle fattispecie di controllo (solitario) usualmente contemplate nell'art. 2359 c.c.

comune” (e del diritto privato in genere) [172], e non viceversa – debbano essere piegate e riformulate in ragione di quella che si ritiene essere stata la “volontà” del legislatore, così per l’appunto confondendo tra loro ragioni proprie del diritto speciale delle società pubbliche e ragioni proprie del diritto generale delle società. E ciò, ribadisco, mi pare ancor più vero laddove – come nel caso che ci occupa – non vi siano elementi testuali contenuti nella definizione di “controllo” di cui alla lett. b) dell’art. 2 del d.lgs. n. 175/2016, tali da supportare in modo inequivoco tale pretesa *voluntas legis* [173].

Indugiando per un attimo ancora sul merito della normativa settoriale riguardante le società pubbliche, se, per un verso, va riconosciuto che, in alcuni casi, l’applicazione del regime ritenuto più rigido (quello previsto per le sole società “a controllo pubblico”), potrebbe comportare un contenimento dei costi di gestione della società partecipata da una o più amministrazioni pubbliche (non già della “spesa pubblica” *tout court*, però!) [174], tuttavia, per altro verso, è altrettanto vero

[172] In tal senso, v. esplicitamente l’art. 1, co. 3, TUSP, sul quale v. *retro*, *sub* nota 12; e ora v. anche V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, cit., spec. 777 ss.

[173] In tal senso mi pare significativo che anche l’Autore che, di recente, ha avanzato la tesi circa la necessità di estendere la portata della nozione di “controllo congiunto” presente nell’art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016, esordisca la propria analisi di tale definizione additandola come “formula non priva di ambiguità” (così F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 519).

[174] A questo proposito, si deve nuovamente sottolineare la distinzione che corre tra il contenimento e l’efficientamento dei costi affrontati dalle pubbliche amministrazioni nell’esercizio delle rispettive competenze istituzionali – nozione che più direttamente viene in considerazione nell’art. 1, co. 2, del testo unico con l’espressione “razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica” – dal diverso tema del contenimento ed efficientamento dei costi di gestione delle società che risultino partecipate da una o più amministrazioni pubbliche, giacché quelle rimangono pur sempre persone giuridiche *distinte* dai rispettivi soci (i quali possono essere anche soggetti privati: cfr. l’art. 17, TUSP); nell’ambito delle quali le scelte gestorie (di norma) sono attribuite agli amministratori, e talora in via esclusiva (per le s.p.a. v. l’art. 2380-bis c.c. e la riforma del diritto concorsuale peraltro ha esteso tale ultima regola anche alle s.r.l., novellando il primo comma dell’art. 2475 c.c.: v. la nota successiva e la nota 190). E ricordandosi inoltre che i soci – quanto meno con riguardo ai tipi sociali opzionabili dalle pubbliche amministrazioni alla stregua dell’art. 3, co. 1, d.lgs. n. 175/2016 – godono del beneficio della limitazione della responsabilità rispetto alle obbligazioni sociali, non rimanendo dunque esposti neppure a un dovere di (ri)finanziare (spendendo risorse pubbliche) le società rispettivamente partecipate. D’altronde, per un verso, le regole imposte dall’art. 14, TUSP, dettate in tema di “crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica”, confermano che in alcune circostanze, sorge addirittura un preciso dovere in capo alle pubbliche amministrazioni-socie di *non* rifinanziare le suddette società. Per altro verso, l’eventuale pregiudizio che potesse in ipotesi essere arrecato al valore della partecipazione sociale (quota o azioni) di proprietà del socio pubblico (cioè finanziata/acquistata con fondi pubblici) rileva, non già rispetto alla “spesa pubblica”, ma, per l’appunto, come dovere di conservazione del (valore del) bene acquistato mediante l’impiego di soldi pubblici (ossia, di nuovo, le azioni o la quota di società); dovere che, per regola generale, è posto primariamente in capo all’organo amministrativo della società (e non in capo ai soci). Sicché, nel momento in cui si tratti di effettuare delle scelte che

che, in altri casi, questo stesso regime implica – in ragione di una ben maggiore complessità organizzativa e dei controlli (interni ed esterni) imposti alle “società a controllo pubblico” – costi di gestione maggiori (ad esempio, cfr. gli oneri organizzativi imposti a tale *species* di società pubbliche ex art. 6, TUSP) [175]; con ciò at-

possano pregiudicare il valore, corrente o prospettico delle azioni o delle quote (c.d. beni di secondo grado) emesse da società, a loro volta partecipate da amministrazioni pubbliche, le eventuali decisioni di “razionalizzazione” e/o di “riduzione” della “spesa pubblica”, di cui a co. 2, dell’art. 1, TUSP, saranno già state adottate dalla P.A. socia, e dunque non verranno in diretto rilievo in un eventuale giudizio volto all’accertamento dell’eventuale presenza di un danno erariale rispetto a tali beni già *acquistati*: giudizio che semmai coinvolgerà i gestori della società (cfr. in tal senso l’art. 12, TUSP) per negligenza, imprudenza, imperizia e/o violazione di specifici doveri, ecc. Neppure pare che l’esigenza di razionalizzare e/o di ridurre la spesa pubblica possa costituire il viatico per poter automaticamente ascrivere in capo agli amministratori della società e/o agli organi amministrativi delle amministrazioni pubbliche-socie, una responsabilità per non aver previsto l’esito, eventualmente nefasto, dell’impiego delle risorse pubbliche in sede di costituzione e/o di acquisto di partecipazioni nella società partecipata (ipotesi disciplinate, rispettivamente, negli artt. 7 e 8, TUSP), giacché con ciò si finirebbe, per un verso, con il derogare al principio della *business judgment rule* (principio da ritenersi valido, in linea di principio e in generale, anche in questo ambito, con riguardo agli amministratori delle società partecipate) e, per altro verso, con l’imputare in capo all’amministrazione pubblica-socia una responsabilità “gestoria” che mi appare ultronea rispetto ai principi di diritto societario comune, quanto meno in assenza di precise clausole statutarie in tal senso (v. ad esempio quanto consentono, con riguardo alle società “*in house*”, l’art. 16, co. 2, e, con riguardo alle società “*miste*”, l’art. 17, co. 4, TUSP), ovvero, con specifico riguardo alla s.r.l., in assenza di condotte “intenzionali” di cui all’ultimo comma dell’art. 2476 c.c. Senza contare che, ferme le eccezioni ora ricordate, la stessa decisione (adottata con deliberazione dell’amministrazione pubblica, da motivarsi analiticamente ex art. 5, TUSP) di costituire una società a partecipazione pubblica e/o di acquistarne una quota o delle azioni non può essere in seguito ragionevolmente contestata – specialmente sul piano del nesso causalità che integra ogni azione risarcitoria (anche erariale) – laddove, dopo il susseguirsi di una serie di varie vicende e di correlative decisioni gestorie, si verificassero fatti tali da compromettere il valore della partecipazione sociale in precedenza sottoscritta e/o acquistata da una certa pubblica amministrazione.

[175] Da questo punto di vista, cioè con particolare e limitato riferimento ai costi di gestione di tutte le società pubbliche (nelle pur distinte variabili “a partecipazione pubblica”, “a controllo pubblico”, “*miste*” e finanche “*in house*”) i nuovi doveri inseriti nel nuovo comma 2 dell’art. 2086 c.c. (e correlativamente per le società pubbliche cui si applichino le norme in tema di crisi e insolvenza, nell’art. 3, co. 2, 4 e 14 del nuovo Codice della Crisi e dell’Insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), quanto meno *prima facie*, mi sembrerebbero peraltro ad effetto *neutrale*, poiché l’obbligo di predisporre assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati alla *natura* e alle *dimensioni* dell’impresa (anche in funzione di prevenzione della crisi e della perdita della continuità aziendale) si dovrebbe applicare, giusta il rinvio di cui all’art. 1, co. 3, TUSP, in modo *trasversale* ad ogni società, qualunque sia il tipo (s.p.a. o s.r.l.) e/o la forma (lucrativa, consortile o cooperativa) in concreto adottata. Ma sul punto ora v. *amplius* L. PICARDI, *Prevenzione della crisi d’impresa e governance delle società pubbliche*, in AA.VV., *La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli, Giappichelli*, Torino, 2019, 574 ss. Sulla nuova formulazione dell’art. 2086 c.c., v. ora M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla “gestione dell’impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss.; P. MONTALENTI, *Gestione dell’impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta*, in AA.VV., *La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., 482 ss.; P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini*

tutendosi l'apparente suggestività dell'argomento – brandito dalla tesi più favorevole – secondo il quale la maggiore rigidità del regime cui risultano assoggettate le sole “società a controllo pubblico” comporterebbe senz'altro un risparmio di “spesa pubblica”, e dunque un asserito “miglior” rispetto della *ratio legis* del d.lgs. n. 175/2016 (quest'ultima peraltro non univoca in tal senso [176]): argomento da cui viene infine desunta e argomentata la già ricordata esigenza di allargare le maglie del concetto di “controllo congiunto”.

È stato d'altra parte sottolineato che non è affatto detto – e andrà anzi verificato sul campo – che “le regole speciali adottate per le società pubbliche siano coerenti” con il fine di “governare e prevenire il tipo di conflitti di interesse che la presenza di un socio pubblico genera”; e, a tal proposito, si è significativamente aggiunto che “il legislatore non sempre” si è mostrato “consapevole di questo aspetto e spesso, seppure inconsapevolmente, realizza il risultato opposto, seppure per finalità – del tutto comprensibili e commendevoli – di contenimento della spesa pubblica”. A riprova di ciò si sono portati degli esempi che mostrano come l'imposizione, da parte del testo unico – e in specie ad opera delle numerose disposizioni di cui all'art. 11, applicabile alle sole “società a controllo pubblico” – di un certo regime dell'organizzazione dell'organo amministrativo della società, possa portare a risultati inefficienti e addirittura tali da frustrare proprio lo scopo di contenimento della spesa [177].


dell'allerta: diritto societario o crisi del diritto societario?, cit., e ivi spec. 275 s. V. inoltre i contributi citati *infra*, sub nota 192.

