

Vincenzo Donativi

**“SOCIETÀ A CONTROLLO
PUBBLICO” E SOCIETÀ A
PARTECIPAZIONE PUBBLICA
MAGGIORITARIA**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

“Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria

SOMMARIO: 1. La questione. — 2. L’“orientamento” diramato dalla struttura costituita presso il MEF ai sensi dell’art. 15 del TUSPP. — 2.1. La natura degli “orientamenti” che la Struttura MEF è competente a diramare ai sensi del TUSPP. — 2.2. I dubbi sull’interpretazione delle conclusioni dell’orientamento, tra prima impressione (nel senso che per società a controllo pubblico si intenderebbero tutte quelle a partecipazione pubblica maggioritaria) e valutazione più meditata (che indurrebbe invece a credere che per integrare la nozione sia comunque necessaria una forma, sia pure ampia, di esercizio “congiunto” del controllo). — 3. La dottrina sull’art. 11 TUSPP. — 4. L’opinione espressa in sede consultiva dalla Corte dei conti Liguria, nella Deliberazione n. 3/2018/PAR, secondo cui le società a partecipazione pubblica maggioritaria, ancorché frazionata, sarebbero sempre e comunque “società a controllo pubblico”. — 5. Assenza di posizioni espresse sulla questione specifica in esame da parte della Corte dei conti, Sezione delle autonomie, e da parte dell’ANAC. — 6. La nozione di controllo di cui all’art. 2, lett. b), del TUSPP. — 6.1. Il richiamo alla nozione codicistica di controllo e il (conseguente) combinato disposto con l’art. 2359 c.c. — 6.2. La nozione di controllo di cui all’art. 2359 c.c., in generale e con riferimento alle figure del “controllo congiunto” e del “controllo plurimo disgiunto”. — 6.3. Il “controllo congiunto” e il “controllo plurimo disgiunto” nell’art. 2 del TUSPP. — 6.4. Irrilevanza dei rapporti di mero “collegamento” di cui all’art. 2359, comma 3, c.c. — 6.5. Debolezza, alla luce di quanto considerato, della prima delle argomentazioni spese della Corte dei conti Liguria. — 7. Se nella definizione di “società a controllo pubblico” di cui alla lett. m) siano comprese ipotesi di controllo *lato sensu* congiunto diverse e ulteriori rispetto a quelle di cui alla lett. b) e, segnatamente, se possa ritenersi compresa l’ipotesi della società a partecipazione pubblica maggioritaria. — 8. L’eco della posizione che fu adottata dal Consiglio di Stato in sede consultiva in relazione al quesito, analogo a quello in esame, che era stato sollevato dalla Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le pari opportunità, in riferimento alla disciplina delle c.d. “quote di genere”. — 9. L’asserita coerenza della soluzione estensiva con la scelta del TUSPP di dettare una disciplina più stringente per le società a controllo pubblico rispetto a quelle a mera partecipazione pubblica e con la necessità di arginare il rischio che le amministrazioni si sottraggano strumentalmente alla sua applicazione. — 10. Ulteriori argomentazioni (in chiave “sistematica” e/o in chiave “storico/evolutiva”) ricavabili dal confronto con le numerose disposizioni succedutesi in materia di “società pubbliche” e nelle quali vengono o venivano utilizzate locuzioni come “partecipazione di maggioranza” o “partecipazione pubblica prevalente” o altre similari o equivalenti. — 10.1. Elenco delle norme nelle quali il legislatore ha impiegato locuzioni come “partecipazioni (pubbliche) di maggioranza” o “partecipazione (pubblica) prevalente” o altre similari o equivalenti; o ancora locuzioni come partecipazione pubblica “totalitaria” o simili. — 10.2. Il significato da attribuire alle diverse locuzioni, a confronto con quella utilizzata nell’art. 11, commi 2 e 3, TUSPP (ed altre equivalenti). — 11. Il significato della locuzione “società a controllo pubblico” nella disciplina specifica di cui all’art. 11, commi 2 e 3, del TUSPP. — 11.1. Portata “generale” e “preceettiva” delle definizioni di cui all’art. 2 TUSPP, che si fondono con la disciplina dettata dalle altre norme del TUSPP in un “combinato disposto”. — 11.2. Ulteriori argomentazioni a sostegno della conclusione raggiunta. Il profilo “teleologico” e la *ratio* della selezione operata dall’art. 11, commi 2 e 3, TUSPP quanto all’area soggettiva di applicazione dei relativi precetti. — 11.3. (*Segue*) Il profilo sistematico e l’art. 1, comma 3, TUSPP. — 12. Il profilo “storico” e l’evoluzione diacronica della disciplina in punto di limiti al numero degli amministratori di società pubbliche: la disciplina precedente in materia di composizione degli organi amministrativi e il relativo ambito soggettivo di applicazione, a confronto con quello delineato dal TUSPP. — 12.1. Limiti al numero degli amministratori di società partecipate da enti locali nell’art. 1, comma 729, l. 296/06. — 12.2. La necessaria introduzione di previsioni statutarie in tema di struttura, composizione [e

remunerazione] dei componenti degli organi sociali nelle società controllate dallo Stato nell'art. 3, comma 12 ss., l. 244/07. — 12.3. Composizione [e compensi] degli organi amministrativi nella disciplina dettata, in due fasi storiche, nella legge sulla “*spending review*” (art. 4, commi 4 e 5, d.l. 95/12): la prima versione della norma. — 12.4. (*Segue*) La seconda versione della norma. — 12.5. Sintesi delle indicazioni ricavabili dall'analisi diacronica della disciplina, in chiave di interpretazione “storico/evolutiva”. — 13. Irrilevanza, ai fini della riconducibilità o meno al novero delle “società a controllo pubblico”, della questione relativa alla eventuale qualificazione della società come “organismo di diritto pubblico” ai fini della disciplina in materia di aggiudicazione di contratti pubblici.

1. *La questione.* — Nella sistematica del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 («*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*»; d'ora innanzi, il “TUSPP”) si riscontra una *summa divisio* tra le “società a partecipazione pubblica” e le “società a controllo pubblico”. Le prime costituiscono il *genus*, di cui le seconde integrano una *species*, come testimoniato testualmente anche dalla definizione di cui alla lett. *n*) dell'art. 2 del TUSPP, ove per “società a partecipazione pubblica” si intendono «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico».

Le norme del TUSPP, correlativamente, sono classificabili in una disciplina generale, dettata per tutte le “società a partecipazione pubblica”, e in una disciplina speciale, a carattere più stringente e restrittivo, riferita alle sole “società a controllo pubblico”.

La definizione di “società a controllo pubblico” è contenuta nella lett. *m*) dell'art. 2 TUSPP, secondo cui come tali si intendono quelle «società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera *b*)». La nozione è, dunque, in combinato disposto con ulteriori definizioni, del pari contenute nell'art. 2 TUSPP, ed in particolare, per quel che qui interessa, con quella di cui alla lett. *b*), che definisce il “controllo” come «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile» e precisa altresì che «Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo» (1).

Tra le tante norme che compongono il regime speciale delle società a controllo pubblico, si segnalano quelle dell'art. 11, sugli organi amministrativi e di controllo, e quelle dell'art. 19, sulla “gestione del personale”.

Proprio relativamente a queste disposizioni, nella prassi è sorto un dubbio, la cui rilevanza applicativa è a dir poco dirompente, se per società a controllo pubblico debbano intendersi anche tutte quelle società che siano partecipate in misura maggioritaria da diverse amministrazioni pubbliche, quand'anche nes-

(1) Le altre definizioni che vengono in rilievo sono quella di “società”, di cui alla lett. *l*), che fa riferimento a «gli organismi di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile, anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile»; e quella di cui alla lett. *a*), che definisce le “amministrazioni pubbliche” come «le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali».

suna di esse risulti singolarmente titolare di una posizione di influenza dominante e quand'anche tra di esse non intercorrano pattuizioni parasociali o altre situazioni giuridiche per le quali le rispettive posizioni in società siano riconducibili a una conformazione unitaria qualificabile, sia pure *lato sensu*, in termini di "controllo congiunto". Ci si chiede, cioè, se la disciplina in questione debba ritenersi applicabile in tutti i casi in cui il capitale sociale sia comunque a maggioranza pubblica, giacché, secondo una determinata linea di pensiero, si sarebbe comunque dinanzi a una società sottoposta a una forma di "controllo pubblico", facente capo alla somma delle amministrazioni pubbliche socie o, se si vuole, alla "pubblica amministrazione" intesa in senso unitario e omnicomprensivo.

Una siffatta estensione è principalmente fondata sull'asserita necessità di optare per una lettura "funzionale" delle norme e sulla convinzione che solo in questo modo si soddisferebbe appieno la *ratio* ad esse sottese.

Per contro, come si cercherà di argomentare qui a seguire, appaiono prevalenti e decisivi una serie di rilievi di ordine letterale, storico e sistematico che si oppongono all'accoglimento di tale ipotesi interpretativa: rilievi che, per quanto si dirà, indeboliscono lo stesso profilo teleologico, mostrando come sia tutt'altro che scontato che le finalità di politica legislativa cui tendono le norme in questione siano necessariamente riscontrabili in presenza di società a (semplice) partecipazione pubblica maggioritaria.

Ma prima di procedere con l'esposizione di tali argomentazioni, occorre dare conto delle posizioni ufficiali che sono state fin qui espresse in argomento.

2. *L'“orientamento” diramato dalla struttura costituita presso il MEF ai sensi dell'art. 15 del TUSPP.* — Innanzitutto, sul tema è recentemente intervenuta la stessa "Struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche" istituita presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'art. 15 TUSPP ⁽²⁾ (d'ora innanzi, la "Struttura MEF"), che ha a tal fine diramato un "orientamento", datato 15 febbraio 2018, dedicato specificatamente a «La nozione di "società a controllo pubblico" di cui all'articolo 2, comma 1, lett. *m*), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (di seguito "TUSP")» (d'ora innanzi, l'"Orientamento MEF" o l'"Orientamento").

2.1. *La natura degli "orientamenti" che la Struttura MEF è competente a diramare ai sensi del TUSPP.* — La Struttura MEF è investita *ex lege* di una specifica competenza a fornire orientamenti e indicazioni in materia di applicazione del TUSPP ⁽³⁾.

⁽²⁾ Secondo cui «Nell'ambito del Ministero dell'economia e delle finanze, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, è individuata la struttura competente per l'indirizzo, il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del presente decreto. Il Ministero dell'economia e delle finanze assicura la separazione, a livello organizzativo, tra la suddetta struttura e gli uffici responsabili dell'esercizio dei diritti sociali».

⁽³⁾ A tenore dell'art. 15, comma 2, del TUSPP, «Fatte salve le norme di settore e le competenze dalle stesse previste, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente decreto, la struttura di cui al comma 1 fornisce orientamenti e indicazioni in materia di applicazione del

Per vero la norma non chiarisce fino in fondo quale sia la portata di tali “orientamenti e indicazioni” (4) ed anche i destinatari di siffatta competenza sono tutt’altro che chiari (5).

È in ogni caso pacifico che si tratti di orientamenti e indicazioni non vincolanti, come reputato univocamente in dottrina (6) e come può evincersi: (i) dalla formulazione letterale utilizzata (“orientamenti e indicazioni”); (ii) dalla mancata previsione di conseguenze (ancorché *lato sensu*) sanzionatorie per il caso di mancato adeguamento (acuita dalla incertezza sui destinatari stessi degli orientamenti e delle indicazioni); (iii) dal confronto, da cui è ricavabile un *argumentum a contrario*, con la diversa espressione letterale (“direttive”) utilizzata dallo stesso secondo comma dell’art. 15 TUSPP con riferimento al rispetto della disciplina di cui al d.lgs. n. 333/03 (7); (iv) dalla intenzione del legislatore storico, come ricostruibile dalla Relazione di accompagnamento al TUSPP, nella parte in cui si motiva il mancato accoglimento dei suggerimenti del Consiglio di Stato in punto di maggior precisazione della funzione attribuita alla Struttura MEF sul rilievo che la (deve presumibilmente intendersi, semplice e mera) formulazione di orientamenti e indicazioni «appare funzione adeguata».

Resta il fatto che l’autorevolezza istituzionale della Struttura e la specifica competenza ad essa attribuita dal TUSPP impongono in ogni caso di prestare particolare attenzione e rispetto verso le posizioni dalla stessa espresse, anche al di là della vincolatività delle medesime.

2.2. *I dubbi sull’interpretazione delle conclusioni dell’orientamento, tra prima impressione (nel senso che per società a controllo pubblico si intenderebbero tutte quelle a partecipazione pubblica maggioritaria) e valutazione più meditata (che indurrebbe invece a credere che per integrare la nozione sia*

presente decreto e del decreto legislativo 11 novembre 2003, n. 333, e promuove le migliori pratiche presso le società a partecipazione pubblica, adotta nei confronti delle stesse società le direttive sulla separazione contabile e verifica il loro rispetto, ivi compresa la relativa trasparenza».

(4) Tanto che il Consiglio di Stato, in sede consultiva, nel parere 21 aprile 2016, n. 438, alla bozza di decreto legislativo, aveva espressamente suggerito una migliore precisazione della portata della norma, sul rilievo che «non è chiaro cosa si intende per “orientamenti” e come gli stessi si traducono sul piano della vincolatività» e che la stessa successiva «previsione dei compiti di controllo e monitoraggio è carente di qualsiasi indicazione sui criteri con cui svolgerli»: suggerimenti che il Governo decise poi di non seguire, come risulta dalla Relazione illustrativa al TUSPP, sul rilievo che la formulazione di orientamenti e indicazioni «appare funzione adeguata».

(5) Discutendosi se la stessa si rivolga alle società partecipate o alle amministrazioni pubbliche socie e, in tale ultimo caso, se tra le stesse siano annoverabili o meno anche le amministrazioni regionali: FLORÀ, *Art. 15, in Il testo unico sulle società pubbliche*, diretto da Meo e Nuzzo, Bari, Cacucci, 2016, 221 s., che significativamente stigmatizza il fatto che, tutto ciò considerato, saremmo dinanzi a una «competenza piuttosto vaga e indeterminata, *in primis* nei destinatari»; ma v. anche MACCHIA, *Monitoraggio, indirizzo e coordinamento delle società*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, Zanichelli, 2018, 461 s.

(6) Nel senso che si tratti di poteri di “*moral suasion*”, MACCHIA, (nt. 5), 461 s.; FLORÀ, (nt. 5), 221 s.

(7) V. difatti nuovamente FLORÀ, (nt. 5), 222, ove il rilievo che «Analogo facoltà, ma con un *quid pluris*, è attribuita alla Struttura per ciò che concerne l’applicazione del d.lgs. 11.11.2003, n. 333 in materia di trasparenza delle relazioni finanziarie tra i poteri pubblici e le imprese pubbliche», per la quale «il Testo Unico assegna alla Struttura un potere di emanare “direttive” — sembrando voler affidare un controllo amministrativo più penetrante — e di verificarne il rispetto».

comunque necessaria una forma, sia pure ampia, di esercizio “congiunto” del controllo). — Nonostante l'intenzione della Struttura MEF fosse quella di fornire chiarimenti e indicazioni sul significato da attribuire alla nozione di società a controllo pubblico, rimane tuttavia un alone di dubbio sulla portata della conclusione che si è inteso raggiungere ⁽⁸⁾.

Guardando all'inciso centrale dell'ultimo periodo, difatti, là dove si formula l'assunto che «la “Pubblica Amministrazione”, quale ente che esercita il controllo, sia stata intesa dal legislatore del TUSP come soggetto unitario», parrebbe che secondo la Struttura MEF la nozione di società a controllo pubblico ricorrerebbe in ogni caso in cui ci si trovi dinanzi a una società a partecipazione pubblica maggioritaria, ancorché frazionata.

Ma l'ipotesi sembra poi essere smentita da una lettura complessiva dell'Orientamento.

In particolare, l'affermazione precedentemente riportata tra virgolette è seguita dalla significativa precisazione «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». Una precisazione dalla quale sembra emergere l'opinione che il «controllo di cui all'art. 2359, comma 1, numeri 1), 2) e 3)» possa sì far capo, indifferentemente, «ad una singola Amministrazione o a più Amministrazioni cumulativamente», ma debba comunque e in ogni caso ricorrere in almeno una delle due forme e dunque quanto meno nella più tenue forma del controllo congiunto in senso proprio.