[176] L'art. 1, co. 2, TUSP, infatti individua, in sequenza, i seguenti criteri interpretativi delle norme ivi contenute: (1) l'efficienza della gestione delle partecipazioni pubbliche; (2) la tutela e promozione della concorrenza e del mercato; e (3) la razionalizzazione la riduzione della “spesa pubblica”, quest'ultimo concetto, come già osservato, pare non confondibile né comunque immediatamente accostabile – specie nelle società di cui all'art. 17, d.lgs. n. 175/2016 (c.d. “miste” pubblico-privato) – alle spese di gestione di quelle società che tipicamente comportino una separazione patrimoniale perfetta fra ciascun socio e la società medesima.

[177] A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una Public Corporate Governance?*, cit., 43, il quale specifica che “se l'obiettivo è solo quello di realizzare il contenimento dei costi di funzionamento degli organi, il legislatore avrebbe dovuto adottare il modello di amministrazione monistico (la cui composizione minima è costituita da tre amministratori) e non il sistema tradizionale che sottende un amministratore e tre sindaci. Parimenti discutibile è la scelta di sovrapporre nella stessa persona il ruolo di presidente e l'amministratore delegato, posto che il presidente assolve una fondamentale funzione di garanzia del corretto flusso informativo a favore del consiglio d'amministrazione (art. 2381, comma 1°, c.c.), il che presuppone normalmente la separazione dall'attività gestoria. Ancora, la scelta di comporre il consiglio di cinque amministratori – nelle società di maggiori dimensioni – impedisce sostanzialmente la costituzione di comitati istruttori – in primo luogo quello controllo e rischi –; ciò che, di fatto, osta all'applicazione delle migliori prassi societarie in materia di *governance* (che suppongono un consiglio formato da almeno sette amministratori e la composizione di comitati di tre). Insomma, se l'obiettivo è il contenimento dei costi di funzionamento degli organi, meglio sarebbe stato fissare un limite alla remunerazione dei medesimi, piuttosto che rendere gli amministratori ancora più autoreferenziali e la gestione ancor meno controllabile”; analogamente, v. poi V. DONATIVI, “*Società a controllo pubblico*” e società a parteci-

Sul piano ermeneutico, non pare inoltre che la maggior rigidità della specifica disciplina applicabile alle “società a controllo pubblico” debba necessariamente comportare, sul piano della costruzione della fattispecie, la ricerca di una maggiore ampiezza della relativa definizione normativa; anzi, il maggior grado di specificità di tale nozione rispetto alla generale portata della definizione di “società a partecipazione pubblica” porterebbe semmai a ritenere il contrario: ossia che, al crescere della specialità della fattispecie, debba correlativamente ridursi l’ambito applicativo della disciplina che quella individua [178].

In ogni caso, occorre valutare le definizioni normative per quello che sono, secondo gli strumenti che lo stesso testo unico – e segnatamente l’art. 1, comma 3 – ha offerto al fine di interpretarle: dunque, non già la definizione di cui alla lett. 2, lett. b), TUSP dovrebbe determinare la portata dell’art. 2359 c.c., ma, semmai, il contrario. E, pur riconoscendo che ogni norma, una volta inserita nel “sistema”, non soltanto risulta influenzata da quest’ultimo, ma è al contempo in grado di condizionarlo – così facendolo evolvere –, tuttavia non credo possa accordarsi un ruolo dirimente in ordine alla portata generale o meno del concetto di “controllo congiunto” alla ora citata norma definitoria del d.lgs. n. 175/2016. Non lo credo, non soltanto (e di nuovo) per la *settorialità* in cui essa è destinata ad operare: e, quindi, non soltanto per il significato sistematico ricollegabile all’espresso e principale rinvio, ivi contenuto, alla fattispecie generale (o residuale) di controllo di cui all’art. 2359 c.c.; ma anche, e soprattutto, perché la definizione di “controllo congiunto”, così come aggiunta alla definizione di controllo offerta del testo unico con la con-

pazione pubblica maggioritaria, cit., 778 ss. E, sia pure in termini diversi, cfr. anche le critiche di C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit., 963 (testo e nota 21), il quale ritiene la “regola dell’amministratore unico (peraltro – dopo la modifica apportata all’art. 11 dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 – abbastanza agevolmente eludibile)” criticabile in quanto eccessivamente restrittiva e viepiù “in singolare contrasto con la forte ‘responsabilizzazione’ dell’organo amministrativo e con l’articolazione organizzativa prescritta in ordine al controllo (art. 3, co. 2°, e spec. Art. 6 [...])”. Sulla stessa lunghezza d’onda, in precedenza, v. anche M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, cit., spec. 61.

[178] Nello stesso senso (mi pare) v. C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit., 965, laddove si legge che “la disciplina delle società pubbliche si presenta, come [...] un intreccio nel quale il tasso di specialità cresce nel passaggio dalle società semplicemente partecipate dalle pubbliche amministrazioni a quelle sottoposte a controllo pubblico e da queste alle società *in house*, e del quale l’interprete deve sempre tener conto nella ricostruzione della disciplina applicabile alle singole fattispecie concrete”. E v. anche V. DONATIVI, “*Società a controllo pubblico*” e *società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., spec. 785 ss., il quale, a valle di un’articolata analisi “storico/evolutiva” di molti precetti in passato dettati in merito alla composizione dell’organo amministrativo, e in particolare del numero degli (e compenso agli) amministratori, sostiene “un radicale ridimensionamento della forza ermeneutica di argomentazioni fondate sull’ipotesi che una lettura funzionale delle norme imporrebbe in ogni caso di optare per la massima estensione dell’ambito applicativo dei precetti in nome di una ratio che si volesse ritenere prevaricante sulla stessa formulazione letterale delle norme”.

giunzione “anche”, configura una situazione *diversa e peculiare*, non soltanto rispetto alle fattispecie indicate nel comma 1 dell’art. 2359 c.c. (per l’appunto fatte oggetto di un rinvio diretto), ma altresì rispetto all’altra fattispecie di “controllo congiunto” presente nel nostro ordinamento, ossia quella riscontrabile nell’art. 7 della legge n. 287/1990 [179], dal momento che, nel caso che ci occupa, la nozione di controllo congiunto è stata ricavata dai principi contabili internazionali.

8.3. La derivazione della definizione di controllo (pubblico) congiunto dai principi contabili internazionali

È proprio sotto questo ulteriore profilo che credo il discorso sull’ammissibilità e sull’ampiezza della nozione ora in parola possa rivelare un certo interesse. Invero, quella che il legislatore del testo unico pare abbia inteso imboccare è una strada ben distinta da quelle opzioni normative che forse ci si poteva attendere in questo contesto, poiché prescinde del tutto dall’elaborazione dottrinale affaticatasi per anni sulla possibilità di configurare (ed eventualmente in quali termini ed entro quali limiti) un controllo congiunto basato sull’influenza “determinante” (congiunta) ovvero, a seconda delle posizioni assunte, “dominante” (congiunta), di e tra società o, meglio, di e tra *imprese* (e non solo) [180].

[179] Sulla differenza di contenuto tra il tenore della definizione di controllo congiunto contenuto nell’art. 7, l. n. 287/1990 e quello di cui all’art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016, non mi pare sussistano dubbi. D’altronde, mi sembra che i riferimenti al “controllo congiunto” contenuti, rispettivamente, nell’art. 37, d.lgs. n. 127/1991, nell’art. 122, comma 5, lett. d), TUF (la quale peraltro può ritenersi norma derogatoria rispetto all’art. 93, comma 2, lett. b), TUF) e nell’art. 2341-bis, comma 1, lett. c), c.c. non abbiano una portata sistematica pari a quella che potrebbe ascrivere invece all’art. 7, l. n. 287/1990, riferito alle operazioni di concentrazione tra “imprese”, poiché la fattispecie cui la situazione particolare di “controllo congiunto” viene associata integra a sua volta una delle peculiari modalità attraverso le quali può determinarsi un’ipotesi di “controllo”. Entro tale ambito peculiare, ben può allora darsi l’evenienza di un ulteriore livello di specificità della fattispecie, dato appunto dalla circostanza che il controllo così configurato risulti “congiunto” anziché “solitario”. In altri termini, non mi pare che le norme sopra citate – proprio per il contesto e le finalità specifiche in cui sono collocate – siano in grado di esercitare un’influenza dirimente sulla questione della configurabilità o meno del controllo “congiunto” quale profilo soggettivo generale e generalizzabile della nozione di “controllo” di società. D’altra parte – e con specifico riferimento all’art. 122, comma 5, lett. d), TUF nonché all’art. 2341-bis, comma 1, lett. c), c.c. – si deve ricordare la tesi autorevole di coloro che non ravvisano nell’influenza dominante (solitaria) derivante dalla stipulazione di un sindacato di voto un’ipotesi di controllo riconducibile all’alveo dell’art. 2359 c.c.: per tutti, v. R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., 31 s.; ID., in G. MINERVINI, R. COSTI, *Due pareri su come vada inteso il “rapporto di controllo” in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3°, legge n. 1/1991)*, in *Contr. impr.*, 1991, 1020 ss., e ivi 1021 s., poggiando siffatta conclusione, tra l’altro, “sul fatto che la fattispecie in questione non è strutturalmente e fenomenologicamente riconducibile a quella descritta nell’art. 2359 c.c.”.