Si potrebbe in astratto eccepire che, nella logica concettuale sottesa all'Orientamento MEF, il controllo pubblico congiunto ricorrerebbe a sua volta in presenza di presupposti più blandi e sbiaditi di quanto non sia tradizionalmente predicato in dottrina e, segnatamente, che lo stesso dovrebbe reputarsi integrato

(*) Sicché conviene riportare integralmente il testo dell'“orientamento”, nel quale si legge che: «La lettura combinata delle citate lettere [ndr: lett. b) e lett. m) dell'art. 2] induce a ritenere che il legislatore del TUSP abbia voluto ampliare le fattispecie del “controllo”, prevedendo che: a) il controllo di cui all'articolo 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 lettera a), 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” (rientra in 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). Pertanto, in coerenza con la *ratio* della riforma volta all'utilizzo ottimale delle risorse pubbliche e al contenimento della spesa, al controllo esercitato dalla Pubblica Amministrazione sulla 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 dall'esistenza di un coordinamento formalizzato. In altri termini, 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».

ex se per il sol fatto che più amministrazioni pubbliche detengano la maggioranza del capitale sociale.

Ma così, a ben vedere, non è, se nuovamente il passaggio in questione viene letto in uno con gli snodi argomentativi che lo precedono: in particolare, appare decisivo il frammento in cui si chiarisce in che termini il legislatore del TUSPP avrebbe «voluto ampliare le fattispecie del “controllo”». *Prima facie*, si potrebbe pensare nuovamente a una presa di posizione favorevole al riconoscimento di una fattispecie autonoma di controllo congiunto anche per la presenza in sé di una partecipazione pubblica maggioritaria al capitale, mettendo assieme il brano in cui si afferma che «il controllo di cui all’articolo 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» e quello in cui, nel richiamare il tenore dell’art. 2 TUSPP nella parte in cui si fa riferimento alla condizione che «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», si specifica che in tal modo si realizzerebbe una «ulteriore ipotesi di controllo congiunto, rispetto a quelle di cui alla precedente lettera a)». Ma poi ogni dubbio parrebbe fugato, in senso esattamente contrario, nel periodo successivo, in cui si afferma che «Pertanto, in coerenza con la ratio della riforma volta all’utilizzo ottimale delle risorse pubbliche e al contenimento della spesa, al controllo esercitato dalla Pubblica Amministrazione sulla 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 dall’esistenza di un coordinamento formalizzato».

Da quest’ultimo frammento, in particolare, parrebbe doversi desumere che secondo la Struttura MEF l’allargamento della nozione di controllo congiunto che emergerebbe dall’art. 2 TUSPP si manifesterebbe e si concretizzerebbe nella circostanza che il controllo potrebbe essere esercitato congiuntamente anche «a prescindere dall’esistenza di un vincolo legale, contrattuale, statutario o parasociale» tra le diverse amministrazioni pubbliche socie, ma se (e a condizione che) le stesse «esercitano tale controllo congiuntamente e mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere dall’esistenza di un coordinamento formalizzato».

Per opinione dottrina pacifica⁽⁹⁾, per vero, il patto parasociale ben potrebbe, in termini generali, risultare da comportamento concludente, sicché l’esercizio congiunto del controllo mediante comportamenti concludenti potrebbe comunque attingere gli estremi del patto parasociale, senza che ciò

(9) FIORIO, *Dei patti parasociali*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, Zanichelli, 2004, 145; RESCIO, *I sindacati di voto*, nel *Tratt. Colombo-Portale*, 3, Torino, Utet, 1994, 504; RIOLFO, *I patti parasociali*, Padova, Cedam, 2003, 209; MANFEROCE, *Art. 2341-bis*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, Giuffrè, 2003, 148; LAMBERTINI, *I patti parasociali nella riforma societaria*, in *Governo delle imprese e patti parasociali*, a cura di Ceramasco e Lambertini, Padova, Cedam, 2004, 89.

determini alcun allargamento della fattispecie del controllo congiunto “di diritto societario comune”.

Ma nella specie la Struttura MEF non fa riferimento al caso in cui dal comportamento concludente delle amministrazioni pubbliche socie dovesse emergere un accordo tacito recante impegni reciproci in punto di esercizio del controllo congiunto, ma al caso in cui attraverso comportamenti concludenti le amministrazioni socie esercitino, di fatto, il controllo congiunto in assenza di un vincolo giuridico (espreso o tacito).

Se quanto fin qui osservato è corretto, allora, è da escludere che, secondo l'Orientamento MEF, debba reputarsi a controllo pubblico una società che presenti puramente e semplicemente una partecipazione pubblica maggioritaria, dovendosi piuttosto indagare se, pur in assenza di un coordinamento formalizzato o canalizzato da norme di legge o statutarie o da patti parasociali, ancorché taciti, le amministrazioni pubbliche detentrici delle partecipazioni maggioritarie al capitale esercitino congiuntamente, di fatto e attraverso comportamenti concludenti, una forma di controllo coordinato sulla società.

3. *La dottrina sull'art. 11 TUSPP.* — Quanto alla letteratura formatasi all'indomani della promulgazione del TUSPP, si registra una singolare situazione, per la quale, nonostante la copiosità dei commenti pubblicati sull'art. 11 TUSPP⁽¹⁰⁾, la questione centrale di come intendere il riferimento alle società in controllo pubblico ai fini della corretta individuazione del perimetro soggettivo di applicazione dei relativi precetti risulta piuttosto trascurata. Anche nei contributi dedicati all'art. 2 la questione, pur sollevata già all'indomani della promulgazione del TUSPP⁽¹¹⁾, non ha formato oggetto, ad oggi, di una elaborazione interpretativa sufficiente e articolata.

In ogni caso, nell'unico contributo che, a quanto risulta, è sceso nel

⁽¹⁰⁾ Sull'art. 11 del TUSPP v., in particolare, CUCCURULLO, *Art. 11, in Il testo unico sulle società pubbliche*, diretto da Meo e Nuzzo, (nt. 5), 149 ss.; RANUCCI, *Gli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò e Catricalà, Roma, Universitas Mercatorum Press, 2016, 443 ss.; CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, Jovene, 2016, 309 e 342; DEMURO, *La governance*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Ibba e Demuro, Bologna, Zanichelli, 2018, 153 ss., spec. 148 ss.; DI RIENZO, *gli organi di amministrazione e controllo nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, a cura di Fortunato e Vessia, Milano, Giuffrè, 2017, 139 ss.; CENTRONE, *Regole e disciplina applicabile agli amministratori ed ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica*, in *Azienditalia*, 2016, 896 ss.; BOTTINO, *Commento agli artt. 11-16 del Testo unico*, in *Le società partecipate dopo la “riforma Madia”*, di Italia, Bassani, Bottino, Ruggeri, Milano, Giuffrè, 2017, 24 ss.; TESSARO, *Art. 11, in Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*, a cura di D'Aries, Glinianski, Tessaro, Rimini, Maggioli, 2016, 91 ss.; DI NUNZIO e DE CARLO, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, a cura di Meschino e Lalli, Roma, Dike, 2016, 112 ss.; BONURA e FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 722 ss., a 729 s.; GALANTI-CAMPORESI, *L'organo amministrativo delle società a partecipazione pubblica nel nuovo testo unico*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; CAVINA, *Riforma delle società partecipate. Società a partecipazione pubblica: il correttivo in GU*, in *Quotidiano giuridico*, 27.6.2017; GENINATTI SATÈ, *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: temi e problemi*, in *Il Piemonte delle Autonomie (piemonteautonomie.cr.piemonte.it)*, 9 s.; BIANCHINI-MISCISCHIA, *Gli statuti delle società a partecipazione pubblica dopo il correttivo del TUSP*, Assonime, Interventi, 14/2017.

⁽¹¹⁾ DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, 1259 ss.

dettaglio del tema che qui occupa ⁽¹²⁾, la conclusione cui si perviene, pur non manifestata in modo del tutto esplicito, parrebbe in linea con l'opzione interpretativa qui preferita. Nel contributo in questione, difatti, si osserva come il richiamo alla nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. comporti che, stando all'opinione prevalente in dottrina, ne sarebbe rimasto escluso il controllo c.d. "congiunto"; e come il secondo periodo dell'art. 2, lett. b), TUSPP miri invece proprio a recuperare, nel contesto della definizione di controllo ai fini del TUSPP, anche le ipotesi di controllo congiunto facente capo a più amministrazioni pubbliche, come sarebbe poi testimoniato anche dal fatto che alla stessa lett. m) del medesimo art. 2 si parla di controllo esercitato eventualmente anche da «più amministrazioni» ⁽¹³⁾.

La conclusione raggiunta è nel senso che «non vi sono dubbi che l'intento del legislatore delegato sia chiaramente quello di includere nell'ambito di applicazione delle norme del Testo Unico rivolte alle società a controllo pubbliche quelle in cui i poteri di controllo sono esercitati congiuntamente da "più amministrazioni"» ⁽¹⁴⁾. E l'intero ragionamento induce a credere che, secondo tale opinione, il controllo congiunto sarebbe cosa diversa dalla mera presenza di una partecipazione pubblica maggioritaria e finanche totalitaria, che non sia qualificabile come controllo "congiunto" in senso proprio e stretto.

4. *L'opinione espressa in sede consultiva dalla Corte dei conti Liguria, nella Deliberazione n. 3/2018/PAR, secondo cui le società a partecipazione pubblica maggioritaria, ancorché frazionata, sarebbero sempre e comunque "società a controllo pubblico".* — Una posizione opposta a quella qui sostenuta è stata assunta dalla Sezione regionale di controllo per la Liguria della Corte dei conti, nella Deliberazione n. 3/2018/PAR ⁽¹⁵⁾, in risposta a una richiesta di parere in materia di contabilità pubblica, rivolta dal Presidente della Provincia di Savona ⁽¹⁶⁾ ed avente per oggetto l'applicazione delle disposizioni del TUSPP con

⁽¹²⁾ BRICI e DONATO, *Artt. 1-2, in Il testo unico sulle società pubbliche*, diretto da Meo e Nuzzo, (nt. 5), 35 s.

⁽¹³⁾ A tal proposito, è stato altresì osservato che l'intenzione del legislatore, per quanto evidente, non si sarebbe poi tradotta in una norma del tutto chiara; che sarebbe stato forse preferibile inserire, tra le definizioni, anche una definizione di "controllo congiunto", in simmetria con quella di "controllo analogo congiunto" di cui alla lett. d); che una proposta in tal senso era stata avanzata nel parere reso sulla bozza di decreto legislativo del Consiglio di Stato, il quale, rilevando che il controllo congiunto era stato già nella sostanza recepito nel testo, suggeriva di inserirne una apposita definizione «per fini di chiarezza» (Parere 968/16, par. II.2.1.), anche in ragione del fatto che il richiamo alle decisioni «finanziarie e gestionali strategiche» risulta poco omogeneo rispetto alla definizione civilistica di controllo e sarebbe stato più opportuno l'utilizzo della più familiare nozione di "influenza dominante"; che tuttavia il suggerimento non è stato accolto dal Governo, ma con la motivazione che l'espressione letterale "controllo congiunto" «non è mai utilizzata nel testo».

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, p. 36.

⁽¹⁵⁾ Adottata in sede collegiale (relatore il consigliere Centrone) nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2018 e depositata in cancelleria il 24 gennaio 2018. Della decisione è stata data notizia dalla stampa quotidiana: cfr. VENTURATO, *Partecipate senza sotterfugi. Soggette al T.u. le società a capitale pubblico frazionato*, in *Italia Oggi* del 9 marzo 2018.

⁽¹⁶⁾ Richiesta rivolta quindi ai sensi dell'art. 7, comma 8, l. 5 giugno 2003, n. 131 («Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3»; c.d. "Legge La Loggia"), come modificato dall'art. 10-bis, comma 1, d.l. 24

riguardo alla più corretta interpretazione da dare alla nozione di “società a controllo pubblico”, in riferimento proprio al caso di società partecipate in misura maggioritaria da (varie) amministrazioni pubbliche, ma in assenza di presupposti che consentano di ravvisare gli estremi di un vero e proprio controllo congiunto ⁽¹⁷⁾.

Per comodità e chiarezza espositiva e, segnatamente, per agevolare la successiva articolazione delle argomentazioni che si oppongono all'accoglimento dell'impostazione propugnata dalla Corte, conviene riportare qui di seguito, nel dettaglio e testualmente, i passaggi argomentativi su cui essa si basa e che sono così schematizzabili:

(i) il secondo periodo della lett. b) dell'art. 2 del TUSPP fa riferimento a una ipotesi che «(come reso evidente dalla locuzione “anche quando”) integra quelle elencate in precedenza, che, come esaminato, al fine di individuare le società a controllo pubblico, reputano sufficiente il possesso della maggioranza del capitale sociale da parte di “una o più” amministrazioni pubbliche, anche se nessuna, autonomamente, è in grado di esercitare poteri di controllo *ex art.* 2359 cod. civ.»;

(ii) le norme del TUSPP, «nel definire, mediante il combinato disposto dell'art. 2, comma 1, lett. b) ed m), le società a controllo pubblico accentuano, rispetto all'ordinaria definizione contenuta nell'art. 2359 del codice civile, lo spostamento della prospettiva dell'esame della sussistenza dei requisiti dal socio controllante alla società controllata. Mentre l'art. 2359 c.c., infatti, considera “società controllate” quelle in cui “un'altra” società dispone dei voti o dei poteri (anche aventi fonte contrattuale) indicati ai numeri 1), 2) e 3) della ridetta disposizione, in virtù del combinato disposto delle lettere b) ed m) dell'art. 2 del TUSP vengono qualificate come “società a controllo pubblico” quelle in cui “una o più” amministrazioni dispongono dei voti o dei poteri indicati nel codice civile (a cui si aggiunge la fattispecie ulteriore e autonoma, indicata al secondo periodo della lett. b) dell'art. 2 del testo unico, del controllo avente fonte in norme di legge, statutarie o di patti parasociali che, per le decisioni sociali strategiche, richiedono il consenso unanime di tutti i soci)»;

(iii) «Tale lettura, fondata sul dato letterale dell'art. 2 del TUSP, appare anche funzionale all'obiettivo del legislatore, emergente da una lettura sistematica del decreto, di assoggettare le società a controllo pubblico a disposizioni più stringenti (cfr., per esempio, oltre ai citati artt. 11 e 19, anche gli artt. 6, 14, comma 2, e 25 TUSP) rispetto a quelle rivolte agli organismi a mera partecipa-

giugno 2016, n. 113 («Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio»), conv. con modif. dalla l. 7 agosto 2016, n. 160.

⁽¹⁷⁾ Testualmente il quesito sottoposto alla Corte era il seguente: «qualora in una società, sebbene partecipata quasi totalmente da amministrazioni pubbliche, nessun ente socio abbia poteri di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, e non vi siano patti parasociali o norme statutarie che permettano il consenso unanime da parte dei soci pubblici, tale società possa essere considerata solo a “partecipazione pubblica”, e quindi non assoggettata alle disposizioni destinate a quelle a “controllo pubblico” (come, ad esempio, quelle previste dall'art. 11 del d.lgs. n. 175/2016, che disciplinano la composizione degli organi amministrativi e di controllo)».

zione (e meno rigorose, a loro volta, di quelle vevole per le, sole, società c.d. “in house”, cfr., per esempio, artt. 12 e 16, comma 7, TUSP);

(iv) «L’interpretazione sopra esposta, in conformità alla *ratio* normativa, evita che le società a capitale pubblico frazionato (ricorrenti nell’ambito dell’espletamento dei servizi pubblici locali) possano strumentalmente sottrarsi all’applicazione delle disposizioni dettate, per esempio, in materia di amministratori e dipendenti (artt. 11, 19 e 25 TUSP) nei confronti delle (sole) “società a controllo pubblico” (eccependo l’assenza di norme di legge, statutarie o di patti di sindacato fra i soci pubblici esplicitanti e delimitanti le modalità di esercizio del controllo);

(v) una medesima posizione sarebbe stata adottata: (a) «dalla deliberazione della Sezione delle autonomie n. 27/2017/FRG, che, incidentalmente, dopo aver ricordato che le “società a controllo pubblico” sono quelle in relazione alle quali una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo, sottolinea come si tratti di definizione particolarmente rilevante, in quanto la maggior parte delle deroghe alla disciplina di diritto comune presenti nel d.lgs. n. 175 del 2016 riguardano tale tipologia di società (subito dopo evidenzia come anche le norme di cui sono destinatarie le “partecipazioni indirette” sono condizionate, in virtù dell’art. 2, comma 1, lett. g), TUSP, dall’individuazione delle società a controllo pubblico); (b) e «dalla deliberazione ANAC n. 1134/2017, che, nell’aggiornare le linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati da pubbliche amministrazioni, precisa che rientrano 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».