[180] Cfr. ad es. il testo dell’art. 26 d.lgs. n. 127/1991 e dell’art. 93 TUF. L’ampliamento dell’ambito soggettivo, quanto meno *dal lato attivo* del rapporto di controllo (cioè del novero delle tipologie

Invero, quella delineata nel secondo periodo dell'art. 2, lett. b) d.lgs. n. 175/2016 appare una soluzione ben diversa, sia dalla scelta di ignorare del tutto l'ipotesi del *controllo congiunto*, sia da quella che avesse preso ad espresso riferimento le pur non numerose ipotesi (*sc. fattispecie normative*) di tale figura già note nel settore del diritto dell'impresa: vuoi appunto mutuando quanto già previsto nell'art. 2341-*bis*, co. 1, lett. c), c.c. o nell'art. 122, TUF; vuoi ricorrendo ad un rinvio all'art. 7 della legge *antitrust*; vuoi, infine – in linea con precedenti norme di diritto speciale riguardanti le società pubbliche, e valorizzando il riferimento alle “norme di legge” contenuto nella definizione in parola – riconoscendo una specifica rilevanza, anche e soltanto in via di fatto, di un diritto di veto riscontrabile in capo a più amministrazioni pubbliche, sotto forma di “controllo plurimo disgiunto”.

E cioè riconoscendo come co-controllanti pubbliche (sebbene disgiunte) le pubbliche amministrazioni che, pur in assenza di un consapevole e volontario coordinamento, in virtù del combinato operare, per l'appunto, di norme giuridiche (e/o statutarie) e di una dato assetto proprietario, si trovino a dover sistematicamente convergere in ordine all'adozione delle decisioni strategiche, finanziarie e gestionali riguardanti l'attività sociale [181].

Il legislatore del testo unico ha invece deciso di rifuggire da tutte queste pur possibili strade, forse proprio con l'intento di superare i nodi interpretativi che ancora avvengono la figura del *controllo congiunto* (quanto meno nella misura in cui per la sua definizione si ricorra alla comune nozione codicistica di *controllo* di cui all'art. 2359 c.c.); e, ostentando una buona dose di pragmatismo, ha quindi *virato*

di soggetti ai quali è possibile ascrivere la qualifica di “controllante”), viene condiviso dalla dottrina prevalente: sul punto, v. per tutti M. LAMANDINI, *Il “controllo” ecc.*, cit., spec. 83 ss. e 138 ss.

[181] Peraltro, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1262 s. e 1278, si dichiara perplesso circa la possibilità di far valere la disposizione speciale sul controllo congiunto di cui all'art. 2, lett. b), TUSP anche “per ipotesi ascrivibili al c.d. ‘controllo plurimo disgiunto’”. Infatti, l'Autore citato, per un verso, sembra in linea generale escludere che possa ricorrere tale fattispecie particolare di controllo, in quanto la norma in questione evoca patti parasociali e/o norme statutarie quali possibili fonti di un potere congiunto di controllo, da esplicarsi mediante decisioni unanimi su materie finanziarie ovvero gestionali relative alla società partecipata (*recte*, co-controllata); per altro verso, tuttavia, ritiene che l'esplicito riferimento alle ulteriori possibili ipotesi di controllo congiunto contemplate da *norme di legge* sia idoneo ad includere anche il peculiare caso in cui della partecipata pubblica siano socie al 50% (del capitale sociale, ma, *rectius*, dei diritti di voto) due amministrazioni pubbliche, le quali dunque avrebbero pur sempre bisogno – e per l'appunto *ex lege* (cioè, ripetesi, in forza delle norme sui *quorum* decisionali imposti dalla legge) – l'una dell'assenso dell'altra per poter adottare le decisioni sociali; in altri termini “questo potrebbe essere un esempio in cui il consenso unanime è necessario ‘in applicazione di norme di legge’”. Un ulteriore esempio, portato dall'Autore in parola, è quello ove il consenso *unanime* risulti necessario “‘in applicazione di norme [...] statutarie’” come ad esempio accadrebbe ove socie della partecipata pubblica fossero tre amministrazioni pubbliche, “titolari ciascuna di partecipazioni pari a un terzo del capitale sociale, ove lo statuto stabilisse un *quorum* deliberativo pari almeno al 67% del capitale sociale” (*rectius*, dei voti disponibili). Sul punto, v. inoltre ID., “*Società a controllo pubblico*” e *società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., 761 ss.

verso i lidi ritenuti meno sdruciolevoli della scienza aziendalistica-contabile, e così facendo della definizione di un principio IFRS – il n. 11 – e del principio IAS n. 31 [182], una norma giuridica (sebbene di portata speciale o, meglio, settoriale), per l'appunto riconducendo e subordinando l'unica ipotesi definita nell'art. 2, lett. b) del TUSP, al riscontro, nei settori nevralgici dell'esercizio dell'impresa partecipata dalla pubblica amministrazione (o enti ad essa assimilati), di una determinazione *unanime* dei soggetti – “più amministrazioni” – in predicato di essere considerati co-controllanti una società a partecipazione pubblica [183].



[182] In particolare, lo IFRS n. 11 e lo IAS n. 31 sono stati elevati a principi dall'art. 1, paragrafo 1, rispettivamente lett. (c), e lett. (e) del Regolamento (UE), della Commissione, del 11 dicembre 2012, n. 1254/2012, in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2013 (in seguito modificato e integrato dal Regolamento (UE), della Commissione, del 14 marzo 2019, n. 2019/412). Sui due principi citati nel testo, v. ad es., F. DEZZANI, D. BUSSO, P.P. BIANCONE (cura di), *IAS/IFRS – Analisi e commento dei Principi contabili internazionali*⁴, Ipsoa, Milanofiori-Assago, 2016, 970 ss. e 2614 ss. (e part. 2615-2625).

[183] Se è chiaro che l'*unanimità* dovrà essere riscontrata, come la norma del t.u. si premura di precisare, rispetto alle determinazioni (aventi ad oggetto decisioni strategiche) espresse dalle parti, anzi, di “tutte le parti che condividono il controllo”, quest'ultima espressione non appare del tutto perspicua (se davvero il controllo congiunto si dovesse imputare alle parti che condividono il controllo, allora si sarebbe probabilmente in presenza di una tautologia), e pertanto andrà interpretata ricorrendo agli esempi contenuti nell'Appendice B (“Guida operativa”) dell'IFRS n. 11 (“Accordi a controllo congiunto”, al quale, come detto nel testo, la definizione di cui al II periodo dell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016 sembra inequivocabilmente ispirarsi; in particolare, va osservato che il controllo congiunto configurato negli IAS/IFRS – e definito come “la condivisione, su base contrattuale, del controllo di un accordo, che esiste unicamente quando per le decisioni relative alle attività rilevanti è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo” (IFRS, n. 11, punto 7) – è riconducibile a due macro-tipologie di rapporti organizzativi, l'uno costruito su base meramente contrattuale (i.e., che non comporta la costituzione di soggetti “entità economiche”), detta “attività a controllo congiunto” (IFRS n. 11, punto 6); e l'altro che invece “comporta la costituzione di una società di capitali, di una società di persone o di altra entità in cui ogni partecipante ha una partecipazione” (IAS n. 31, punto 24), detta “joint venture” (IFRS n. 11, punto 6): ed è questa, per l'appunto, la tipologia di controllo congiunto che il testo unico mutua dai principi contabili internazionali. Ebbene, anzitutto la disposizione di cui al principio IFRS n. 11, punto 11 chiarisce che la regola dell'unanimità dei consensi rispetto al ruolo di ciascuna delle parti dell'accordo (parasociale o sociale/statutario): si afferma infatti che “[u]n accordo può essere un accordo a controllo congiunto anche se non tutte le parti abbiano il controllo congiunto dell'accordo. Il presente IFRS opera una distinzione tra le parti che detengono il controllo congiunto dell'accordo (partecipanti ad attività a controllo congiunto o a *joint venture*) e le parti che partecipano a un accordo a controllo congiunto ma non detengono il controllo”. Tale regola va posta in connessione, da un lato con i precedenti punti 8 (“[u]na entità che è parte di un accordo deve valutare se l'accordo contrattuale concede collettivamente a tutte le parti, o a un gruppo di parti, il controllo dell'accordo. Tutte le parti, o un gruppo di parti, controllano l'accordo collettivamente se devono dirigere insieme le attività che incidono significativamente sui rendimenti dell'accordo (ossia, le attività rilevanti)”) e 9 (“[u]na volta stabilito che le parti, o un gruppo di parti, controllano collettivamente l'accordo, il controllo congiunto esiste soltanto quando le decisioni sulle attività rilevanti richiedono il consenso unanime delle parti che controllano l'accordo collettivamente”); e, dall'altro lato, con alcuni esempi illustrativi alla “appendice B” dell'IFRS n. 11: *Esempio n. 1* “[s]i ipotizzi che tre parti stipolino un accordo in cui A detiene il 50 per cento dei diritti di voto nell'ambito dell'accordo, B detiene il 30 per cento e C detiene il 20 per cento. L'accordo contrattuale tra A, B e C specifica che è

Pertanto, l'ambito del controllo codicistico al quale rinvia il primo periodo della lett. b) dell'art. 2 d.lgs. n. 175/2016 risulta in effetti ampliato; ma, come già detto, siffatto ampliamento si limita ad ipotesi specifiche di controllo congiunto (e, a tutto concedere, ma con alcune riserve, ad ipotesi di "controllo plurimo disgiunto" [184]), ossia a quelle specificamente individuate nel secondo periodo della suddetta definizione. A tal fine si ricorre ad una nozione – quella appunto contenuta negli IFRS e negli IAS – che in modo lineare ne definisce i requisiti e le condizioni applicative, contribuendo non poco a soddisfare la sentita esigenza di certezza del diritto [185].

necessario almeno il 75 per cento dei diritti di voto per poter assumere decisioni in merito alle attività rilevanti oggetto dell'accordo. Sebbene A [possa] bloccare qualsiasi decisione, non controlla l'accordo in quanto necessita del consenso di B. I termini dell'accordo contrattuale stipulato tra le parti prevedono che almeno il 75 per cento dei diritti di voto per poter assumere decisioni in merito alle attività rilevanti implicano che A e B hanno il controllo congiunto dell'accordo in quanto le decisioni in merito alle attività rilevanti dell'accordo non possono essere assunte senza il consenso di entrambi A e B". *Esempio n. 2* "[s]i ipotizzi che tre parti stipolino un accordo in cui A detiene il 50 per cento dei diritti di voto nell'ambito dell'accordo, mentre B e C detengono entrambe il 25 per cento. L'accordo contrattuale tra A, B e C specifica che è necessario almeno il 75 per cento dei diritti di voto per poter assumere decisioni in merito alle attività rilevanti oggetto dell'accordo. Sebbene A [possa] bloccare qualsiasi decisione, non controlla l'accordo in quanto necessita del consenso di B o di C. In questo esempio A, B e C controllano collettivamente l'accordo. Tuttavia, esistono diverse combinazioni di consenso tra le parti che permettono di raggiungere il 75 per cento dei diritti di voto necessari (ossia, il consenso di A e di B, oppure di A e di C). In tale situazione, per poter essere definito come accordo a controllo congiunto, l'accordo contrattuale tra le parti dovrebbe specificare quale combinazione di consenso unanime tra le parti permette di assumere decisioni in merito alle attività rilevanti dell'accordo". *Esempio n. 3*: "Si ipotizzi un accordo in cui A e B detengono ciascuno il 35 per cento dei diritti di voto nell'ambito dell'accordo, mentre il restante 30 per cento è ampiamente ripartito. Le decisioni in merito alle attività rilevanti richiedono l'approvazione della maggioranza dei diritti di voto. A e B detengono il controllo congiunto nell'ambito dell'accordo soltanto se l'accordo contrattuale specifica che le decisioni in merito alle attività rilevanti dell'accordo richiedono il consenso di entrambi A e B". Infine, il punto B9 ulteriormente chiarisce che "[i]l requisito dell'unanimità del consenso comporta che qualsiasi parte che detiene il controllo congiunto nell'ambito di un accordo può impedire a una qualsiasi altra parte, o a un gruppo di parti, di assumere decisioni unilaterali (in merito alle attività rilevanti) senza il proprio consenso. [...]"; ciò significa, pertanto, che il requisito dell'unanimità permette a ciascuna delle parti che condividono il controllo di esercitare un *diritto di veto* nei confronti delle altre. Non sfugga, peraltro, che l'aver basato la situazione di controllo congiunto sull'esistenza di un accordo rende consustanziale al riscontro di un'ipotesi di controllo congiunto l'elemento del *coordinamento volontario* tra le parti. In altri termini, nel sistema contabile non sembra possibile configurare ipotesi di controllo congiunto né per fatti concludenti, cioè a prescindere da una chiara (documentabile), volontaria e consapevole convergenza decisionale sulle questioni strategiche, né per "necessità" (controllo plurimo disgiunto); in tale ultimo profilo di divergenza si può forse ravvisare una sostanziale differenza tra la definizione invalsa nell'ambito dei principi contabili e quella disegnata dal legislatore del TUSP.

[184] In tal senso opina V. DONATIVI, "Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria, cit., 764.

[185] Per tutti, sul delicato tema, v. P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 921 ss.; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli,

Istanza, quest'ultima, che ben può equipararsi – sul piano dei valori tutelati da questo nuovo plesso normativo – a quella di accresciuto rigore del regime delle “società a controllo pubblico” che viene più volte evocata nei provvedimenti citati nel paragrafo 5 (sia pur ricorrendo ad interpretazioni additive ad interpolazioni di significati e/o tra norme definitorie diverse e ulteriori) e, più in generale, da coloro che sostengono soluzioni “ampliative” sulla base degli argomenti che si sono sin qui illustrati, ma che non si è creduto di poter condividere.

Questo sembra allora costituire il risultato ermeneutico della definizione di “controllo congiunto” che si dovrebbe trarre da una piana lettura delle disposizioni definitorie del “controllo” nel TUSP, in quanto più aderente al testo normativo e dal quale oltretutto discende un significato operativo sufficientemente chiaro.

8.4. Il possibile carattere eccezionale della figura di controllo congiunto contenuta nel secondo periodo dell'art. 2, lett. b), TUSP

Pur sempre con riguardo al contenuto della disposizione che espressamente prende in considerazione l'ipotesi di controllo congiunto, si è inoltre messo in evidenza come, sul piano del diritto societario comune, mentre il “controllo interno” (di diritto e/o di fatto) presuppone “l'influenza dominante del socio sull'assemblea ordinaria, beninteso riguardo alle materie di sua competenza che riguardano le decisioni essenziali alla continuazione della società ivi elencate (art. 2364, nn. 1-4, c.c.), e annette rilievo alla sola influenza *positiva*, non anche ai poteri d'interdizione dei soci di minoranza”, nella definizione di cui all'art. 2, lett. b), TUSP, “invece, viene in considerazione anche l'influenza determinante (e non solo dominante) *negativa*, cioè il potere ‘di blocco’ o ‘di veto’; e per di più l'una e l'altra forma d'influenza riguardano materie che ricadono, nelle s.p.a., nell'alveo dei poteri di gestione (sia pure straordinaria) degli amministratori e non nell'area delle competenze assembleari” [186].

A parte il riferimento all'influenza “determinante” (che in realtà nella definizione del testo unico non compare), mi sembra che le questioni sollevate nel passaggio sopra citato siano due. Da un lato, si sottolinea come la disciplina introdotta con riguardo alle ipotesi di controllo congiunto, siccome queste ultime implicano l'*unanimità* dei consensi di coloro che condividono il controllo – in ipotesi, le pubbliche amministrazioni –, avrebbe dato accesso ad ipotesi di esercizio (congiunto) del controllo mediante l'attribuzione alla singola P.A. di un diritto di

Torino, 2017; PH. FABBIO, *Il dibattito italiano su principi e clausole generali e l'ideale di certezza del diritto. A proposito di un recente libro a cura di Giovanni d'Amico*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2/2018, 587 ss., spec. 590 ss.

[186] F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 522.

“blocco” o di veto rispetto alla decisione (strategica) da adottare; e una siffatta situazione appare dunque in contrasto con la tradizionale ricostruzione della nozione codicistica di controllo, così suscitando “le perplessità di chi riteneva non sufficiente per ravvisare il controllo societario il ‘solo’ potere di porsi come elemento necessario della volontà assembleare, ovverosia” – per l’appunto – “la possibilità di esercitare che si può definire negativo, da intendersi quale una sorta di diritto di veto” [187].

Accettare la nozione di controllo congiunto proposta nel secondo periodo dell’art. 2, lett. b), TUSP, quale variante “generale” della nozione di controllo di cui all’art. 2359 c.c. significherebbe pertanto alterare – in via parimenti generalizzata – la tradizionale interpretazione di tale ultima norma. E tuttavia, di nuovo, né dal c.d. Diritto societario comune, né dal testo unico mi pare possano trarsi sufficienti elementi capaci di convincere di una simile “metamorfosi” del significato di influenza dominante generalmente attribuito alle fattispecie di cui all’art. 2359 c.c. D’altra parte, l’alternativa proposta, cioè quella di considerare l’ipotesi di controllo congiunto quale figura speciale (se non addirittura eccezionale, almeno sotto questo peculiare profilo) rispetto alla nozione generale-residuale di controllo di cui all’art. 2359 c.c. permetterebbe di conservarne la consueta configurazione del controllo solitario in termini di influenza dominante positiva (e non già negativa), sulla società che si assume controllata.

In secondo luogo, il precedente rilievo ben mette in luce un ulteriore carattere assai peculiare della definizione di controllo (congiunto) che si ritrova nel secondo periodo dell’art. 2, lett. b), TUSP. Quest’ultimo, infatti, riferendosi “all’ambito delle ‘decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale”, finisce per “caratterizzare l’oggetto del controllo ed in conseguenza la relativa ampiez-

[187] F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 83. Per tale posizione, che si pone dunque in senso difforme, v. M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni – Artt. 2346-2362 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società* (diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari), Egea-Giuffrè, Milano, 2008, 665 ss., ivi spec. 672 e 707 ss. Pertanto, da questo punto di vista, va dato atto che – come in ogni situazione ove sia richiesto il concorso unanime di coloro che hanno diritto di esprimersi in ordine a certe decisioni – effettivamente esiste un diritto di veto in capo a ciascuna pubblica amministrazione che ne sia titolare. Tuttavia, va altresì rilevato che tale fattispecie (così come legislativamente descritta) risulta molto specifica e limitata per l’appunto ai casi di controllo “congiunto”; essa quindi non pare idonea ad intaccare il principio generale, che si ritiene pur sempre applicabile alle ipotesi di controllo “solitario”, di cui, *in primis*, all’art. 2359 c.c., secondo il quale “il potere di influire sull’assemblea ordinaria della società partecipata deve essere dominante ed esclusivo, tale da potersi manifestare in via positiva, e non un mero potere di veto. Il controllo societario è cioè//caratterizzato dal concetto di ‘dominio’, che viene comunemente inteso quale capacità di imporre *in positivo* la propria volontà sulle decisioni della controllata [...] e *non solo impendendo che essa assuma decisioni contrarie al suo volere*”: così ancora M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., 707 s. (enfasi nell’originale).

za” [188]. A questo riguardo, peraltro, il legislatore del TUSP “equipara (ai propri fini) il controllo basato sulla disponibilità della maggioranza dei voti o sull’influenza dominante *nella assemblea* al controllo (di fatto o contrattuale) ‘strategico’ *sulla gestione* della società, anche se conseguito congiuntamente dagli enti soci mediante accordo parasociale o con ogni altro strumento o modalità” [189].

Dunque, anche con riguardo alla tipologia di decisioni rispetto alle quali può applicarsi il peculiare meccanismo di controllo congiunto, così come disegnato nel secondo periodo dell’art. 2, lett. b) TUSP, da parte di autorevole dottrina viene di nuovo stigmatizzata la “disomogeneità” di situazioni che – ai fini del riscontro del controllo in forma congiunta di cui alla definizione speciale del t.u. – paiono accostare ed equiparare le modalità decisionali proprie del controllo interno, di fatto o di diritto (*ex art. 2359, co. 1, nn. 1) e 2), c.c.*), alle capacità di influenzare la gestione *anche dall’esterno*, cioè senza passare, per così dire, per l’approvazione di deliberazioni assembleari (art. 2464, c.c.) ovvero di decisioni dei soci (art. 2479 c.c.) e dunque anche a prescindere dalle fattispecie di potere di determinazione delle scelte strategiche della società pubbliche basate su un rapporto partecipativo [190].