Le argomentazioni così spese sono tutte agevolmente controvertibili, come si dirà nel corso dei prossimi paragrafi.

5. *Assenza di posizioni espresse sulla questione specifica in esame da parte della Corte dei conti, Sezione delle autonomie, e da parte dell’ANAC.* — Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte dei conti Liguria, nella argomentazione sopra esposta *sub* (v), non sembra corretto affermare che una medesima posizione estensiva sarebbe stata già adottata dalla Sezione delle autonomie della Corte dei conti e dall’ANAC.

In particolare, il primo riferimento è alla posizione che sarebbe stata assunta dalla Corte dei conti, Sezione delle autonomie, nella *Deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG* ⁽¹⁸⁾. Ma in quel contesto la Corte si è limitata ad osservare che «Mutuata dal diritto civile è anche la nozione di “controllo” di cui all’art. 2359 c.c., trasfusa nell’art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 175/2016, che

⁽¹⁸⁾ Corte dei conti, Sezione delle autonomie, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali*, Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati da Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni e relative analisi, Relazione 2017, *Deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG*, ivi a 44 ss., par. 1.4.2. («*Società pubbliche e a controllo pubblico*»).

ricorre quando l'ente partecipante esercita un'influenza dominante sulla società posseduta, mediante maggioranza dei voti in assemblea ovvero mediante particolari vincoli contrattuali» e che «A quest'ultimo riguardo, si precisa che «Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo»». Si tratta invero, ed *ictu oculi*, di affermazioni del tutto generiche, che nulla dicono in ordine alla fattispecie della società a partecipazione pubblica maggioritaria frazionata.

Lo stesso è a dirsi per l'affermazione immediatamente successiva, in cui si aggiunge che «Ne discende la definizione di “Società a controllo pubblico”, in relazione alle quali una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo nei sensi sopra indicati (art. 2, comma 1, lett. *m*)» e che «Trattasi di un controllo (congiunto in caso di pluralità di enti controllanti) che è particolarmente pregnante in quanto la maggior parte delle deroghe alla disciplina di diritto comune previste nel Testo unico riguardano tale tipologia».

Del pari, il fatto che l'ANAC ⁽¹⁹⁾ abbia precisato che rientrano 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 ⁽²⁰⁾, non apporta alcun argomento a sostegno della tesi preferita dalla Corte, in quanto fa generico riferimento al “controllo congiunto” come quello esercitato ai sensi dell'art. 2359 c.c. da una pluralità di amministrazioni. Ed anzi, semmai costituisce rilievo nella direzione esattamente opposta, se si considera il significato unanimemente attribuito — come si è visto — all'espressione “controllo congiunto”. Per non dire, poi, che le riflessioni dell'ANAC riguarderebbero una disciplina, come quella in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione, che non necessariamente postula una nozione di controllo identica a quella rilevante ai fini del TUSPP.

6. *La nozione di controllo di cui all'art. 2, lett. b), del TUSPP.* — Dato conto delle diverse posizioni, si può ora procedere con l'esposizione delle ragioni che inducono a concludere in senso contrario alla sussunzione nel novero delle “società a controllo pubblico” di tutte le società a (semplice) partecipazione pubblica maggioritaria.

Essendo la definizione di “società a controllo pubblico” fondata su un rinvio espresso alla definizione di “controllo” di cui alla lett. *b*), punto di partenza e

⁽¹⁹⁾ Nella Determinazione 8 novembre 2017, n. 1134, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 284 del 5 dicembre 2017, recante «Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici».

⁽²⁰⁾ Testualmente: «Rientrano 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»: *ivi*, a 11.

oggetto specifico di approfondimento non può che essere proprio quest'ultima definizione (21).

6.1. *Il richiamo alla nozione codicistica di controllo e il (conseguente) combinato disposto con l'art. 2359 c.c.* — La nozione di “controllo” di cui alla lett. b) dell'art. 2 TUSPP è articolata su due diverse statuizioni, che vanno reciprocamente a integrarsi e completarsi: la prima è nel senso che il controllo deve essere identificato con «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile»; la seconda consiste in una precisazione, per la quale «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».

Partendo dalla prima statuizione, il richiamo all'art. 2359 c.c. non fa che riaffermare in modo espresso quanto pur sarebbe stato astrattamente predicabile in via interpretativa di fronte a generiche espressioni come “controllo”, “società controllante”, “società controllata” o simili. Come è pacifico, invero, simili locuzioni, allorquando sono utilizzate senza alcuna specificazione ulteriore, sono normalmente interpretate come se facessero implicito riferimento alla nozione codicistica (22).

Nel caso di specie, l'aggancio con la nozione codicistica è effettuato per esplicita statuizione normativa, sicché la nozione di controllo rilevante ai fini del TUSPP è frutto di un combinato disposto espresso con l'art. 2359 c.c., che entra nella definizione del TUSPP e ne costituisce parte integrante con ogni conseguenza in termini di ricostruzione ed interpretazione dei relativi precetti (23).

(21) Per molte delle considerazioni che saranno svolte nei prossimi paragrafi cfr. già DONATIVI, (nt. 11), spec. 1254 ss. e 1264 ss., a cui si rinvia per ogni ulteriore sviluppo e integrazione.

(22) Difatti, uno degli approdi sistematici su cui si registra un ampio consenso in dottrina è nel senso che la nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., pur non essendo dotata di valenza generale, rivestirebbe una posizione di “centralità sistematica” che la farebbe assurgere a punto di (primo) riferimento per la ricostruzione dei cardini base su cui si fonda una relazione di controllo (NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996, 67 ss.; LAMANDINI, *Appunti in tema di controllo congiunto*, in questa *Rivista*, 1993, I, 243 s.; ID., *Il «controllo». Nozioni e «tipo» nella legislazione economica*, Milano, Giuffrè, 1995, 32; DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996, 178; BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, Giuffrè, 1990, 208). Ad essa, dunque, si tende a far capo fintantoché non sia possibile estrarre, dall'ambito normativo specifico in cui si utilizza la locuzione oggetto della necessaria ricostruzione, indici ermeneutici 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).

(23) La portata dell'art. 2, lett. b), TUSPP, in altri termini, è nel senso che il richiamo all'art. 2359 c.c., da mero punto di (primo) riferimento con cui riempire di contenuto sul piano meramente interpretativo disposti normativi in cui si utilizza una locuzione generica, diviene qui oggetto di previsione normativa esplicita; e da punto di riferimento superabile, sempre per via interpretativa, tutte le volte che la nozione codicistica appaia meritevole di essere in tutto o in parte disattesa per risultare non compatibile con lo specifico microsistema di riferimento della singola disposizione e/o con la *ratio legis* specifica ad essa sottesa, diviene qui precetto a tutti gli effetti vincolante, andando ad integrare, fino a formarne un combinato disposto, le previsioni normative dello stesso TUSPP in cui si utilizzano le locuzioni “controllo” o affini. Che anzi, come è stato notato, la portata del TUSPP,

L'attenzione deve quindi rivolgersi specificamente a come l'art. 2359 c.c. è stato ed è tuttora correntemente interpretato.

6.2. *La nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., in generale e con riferimento alle figure del "controllo congiunto" e del "controllo plurimo disgiunto"*. — Avendo riguardo alla nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., dunque, assumono rilevanza, nell'ambito del TUSPP, ipotesi tanto di controllo di diritto [art. 2359, comma 1, n. 1), c.c.], quanto di controllo interno di fatto [art. 2359, comma 1, n. 2), c.c.]. Sicché non vi è dubbio che, ai fini della individuazione dell'area soggettiva di applicazione delle norme di volta in volta dettate nel TUSPP con riguardo alle "società a controllo pubblico", non sarà necessario che si tratti di società nelle quali il socio (pubblico) disponga «della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria» [art. 2359, comma 1, n. 1), c.c.], ben potendo trattarsi anche di società nelle quali il socio (pubblico) disponga di «voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria» [art. 2359, comma 1, c.c., al n. 2)]. Del pari, e per lo meno in linea di principio, assumerebbero rilevanza anche ipotesi di controllo c.d. "esterno" o "contrattuale" ⁽²⁴⁾. Ed ancora, il controllo verrebbe in rilievo tanto se diretto, quanto se indiretto, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2359, comma 2, c.c.

Ma fin qui si tratta di affermazioni del tutto scontate e pacifiche.

Un tema tra i più delicati e controversi, nell'interpretazione della nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., è invece proprio quello di stabilire se sia sufficiente, ad integrare i presupposti del controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., la presenza di relazioni aggregative riconducibili alla fattispecie del controllo c.d. "congiunto", per tale intendendosi quella situazione nella quale più soggetti condividono una posizione di influenza dominante di cui ciascuno non disponga singolarmente, ma che siano in grado di esercitare assieme e, per l'appunto, "congiuntamente". Il che accade allorquando tra tali soggetti ricorrano rapporti (normalmente di fonte contrattuale e di indole "parasociale") tali per cui gli

e segnatamente la sua natura di testo unico ed il fatto di costituire il primo testo normativo organico in materia di società pubbliche, fa sì che le definizioni contenute nell'art. 2 «potranno costituire un punto di riferimento che travalicherà la diretta applicazione delle previsioni del decreto stesso»: BRICI-DONATO, (nt. 12), 20 s., le quali rammentano anche un passaggio della relazione di analisi tecnico-normativa del Governo, a 5, nel quale si afferma che l'elenco delle definizioni «consentirà al legislatore di fare riferimento, in futuro, a uno spettro di definizioni di diversa ampiezza e portata che consentiranno di evitare il proliferare del quadro definitorio in materia di partecipazioni societarie e il ricorso a definizioni dettate per scopi specifici».

⁽²⁴⁾ Ipotesi (di cui al n. 3 dell'art. 2359, comma 1, c.c.) per le quali è opinione diffusa che la loro inclusione o meno nell'ambito applicativo di norme che utilizzano genericamente le locuzioni "controllo" sia questione da affrontare caso per caso, avendo riguardo alla *ratio* dei singoli precetti e/o agli indici ermeneutici specificamente ricavabili dai singoli microsistemi normativi di riferimento. Nell'ambito del TUSPP, invece, detto approccio selettivo, per lo meno in linea di principio, non sarebbe necessario, atteso che, per l'appunto, è lo stesso art. 2, lett. b), a richiamare la norma codicistica nella sua interezza.

Considerazione diversa è, ovviamente, quella per cui possono esservi singole disposizioni per le quali il controllo meramente contrattuale non verrebbe in rilievo per la natura stessa del precetto, che presuppone partecipazioni al capitale in senso stretto. Questo è ad esempio proprio quanto accade in relazione ai precetti di cui all'art. 11, commi 2 e 3, TUSPP: sicché la questione del controllo contrattuale, nel caso che qui occupa, non merita di essere posta o approfondita.

stessi siano reciprocamente obbligati a coordinarsi nell'adozione delle decisioni (o per lo meno di quelle principali e più significative) concernenti l'amministrazione della società, sicché tutti assieme, nelle forme e con le modalità concordate, esercitano quell'influenza dominante che, nella forma del controllo classico, è invece esercitata in via solitaria da un unico soggetto.

La possibilità di ricondurre le ipotesi di controllo congiunto sotto la matrice della nozione codicistica di controllo è invero negata dalla dottrina nettamente prevalente, sulla scorta di una serie di argomentazioni di natura letterale e sistematica ⁽²⁵⁾.

La (opposta) soluzione affermativa si lascia invece preferire con riguardo ad alcune fattispecie di controllo poste da norme diverse da quella codicistica, ove la differente soglia di rilevanza delle relazioni aggregative risulti più coerente con la *ratio* specifica sottesa alla disciplina speciale di riferimento e quest'ultima non faccio esplicito rinvio all'art. 2359 c.c. ⁽²⁶⁾. È noto e pacifico, del resto, che

⁽²⁵⁾ Per le quali si fa rinvio, *ex plurimis*, a DONATIVI, *I "confini" del controllo congiunto*, in questa *Rivista*, 1996, I, 553 ss.; DONVITO, *Art. 2359: società controllate e società collegate*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, I, Torino, Utet, 2009, 396; MAFFEI ALBERTI, *Art. 2359*, nel *Commentario breve al diritto delle società*⁴, Padova, Cedam, 2017, 495 s.; NOTARI e BERTONE, *Art. 2359*, nel *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Azioni, a cura di Notari, Milano, Giuffrè, 2008, 683; MIOLA, *Società quotate, controlli esterni e gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 48; LO CASCIO, *Art. 2359*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, Giuffrè, 2005, 215; NOTARI, (nt. 22), 270 ss.; RESCIO, *I sindacati di voto*, nel *Tratt. Colombo-Portale*, 2, I, Torino, Utet, 1994, 679; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 487; COSTI, *I sindacati di voto nelle leggi più recenti*, in questa *Rivista*, 1992, I, 32; COSTI [e MINERVINI], *Due pareri su come vada inteso il "rapporto di controllo" in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3°, l. n. 1/1991)*, in *Contr. e impr.*, 1991, 1022; ID., *Il problema della validità dei sindacati di voto alla luce della legislazione più recente*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, Giuffrè, 1993, 35; ID., *I sindacati di blocco e di voto nella legge sull'OPA*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 479; MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 1 ss., (ma v. *amplius* *ivi*, 10 ss.); ID., *La nozione di controllo nell'art. 10 l. n. 20/1991: la posizione dell'Isvap*, in *Riv. soc.*, 1992, 1478 s.; ID., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di studi, 2, Milano, Giuffrè, 1996, 1559; BIANCHI, *L'«area di consolidamento» nella VII Direttiva CEE nella prospettiva della sua attuazione in Italia*, in *Riv. soc.*, 1987, 1250 ss.; CERRAI, *Le imprese editoriali*, nel *Tratt. Colombo-Portale*, 8, *Società di diritto speciale*, Torino, Utet, 1992, 451; MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Napoli, Jovene, 1993, 39, nt. 49; NOBILI [e VITALE], *La riforma delle società per azioni. Commento alla l. 7 giugno 1974, n. 216 e ai Decreti delegati*, Milano, Giuffrè, 1975, 151; ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. soc.*, 1991, 1370 ss., nt. 43; SBISÀ, *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. soc.*, 1992, 919; ID., *«Parere» su Il Gruppo SIM*, in *Contr. impr.*, 1992, 43; ID., *Patto di sindacato e OPA (Parere pro veritate)*, *ivi*, 659; VISENTINI, *La rilevanza della partecipazione a sindacati di voto nella configurazione del gruppo SIM*, in *Riv. soc.*, 1991, 245; VOLPE PUTZOLU, *Forme di integrazione fra imprese e gruppi di società*, in *Diritto commerciale*, Bologna, Monduzzi, 1993, 623. Isolatamente, in senso contrario, CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, I, 1 ss.; ID., *Controllo congiunto e accordi parasociali*, Milano, Giuffrè, 1997, *passim*; e già LAMANDINI, *Appunti*, (nt. 22), 243 s.; ID., *Il «controllo»*, (nt. 22), 106 ss.

⁽²⁶⁾ Così, per limitarsi ad alcuni esempi tratti dalla disciplina succedutasi in tema di "società pubbliche", nel caso di cui all'art. 1, comma 568-bis, l. 27 dicembre 2013, n. 147 [«Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014)»], introdotto col d.l. 6 marzo 2014, n. 16, conv., con modif., da l. 2 maggio 2014, n. 68 (recante «Disposizioni urgenti in materia di finanza locale, nonché misure volte a garantire la funzionalità dei servizi svolti nelle istituzioni scolastiche»), nell'ambito di una disciplina recante incentivi allo scioglimento delle società partecipate o alla dismissione delle partecipazioni; o ancora nel caso di cui all'originario art. 11, comma 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 («Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di

la nozione di controllo è “relazionale”, ovvero sia destinata, per sua stessa indole, ad adattarsi (se non a mutare) in relazione alle peculiarità delle singole fattispecie in cui è collocata e in cui si inquadra.