A tale proposito, per un verso, va (sia pure incidentalmente) rilevato che risultano fin troppo note le questioni relative alla configurabilità e ai (più stretti) limiti dell’attribuzione, in capo all’assemblea dei soci di s.p.a., di competenze *lato sensu* gestorie e in specie dopo la riforma del diritto societario del 2003 (arg. *ex art.*

[188] F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 83.

[189] F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 519. Sul punto, si vedano inoltre le pregnanti osservazioni svolte da F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 83-84, con riguardo alla possibilità di assimilare l’espressione suddetta alle “operazioni strategiche e ai piani, industriali e finanziari della società” di cui all’art. 2409-terdecies, co. 1, lett. f-bis), c.c., con riferimento alle competenze di c.d. “alta amministrazione” spettanti, sulla base di espressa scelta statutaria, al consiglio di sorveglianza di una s.p.a. che abbia adottato un sistema dualistico di amministrazione e controllo. Per un’esemplificazione

[190] Affermano F. CUCCU, F. MASSA FELSANI, *Commento sub art. 2 – II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 84, che “tali speciali competenze” siano “da ricondurre nell’alveo della c.d. alta amministrazione della società”, pertanto uscendo “dal perimetro concettuale di un’influenza dominante riferita al solo ambito dell’assemblea ordinaria (come indicato dall’art. 2359 n. 1 e 2 c.c.) per abbracciare situazioni di controllo dai presupposti più ampi, così come potenzialmente riferibili, piuttosto al n. 3 dell’art. 2359 c.c. In conclusione, quindi, [...] la disposizione di cui alla seconda parte dell’art. 2, lett. b), t.u.s.p.p. si estende a tutte quelle decisioni finanziarie e gestionali strategiche dell’attività sociale che sono idonee anche a definire il perimetro del consolidamento delle società sottoposte a direzione e coordinamento e di cui non è sempre agevole rinvenire una classificazione univoca” (a tal fine rinviando alla casistica elencata da L.A. BIANCHI, *Note sulla nozione di “controllo” nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, cit., 268, sub n. 25).

2364, co. 1, n. 5, e 2380-bis c.c.) [191]; senza contare, inoltre, che l'ampiezza del-



[191] Per tutti, e sia pure in senso critico rispetto alle scelte del legislatore delegato del 2003, v. G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione, in Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale), vol. II (Assemblea – Amministrazione), Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 2006, 5 ss., spec. 9 ss. e 22 ss. – ove tra l'altro si ricorda come "il nuovo sistema si incunea in uno più ampio, caratterizzato da una vasta erosione delle originarie competenze dell'assemblea" portandosi ad esempio, oltre agli artt. 152 e 161, l.fall. (così come parallelamente novellati nella riforma del diritto fallimentare attuata con d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), i rinnovati artt. 2365, 2505, 2505-bis, 2410, 2443 e 2447-bis c.c.: queste ultime due norme permettendo (significativamente ai presenti fini), l'una, "addirittura agli amministratori di incidere sugli assetti proprietari (esclusione del diritto di opzione, emissione di strumenti finanziari variamente partecipativi) e finanziari della" s.p.a.; e l'altra, "con scelta opinabile", di assegnare ai medesimi la competenza a costituire patrimoni destinati (quindi: con rilevanza esterna), riconoscendo ad essi, in tal modo, un potere incidente – oltre che sulla struttura aziendale – anche sull'organizzazione societaria [...] –, 25 ss. – ove si fa riferimento a norme codicistiche che, in direzione opposta, testimonierebbero la persistenza di "competenze gestorie implicite (ma dirette: cioè, non per il tramite di decisioni autorizzatorie)", le quali, "forse, potrebbero consentire delle applicazioni estensive o, per lo meno, analogiche" (e tra queste l'A. citato segnala, in particolare, gli artt. 2447, 2361, 2497 e 2497-septies c.c.) – e 27 ss. – ove, citando G.F. CAMBOBASSO, *Diritto commerciale, 2 – Diritto delle società*⁵, Utet Giuridica, Torino, 2002, 369 s., e con esclusivo riferimento alle s.p.a., fa riferimento ad un precedente "dovere degli amministratori di sottoporre la decisione all'approvazione assembleare" (quest'ultimo dovere essendo poi riconducibile, ora "al generale dovere di diligenza e correttezza nell'attuazione dell'incarico gestorio", ora "all'obbligo di perseguire l'interesse sociale e, più in generale, al principio di buona fede ex artt. 1375 e 1175 c.c."), in presenza di "atti di gestione che comportavano una considerevole trasformazione nella struttura dell'impresa ovvero erano potenzialmente destinati ad incidere in modo grave sui diritti di partecipazione e sugli interessi patrimoniali degli azionisti (cc.dd. *decisioni di interesse primordiale*): dovere che potrebbe dunque riemergere laddove si ravvisassero ancora delle competenze *non scritte* dell'assemblea, concernenti i cosiddetti interessi *primordiali* dei soci, e dunque relative a decisioni concernenti operazioni straordinarie e/o strategiche (fusioni, scissioni, trasformazioni), operazioni sul capitale (includere la ricapitalizzazione, la messa in liquidazione della società o la sua trasformazione, ex artt. 2446-2447 c.c.); ovvero ancora riguardanti una possibile variazione sostanziale del rischio d'impresa e/o dei diritti dei soci o dell'oggetto sociale (art. 2361 c.c.). Si vedano inoltre P. MARCHETTI, *Il potere gestionale gestorio nella s.p.a.* in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario* (Atti del Convegno di Studi di Padova-Abano Terme del 4-6 giugno 2003), Cedam, Padova, 2004, 470 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. 15 ss.; P. ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione di s.p.a.: dal codice alla riforma*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, 3 ss.; ID., *La voce dei soci nella gestione della s.r.l.*, in *questa Riv.*, 2012, 186 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. I – Principi e problemi*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* (fond. da A. Cicu e F. Messineo, cont. da L. Mengoni, dir. da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2012, spec. 354 ss.; V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nelle società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 439 ss. Prima della riforma, v., *ex multis*, F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1974, spec. 240 ss.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Giappichelli, Torino, 1974; P. ABBADESSA, *Organizzazione della funzione amministrativa nella società per azioni: esperienze straniere e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1970, 1238 ss.; ID., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975; ID., *L'assemblea: competenze*, in *Trattato delle società per azioni* (diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale), vol. 3, t. 1, Utet, Torino, 1994, spec. 19 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1984; ID., *Le*

l'autonomia statutaria riconosciuta nel contesto delle s.r.l. (ossia l'altro tipo sociale contemplato nell'art. 3, comma 1, TUSP) – quanto meno sino all'entrata in vigore del nuovo testo del co. 1 dell'art. 2475 c.c. così come modificato dall'art. 377 del d.lgs. n. 14/2019 (recante il “Codice della crisi e dell'insolvenza”) [192] – è stata spesso interpretata nel senso di permettere di spostare, quasi *ad libitum* [193], le “frontiere” delle competenze gestorie lungo l'asse che va dai soci (non necessariamente organizzati in assemblea: cfr. artt. 2479, co. 3, c.c.) agli amministratori (questi ultimi peraltro organizzati non necessariamente in un c.d.a.: art. 2475, co. 3, c.c.), secondo geometrie variabili e cangianti in ragione, in particolare, dell'identità dei soci, della natura della quota di capitale (e/o di diritti di voto) da questi detenuta e degli eventuali “particolari diritti” ad essa afferenti ovvero della qualità di amministratore da questi ricoperta e/o delle materie oggetto di “decisione” [194]. Anco-

direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni, in *Giur. comm.*, 1984, I, 5 ss.; V. CALANDRA BONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985; A. PAVONE LA ROSA, *Le attribuzioni dell'assemblea della società per azioni in ordine al compimento di atti inerenti alla gestione sociale*, in *Riv. soc.*, 1997, 16 ss.

[192] Sul punto, oltre ai lavori citati retro nella nota 175, si segnalano i recenti contributi di N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss. L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, *ibidem*, 799 ss.; L. DE ANGELIS, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Riv. Orizz. dir. comm.*, 1/2019, 9 ss.; G.A. RESCIO, *Brevi note sulla “gestione esclusiva dell'impresa” da parte degli amministratori di s.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori* (16.7.2019), in *ilsocietario.it*; S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato* (15.10.2019), in www.ilcaso.it/articoli/cri.php?id_cont=1135.php; M. ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in *La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., 76 ss.; N. ALTANTE, D. BOGGIOLI, *Riflessi del Nuovo Codice della crisi d'impresa sull'amministrazione delle società di persone*, Studio Notariato n. 110-2019/I (approvato dalla Commissione Studi d'impresa il 21/5/2019), reperibile in www.notariato.it. Inoltre, si segnala lo studio di P. MENTI, *L'arrocco gestorio nel riformato primo comma dell'art. 2475 c.c.*, in corso di pubblicazione in *Le nuove leggi civili commentate* (che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'Autore).

[193] Ma va riconosciuto che la questione dei limiti a tale spostamento delle competenze gestionali era da considerarsi ancora controversa anche prima dell'avvento del Codice della crisi e dell'insolvenza: cfr. in particolare le opere citate nella nota seguente.