Resta più complesso il caso in cui la *ratio* della norma potrebbe giustificare l'estensione anche ad ipotesi di controllo congiunto e tuttavia il dettato normativo richiami espressamente il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (27).

Ma ancor più sbiadita si presenta l'ipotesi in cui manchi una forma di coordinamento e si verifichi una semplice situazione di fatto nella quale più soggetti si trovino ad essere investiti di poteri di veto o interdittivi, tali per cui le decisioni (o per lo meno quelle principali e più significative) concernenti l'amministrazione della società non possano essere adottate senza il consenso di ciascuno di essi.

In tal caso, difatti, si parla di “controllo plurimo disgiunto” e la distanza sistematica dalla nozione codicistica di controllo si amplia in modo ancor più marcato e considerevole (28). Anche la dottrina favorevole alla riconduzione del controllo congiunto alla matrice definitoria di cui all'art. 2359 c.c. ritiene, invero, che per aversi controllo congiunto debbano ricorrere condizioni particolarmente stringenti e qualificate (29). Sicché — e si tratta di puntualizzazione particolarmente significativa ai fini che qui interessano — si conclude che «sul piano oggettivo e contenutistico, non si può parlare di “distinte influenze dominanti” quando due società o imprese si accordino relativamente all'esercizio congiunto di un'influenza dominante», dovendosi piuttosto considerare «le distinte porzioni o sfere di influenza riferibili ai singoli controllanti» come «componenti costitutive e di formazione» di tale influenza dominante unitaria (30).

pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», titolo successivamente mutato in «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», prima delle modifiche apportate col d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 («Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»), recante la disciplina in tema di trasparenza. Su entrambi i casi sia consentito rinviare a DONATIVI, (nt. 11), 213 ss. e rispettivamente 908 s.

(27) Un caso particolarmente emblematico è quello che ho avuto modo di esaminare in relazione alla disciplina delle c.d. “quote di genere”, per il quale mi permetto nuovamente di rinviare a DONATIVI, (nt. 11), 681 ss. anche per l'integrale sviluppo del ragionamento.

(28) Sulla differenza tra controllo congiunto e controllo plurimo disgiunto (ove ciascuno dei soggetti il cui consenso sia necessario per l'adozione di determinate decisioni condivide con gli altri una posizione di “influenza determinante”, ma non anche “dominante”) cfr. ancora DONATIVI, (nt. 25), 582 ss.

(29) Asserendo che affinché «possa realizzarsi l'instaurazione, l'esercizio e il mantenimento di una situazione di controllo congiunto» risulta necessario un «fondamento sufficientemente sicuro», ossia un'unificazione delle singole influenze «nell'unitaria influenza qualificata in cui si sostanzia il controllo», attraverso la garanzia di una «collaborazione certa» da parte dei «titolari delle medesime capacità di influenza» e un coordinamento tra gli stessi «in virtù di particolari vincoli contrattuali [...] e/o organizzativi, o anche al ricorrere di particolari circostanze giuridiche o fattuali», che sul piano normativo andrà poi «contrassegnato da una stabilità, durevolezza e “intensità” da definirsi in relazione al senso e allo scopo delle discipline di volta in volta considerate»: CARIELLO, *Dal controllo congiunto*, (nt. 25), 13 s.

(30) CARIELLO, *Dal controllo congiunto*, (nt. 25), 14 s.

In relazione alle norme e alle fattispecie con riferimento alle quali si concluda senz'altro per la non rilevanza del controllo congiunto, ovviamente, sarà *a fortiori* irrilevante anche il controllo plurimo disgiunto. Tutte le altre volte occorre invece orientarsi caso per caso, fermo restando che le medesime ragioni eventualmente spese in favore della rilevanza del controllo congiunto inducono spesso a reputare ragionevole l'estensione anche al controllo plurimo disgiunto ⁽³¹⁾.

6.3. *Il “controllo congiunto” e il “controllo plurimo disgiunto” nell’art. 2 del TUSPP.* — Con l’art. 2, lett. b), TUSPP, il legislatore è intervenuto in modo esplicito anche sulla questione relativa alla rilevanza del controllo congiunto quale presupposto per la identificazione di una “società a controllo pubblico”. In tale prospettiva, difatti, deve leggersi proprio la seconda delle statuizioni nelle quali, come anticipato, si articola la definizione di “controllo”.

Del resto, è ragionevole e plausibile opinare che il legislatore abbia avvertito l'esigenza di dettare tale seconda statuizione proprio in ragione del fatto che, secondo la tesi ampiamente prevalente in dottrina, la nozione di cui all’art. 2359 c.c. non sarebbe sufficiente ad abbracciare anche tali ipotesi ulteriori. Nel contempo, è appena il caso di ribadire che — come già poc'anzi osservato — la circostanza che vengano dettate definizioni differenti di controllo, anche tra loro non omogenee, è tutt'altro che sconosciuta al nostro sistema normativo, che anzi è da sempre caratterizzato dalla compresenza di numerose definizioni ⁽³²⁾.

Per vero, nonostante le ottime intenzioni del legislatore, restano alcuni coni d'ombra.

In primo luogo, potrebbe non essere chiaro, per lo meno *prima facie*, se nella definizione in esame rientrino le ipotesi ascrivibili al c.d. “controllo plurimo disgiunto”, ovvero sia — come detto — a quei casi in cui più soggetti dispongano di un potere a contenuto interdittivo o negativo, ma senza alcun accordo che ne coordini le azioni e i comportamenti.

Da una parte, il dettato normativo dice che il controllo potrebbe sussistere allorquando il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo sia richiesto *«in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali»*: dal che parrebbe che il legislatore abbia così inteso limitare l'estensione pur realizzata rispetto all'ambito ordinario del controllo *ex art. 2359 c.c.*, circoscrivendola ai soli casi riconducibili al “controllo congiunto” in senso proprio e stretto.

Dall'altra parte, però, il riferimento alle norme di legge potrebbe anche essere letto in modo estensivo, comprendendovi le norme che regolano il

⁽³¹⁾ Così, per fare ancora l'esempio dell'art. 1, comma 568-bis, l. 147/13, si veda il ragionamento che ho avuto occasione di svolgere in DONATIVI, (nt. 11), 216.

⁽³²⁾ Tanto da aver condotto la dottrina a concludere che quella del “controllo” costituisca nozione di tipo non assoluto, ma relativo o, come si usa dire, “relazionale”, ovvero sia contingente e strettamente interconnessa con gli scopi specifici per i quali ciascuna di esse è dettata e, dunque, con le peculiarità, anche di ordine teleologico e assiologico, sottese ai singoli sub-sistemi normativi in cui le nozioni vanno a collocarsi e rispetto ai quali svolgono il proprio ruolo servente: sul punto sia consentito ancora il rinvio a DONATIVI, (nt. 11), 554, ove ulteriori indicazioni.

generale funzionamento degli organi sociali: e un caso specifico potrebbe essere quello di due amministrazioni pubbliche, titolari ciascuna del cinquanta per cento del capitale sociale, non legate da un patto parasociale, ma il cui consenso unanime sarebbe necessario semplicemente per ragioni legate al fatto che il raggiungimento delle maggioranze necessarie *ex lege* per deliberare postula il raggiungimento di una maggioranza: il che potrebbe costituire, in tale prospettiva, un esempio in cui il consenso unanime è necessario «in applicazione di norme di legge». Del pari, un esempio di consenso unanime necessario «in applicazione di norme [...] statutarie» potrebbe essere quello di tre amministrazioni 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 ⁽⁵³⁾.

In secondo luogo, la definizione normativa identifica il controllo in fattispecie nelle quali sia richiesto il “consenso unanime” delle parti che condividono il controllo, mentre per controllo congiunto si intende normalmente anche quello facente capo a un gruppo di soci riuniti in un “sindacato di maggioranza” nel quale i pattisti siano chiamati ad adottare le decisioni interne al sindacato a maggioranza o a maggioranza qualificata e non necessariamente all’unanimità.

Ma è ragionevole ritenere che anche tale ipotesi sia compresa nella previsione normativa. In altri termini, una lettura sistematica e coordinata delle disposizioni di cui alla lett. *b*) consentirebbe di ricostruire la norma in un senso tale per cui l'*intentio legis* è nel senso di allargare la nozione codicistica di controllo fino a comprendere non solo il controllo congiunto, ma finanche il controllo plurimo disgiunto. Il riferimento alla necessità del consenso unanime si potrebbe agevolmente spiegare proprio con riguardo a quest’ultimo.

Ma una cosa appare invece evidente e incontrovertibile: l’assenza di alcuna possibilità di fondare, sul piano ermeneutico, un’ipotesi interpretativa/ricostruttiva che volesse estendere la nozione di cui alla lett. *b*) fino a comprendere anche le ipotesi in cui più amministrazioni pubbliche, senza alcuna forma specifica di coordinamento, si trovino a detenere partecipazioni la cui somma corrisponda alla maggioranza del capitale sociale.

6.4. *Irrilevanza dei rapporti di mero “collegamento” di cui all’art. 2359, comma 3, c.c.* — È appena il caso di precisare, anche se solo per mero scrupolo di completezza e a scanso di ogni possibile equivoco, che non sarebbero sufficienti ad integrare i presupposti della nozione di controllo, e quindi di società a

⁽⁵³⁾ Per vero, gli esempi fin qui riportati riguardano *quorum* assembleari, mentre la norma pone una condizione per la quale il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo sia richiesto «per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale», ovverosia per decisioni di competenza dell’organo amministrativo. Ma gli stessi esempi potrebbero conservare piena rilevanza quanto meno nel caso di società in forma di s.r.l.; mentre in caso di s.p.a. il ragionamento proposto andrebbe adattato, avendo specifico riguardo al modo in cui, sul piano legale, statutario o parasociale, sono disciplinate le competenze e le maggioranze in seno agli organi sociali e sono distribuite le partecipazioni e/o i seggi tra i diversi soci.

controllo pubblico, relazioni di mero “collegamento”, come quelle cui si attribuisce rilevanza al terzo comma dell’art. 2359 c.c. (34).

È vero, difatti, che l’art. 2, lett. b), TUSPP, fa generico rinvio a «la situazione descritta nell’articolo 2359 del codice civile»; ed è vero che il collegamento è una delle situazioni descritte nell’art. 2359 c.c., segnatamente, appunto, nel suo terzo comma.

Ma è decisivo, in senso contrario, il rilievo che il riferimento all’art. 2359 c.c. è fatto nel contesto della definizione di “controllo”, sicché è ragionevole pensare che «la situazione» descritta nella norma codicistica alla quale il TUSPP intende riferirsi sia quella (e solo quella) del controllo. Sembra significativo, inoltre, il fatto che la norma abbia impiegato il singolare («la situazione descritta») invece del plurale (come sarebbe accaduto se le situazioni cui si fosse inteso far riferimento fossero state più d’una e, dunque, non solo il controllo, ma anche il collegamento) (35).

6.5. *Debolezza, alla luce di quanto considerato, della prima delle argomentazioni spese della Corte dei conti Liguria.* — Quanto fin qui osservato consente di superare la prima delle argomentazioni spese dalla Corte dei conti Liguria, come sopra classificata *sub (i)*, con la quale la Corte ha inteso porre l’accento sul fatto che, con l’aggiunta della fattispecie di cui al secondo periodo della lett. b) dell’art. 2 TUSPP, la nozione di controllo, che ordinariamente attingerebbe a posizioni di influenza dominante “solitaria”, sarebbe qui integrata anche da ipotesi di controllo imputabili a una pluralità di amministrazioni (co-)controllanti e quindi anche al caso di società a (semplice) partecipazione pubblica maggioritaria, come sarebbe testimoniato dalla stessa locuzione «*anche quando*».

Invero, non è revocabile in dubbio che con la seconda statuizione di cui alla lett. b) si sia inteso allargare la nozione di controllo quale ordinariamente sarebbe ricavabile dal rinvio all’art. 2359 c.c.; così come è palese e indubitabile la funzione logica e semantica a tal fine svolta dalla locuzione «*anche quando*». Ma, alla luce di quanto fin qui dedotto e argomentato, significato e portata dell’estensione si sostanziano (e nel contempo si esauriscono) nella inclusione delle fattispecie del “controllo congiunto” (con un allargamento che si coglie, beninteso, a condizione che si condividano le conclusioni cui perviene la dottrina nettamente maggioritaria, secondo la quale la fattispecie in questione sarebbe di per sé estranea alla nozione di cui all’art. 2359 c.c.) e del “controllo plurimo disgiunto” (per la quale l’allargamento è pacifico e incontrovertibile, trattandosi di fattispecie in ogni caso reputata estranea alla nozione codicistica di controllo).

(34) Così anche BRICI e DONATO, (nt. 12), 34 s.; e già DONATIVI, (nt. 11), 1279.

(35) È forse significativo, anche se non decisivo, anche quanto previsto all’ultimo comma dello stesso art. 11 TUSPP, a tenore del quale «Nelle società a partecipazione pubblica ma non a controllo pubblico, l’amministrazione pubblica che sia titolare di una partecipazione pubblica superiore al dieci per cento del capitale propone agli organi societari l’introduzione di misure analoghe a quelle di cui ai commi 6 e 10».

Ove, invero, il legislatore avesse voluto estendere la nozione anche al (semplice) caso in cui più amministrazioni detengano, cumulativamente, partecipazioni superiori alla metà del capitale sociale, lo avrebbe fatto direttamente ed espressamente, come accaduto in una serie di altre norme di cui si darà conto nel prosieguo (v. *infra*, al par. 10) e di cui è costellata la storia della legislazione in materia di società pubbliche. Per contro, l'estensione esiste, ma circoscritta al caso in cui le parti identificabili come centri di imputazione unitaria (o cumulativa che si voglia) di una posizione (in tal senso "condivisa") di controllo debbano, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale, raggiungere un consenso unanime, con evidente riferimento a una situazione che conferisce, a ciascuna di dette parti singolarmente e disgiuntamente dalle altre, una posizione di potere che si esplica nella possibilità di opporre il proprio "veto" all'adozione di dette decisioni.

Del resto, ad accogliere l'interpretazione prospettata dalla Corte, si perverrebbe a una sorta di *interpretatio abrogans* di questa parte dell'art. 2, lett. b), giacché la stessa andrebbe ad individuare una *species* in ogni caso di minore estensione rispetto a quella della partecipazione pubblica maggioritaria e che, come tale, sarebbe in ogni caso già compresa nel più ampio *genus* delle società a controllo pubblico.

7. *Se nella definizione di "società a controllo pubblico" di cui alla lett. m) siano comprese ipotesi di controllo lato sensu congiunto diverse e ulteriori rispetto a quelle di cui alla lett. b) e, segnatamente, se possa ritenersi compresa l'ipotesi della società a partecipazione pubblica maggioritaria.* — Come anticipato, un'altra delle argomentazioni spese dalla Corte dei conti Liguria è basata sul rilievo che dalla lett. m) dell'art. 2 emergerebbe una definizione di società a controllo pubblico ulteriore e distinta rispetto a quella che si ricaverebbe dalla lett. b). Proprio alla lett. m), secondo la Corte, sarebbe riconducibile l'ipotesi delle società a partecipazione pubblica maggioritaria.

L'affermazione, sopra classificata *sub (ii)*, si fonda sul seguente triplice rilievo: (a) rispetto alla nozione codicistica di controllo, quella di cui all'art. 2, lett. m), del TUSPP sposterebbe l'asse della definizione e, con essa, il perno stesso della fattispecie, dalla posizione del soggetto controllante a quella della società controllata, sicché diverrebbe indifferente il fatto che il controllo cui quest'ultima è soggetta sia imputabile a un unico titolare o, in regime di "condivisione", a più titolari; (b) proprio così si spiegherebbe il fatto che la lett. m) qualifica come "società a controllo pubblico" quelle in cui «una o più amministrazioni dispongono dei voti o dei poteri indicati nel codice civile», con significativo (e secondo la Corte, dunque, decisivo) utilizzo del plurale; (c) in questo senso si spiegherebbe perché la seconda statuizione di cui alla lett. b) dell'art. 2 sarebbe introdotta dalla locuzione «anche quando», che sarebbe volta a chiarire che alla lett. b) si darebbe corpo a una ipotesi di controllo congiunto ulteriore e distinta da quella già emergente dalla lett. m).