[194] Si vedano in tal senso (e in particolare) gli artt. 2468, co. 3, 2475, 2475-bis, 2479, 2479-bis c.c. In dottrina, prima delle modifiche apportate al codice civile dagli artt. 375-377 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza), per tale variabilità di competenze e per le conseguenti implicazioni sistematiche, v. per tutti G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 261 ss., e ivi spec. 263; R. VIGO, *Le decisioni dei soci: competenze*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale), vol. 3, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 2007, 451 ss.; P. ABBADESSA, *La voce dei soci nella gestione della s.r.l.*, cit.; M. CIAN, *Le decisioni dei soci*, in *Tratt. della S.r.l.*, (diretto da C. Ibba e G. Marasà), vol. IV (*Le decisioni dei soci – Le modificazioni dell'atto costitutivo*), Cedam, Padova, 2009, 3 ss., 23 ss., 35 ss.; in senso diverso v. anche G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di*

ra, e sempre con riguardo alle s.r.l., è ben noto come alcune prerogative di tipo gestorio, incluso il diritto a ricoprire la carica di amministratore (o a nominarne uno o più di proprio gradimento), possano essere riconosciute statutariamente in capo ad un certo socio (e dunque anche ad un socio pubblico) in virtù dell'art. 2468, co. 3, c.c. Pertanto, pare abbastanza naturale che la norma in esame – al fine di individuare quali siano le tipologie di determinazioni della controllata pubblica suscettibili di essere assunte (all'unanimità) dalle pubbliche amministrazioni che condividono il controllo – prenda più genericamente in considerazione le “decisioni” piuttosto che le “deliberazioni” dei soci [195].

Per altro verso, a me pare che una simile “disomogeneità” e “ambiguità” della norma (cioè del secondo periodo dell'art. 2, lett. b), TUSP) rispetto al Diritto societario comune sia solo apparente e in effetti riscontrabile soltanto se, *a monte*, ci si ponga nella prospettiva di voler ravvisare in tale figura di controllo congiunto un'ipotesi di influenza (non già determinante, bensì semmai) *dominante* ai sensi dell'art. 2359 c.c. e se pertanto ci si preoccupi delle difficoltà di contenerne (o comunque di definirne) l'ambito applicativo in coerenza con tale ultima disposizione.

Tuttavia, così opinando, ciò che ancora una volta si tende a dare per scontata è la stessa possibilità (ma davvero è questa una necessità?) di riportare l'ipotesi di controllo congiunto nell'alveo della disposizione codicistica. Al contrario, nessuna “ambiguità” né “disomogeneità” dovrebbe risultare laddove si prendesse atto, in aderenza al testo normativo, che l'ipotesi di controllo congiunto ipotizzata nel secondo periodo della norma definitoria del T.U. è, per l'appunto, una fattispecie speciale, e molto peculiare, di potere di orientamento congiunto delle società pubbliche che può essere declinata, rispetto ai due tipi sociali contemplati nel d.lgs. n. 175/2016 (s.p.a. e s.r.l.), sia rispetto a decisioni dei soci, sia rispetto a deliberazioni assembleari, sia, ancora, rispetto a ipotesi di controllo esercitato – in ragione di clausole statutarie, norme di legge e financo patti parasociali (ovvero del loro reci-

amministrazione nella società a responsabilità limitata, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 3, 517 ss., e ivi spec. 522 ss., 533 s. e 539 s.; O. CAGNASSO, *Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e controllo*, in *questa Riv.*, 2008, 454 ss. Inoltre, sulle modalità e sui limiti della nozione di controllo ex art. 2359 c.c. alle s.r.l., v. M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento sub art. 2359*, cit., e ivi spec. 721 ss. Da ultimo, torna sugli assetti decisionali alla luce delle modifiche apportate del precitato Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, P. MENTI, *L'arrocco gestorio* ecc.

[195] Termine, quest'ultimo evidentemente più restrittivo e allusivo alla sola possibilità di esercitare il controllo congiunto attraverso il dominio dell'assemblea dei soci: il che, ripetesi, appare riduttivo, non soltanto perché il controllo potrebbe derivare da meccanismi che *bypassano* il rito assembleare nelle s.p.a., ma anche perché il termine “decisioni” meglio è capace di contemplare anche quelle determinazioni dei soci che, nell'ambito della s.r.l., ben potrebbero non necessitare dell'approvazione mediante il metodo assembleare, potendosi invece adottare con decisioni scritte ai sensi dell'art. 2479, co. 3, c.c.

proco e/o connesso operare) – direttamente con riguardo alle determinazioni strategiche in ordine all’attività sociale assunte dall’organo gestorio della partecipata, ad esempio, in virtù di un potere di nomina degli amministratori posto in capo ad una o più amministrazioni pubbliche ex art. 2449 c.c. (eventualmente in combinazione con un patto parasociale e/o altra disposizione statutaria *ad hoc*) [196].

Pertanto, mi pare di poter affermare che entrambi i suddetti profili – e proprio perché volti a sostanziare la “disomogeneità” tra le situazioni proprie della fattispecie in esame di controllo congiunto e le figure tradizionali di controllo contemplate nell’art. 2359 c.c. – finiscono per integrare un’ulteriore riprova della distanza qualitativa frapposta tra la nozione codicistica di controllo e la norma speciale dettata nel testo unico in tema di controllo societario pubblico congiunto.

Più in generale, alla luce dell’analisi condotta nel presente paragrafo 8, non mi pare che, a partire dalla mera introduzione nel sistema di una specifica ipotesi di “controllo congiunto” – il cui contenuto peraltro risulta eclettico rispetto a quello solitamente ritenuto proprio delle altre previsioni normative in cui siffatta peculiare situazione di co-controllo viene più chiaramente considerata (l’art. 7, legge n. 287/1990, l’art. 122, co. 5, lett. *d*), TUF, l’art. 2341-*bis*, co. 1, lett. *c*), c.c.), giacché nessuna di quelle si sofferma a dettare una generale definizione di controllo congiunto – si possa fondatamente argomentare una sorta di equiparazione tra le definizioni di controllo congiunto contenute nelle altre norme speciali che lo contemplano, al fine ultimo di identificarne una nozione generale e trasversale.

Correlativamente, neppure mi sembra che il mero fatto di aver enucleato un’ulteriore situazione di “controllo congiunto” – ma pur sempre in un peculiare ambito di applicazione – sia sufficiente a convincere della definitiva generalizzazione di tale figura all’interno del nostro ordinamento, così ricollegando all’art. 2, lett. *b*), d.lgs n. 175/2016 l’effetto “sistematico” di norma capace di modificare il modo consueto di interpretare l’art. 2359 c.c. in termini di controllo di tipo esclusivamente “solitario” e di influenza dominante *positiva*. Anzi, la peculiare connotazione

[196] Se dunque è vero che il testo del secondo periodo dell’art. 2, lett. *b*), TUSP configura una ipotesi singolare di *controllo congiunto*, ravvisabile in capo ad una o più pubbliche amministrazioni, in presenza di loro decisioni *unanimi* in ordine alle “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale”, va sottolineato che, in assenza di una specifica formalizzazione delle ipotesi, dei termini e delle condizioni per l’individuazione e per l’esercizio del controllo congiunto, quantomeno i soci pubblici che abbiano condiviso il controllo, potrebbero essere chiamati a rispondere per quelle decisioni; in tal senso, va ribadito che, specialmente con riguardo alle s.r.l. che risultino soggette a controllo pubblico congiunto, occorrerà prestare particolare attenzione ai possibili profili di responsabilità configurabili in capo ai soci co-gestori, ai sensi dell’art. 2476, co. 7, c.c., in ragione di decisioni gestorie (unanimi) che rivelino un *intenzionale* agire in danno della società, dei soci e/o dei terzi. E, anche in ragione di tale profilo, si conferma la necessità (e, ancor prima, l’opportunità) di interpretare il secondo periodo dell’art. 2, lett. *b*), d.lgs. n. 175/2016 nel senso che, ai fini del riscontro delle ipotesi di cui la norma in esame, l’*an* (e il *quomodo*) del volontario e consapevole coordinamento tra le amministrazioni che esercitano il controllo congiunto debba(no) essere esplicitate *per iscritto*.

che il testo unico attribuisce alla nuova figura di controllo congiunto parrebbe al limite legittimare una sua qualificazione in termini di norma eccezionale, oltre che speciale, rispetto alle fattispecie di cui alla predetta norma codicistica.

9. Considerazioni conclusive e di sintesi

Alla luce dei rilievi svolti nei paragrafi 6, 7 e 8, pare conclusivamente possibile sostenere, per un verso, (a) che non pare potersi trarre dalla definizione speciale del TUSP alcun dirimente argomento a favore di una generalizzazione del concetto di controllo congiunto [197], tale da permettere di ricondurlo a (e così di affiancarlo quale variante soggettiva di) ognuna delle tre fattispecie di controllo solitario espressamente previste nell'art. 2359, co. 1, c.c.; e, per altro verso, (b) che l'unica ipotesi di controllo congiunto configurata nella definizione di controllo di cui al TUSP è dunque quella in cui i soci pubblici debbono, al fine del riscontro di tale fattispecie di controllo, determinarsi all'unanimità – e quindi debbono concorrere insieme e positivamente – con riguardo alle decisioni “finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività” sociale, in virtù di norme di legge, di clausole statutarie ovvero di specifici patti contenuti in accordi parasociali [198]. E una siffatta ipote-

[197] Invero, semmai l'esigenza sentita dal legislatore del testo unico di coniare un'ulteriore ipotesi di “controllo congiunto”, a fianco dell'ormai “classico” (consueto) rinvio all'art. 2359 c.c. potrebbe confermare quanto la dottrina maggioritaria ha da tempo sostenuto in merito alle sporadiche norme che hanno preso di volta in volta in considerazione casi specifici di controllo “congiunto”, tra loro spesso diversi: e cioè che tali fattispecie sarebbero destinate ad operare negli specifici ambiti ove vengono forgiate e quindi senza che se ne possa estrapolare un concetto generale e/o generalizzare la portata: sul punto, per tutti, v. P. MARCHETTI, *Note ecc.*, cit., 11 ss.; R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione ecc.*, cit., spec. 31-32.

[198] Perciò va condivisa la specifica conseguenza applicativa ricavata da F. GUERRERA, *op cit.*, 3 – sebbene in virtù di un (non divisibile) generalizzato “intento di allargare la nozione di ‘controllo pubblico’ ai casi in cui l'ente partecipante detiene una posizione di minoranza” – soltanto laddove quest'ultima risulti “rafforzata da un potere di veto che implica il ‘concorso volitivo necessario’ alla formazione della volontà del gruppo di comando”; in tal modo, infatti, il legislatore del testo unico sembra modificare le normali “regole d'imputazione del controllo” – sebbene, si noti, “ai fini del TUSP” (cosicché, anche in questo passaggio l'Autore citato mostra di voler limitare i risultati interpretativi raggiunti in tema di “controllo congiunto” al solo plesso normativo speciale, e dunque non a fini generali) – contemplando la possibilità “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 posso condividere tuttavia l'estensione di tale assunto a tutti i casi “di previsione di maggioranze semplici o rafforzate”, bensì soltanto laddove alle pubbliche amministrazioni socie a cui si intenda attribuire la qualità di co-controllanti venga richiesto di decidere all'unanimità rispetto alle decisioni cc.dd. strategiche. Pertanto, si ritrova sintonia di opinioni laddove si possa convenire sul fatto che di controllo “congiunto”, alla stregua del testo unico, si debba parlare limitatamente ai casi in cui sia prevista la necessità di *consenso unanime* nelle decisioni strategiche (so-

si, come si è cercato di mettere in luce a partire da diverse prospettive, parrebbe essere connotata da caratteri non soltanto di specialità ma addirittura di eccezionalità rispetto alle figure di controllo di cui all'art. 2359 c.c., cui pure rinvia il primo periodo dell'art. 2 lett. b), TUSP.

Cercando poi di pervenire – sulla base di quanto sopra rilevato – ad una possibile individuazione dell'ambito operativo della definizione legislativa di “società a controllo pubblico” (e così, indirettamente, anche di quella relativa alla nozione speciale di “controllo”), si può schematicamente indicare che oltre alle tradizionali ipotesi di controllo riconducibili direttamente all'alveo dell'art. 2359 c.c. (norma quest'ultima espressamente richiamata dal primo periodo dell'art. 2, lett. b) del TUSP), sussiste *controllo congiunto*, alla stregua di tale norma speciale allorquando, (a) in forza, vuoi di norme di legge – e dunque alla stregua dell'art. 2449 c.c. o anche dell'art. 7, legge n. 287/1990 (ove ad esempio si tratti di valutare atti e comportamenti della società sotto il profilo (anti)concorrenziale) – vuoi di regole statutarie, vuoi di disposizioni contenute in patti parasociali, (b) sia espresso un “consenso unanime” (c) dalle “parti che condividono il controllo” – non necessariamente pubbliche amministrazioni, dunque (ma, si noti, in tale ultimo caso, non si tratterà di controllo pubblico congiunto) – (d) in ordine a “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale”, cioè relative all'attività economica esercitata dalla “società a partecipazione pubblica”, in ipotesi assoggettata al controllo congiunto.

Una situazione siffatta potrà verificarsi, tanto quando siano “più amministrazioni pubbliche” a concertare tra loro, in virtù di clausole statutarie, patti parasociali e/o norme *ad hoc*, le decisioni strategiche di ordine finanziario e amministrativo riguardanti l'attività della società a partecipazione pubblica – ma pur sempre dovendosi utilizzare, si noti, il criterio dell'unanimità; tanto quando “una o più amministrazioni” risulti(no) in grado di adottare tali tipologie di decisioni (gestorie e/o finanziarie, ma pur sempre strategiche), coordinandosi con uno o più soci privati, avendo stipulato con tali (e/o anche con altri) soci privati, patti, ovvero clausole statutarie *ad hoc*, ecc. – sebbene, e pur sempre, valendosi del predetto meccanismo decisionale *unanime*.

Nel primo caso, la situazione di co-controllo determinerà l'ulteriore qualificazione della “società a partecipazione pubblica” quale “società a controllo pubblico”, ai sensi della lett. m) dell'art. 2 del testo unico, dandosi luogo all'applicazione del correlativo regime normativo contemplato nello stesso d.lgs. n. 175/2016; nel secondo caso, ove cioè della posizione di co-controllo siano parti tanto soggetti

ciali o parasociali) adottate dalle pubbliche amministrazioni socie, ossia nell'unica serie di casi in cui, secondo chi scrive, dovrebbe trovare applicazione la fattispecie di controllo “congiunto” configurata nel secondo periodo dell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016.

pubblici tanto soggetti privati, pur ricorrendo la situazione di “controllo” – e in particolare di controllo congiunto – di cui alla lett. *b*) dell’art. 2 (secondo periodo), non potrà dirsi ricorrere l’ulteriore situazione di “controllo pubblico” (congiunto), giacché le parti che condividono il controllo, secondo il meccanismo di decisioni strategiche unanimi, non sono soltanto “una o più amministrazioni pubbliche”, bensì un insieme composto da soggetti pubblici e privati.

Secondo la ricostruzione qui proposta, non potranno invece configurare ipotesi di controllo congiunto tali da configurare una “società a controllo pubblico” quelle situazioni in cui il potere di determinare le scelte finanziarie e gestionali strategiche della “società a partecipazione pubblica” discenda da clausole, regole e/o pattuizioni contenute, vuoi in patti parasociali (ad esempio, in sindacati di voto), vuoi negli statuti di società a partecipazione pubblica ovvero derivi dall’operare di norme di legge *ad hoc*, che non contemplino, per l’adozione di siffatte tipologie di decisioni strategiche da parte dei soci (nell’assemblea ordinaria o mediante meccanismi decisorii non collegiali nella s.r.l.; ovvero anche e direttamente da parte dell’organo di gestione, laddove, operino disposizioni di legge, come ad esempio l’art. 2449 c.c.) il concorso *unanime* delle amministrazioni pubbliche che condividono il controllo (*recte*: che siano in grado di dividerlo, in forza delle predette clausole, pattuizioni, norme *ad hoc* e alla luce del concreto assetto societario).

Pertanto, con riferimento agli specifici casi in cui siffatta fattispecie possa essere ravvisata in capo a più amministrazioni pubbliche, non credo rientrino nell’ambito operativo della definizione di “controllo congiunto” di cui al secondo periodo dell’art. 2, lett. *b*), del d.lgs. n. 175/2016, i casi in cui: (*a*) si riscontrino particolari clausole statutarie e/o di patti parasociali che pur prevedano *super-maggioranze*, ma che *non* impongano l’*unanimità* dei consensi da parte dei soci pubblici le cui partecipazioni e/o diritti (loro attribuiti, ad esempio, ai sensi degli *ex artt.* 2449 e/o 2468, ma nel rispetto del nuovo primo comma dell’art. 2475 c.c.) potrebbero insieme determinare l’adozione delle decisioni strategiche in campo finanziario e gestorio della “società a partecipazione pubblica”; (*b*) né con riguardo a quella serie di situazioni concrete in cui uno o più soci riescono a determinare – di volta in volta, e dunque senza un’esplicita volontà di determinare uno stabile coordinamento – l’esito delle votazioni nell’assemblea ordinaria della società a partecipazione pubblica, ovvero ad esercitare un mero potere interdittivo (di veto), rispetto all’adozione di decisioni (deliberazioni) strategiche, relative al finanziamento e, più, in generale alla gestione, dell’attività economica esercitata dalla società a partecipazione pubblica.

In particolare, si deve convenire con chi ha ritenuto che l’ipotizzato ampliamento della nozione di *controllo congiunto* (pur sempre argomentato ai limitati fini del testo unico) non debba “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 go-

verno 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’” [199]. Tuttavia, va precisato che, anche nel caso in cui più amministrazioni pubbliche mantengano, ciascuna autonomamente considerata, una posizione individualmente non decisiva rispetto all’adozione di decisioni finanziarie e gestionali più rilevanti (sc. “strategiche”) della società pubblica, non sarà possibile ascrivere loro il ruolo di controllanti congiunte né alla società la qualifica di “società a controllo pubblico” alla stregua della definizione speciale di controllo del t.u. (con conseguente applicazione del correlativo regime), in quanto occorre pur sempre che sia presente una clausola statutaria o una pattuizione parasociale ovvero una norma *ad hoc* che contempra il loro consenso *unanime*, oltre che consapevolmente coordinato, in ordine all’adozione di decisioni *strategiche* concernenti la gestione e il finanziamento dell’attività imprenditoriale svolta dalla società.

Quindi, ferme le normali ipotesi di controllo solitario contemplate nell’art. 2359 c.c., non potranno considerarsi *congiuntamente* controllanti, per carenza dei requisiti di cui alla seconda parte dell’art. 2, lett. b), TUSP, le pubbliche amministrazioni che risultino titolari, ognuna, di partecipazioni di minoranza in una certa società pubblica (sia essa interamente partecipata da amministrazioni pubbliche con quote minoritarie; sia essa una società mista) in forza di un artificioso accorpamento di tali distinti soggetti sicché le pur distinte partecipazioni sociali (*recte* i voti che da quelle derivano) vadano a sommarsi così da costituire una maggioranza nell’assemblea ordinaria di quella società; e ciò si può affermare con convinzione ancora maggiore laddove manchino patti parasociali ovvero disposizioni di legge e/o statutarie che comportino una concertazione tra i soci pubblici (oppure tra alcuni tra loro; ovvero, ancora, tra alcuni o tutti i soci pubblici e alcuni dei soci privati) [200]. Addirittura il recente arresto della Corte dei conti n. 25/2019 ha escluso che la situazione di controllo possa essere presunta *ex lege*, e neppure *iuris tantum*.



[199] F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, ecc., cit., 522. Su tali società, e in particolare ove la partecipata eserciti un S.I.E.G., v. Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578 (punto 12.1).