Si tratta, tuttavia, di argomentazioni molto deboli e agevolmente controvertibili.

Tutti e tre i rilievi, difatti, possono trovare agevole spiegazione nella volontà del legislatore di aggiungere, alle fattispecie di controllo quale emergono dalla nozione di cui all'art. 2359 c.c., anche quelle del controllo congiunto e del controllo plurimo disgiunto. L'allargamento in questione si realizza, come si è visto, proprio attraverso la seconda statuizione di cui alla lett. b), nella quale la locuzione «anche quando» è palesemente riferita alla prima statuizione della medesima lett. b). Difatti, una volta disposto il rinvio all'art. 2359 c.c., il legislatore ha inteso stabilire che il controllo, nel caso del TUSPP, sussiste *anche* in presenza di situazioni riconducibili al controllo congiunto o al controllo plurimo disgiunto. L'uso del plurale e lo spostamento dell'asse concettuale del controllo sul piano della società partecipata, alla lett. m), sono quindi a loro volta frutto di un coordinamento tra le due definizioni. La lett. m) è così formulata proprio al fine di dare conto, già nella propria stessa formulazione, del fatto che il controllo può aversi anche in capo a più amministrazioni, nei termini precisati dalla lett. b) ⁽³⁶⁾.

Ma ancor più dirimente e decisiva è un'altra considerazione. Ragionando nel modo qui contestato, invero, si ometterebbe di considerare che la lett. m) parla di una o più amministrazioni che «*esercitano poteri di controllo* ai sensi della lettera b)». In altri termini, la norma non dice affatto che il controllo sarebbe imputabile congiuntamente a più amministrazioni che «*dispongono dei voti o dei poteri* indicati nel codice civile» (come afferma la Corte dei conti Liguria), ma attribuisce rilevanza esclusivamente all'*esercizio* condiviso dei poteri di controllo.

A questo proposito, è pur vero che la nozione di controllo (a confronto con la nozione di “gruppo”) è tradizionalmente reputata di tipo “statico” (e non già “dinamico”) e tale da identificare posizioni di tipo “dominicale” (e non già di tipo “amministrativo-funzionale”) ⁽³⁷⁾. Ma qui è il TUSPP a parlare di “esercizio dei

⁽³⁶⁾ In altri termini, l'ipotesi, formulata dalla Corte, che la norma intenderebbe comprendere nel proprio ambito anche le società a partecipazione pubblica maggioritaria non costituisce affatto precipitato logico o sistematico dell'uso del plurale e dello spostamento dell'asse sul piano della società controllata, poiché entrambe queste connotazioni (semantiche e sistematiche) della norma si spiegano in modo chiaro e coerente proprio con la rilevata estensione al controllo congiunto e al controllo plurimo disgiunto.

⁽³⁷⁾ Come la migliore dottrina ebbe modo di precisare, così tracciando le linee di quella che sarebbe stata tramandata come la più corretta impostazione sistematica nella identificazione delle due (pur contermini) figure giuridiche del gruppo e del controllo, la nozione di gruppo mirerebbe a risolvere questioni di carattere amministrativo (o decisionale), quella di controllo questioni di carattere dominicale (o di appartenenza delle imprese): SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 221 ss., spec. 222 e 224 (correlativamente, le fattispecie riconducibili alla nozione di gruppo di imprese sarebbero dettate a fini “repressivi”, nell'ambito di discipline volte a stabilire un particolare regime di responsabilità, mentre alla nozione di controllo si farebbe ricorso qualora si intendano prevenire illeciti “di pericolo”, con finalità di ordine “preventivo”): JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in questa *Rivista*, 1994, I, 484 s.). E la portata tendenzialmente “statica” della nozione di controllo, già sostanzialmente consolidata nella letteratura anteriore alla riforma societaria (per una più completa ricostruzione del dibattito anteriore alla riforma del diritto societario, cfr. DONATIVI, (nt. 22), 112 ss.; cui *adde* RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 1999, 93 ss.), trova oggi testuale conferma nello stesso impianto normativo del codice civile; e segnatamente nel sistema delle presunzioni di cui all'art. 2497-*sexies* c.c., a confronto con la disposizione in tema di “*Coordinamento di società*” di cui all'art. 2497-*septies*. Dalla prima delle due disposizioni citate, in particolare, emerge *ex professo*

poteri di controllo” e non già di mera titolarità di una posizione di controllo. Ed allora, se si vuole enfatizzare la peculiarità testuale della lett. *m*), lo si deve fare avendo riguardo a tutte le sfumature lessicali che le sono proprie, ivi inclusa la peculiare accentuazione di un profilo dinamico che parrebbe derogare alla connotazione propriamente e tipicamente statica della nozione ordinaria di controllo ⁽⁵⁸⁾.

Ed ancora, sempre in chiave esegetica, è decisivo il fatto che si parli di amministrazioni che «*esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)*», dove dunque l’esercizio stesso dei poteri di controllo assume rilevanza a patto che sia integrata la condizione di cui alla lett. *b*), ovvero sia che le amministra-

come la sussistenza di un rapporto di “controllo” dia luogo ad una mera presunzione relativa dell’effettivo esercizio di un’attività di direzione e coordinamento da parte della società controllante sulla società controllata; e ciò varrebbe persino ove i rapporti partecipativi fossero di entità tale da integrare gli estremi del c.d. “controllo azionario (o interno) di diritto” *ex art. 2359, comma 1, n. 1), c.c.*, essendo ben possibile, sul piano concettuale (ed ora, dunque, anche sul piano normativo), che alla relazione “dominante” conseguente al possesso di una partecipazione maggioritaria del capitale sociale non consegua necessariamente, sul piano fattuale, il concreto esercizio di un potere decisionale concentrato in capo alla controllante. Tutto ciò premesso, è oggi pacificamente riconosciuto che, ai fini della disciplina codicistica, siano ravvisabili tanto situazioni di “gruppo senza controllo”, quanto anche ipotesi di “controllo senza gruppo” [cfr. 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 Abbadessa e Portale, III, Torino, Utet, 2006, 834 ss.; CARIELLO, *Art. 2497-bis*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno d’Alcontres, 3, Napoli, Jovene, 2004, 1880 ss.; IRACE, *Art. 2497-bis*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, 3, Torino, Giappichelli, 2003, 326 ss.; BADINI CONFALONIERI, *Art. 2497-sexies*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, (nt. 9), III, 2216]. Anche alla luce del nuovo impianto normativo, pertanto, appare confermato come la differenza tra le due nozioni sia anche e soprattutto dovuta al carattere tendenzialmente “formale” e “statico” della nozione di controllo, alla cui integrazione è sufficiente la sussistenza di una mera potenzialità di esercizio di un’influenza dominante dell’una sull’altra società; a fronte del carattere “sostanziale” e “dinamico” della nozione di gruppo, identificabile esclusivamente laddove l’influenza sia stata concretamente ed effettivamente esercitata (attività di “direzione”) e per di più lo sia stata in modo tale da conseguire obiettivi e politiche di gestione unitaria del complesso (attività di “coordinamento”). Il tutto secondo un’agevole equazione per cui “controllo: gruppo = influenza dominante (potenziale): direzione e coordinamento (effettivi)”. Del resto, la stessa disciplina in materia di direzione e coordinamento conferisce carattere solo “relativo” alla presunzione di corrispondenza tra posizione di controllo ed esercizio effettivo dell’attività di direzione e coordinamento, lasciando la possibilità di superare la presunzione attraverso la prova (contraria) dell’assenza di ogni intento od azione idonei a limitare l’autonomia gestionale degli amministratori (pur nominati dalla stessa società controllante), ovvero sia del mancato compimento di atti, azioni o comportamenti teleologicamente orientati ad imprimere unità di indirizzo alle diverse imprese aggregate, in vista di una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal gruppo, ed in grado di tradurre in termini di effettività quella influenza dominante che il controllo rende solo potenziale: cfr. VALZER, (nt. 37), 852 ss.; BADINI CONFALONIERI, *Art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, (nt. 9), III, 2156 ss.; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003, 141 ss.

⁽⁵⁸⁾ E ciò potrebbe nuovamente avere un senso proprio in relazione all’allargamento che la nozione di controllo rilevante ai fini del TUSPP subisce rispetto alla dimensione ad essa propria nel contesto codicistico e di diritto comune. Il senso è proprio quello di chiarire, *da un lato*, che la fattispecie del controllo rilevante ai fini del TUSPP si estende fino ad abbracciare al proprio interno anche ipotesi di controllo congiunto (a prescindere dalla circostanza che le si reputi, con la dottrina dominante, escluse dall’area concettuale di cui all’art. 2359 c.c.) e (in ogni caso) anche ipotesi di controllo plurimo disgiunto; ma di contenere, *dall’altro lato* ed al contempo, l’allargamento così effettuato al caso in cui le (“più”) amministrazioni pubbliche che condividono il controllo «*esercit(i)no poteri di controllo ai sensi della lettera b)*» e non già detengano partecipazioni la cui somma attinga alla metà più uno del capitale sociale.

zioni che possono dirsi condividere il controllo siano quelle che dispongano di una posizione che attribuisca loro quanto meno dei poteri interdittivi sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale.

La Corte dei conti Liguria ritiene che l'imputazione plurima del controllo a "più amministrazioni" sarebbe ipotesi di controllo collettivo ai sensi della (sola) lett. *m*), cui si aggiungerebbe (quale «*fattispecie ulteriore e autonoma*») una distinta ipotesi di imputazione plurima del controllo ai sensi del secondo periodo della lett. *b*). Ma l'ipotesi è testualmente smentita dal dettato normativo, atteso che è la stessa lett. *m*) a fare esplicito riferimento all'ipotesi in cui «una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo *ai sensi della lettera b*)». Di tal che, lungi dal costituire due diverse e autonome nozioni (e correlative fattispecie) di controllo, le lett. *b*) e *m*) entrano in reciproca relazione nei modi e nei termini propri e caratteristici di un vero e proprio "combinato disposto".

Infine — ribadendo ancora una volta quanto già in parte anticipato e rimanendo sempre in una prospettiva rigorosamente esegetica — è decisivo il fatto che non si faccia riferimento alcuno al caso in cui più amministrazioni pubbliche dispongano, cumulativamente, della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria. Se si volesse leggere la lett. *m*) come se intendesse farvi riferimento implicito, non si comprenderebbe allora quale ruolo potrebbe avere la specificazione di cui al secondo periodo della lett. *b*). Difatti, se la lett. *m*) consentisse di imputare cumulativamente i voti spettanti alle diverse amministrazioni pubbliche socie al punto che, ove gli stessi fossero la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, ciò comporterebbe *ex se* che la società sarebbe "a controllo pubblico", il secondo periodo della lett. *b*) introdurrebbe invece una condizione (quella della necessità che per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo) per il perfezionamento della fattispecie "società a controllo pubblico" con la quale, invece di individuare un'ipotesi "ulteriore" (come reso palese dalla congiunzione "*anche*") e come riconosciuto dalla stessa Corte, si descriverebbe un'ipotesi già compresa (quale *species* di un più ampio *genus*) in una più generale nozione di società a controllo pubblico che verrebbe, di fatto, a coincidere con quella di società a partecipazione pubblica maggioritaria. Sicché, come già anticipato, accogliere l'ipotesi qui contestata significherebbe, in fatto, suffragare una *interpretatio abrogans* della seconda statuizione di cui alla lett. *b*).

8. *L'eco della posizione che fu adottata dal Consiglio di Stato in sede consultiva in relazione al quesito, analogo a quello in esame, che era stato sollevato dalla Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le pari opportunità, in riferimento alla disciplina delle c.d. "quote di genere".* — Un dubbio analogo a quello qui in esame era stato sollevato in riferimento alla disciplina relativa alle c.d. "quote di genere" nei consigli di amministrazione delle società pubbliche, avendo riguardo alla formulazione dell'art. 3, l. 12 luglio 2011, n. 120 («Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati

regolamentati»⁽³⁹⁾ e dell'art. 1, d.p.r. 30 novembre 2012, n. 251 («Regolamento concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati, in attuazione dell'articolo 3, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 120»)⁽⁴⁰⁾, oggi richiamati dall'art. 11, comma 4, TUSPP.

Nella disciplina in questione, si parla di società «controllate ai sensi dell'articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile» dalle pubbliche amministrazioni (così sia l'art. 3, comma 1, l. n. 120/11, sia l'art. 1, d.p.r. n. 251/12). Ma proprio il richiamo al controllo di cui all'art. 2359 c.c. ha finito per sollevare il dubbio circa la sua applicabilità anche ai casi in cui nessuna amministrazione, isolatamente considerata, sia titolare di una posizione di controllo individuale e non siano ravvisabili neanche gli estremi del controllo congiunto o del controllo plurimo disgiunto e tuttavia la società sia a totale o prevalente partecipazione pubblica.

In argomento, ha avuto modo di intervenire il Consiglio di Stato, con un parere reso ai sensi dell'art. 15, l. 21 luglio 2000, n. 205 («Disposizioni in materia di giustizia amministrativa»)⁽⁴¹⁾, su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità.

Nella richiesta di parere si optava, chiedendo a tal fine conforto al Consiglio di Stato, per la soluzione affermativa, sostenendo che sarebbe ragionevole seguire un'interpretazione che superi il dato letterale, sul rilievo che in tutti i casi in cui ricorra una partecipazione pubblica prevalente la società sarebbe una *longa manus* dell'amministrazione, finanche in presenza di soci privati non di controllo. La *ratio* della norma, difatti, indurrebbe a credere che il suo ambito applicativo debba essere esteso a tutti i casi in cui possa dirsi che la società sia sottoposta a controllo da parte del "settore pubblico" nel suo complesso.

Il Consiglio di Stato ha condiviso il ragionamento, ma solo in parte, seguendo un *iter* argomentativo piuttosto articolato e concludendo che «... la normativa sulle società quotate e sulle società non quotate sotto il controllo delle pubbliche amministrazioni è suscettibile di interpretazione estensiva, essendo evidente che l'intento del legislatore è quello di assicurare l'equilibrata presenza dei generi nella *governance* degli enti il cui ruolo nel mercato è maggiormente significativo»⁽⁴²⁾ e che «Da questo punto di vista la circostanza che il controllo pubblico operi singolarmente o in modo congiunto è irrilevante»⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ A tenore del quale «Le disposizioni della presente legge si applicano anche alle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati».

⁽⁴⁰⁾ Secondo cui «Il presente regolamento detta i termini e le modalità di attuazione della disciplina concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società, costituite in Italia, controllate ai sensi dell'articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile, dalle pubbliche amministrazioni indicate all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ad esclusione delle società con azioni quotate».

⁽⁴¹⁾ Cons. Stato, 4 giugno 2014, n. 594, in *Foro amm.*, 2014, 1772.

⁽⁴²⁾ Secondo il Consiglio di Stato, l'imposizione di un equilibrio di genere non rappresenterebbe solo una questione di democrazia partecipativa e non risponderebbe solo a principi di civiltà

Sul piano letterale, poi, la soluzione sarebbe compatibile col dettato normativo, che significativamente usa l'espressione controllata "da pubbliche amministrazioni", al plurale ⁽⁴⁴⁾. Anche sul piano sistematico, infine, la nozione di controllo congiunto avrebbe ormai fatto ingresso nel nostro ordinamento, come dimostrato dalle direttive comunitarie su appalti e concessioni, nella parte in cui si dà rilievo a situazioni di "controllo analogo congiunto".

Secondo il Consiglio di Stato, tuttavia, dovrebbero essere integrati quanto meno gli estremi del controllo "congiunto" in senso stretto ⁽⁴⁵⁾, dovendosi inquadrare la fattispecie nel contesto della nozione civilistica di cui all'art. 2359 c.c. Sicché il controllo *ex art. 2359 c.c.* potrebbe, nella specie, dirsi realizzato da più amministrazioni pubbliche, (solo) a condizione che: (a) gli organi sociali della società controllata siano composti da rappresentanti delle pubbliche amministrazioni (fermo restando che singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni partecipanti); (b) le pubbliche amministrazioni congiuntamente (grazie ad accordi parasociali o a comportamenti paralleli) dispongano della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (controllo di diritto) o comunque di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante sull'assemblea ordinaria (controllo di fatto), oppure esercitino congiuntamente sulla società un'influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa; (c) e la società controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti. Non sarebbe, invece, sufficiente la mera titolarità della maggioranza del capitale (allorquando le amministrazioni, pur disponendo di essa, agiscano separatamente), essendo tale elemento di per sé insufficiente ad integrare gli estremi dell'art. 2359 c.c. ⁽⁴⁶⁾.

Tutto ciò premesso, pare plausibile scorgere nelle definizioni di cui all'art. 2, lett. *m*) e *b*) e, in particolare, nella condizione posta dalla seconda statuizione della lett. *b*), un'eco di quelle precisazioni.

Appare quindi lecito concludere che: (1) la soluzione propugnata dal Consiglio di Stato è definitivamente e testualmente accolta; (2) la medesima soluzione è estesa ai casi di controllo plurimo disgiunto; (3) è stata abbandonata la possibilità di estensione ai casi di (semplice) partecipazione pubblica (complessivamente) prevalente o finanche totalitaria, in assenza di presupposti identificativi di una posizione di controllo (quanto meno congiunto o plurimo disgiunto).

o di uguaglianza sostanziale, ma costituirebbe altresì «la soluzione di un problema economico, afferente alla migliore distribuzione delle risorse umane»: sicché, si afferma, «È l'efficienza, più che l'equità, a suggerire un maggiore coinvolgimento del genere femminile nei processi di produzione dei beni, sia pubblici che privati»: *ivi*, 14.

⁽⁴³⁾ *Ivi*, 15 s.

⁽⁴⁴⁾ *Ivi*, 16.

⁽⁴⁵⁾ *Ivi*, le conclusioni a 17 s.

⁽⁴⁶⁾ Testualmente: «Non è invece sufficiente la mera titolarità pubblica della maggioranza di capitale, essendo tale elemento, da solo considerato, estraneo all'art. 2359 c.c., che riguarda le due ipotesi del "socio sovrano" e del "socio tiranno", in cui chi esercita il controllo è il dominus della società. Concetto che certo non può dirsi integrato allorquando le pubbliche amministrazioni, pur avendo la maggioranza del capitale, agiscano separatamente».

9. *L'asserita coerenza della soluzione estensiva con la scelta del TUSPP di dettare una disciplina più stringente per le società a controllo pubblico rispetto a quelle a mera partecipazione pubblica e con la necessità di arginare il rischio che le amministrazioni si sottraggano strumentalmente alla sua applicazione.* — Assai deboli sono le argomentazioni spese dalla Corte dei conti Liguria, e sopra riportate *sub (iii)* e *sub (iv)*, quale espressione di un taglio argomentativo di tipo “teleologico”.

Con la prima di tali argomentazioni, difatti, la Corte sostiene che la risposta fornita alla Provincia di Savona sarebbe «funzionale all'obiettivo del legislatore [...] di assoggettare le società a controllo pubblico a disposizioni più stringenti [...] rispetto a quelle rivolte agli organismi a mera partecipazione». Ma così facendo si invoca un rilievo del tutto incapace di attribuire fondamento a quella lettura. Ed invero, non è revocabile in dubbio che nella sistemática del TUSPP sia presente una *summa divisio* tra società a controllo pubblico e società a partecipazione pubblica. Così come è del tutto pacifico che la disciplina dettata per le prime sia più stringente rispetto a quella dedicata alle seconde. Non si vede, però, per quale ragione un'interpretazione della nozione di società a controllo pubblico comprensiva anche delle società a partecipazione pubblica maggioritaria ancorché frazionata dovrebbe risultare più funzionale a detto obiettivo. Si tratta invero di affermazione puramente assertiva e non motivata e come tale, pertanto, del tutto apodittica ed inidonea ad assumere veste propriamente argomentativa e ad acquisire una qualche rilevanza ermeneutica.

La seconda delle due argomentazioni, poi, appare (nuovamente) apodittica e (nel contempo) contraddittoria. Apodittica in quanto si limita anche qui a dare per scontato che l'estensione prospettata si porrebbe «in conformità alla *ratio* normativa». Contraddittoria perché ci si appella necessità di scongiurare il rischio che le società a capitale pubblico frazionato «possano strumentalmente sottrarsi all'applicazione delle disposizioni dettate [...] nei confronti delle (sole) “società a controllo pubblico” (eccependo l'assenza di norme di legge, statutarie o di patti di sindacato fra i soci pubblici esplicitanti e delimitanti le modalità di esercizio del controllo)»: ma così facendo si finisce per riconoscere che dette disposizioni sarebbero dettate — testualmente — «nei confronti delle (sole) “società a controllo pubblico”», ammettendo che tali non sarebbero, quindi, le società a (semplice) capitale pubblico maggioritario frazionato.

A ben vedere, poi, il rischio paventato parrebbe da intendersi nel senso che società per le quali ricorrano condizioni sufficienti ad integrare un'ipotesi di controllo (congiunto o plurimo disgiunto) possano sottrarsi «strumentalmente» (ovverosia, per così dire, abusivamente) all'applicazione di una disciplina cui dovrebbero risultare propriamente assoggettate e che a tale “strumentale sottrazione” possano pervenire «eccependo l'assenza di norme di legge, statutarie o di patti di sindacato fra i soci pubblici esplicitanti e delimitanti le modalità di esercizio del controllo». Ma ciò significherebbe che l'eccezione invocata dalla società che volesse sottrarsi all'applicazione della disciplina in questione sarebbe fondata su una dissimulazione (e in tal senso darebbe luogo a una sottrazione di tipo, per l'appunto, “strumentale”). Si sarebbe cioè di fronte a una violazione della legge; e la reazione dovrebbe allora cogliersi sul piano comminatorio e

della corretta riqualificazione sostanziale (in termini di società a controllo pubblico) della qualificazione nominalistica strumentale e dissimulatoria operata dalla singola società; non invece attraverso un'operazione di ortopedia ermeneutica con la quale espungere dalla norma, per rimuovere a monte il rischio di una sua possibile elusione, una condizione che il legislatore ha posto testualmente.

10. *Ulteriori argomentazioni (in chiave “sistematica” e/o in chiave “storico/evolutiva”) ricavabili dal confronto con le numerose disposizioni succedutesi in materia di “società pubbliche” e nelle quali vengono o venivano utilizzate locuzioni come “partecipazione di maggioranza” o “partecipazione pubblica prevalente” o altre similari o equivalenti.* — Ulteriori argomentazioni in favore della conclusione cui si è ritenuto di dover pervenire sono ricavabili da un confronto con le numerose disposizioni, succedutesi nello statuto normativo speciale delle “società pubbliche”, nelle quali vengono o venivano utilizzate locuzioni come “partecipazione di maggioranza”, “partecipazione pubblica prevalente” o altre similari o equivalenti. Si tratta, invero, di argomentazioni rilevanti in chiave “sistematica” e/o in chiave “storico/evolutiva”, atteso che la frequenza con cui tali locuzioni si alternano a formulazioni normative in cui il riferimento è invece al controllo o, ancora più specificamente, al controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., non può non indurre l'interprete a reputare (o quanto meno a presumere) che la selezione sia effettuata in modo non casuale e che l'opzione per l'una o per l'altra soluzione lessicale debba quindi essere ascritta a una precisa scelta di politica legislativa.

10.1. *Elenco delle norme nelle quali il legislatore ha impiegato locuzioni come “partecipazioni (pubbliche) di maggioranza” o “partecipazione (pubblica) prevalente” o altre similari o equivalenti; o ancora locuzioni come partecipazione pubblica “totalitaria” o simili.* — Le principali disposizioni nelle quali il legislatore ha optato per locuzioni come “partecipazioni (pubbliche) di maggioranza” o “partecipazione (pubblica) prevalente” o altre similari o equivalenti sono le seguenti:

— l'art. 1, commi 553, 554 e 555, l. n. 147/13, il cui ambito soggettivo di applicazione è riferito a «le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali»;

— l'art. 1, comma 1, d.l. 16 maggio 1994, n. 293, conv. con modif. con l. 15 luglio 1994, n. 444, recante la «Disciplina della proroga degli organi amministrativi», ove si parla degli organi «dello Stato e degli enti pubblici, nonché delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, quando alla nomina dei componenti di tali organi concorrono lo Stato o gli enti pubblici»;

— l'art. 3, commi 44 e 52-bis, l. 24 dicembre 2007, n. 244 («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato»; “Legge Finanziaria 2008”), nella parte in cui fa riferimento alle società «a totale o prevalente partecipazione pubblica»;

— l'art. 16-bis, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, conv., con modif., in l. 28 febbraio 2008, n. 31 (recante «Proroga di termini previsti da disposizioni

legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria»), che parla di società con «partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento», così utilizzando un'espressione, per così dire, rovesciata e speculare rispetto a quella di partecipazione maggioritaria o prevalente;

— l'art. 11, comma 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 («Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», titolo successivamente mutato in «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»), nella versione anteriore alle modifiche apportate col d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 («Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»), che parlava di «società *partecipate* dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1, *in caso di partecipazione non maggioritaria*», anche qui con formulazione rovesciata e speculare;

— l'art. 29, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»), che parla di «società con totale o prevalente capitale pubblico»;

— l'art. 2, comma 2, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 («Codice dell'amministrazione digitale»), nella parte in cui fa riferimento alle società «con prevalente capitale pubblico».

Diverse norme, poi, utilizzano locuzioni come partecipazione pubblica “totalitaria” o simili, a volte autonomamente, altre volte nel contesto di disposizioni in cui l'area soggettiva di applicazione dei precetti è riferita al caso in cui la partecipazione pubblica sia totalitaria o prevalente. Tra queste devono essere rammentate:

— l'art. 1, comma 729, l. 27 dicembre 2006, n. 296 («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato»; “*Legge Finanziaria 2007*”), che parla di «società *partecipate totalmente* anche in via indiretta da enti locali»;

— l'art. 6, comma 6, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con modif. in l. 31 luglio 2010, n. 122, recante «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica» (c.d. “*Manovra Economica 1*” o “Decreto Anticrisi”), dove l'espressione utilizzata è quella di società «*possedute* direttamente o indirettamente *in misura totalitaria* [...] dalle amministrazioni pubbliche»;

— l'art. 3, commi 44 e 52-*bis*, l. 244/07, ove si fa riferimento alle società «a totale o prevalente partecipazione pubblica»;

— l'art. 20, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, conv., con modif., in l. 23 giugno 2014, n. 89 («Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale — “Decreto Irpef”»), che parla di «società a *totale partecipazione* diretta o indiretta *dello Stato*»;

— l'art. 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv., con modif., in l. 6 agosto 2008, n. 133, e recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»; «Finanziaria triennale»), dove si parla di società «a totale partecipazione pubblica» (comma 1), distinte dalle società «a partecipazione pubblica totale o di controllo» (comma 2);

— l'art. 29, comma 1, l. n. 241/90, che, come detto, fa riferimento alle «società con totale o prevalente capitale pubblico ...»;

— l'art. 2, comma 2, d.lgs. 82/05, ove si parla di società «interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico»;

— l'art. 4, comma 14, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv., con modif., dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, e recante «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario» (c.d. *spending review*), che parla di «società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta».

10.2. *Il significato da attribuire alle diverse locuzioni, a confronto con quella utilizzata nell'art. 11, commi 2 e 3, TUSPP (ed altre equivalenti).* — Quanto al significato da attribuire al primo ordine di locuzioni, è sufficiente rimarcare come, in tutta evidenza, le stesse differiscano dalla locuzione “partecipazione di controllo”, poiché: (a) presuppongono il possesso di una quota di capitale superiore al cinquanta per cento, non essendo sufficiente la disponibilità di un'aliquota inferiore, quand'anche fosse tale da consentire l'esercizio di un'influenza dominante in via “di fatto”; (b) nello stesso tempo presuppongono, a stretto rigore letterale, l'indifferenza al tipo, categoria o classe della quota di partecipazione e, segnatamente, al fatto che alla stessa si accompagnino o meno diritti di voto o comunque diritti amministrativi di natura e numero tali da consentire l'esercizio di un'influenza dominante sulla società partecipata.

Per vero, non sempre è agevole comprendere se l'opzione terminologica sia stata voluta e mirata o se ci si trovi semplicemente dinanzi ad espressioni utilizzate in modo improprio⁽⁴⁷⁾. In particolare, non sempre è agevole stabilire se per “maggioranza” debba intendersi il 50% + 1 delle partecipazioni⁽⁴⁸⁾ o se l'espressione possa comunque estendersi al caso in cui le amministrazioni pubbliche dispongano di «voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria» secondo gli schemi del “controllo interno di fatto”. L'espressione letterale, tuttavia, non sembra lasciare dubbi e pertanto un'estensione siffatta sarebbe consentita esclusivamente sulla scorta di un *iter* argomentativo particolarmente stringente e rigoroso.

Ai fini che qui interessano, inoltre, non vi è dubbio che i relativi precetti

⁽⁴⁷⁾ Sarebbe invero interessante soffermarsi sulle specifiche ragioni di politica legislativa alla base di tali opzioni, ma l'indagine occuperebbe uno spazio eccessivo, sicché ci si permette di rinviare a quanto diffusamente si è avuto occasione di sostenere in altra sede: DONATIVI, (nt. 11), 1272 ss., nonché alle pagine dedicate alle singole fattispecie, per le quali v. i singoli rinvii riportati *ivi*, 1265 ss.

⁽⁴⁸⁾ O ancora, secondo una certa interpretazione, se la stessa possa e debba identificarsi con la presenza di una relazione di controllo “di diritto” ex art. 2359, comma 1, n. 1), c.c.

sarebbero applicabili al caso in cui più amministrazioni detengano partecipazioni maggioritarie o, rispettivamente, totalitarie, a prescindere da un'indagine circa la sussistenza di posizioni di controllo, solitario, congiunto o plurimo disgiunto.

Si può pertanto ribadire, anche sotto quest'angolo visuale, la conclusione secondo cui l'interprete deve essere indotto a reputare (o quanto meno a presumere) che la selezione con cui il legislatore adotta, di volta in volta, locuzioni basate sulla nozione di controllo e locuzioni basate sulla entità della quota posseduta sia effettuata in modo non casuale, ma costituisca frutto di una scelta di politica legislativa di carattere "selettivo".

11. *Il significato della locuzione "società a controllo pubblico" nella disciplina specifica di cui all'art. 11, commi 2 e 3, del TUSPP.* — Precisato il significato da attribuire alle definizioni di "controllo" e di "società a controllo pubblico" di cui all'art. 2, lett. b) e m), TUSPP, si tratta ora di verificare se le medesime conclusioni valgano senz'altro anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11, commi 2 e 3, TUSPP o se relativamente ai precetti ivi dettati debba profilarsi una diversa soluzione.

11.1. *Portata "generale" e "precettiva" delle definizioni di cui all'art. 2 TUSPP, che si fondono con la disciplina dettata dalle altre norme del TUSPP in un "combinato disposto".* — La definizione di società a controllo pubblico assume, nell'ambito del TUSPP, carattere e valenza generali, come testualmente sancito nell'*incipit* del medesimo art. 2, che fa precedere l'elenco delle diverse definizioni dalla statuizione: «Ai fini del presente decreto si intendono per [...]». Di modo che all'interprete non è lasciato spazio per elucubrare su diversi possibili significati che la medesima espressione verrebbe per ipotesi ad assumere nell'ambito delle singole disposizioni del TUSPP. E ciò in quanto la portata della previsione normativa è tale per cui tutte le volte che una qualsiasi (altra) norma del TUSPP utilizza l'espressione società a controllo pubblico, la stessa va necessariamente letta in combinato disposto con l'art. 2, lett. m), che ne integra a tutti gli effetti il precetto, assumendo esso stesso valenza *stricto sensu* precettiva.

Di tal che delle due l'una: o la fattispecie della partecipazione pubblica maggioritaria sarebbe sempre e in ogni caso riconducibile alla definizione di controllo e di società a controllo pubblico o non lo sarebbe mai. E, come si è visto dall'analisi che precede, la semplice presenza di partecipazioni pubbliche maggioritarie non sarebbe sufficiente a configurare una situazione di controllo, in assenza di indici costitutivi di una posizione di influenza dominante, se non solitaria, quanto meno congiunta o plurima disgiunta nel significato ricavabile dalla locuzione di cui al secondo periodo della lett. m) dell'art. 2 TUSPP.