[200] Parimenti, alla stregua della speciale definizione di controllo pubblico delineata nella discussione che precede, non si daranno ipotesi di controllo congiunto in virtù di “particolari vincoli contrattuali”, ex art. 2359, 1 co., n. 3), c.c., quanto meno laddove si ritenga ammissibile tale ultima forma di controllo entro questo specifico settore delle “società a partecipazione pubblica” eventualmente stipulati tra una società a partecipazione pubblica e più soggetti esterni (in tal senso, v. R. RANUCCI, *Commento sub art. 2 – IX. Società a controllo pubblico*, cit., 137). Infatti, se va senz’altro riconosciuto che il rinvio “pieno” all’art. 2359 c.c. pare confermare tale ampiezza di situazioni di possibile controllo, tuttavia, andrebbe altresì considerato che, stando almeno agli artt. 5, 7 e 8, TUSP (nonché, alla stessa intitolazione del testo unico), in questo peculiare ambito risulterebbero pur sempre implicati un acquisto e/o una sottoscrizione di una *partecipazione sociale* da parte delle amministrazioni pubbliche, così residuando uno spazio ben più limitato per poter configurare ipotesi di controllo pubblico dovute a “particolari vincoli contrattuali” (ex art. 2359, co. 1, n. 3), c.c.).

Su un piano più generale, pare potersi conclusivamente affermare che la diversa interpretazione offerta dalla prassi (i provvedimenti amministrativi e decisioni delle Corti dei conti sopra esaminati) e da una parte della dottrina con riguardo, in particolare, all'estensione della fattispecie di *controllo congiunto* nello specifico contesto delle *società a partecipazione pubblica* di cui al recente TUSP, non può essere condivisa proprio perché, per le molteplici ragioni sopra illustrate, quella tende ad estendere in un ambito affatto particolare una nozione di controllo congiunto di diritto comune, che – da un lato – non è parsa condivisibile neppure alla stregua dell'interpretazione tradizionalmente accettata dell'art. 2359 c.c.; e che, dall'altro lato, non avrebbe comunque potuto legittimamente imporsi, in presenza di una nozione diversa e più specifica di controllo congiunto, qual è quella espressamente dettata (nel secondo periodo della definizione di “controllo” contenuta nella lett. b) dell'art. 2 del testo unico) nell'ambito del plesso di regole singolari poste a presidio delle società a partecipazione pubblica.

Infatti, la nozione di controllo enucleata dal complesso delle definizioni offerte dal TUSP in tema di società pubbliche sembra in definitiva integrare una nozione di diritto speciale, come tale destinata a collocarsi nel novero delle molteplici definizioni di controllo societario che il legislatore nel tempo ha forgiato con specifico riferimento a specifiche situazioni – ovvero, addirittura, a “micro-settori normativi” di volta in volta fatto oggetto di regolamentazione –. Una siffatta qualificazione e valenza delle definizioni *speciali* contenute in tale ultima disposizione e nella lett. m) (“società a controllo pubblico”) del medesimo art. 2 del TUSP, viene tratta a partire dal tenore delle regole dello stesso testo unico nonché dai numerosi esempi di disposizioni contenenti distinte nozioni di controllo attualmente vigenti nonché dalla loro estensione settoriale: queste norme, nel loro complesso paiono ancor oggi idonee a far prevalere un'accezione *pluralistica*, e dunque quanto mai relativa – anzi, per dirla con LIBONATI, “relazionale” – di tale concetto, ciascuna definizione legislativa risultando quindi funzionale alle specifiche finalità perseguite nel contesto normativo ove ciascuna di esse venga di volta in volta collocata [201].

[201] Così, M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., spec. 458-459; nello stesso senso v. ad. es. P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale* cit., spec. 2-4; V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., 554, e, in tempi più risalenti, B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, cit., 161 (ove, citando tra l'altro l'Asquini, si specificava che la nozione di controllo “va desunta attraverso l'interpretazione del diritto positivo, e, giacché manca una disciplina unitaria del controllo su società, dall'interpretazione della disciplina in questione e cui quella nozione di controllo si riferisce: e nulla di strano quindi che il legislatore, in funzione di valutazione che non è sempre possibile all'interprete precisare, dia talvolta una nozione [...] talvolta un'altra [...], volendosi ovviamente giungere a risultati diversi, e pertanto dettandosi criteri diversi”), e 169 s., ove, ancor più in chiaro, si era affermato che la “nozione di controllo, e di società di controllo, e di holding di controllo, è invero, a mio avviso, solo un criterio per l'applicazione di una determinata disciplina, non potendosi quindi richiamare, nell'applicazione della disciplina A, il criterio stabilito per

Si aggiunga incidentalmente (riservando ad altra occasione migliori approfondimenti) che la nuova norma definitoria del “gruppo d’imprese” contenuta nell’art. 2, lett. *h*), del Codice della crisi e dell’insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) – nella quale si ritrova un fuggevole (quanto poco perspicuo [202]) cenno anche alla situazione di “controllo congiunto” – nell’aprire ad ulteriori riflessioni problematiche sulle quali ora non è possibile indugiare, tuttavia sembra già di per sé capace di confermare quella generale tendenza alla progressiva frammentazione degli istituti del Diritto commerciale (e non solo) di cui si è cercato di dare testimonianza in questo scritto; avallando, in particolare, l’idea di un’ulteriore frantumazione della fattispecie di *controllo congiunto* – se mai di fattispecie in questo caso possa davvero parlarsi.

Tutto ciò pare saldarsi alle tendenze in atto in quel quadro più ampio già ricordato, di articolazione del Diritto societario comune in una serie di *micro-settori normativi* sempre più specifici, come dimostra anche la crescente importanza assunta dalle norme definitorie che a tali plessi di disciplina sempre più spesso fanno capo, con caratteristiche strutturali e funzionali che fanno apparire le fattispecie così individuate sempre più autoreferenziali, *self-contained*. In tale prospettiva credo si dovrebbe allora collocare l’interprete allorché si appresti a quella delicata opera di qualificazione dell’ipotesi di controllo congiunto inserita nel secondo periodo dell’art. 2, lett. *b*) del d.lgs. n. 175/2016, e allorché si accorga dei tratti peculiari ulteriori rispetto alla nozione positiva di controllo di Diritto societario comune (talché, sotto alcuni profili, quelli sembrerebbero in grado di rendere addirittura eccezionale la natura della disposizione in parola).

Dunque, benché vi siano senz’altro elementi testuali, tanto nel Codice civile riformato, quanto nelle leggi speciali, che ne ammettono l’esistenza [203], il ricono-

l’applicazione della disciplina B, a meno che, s’intende, che il criterio sia lo stesso perché espressamente richiamato”, come spesso accade – e come in effetti accade anche nel caso di specie, ove l’art. 2, lett. *b*), rinvia alle tre fattispecie di cui all’art. 2359 c.c.: il punto è tuttavia che la definizione speciale di controllo congiunto nell’ambito specifico del TUSP viene enucleata dall’art. 2, lett. *b*), senza effettuare alcun rinvio ad altre norme e/o principi, bensì mutuando la correlativa definizione invalsa negli IAS e negli IFRS. In senso diverso, privilegiando una visione unitaria ricavata utilizzando il cosiddetto “metodo tipologico”, v. M. LAMANDINI, *Il “controllo” – Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, cit., *passim*.

[202] Invero, ad una prima lettura, il riferimento al “controllo congiunto” in essa contenuto parrebbe addirittura stonato rispetto al contesto, dovendosi leggere piuttosto come: “comune controllo”, evocando simili formule onnicomprensive dei rapporti di controllo contenute in molte norme del TUF e del TUB che intendono riferirsi a tutti i rapporti possibili di controllo tra due o più soggetti, e come per l’appunto pare d’uopo nel caso nella definizione in oggetto. Non si può dunque escludere che, per un *lapsus calami*, il legislatore abbia scritto “congiunto”, pur in realtà intendendo “comune”.

[203] Su questo punto, v. soprattutto i già citati lavori di M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359 – 2359-quinquies c.c.*, cit., 401 ss.; V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e patti parasociali*, spec. 82 ss.,

scimento della figura del controllo congiunto sembra poter operare pur sempre e soltanto in stretta connessione alle finalità e all'ambito applicativo identificato dalla stessa disciplina speciale e/o settoriale ove la definizione di controllo congiunto risulti di volta in volta collocata, ossia, nel nostro caso, nei limiti della fattispecie identificata nella seconda parte dell'art. 2, lett. b), d.lgs. n. 175/2016. Del resto, nemmeno può essere sottaciuto il fatto che il legislatore del testo unico, allorché si è disposto a coniare una particolare ipotesi di controllo congiunto nello specifico contesto qui analizzato, lo ha fatto espressamente aggiungendo tale ennesima ipotesi peculiare di controllo al rinvio "pieno" che la relativa definizione speciale del testo unico effettua all'art. 2359 c.c.: ma una simile scelta starebbe proprio a dimostrare "che la nozione di cui all'art. 2359 c.c. non sarebbe stata, a tal fine, sufficiente" [204].

Pertanto, nei limiti in cui la questione ha potuto essere sviluppata in questa sede, credo che si debba prendere atto del fatto che, a tutt'oggi, non pare possa dirsi venuto meno quel precedente atteggiamento di diffidenza da sempre mostrato da larga parte della dottrina nei confronti di un riconoscimento ampio e generalizzato del concetto di controllo congiunto nell'ambito del Diritto societario comune; e che, dunque, questa figura, anche alla luce del dibattito instauratosi alla luce del d.lgs. n. 175/2016, mantenga una connotazione del tutto particolare e, quindi, un ambito di applicazione limitata alle fattispecie esplicitamente configurate nelle disposizioni definitorie della disciplina di settore.

112 ss., 124 ss. e 144 ss. e ID., *Dal controllo congiunto ecc.*, cit., 6 (e *passim*); da ultimo, v. anche F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto ecc.*, cit., 519 ss..

[204] V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit. 1278. In tale prospettiva, allora, sembrano riemergere con forza le posizioni dell'autorevole dottrina che – in tempi ormai non più recenti e sia pure da angolazioni e con argomenti diversi – non ha ritenuto di poter ravvisare una generale ammissibilità del controllo congiunto: v. ad es., M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo ecc.*, cit.; P. MARCHETTI, *Note ecc.*, cit., e di R. COSTI, *I sindacati di voto ecc.*, cit.