11.2. *Ulteriori argomentazioni a sostegno della conclusione raggiunta. Il profilo "teleologico" e la ratio della selezione operata dall'art. 11, commi 2 e 3, TUSPP quanto all'area soggettiva di applicazione dei relativi precetti.* — La

summa divisio operata dalle norme del TUSPP è tra “società a controllo pubblico” e “società a partecipazione pubblica”.

Nel caso dell'art. 11, commi 2 e 3, la *ratio* della selezione effettuata in favore delle società a controllo pubblico è in primo luogo ravvisabile nella volontà di evitare che l'imposizione di un regime normativo restrittivo, pur in presenza di partecipazioni pubbliche maggioritarie ma frazionate, finisca per incidere sulla libertà di autodeterminazione del socio privato che detenga una posizione di controllo, ancorché di fatto, sulla società⁽⁴⁹⁾.

Inoltre, il socio pubblico titolare di una posizione di controllo solitario può agevolmente avvalersi di un organo amministrativo a composizione ridotta (ed anzi, normalmente di un amministratore unico, salvo che ricorrano «specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi»), non avendo alcun obbligo o onere di condividere la nomina degli amministratori con soggetti diversi. Del pari, situazioni di controllo pubblico congiunto ricorrono normalmente in capo a un ristretto numero di amministrazioni, che condividono l'esercizio dell'influenza dominante sulla società e che possono trovare agevolmente soluzioni organizzative compatibili pur col rigido precetto normativo⁽⁵⁰⁾. La condivisione di una posizione di controllo da parte di un numero elevato di soci pubblici, infine, è situazione che si verifica pressoché esclusivamente nelle società *in house* pluripartecipate che operino al servizio di più amministrazioni affidanti e quindi a fronte di un “controllo analogo congiunto”: situazione nella quale i limiti delle stesse soluzioni alternative consentite dall'art. 11, comma 3, TUSPP sono superabili attraverso le opportune soluzioni organizzative consentite, anche in deroga al diritto societario comune, dall'art. 16 TUSPP⁽⁵¹⁾.

Per contro, la presenza di una partecipazione pubblica maggioritaria (o totalitaria) in assenza di forme di coordinamento riconducibili al controllo congiunto potrebbe non giustificare l'imposizione di un limite al numero degli amministratori, proprio perché si sarebbe dinanzi a una situazione nella quale non è ravvisabile un socio o un gruppo di soci che detengano una posizione coordinata di controllo gestibile attraverso la nomina di un amministratore unico o di un organo collegiale a composizione ristretta capaci di costituire compiuta espressione della articolata compagine sociale.

Si dirà che anche questa giustificazione potrebbe non essere del tutto

⁽⁴⁹⁾ Sul punto v. nuovamente DONATIVI, (nt. 11), 657.

⁽⁵⁰⁾ Sarà proprio questo il caso tipico in cui si opterà per una soluzione alternativa a quella dell'amministratore unico, ricorrendo una delle possibili ragioni specifiche di “adeguatezza organizzativa”, legate alla necessità che ciascuno dei soci pubblici co-titolari del controllo congiunto possa esprimere le proprie candidature (ai fini della nomina assembleare) o provvedere alle proprie nomine (in caso di nomina diretta *ex art. 2449 c.c.*) all'interno di un organo amministrativo che ne sia compiuta espressione e li rappresenti congiuntamente.

⁽⁵¹⁾ In generale, sulla possibilità di applicare anche alle società sottoposte a “controllo analogo” le disposizioni del TUSPP dettate per le “società a controllo pubblico”, cfr. per tutti IBBA, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Ibba e Demuro, (nt. 10), 12 ss.

convincente, ove ci si ponga nella prospettiva secca della finalità di contenimento dei costi ⁽⁵²⁾.

Ma si tratterebbe di rilievo critico comunque insufficiente a scalfire quello che costituisce l'esito interpretativo cui conducono, come si è visto, argomenti molto solidi di ordine letterale e sistematico.

11.3. (Segue) *Il profilo sistematico e l'art. 1, comma 3, TUSPP.* — Nella direzione qui preferita depone anche un argomento sistematico, ricavabile dall'art. 1, comma 3, TUSPP, a norma del quale «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». La norma riprende quanto era stato già statuito dall'art. 4, comma 13, d.l. n. 95/12 ⁽⁵³⁾ ed è a sua volta espressione di una scelta di politica legislativa che affonda le sue radici fin nel codice civile del 1942 ⁽⁵⁴⁾.

Il senso della disposizione è quello di circoscrivere le deroghe entro i confini indicati nelle norme che le introducono e di riaffermare che, quale principio generale rilevante anche in chiave di interpretazione sistematica, le norme recanti deroghe alla disciplina di diritto societario comune devono intendersi come norme eccezionali, con ogni conseguenza anche sotto il profilo del divieto di estensione analogica ex art. 14, disp. prel. al c.c.

Più nel dettaglio, la norma del 2012 aveva valenza dichiaratamente “interpretativa” e rispondeva alla volontà di scongiurare il rischio che il proliferare di norme speciali in materia di società pubbliche potesse ingenerare il dubbio che si fosse in qualche misura ribaltato il rapporto regola/eccezione; e, nel contempo, di porre un freno al diffondersi di opinioni che, sulla scorta appunto di una diversa ricostruzione sistematica, tendevano ad allargare l'estensione o la portata delle deroghe contenute nelle norme speciali oltre quanto consentito dal loro specifico ambito applicativo o dalla loro formulazione letterale ⁽⁵⁵⁾.

L'art. 1, comma 3, TUSPP, a sua volta, risponde alla medesima funzione ed è espressione della medesima *ratio legis* della norma precedente, recepita con

⁽⁵²⁾ Che la *ratio legis* sia quella del contenimento della spesa pubblica è affermazione unanimemente condivisa: cfr., per tutti, CUCURULLO, (nt. 10), 150; TESSARO, (nt. 10), 105, che rammenta come la norma sia figlia delle linee guida che furono proposte dal Commissario Straordinario alla *Spendig Review*, come riportate nel c.d. “Piano Cottarelli”.

⁽⁵³⁾ Secondo cui «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali».

⁽⁵⁴⁾ Che limitava le deroghe applicabili allo statuto normativo societario delle società pubbliche ai soli (originari) artt. 2458-2460 c.c., giustificando la scelta con la considerazione che «la disciplina comune delle società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente», perché in questi casi «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici» (così nella Relazione al cod. civ., par. 998).

⁽⁵⁵⁾ IBBÀ, *L'impresa pubblica in forma societaria tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, a cura di Brescia Morra, Meo, Nuzzo, *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2/2015, Bologna, Il Mulino, 2015, 412 s.; nonché, sull'art. 1, comma 3, Id., (nt. 51), 4 ss.; DONATIVI, (nt. 11), 1143 ss.

alcune significative modifiche al dettato letterale⁽⁵⁶⁾ e corrispondentemente abrogata ad opera dell'art. 28, lett. q), TUSPP. In particolare, la formulazione originaria, propria di una norma "interpretativa", è stata sostituita da un precetto che sembra direttamente recare una regola di prevenzione/risoluzione delle antinomie⁽⁵⁷⁾. In tal senso, allora, il TUSPP ha rafforzato ulteriormente la valenza, già di grande importanza sistematica, della norma previgente.

Ancora, una ulteriore differenza testuale è ravvisabile nel fatto che la norma precedente prevedeva che le disposizioni del diritto comune destinate a valere per quanto non diversamente stabilito erano quelle di cui alla «disciplina del codice civile in materia di società di capitali»; la norma del TUSPP, invece, menziona «*le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*», con formulazione più ampia e che esprime in modo più compiuto il senso e la *ratio* della previsione normativa. Ed anche tale limitatura conferma la volontà di rafforzare ed estendere la portata del precetto⁽⁵⁸⁾.

12. *Il profilo "storico" e l'evoluzione diacronica della disciplina in punto di limiti al numero degli amministratori di società pubbliche: la disciplina precedente in materia di composizione degli organi amministrativi e il relativo ambito soggettivo di applicazione, a confronto con quello delineato dal TUSPP.* — Nell'ambito della disciplina in tema di composizione degli organi sociali, il profilo relativo al numero degli amministratori è quello su cui il legislatore è tornato con maggior frequenza, con norme volte a stabilire un tetto massimo che consentisse di contenere anche la spesa per i relativi emolumenti.

Uno sguardo sintetico a tali disposizioni, con particolare riguardo al profilo relativo all'ambito soggettivo di applicazione dei relativi precetti, può quindi essere utile per gli spunti ermeneutici in chiave "storica" ed "evolutiva" che le

⁽⁵⁶⁾ Al di là di limitature ascrivibili a semplici esigenze di coordinamento con l'impostazione, anche lessicale, del TUSPP: così, in particolare, la sostituzione dell'espressione «società a totale o parziale partecipazione pubblica» con l'espressione «società a partecipazione pubblica», che consente di fare riferimento alla definizione dettata all'art. 2, lett. n), TUSPP.

⁽⁵⁷⁾ Per vero, anche nel sistema precedente, alla funzione dichiaratamente interpretativa si affiancava un criterio di prevenzione/risoluzione di antinomie (proprie od improprie); e allo stesso modo, dalla nuova disposizione dettata dal TUSPP può comunque ricavarsi un argomento di ordine sistematico suscettibile di fungere da guida nell'interpretazione dei singoli precetti e da criterio di soluzione anche di c.d. "antinomie improprie", ovvero sia di quei potenziali conflitti tra norme che siano frutto non già di una collisione "esplicita", ma degli esiti di un'attività di tipo essa stessa interpretativo (sulle antinomie proprie e improprie cfr., per tutti, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 1968, trad. it., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, 255 ss.; e diffusamente, anche per ogni ulteriore riferimento, CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, 252 ss.).

Essendo le antinomie improprie normalmente risolte attraverso il ricorso a criteri "sostanziali", primo tra tutti quello di "specialità", la norma qui in commento verrebbe quindi a dettare un criterio di diritto positivo (di carattere "formale") di soluzione delle antinomie proprie, che però (inevitabilmente e indirettamente) finisce per fornire un criterio sistematico di lettura ed interpretazione (e dunque un criterio di carattere "sostanziale") anche delle singole disposizioni che fanno parte dello statuto normativo speciale in tema di società pubbliche e rispetto alle quali possano eventualmente manifestarsi questioni di coordinamento col diritto comune (e, dunque, in tale prospettiva, possibili antinomie improprie): DONATIVI, (nt. 11), 1144 s.

⁽⁵⁸⁾ Per una più ampia disamina della norma, anche alla luce dei lavori preparatori, sia consentito rinviare a DONATIVI, (nt. 11), loc. ult. cit.

stesse offrono nella interpretazione delle norme che le hanno sostituite all'interno del TUSPP.

12.1. *Limiti al numero degli amministratori di società partecipate da enti locali nell'art. 1, comma 729, l. 296/06.* — Una delle prime previsioni in argomento fu quella di cui all'art. 1, comma 729, l. n. 296/06 ⁽⁵⁹⁾.

Un primo limite era stabilito con riguardo alle «società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali» ed era riferito al «numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione»: il tetto era fissato su due diversi livelli, avendo riguardo a un parametro legato al capitale sociale versato ⁽⁶⁰⁾, sicché il limite massimo era di tre componenti per le società con capitale versato inferiore a due milioni di euro e di cinque componenti per le società con capitale versato pari o superiore a due milioni di euro.

Un secondo limite era quello relativo alle «società miste», per le quali il tetto non era riferito al numero complessivo degli amministratori, ma al «numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni», che non poteva superare le cinque unità.

Quanto alla prima delle due ipotesi, era richiesto che la partecipazione fosse “totalitaria” (quand’anche ripartita tra una pluralità di enti locali). La seconda delle due ipotesi ricorreva, a sua volta, in presenza di una partecipazione mista tra uno o più enti locali, da un lato, e uno o più soggetti privati o anche pubblici, purché diversi dagli enti locali, dall’altro.

Non era richiesto, dunque, che la società fosse sottoposta a qualche forma di “controllo” (solitario, congiunto o plurimo disgiunto) da parte di uno o più enti pubblici, ma più semplicemente che vi fosse una partecipazione totalitaria di enti locali o, rispettivamente, che vi fosse una partecipazione di enti locali accanto a una partecipazione di soggetti privati ⁽⁶¹⁾.

La soluzione adottata era, quindi, per un verso più ristretta, per il fatto di riferirsi non già a qualsiasi amministrazione pubblica, ma solo agli “enti locali”, per altro verso più ampia di quella che si ricaverebbe dal ragionamento svolto in

⁽⁵⁹⁾ La norma prescriveva che «Il numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali, non può essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore all'importo che sarà determinato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, di concerto con il Ministro dell'Interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città e autonomie locali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Nelle società miste il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a cinque. Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall'entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri».

⁽⁶⁰⁾ Che formò poi oggetto di puntuale determinazione nella misura di due milioni di euro ad opera del d.p.c.m. 26 giugno 2007 (“Determinazione dell'importo di capitale delle società partecipate dagli enti locali ai fini dell'individuazione del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione”).

⁽⁶¹⁾ Nel qual caso il limite numerico sarebbe stato riferito esclusivamente agli amministratori designati dai soci pubblici locali e non già alla composizione complessiva dell'organo amministrativo.

punto di interpretazione dell'art. 11 del TUSPP, poiché non presupponeva la presenza di relazioni aggregative qualificabili, se pur *lato sensu*, come di controllo. In ogni caso, non sarebbe stata sufficiente la mera partecipazione maggioritaria di enti locali, fatta salva l'applicazione del limite al numero degli amministratori designati da questi ultimi, che peraltro valeva per tutte le società miste, quand'anche con partecipazione minoritaria degli enti locali.

12.2. *La necessaria introduzione di previsioni statutarie in tema di struttura, composizione [e remunerazione] dei componenti degli organi sociali nelle società controllate dallo Stato nell'art. 3, comma 12 ss., l. 244/07.* — Una disciplina alquanto articolata in materia di struttura, composizione e remunerazione degli organi sociali fu poi dettata, per le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, dall'art. 3, commi 12, 12-bis, 13 e 14, l. n. 244/07, come modificati dall'art. 71, l. 18 giugno 2009, n. 69 («Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile») e dall'art. 19, d.l. 1° luglio 2009, n. 78 («Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini [e della partecipazione italiana a missioni internazionali]»; “Decreto Anticrisi”), conv., con modif., in l. 3 agosto 2009, n. 102⁽⁶²⁾. Il meccanismo congegnato dalla legge consisteva nella imposizione alle società in questione dell'obbligo di introdurre nel proprio statuto disposizioni corrispondenti alle previsioni di legge.

Per ciò che concerne l'ambito soggettivo, la disciplina era circoscritta alle sole «società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile» (così l'*incipit* del comma 12). Ai fini che qui più direttamente interessano, viene in rilievo non solo e non tanto il riferimento esclusivo allo “Stato” invece che a qualunque pubblica amministrazione, quanto la delimitazione alle sole società controllate «ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile» (c.d. “controllo interno di diritto”). Non rientravano nel perimetro di applicazione della norma, pertanto, le società sottoposte a controllo interno o esterno “di fatto” [art. 2359, comma 1, nn. 2) e 3), c.c.]. E tanto meno vi sarebbero rientrate società nelle quali una o più amministrazioni statali avessero detenuto partecipazioni maggioritarie o finanche totalitarie, ma non riconducibili a una situazione di controllo interno di diritto.

12.3. *Composizione [e compensi] degli organi amministrativi nella disciplina dettata, in due fasi storiche, nella legge sulla “spending review” (art. 4, commi 4 e 5, d.l. 95/12): la prima versione della norma.* — Una disciplina molto

⁽⁶²⁾ Anche in questo caso, così come in quello precedentemente esaminato, la materia ha formato oggetto di rimaneggiamento ad opera del TUSPP, che all'art. 28, lett. f), ha disposto l'abrogazione dell'art. 3, commi 12, 12-bis, 14, 15, 16, 17, l. 244/07 e che, in ottemperanza ai principi e criteri direttivi di cui alla legge delega, ha recepito le previsioni in questione ai commi 9 e 13 dell'art. 11 e le ha coordinate con le altre disposizioni relative agli amministratori delle società pubbliche, introducendo una serie di limature o modifiche, alcune testuali, altre frutto del coordinamento sistematico con le definizioni e, in generale, con la disciplina del testo unico.

articolata in materia di composizione (oltre che di compensi) degli organi amministrativi di società pubbliche fu quindi dettata dall'art. 4, commi 4 e 5, d.l. n. 95/12: commi successivamente sostituiti ad opera dell'art. 16, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv., con modif., dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, e recante «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari»⁽⁶³⁾.

Nella versione originaria, l'ambito soggettivo di applicazione del comma 4 era individuato con l'espressione «società di cui al comma 1»; e quello del comma 5 con l'espressione «altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta».

L'espressione utilizzata dal comma 4 dovette subito fare i conti col fatto che la disciplina di cui al comma 1, ivi richiamata, ebbe vita corta, poiché sarebbe stata di lì a poco abrogata. Il rinvio contenuto nel comma 4, peraltro, poteva reputarsi sopravvissuto all'intervenuta abrogazione, essendo nient'altro che una forma di rinvio recettizio, attraverso il quale veniva recepita nella disciplina del comma 4, come se fosse testualmente ripetuta al proprio interno, quella parte della norma (poi abrogata) che conteneva l'individuazione delle società cui era applicabile la disciplina originariamente ivi dettata.

Ciò premesso, però, l'espressione utilizzata dalla norma di rinvio sarebbe stata, in linea di principio, suscettibile di essere intesa in due modi differenti: (A) come riferita in via generale alle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lg. 165/2001 *tout court*; (B) o come riferita, più specificamente, alle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, che avessero conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90%⁽⁶⁴⁾.

La seconda lettura sarebbe stata più agevole e immediata. Ma in favore della prima opzione avrebbe potuto essere opposto che le società *sub (B)*, stando alla disciplina del comma 1 dell'art. 4, prima della sua abrogazione, avrebbero dovuto essere "privatizzate" entro il mese di giugno 2013 o sciolte entro il mese di dicembre dello stesso anno, sicché intendere la norma di rinvio come se fosse riferita a tali ultime società sarebbe stato come dire che col comma 4 il legislatore avesse voluto imporre una ridefinizione dei criteri di composizione e dei compensi degli organi amministrativi a valere per un anno scarso, fino alla privatizzazione o allo scioglimento della società. Il che, peraltro, sarebbe stato

⁽⁶³⁾ Oggi abrogati dall'art. 28, lett. o) e p), TUSPP (con l'unica eccezione del secondo periodo del comma 4, applicabile anche al comma 5, ma relativo alla materia dei compensi, più che a quella della composizione degli organi, con vigenza condizionata all'emanazione del decreto ministeriale previsto dal comma 6 del medesimo art. 11), che ha dettato, all'art. 11, una disciplina che assorbe e sostituisce quella così abrogata con nuove previsioni volte a delineare un nuovo assetto normativo complessivo.

⁽⁶⁴⁾ Al comma 1, difatti, si parlava di «società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato».

smentito dal fatto che lo stesso comma 4 prevedeva invece che la sua applicazione valesse solo a partire dal primo rinnovo dell'organo amministrativo rispetto a quello in carica al momento dell'entrata in vigore.

Quanto al comma 5, poi, si trattava di chiedersi in che senso dovesse essere intesa l'espressione «*altre* società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta». La lettura più semplice ed univoca sarebbe stata nel senso che si dovesse trattare di società, pur sempre a partecipazione pubblica diretta o indiretta, ma "*altre*", ovvero sia *diverse*, rispetto a quelle di cui al comma 1 e dunque partecipate, ma non controllate, da pubbliche amministrazioni (il comma 1 parlava invero di «società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni»). La questione tuttavia è che, stando a una possibile interpretazione, avrebbero potuto reputarsi "controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni", ai sensi e per gli effetti di cui al comma 1, anche quelle in cui, pur non essere predicabile alcuna forma di controllo (solitario, congiunto o plurimo disgiunto) in capo a una o più amministrazioni pubbliche, fosse comunque ravvisabile una forma di controllo in capo alla pubblica amministrazione in senso lato, come sicuramente e soprattutto nel caso di partecipazione pubblica totalitaria e, dunque, in presenza della situazione ipotizzata dal comma 5. Ad accogliere siffatta ipotesi di lettura, quindi, il comma 5 non avrebbe avuto un proprio ambito applicativo autonomo rispetto al comma 4, di tal che l'opzione ermeneutica in questione avrebbe finito per rendere superflui i relativi precetti.

Sicché delle due l'una: o doveva darsi una diversa interpretazione della nozione di "società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni", di cui al comma 1 (e di cui quindi al comma 4) o avrebbe potuto opinarsi che le società del comma 5 fossero quelle che il comma 3 esentava dall'applicazione del comma 1. La seconda lettura era tuttavia da scartare senz'altro, atteso che, se l'intenzione del legislatore fosse stata davvero questa, ci si sarebbe attesi una differente e più diretta formulazione, che richiamasse le società esentate dal comma 3, piuttosto che le società "altre" rispetto a quelle del comma 1.

La soluzione della questione interpretativa, peraltro, sembrava agevolmente rinvenibile guardando proprio alla diversità di disciplina dettata nel comma 5 rispetto al comma 4 e, segnatamente, alla circostanza che nelle società del comma 5 il numero degli amministratori poteva essere da tre a cinque, mentre nelle società del comma 4 doveva essere in massimo di tre. Il che sembrava indicare che, nella *mens legislatoris*, le società del comma 4 erano società con socio pubblico o singoli soci pubblici in posizione di controllo, ai quali poteva dunque essere sufficiente nominare al massimo tre amministratori; quelle del comma 5 erano invece società senza uno o più soci pubblici di controllo e dove, quindi, essendo presente una comunità indifferenziata di soci pubblici, il numero di tre amministratori avrebbe potuto risultare troppo basso e insufficiente a garantire la composizione di un organo amministrativo maggiormente "rappresentativo", ponendosi in conflitto con l'esigenza (evidentemente reputata meritevole di tutela) a una più articolata distribuzione di seggi che fosse più idonea espressione del pluralismo sotteso alla distribuzione delle partecipazioni sociali.

Quale che fosse, dunque, l'interpretazione più corretta che il comma 1 avrebbe meritato rispetto alla disciplina originariamente dallo stesso dettata e successivamente abrogata, un'ipotesi ermeneutica plausibile è che la distribuzione dei precetti di cui ai commi 4 e 5 potesse essere effettuata distinguendo appunto le società in cui fosse possibile individuare una posizione di controllo pubblico (solitario, congiunto o plurimo disgiunto) da quelle in cui non fosse possibile individuare alcuna forma di controllo pubblico, ancorché nella più lata delle accezioni, e la disciplina speciale trovasse comunque giustificazione nella circostanza che il capitale fosse comunque interamente in mano pubblica.

12.4. (Segue) *La seconda versione della norma.* — Come anticipato, i commi 4 e 5 dell'art. 4 del d.l. 95/12 furono poi sostituiti ad opera dell'art. 16, d.l. n. 90/14.

Quanto al nuovo comma 4⁽⁶⁵⁾, dal confronto col vecchio testo — per limitarsi al solo profilo che qui più direttamente interessa — emerge che il perimetro di applicazione della disciplina era individuato non più attraverso il rinvio alle «società di cui al comma 1», ma con un più chiaro riferimento alle «società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato»⁽⁶⁶⁾.

La soluzione adottata esprimeva una scelta nella direzione opposta a quella che era apparsa preferibile sotto il vecchio testo. Essa, peraltro, acquisiva una sua giustificazione in uno con l'avvenuta abrogazione del primo comma dello stesso art. 4, d.l. n. 95/12. Difatti, caduta la necessità di procedere alla privatizzazione o alla liquidazione delle società in questione, e consentendo invece che le stesse sopravvivessero anche oltre la scadenza del termine originariamente imposto dal primo comma, si comprende che il legislatore

⁽⁶⁵⁾ La cui nuova formulazione è sintetizzabile nei seguenti precetti, corrispondenti ad altrettanti periodi in cui il nuovo comma 4 era suddiviso: (1) «Fatta salva la facoltà di nomina di un amministratore unico, i consigli di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato devono essere composti da non più di tre membri, ferme restando le disposizioni in materia di inconfirabilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39»; (2) «A decorrere dal 1° gennaio 2015, il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori di tali società, ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche, non può superare l'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013»; (3) «In virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, qualora siano nominati dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione, o della società controllante in caso di partecipazione indiretta o del titolare di poteri di indirizzo e di vigilanza, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al precedente periodo, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi all'amministrazione o alla società di appartenenza e, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio».

⁽⁶⁶⁾ Il che, per vero, era avvenuto ad opera dell'art. 1, comma 562, lett. b), l. n. 147/13, in uno con l'abrogazione dei commi 1 ss., disposta dalla lett. a) del medesimo comma.

avesse inteso imporre regole su composizione e remunerazione del relativo organo amministrativo.

La *ratio* del limite costituito dalla opzione tra amministratore unico o consiglio di amministrazione a tre membri stava proprio nel fatto che, trattandosi di società “controllata” e che per di più svolgeva, per oltre il 90 per cento del proprio fatturato, attività meramente “strumentale”, si giustificava una soluzione restrittiva circa il numero degli amministratori.

La nuova formulazione del comma 5, a sua volta, comprendeva due nuovi periodi⁽⁶⁷⁾, il primo dei quali non faceva che riproporre testualmente e senza alcuna modificazione quanto era già sancito nel primo periodo del comma 5 nella sua versione originaria. Ciononostante la nuova formulazione introdotta nel comma 4 in relazione alla individuazione del perimetro soggettivo di applicazione di quest’ultimo finiva per produrre effetti riflessi anche sulla individuazione dell’ambito soggettivo di applicazione dello stesso comma 5, incidendo, indirettamente ma significativamente, sulla interpretazione dell’espressione «*altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta*»⁽⁶⁸⁾. Così, una volta che al comma 4 era definitivamente emerso che le società ivi contemplate erano quelle in cui non solo fosse ravvisabile una qualche forma di “controllo” pubblico, ma fosse altresì soddisfatta la condizione che il relativo fatturato derivasse per oltre il 90 per cento da attività “strumentali”, le società a totale partecipazione di cui al comma 5 finivano per comprendere anche società nelle quali pur fosse ravvisabile una posizione di controllo pubblico, ovviamente alla duplice condizione (*positiva*) che l’intero capitale fosse rappresentato da partecipazioni pubbliche e (*negativa*) che il fatturato della società non fosse per oltre il 90 per cento derivante da attività di tipo “strumentale”.

12.5. *Sintesi delle indicazioni ricavabili dall’analisi diacronica della disciplina, in chiave di interpretazione “storico/evolutiva”*. — Le indicazioni ricavabili dall’analisi diacronica della disciplina forniscono spunti ulteriori, in chiave di interpretazione “storico/evolutiva”, a sostegno della conclusione raggiunta.

Come si è avuto modo di vedere, difatti, il legislatore è intervenuto più volte con norme restrittive in punto di numero massimo degli amministratori di società pubbliche, il cui obiettivo è agevolmente ravvisabile in finalità di contenimento della spesa pubblica. Il quadro che ne risulta, tuttavia, è nel senso che il perimetro soggettivo di estensione di tali precetti non è stato sempre univoco e, anzi, è variato continuamente. Ne risulta altresì che le variazioni non sono state sempre e tutte nella direzione di un progressivo inasprimento del

⁽⁶⁷⁾ E segnatamente: «Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge e fatta salva la facoltà di nomina di un amministratore unico, i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, devono essere composti da tre o da cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte»; e «A tali società si applica quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo del comma 4».

⁽⁶⁸⁾ Se, difatti, per “altre” dovevano intendersi società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, ma “diverse” da quelle di cui al comma precedente, una differente individuazione di quelle del comma precedente non poteva non incidere sulla conseguente individuazione delle società del comma successivo.

regime normativo in termini di estensione dell'area applicativa. Ed anzi, il *trend* evolutivo è apparso tutt'altro che omogeneo e "progressivo" e le opzioni di politica legislativa di volta in volta adottate sono state differenti.

Per vero, non sempre è agevole cogliere la *ratio* alla base delle scelte effettuate in termini di ampliamento o restringimento del campo. Ma ciò che se ne ricava è 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.

In particolare, i precetti di cui all'art. 1, comma 729, l. n. 296/06, erano riferiti a due diverse fattispecie, a seconda che si trattasse di «società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali» o di «società miste» e nella prima delle due ipotesi era richiesto che la partecipazione fosse "totalitaria" nel senso di essere imputata esclusivamente a un ente locale o a una pluralità di enti locali. Non era richiesto che la società fosse sottoposta a qualche forma di "controllo" (quand'anche congiunto o plurimo disgiunto) da parte di uno o più enti pubblici. Ma non sarebbe neanche stata sufficiente una partecipazione maggioritaria di enti locali, essendo la norma circoscritta al caso in cui l'intero capitale sociale fosse in mano di enti locali.

Ancora, i precetti contenuti nell'art. 3, commi 12, 12-bis, 13 e 14, l. n. 244/07, erano riferiti alle sole «società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile»: sicché non solo non rientravano nel campo di applicazione di quella disciplina le società nelle quali una o più amministrazioni statali avessero detenuto partecipazioni maggioritarie o finanche totalitarie ove non riconducibili a una situazione di controllo interno di diritto; ma neanche assumeva rilevanza la presenza di relazioni aggregative qualificabili come controllo di fatto.

Dal che si trae conferma — come anticipato — che il perimetro applicativo soggettivo delle norme in tema di contenimento del numero degli amministratori di "società pubbliche" non sempre è stato ritagliato dal legislatore in modo univoco e che, anzi, si sono alternate norme con ambito di applicazione particolarmente esteso e norme con ambito applicativo assai più ridotto. E ciò anche e specificamente in riferimento ai "criteri di aggregazione" (o, se si vuole, alla nozione di controllo) cui di volta in volta si è attinto. Sicché, come del pari anticipato, non si potrebbe affermare che il canone ermeneutico storico/evolutivo induca a dover interpretare l'art. 11 TUSPP in un senso necessariamente estensivo, pur a costo di "forzare" la portata del rinvio all'art. 2359 c.c.

Considerazioni analoghe valgono con riguardo ai precetti contenuti nell'art. 4, commi 4 e 5, d.l. n. 95/12, ancor più se letti mettendone a confronto la formulazione originaria e quella risultante dalle modifiche apportate col d.l. n. 90/14.

Si è dato diffusamente conto dei dubbi interpretativi che gli stessi, nella loro iniziale stesura, sollevavano. E si è detto come un'ipotesi ermeneutica plausibile fosse quella per cui la distribuzione dei precetti di cui ai commi 4 e 5 potesse

essere effettuata distinguendo appunto le società in cui fosse possibile individuare una posizione di controllo pubblico (solitario, congiunto o plurimo disgiunto che fosse) da quelle in cui non fosse possibile individuare alcuna forma di controllo pubblico, ancorché nella più lata delle accezioni, e la disciplina speciale trovasse giustificazione nella circostanza che il capitale fosse comunque interamente in mano pubblica e non fosse presente alcun socio privato, ancorché di minoranza.

Assumendo che fosse questa la soluzione ermeneutica più corretta, se ne ricaverebbe, in chiave di interpretazione “storico/evolutiva”, che il legislatore, allorché abbia inteso estendere i precetti relativi al contenimento del numero degli amministratori anche a società a partecipazione pubblica maggioritaria o totalitaria pur in assenza di posizioni di controllo (solitario, congiunto o plurimo disgiunto che fossero), lo ha chiarito in modo espresso. Il che, come anticipato, potrebbe costituire significativo argomento *a contrario* nella lettura e nell’interpretazione del combinato disposto dell’art. 11 con l’art. 2 del TUSPP.

Ma spunti ancor più decisivi potrebbero ricavarsi proprio dal rimaneggiamento subito dai commi 4 e 5 dell’art. 4 del d.l. n. 95/12 ad opera dell’art. 16, d.l. n. 90/14. La soluzione adottata dopo le modifiche del 2014 in ordine alla individuazione dell’ambito soggettivo di applicazione della norma, difatti, testimoniava di una scelta nella direzione opposta a quella che era apparsa preferibile sotto il testo originario. Dal che, sempre in chiave di interpretazione “storico/evolutiva”, possono trarsi almeno due ordini di deduzioni. La prima è la conferma ennesima e ulteriore che il legislatore ha optato, di volta in volta, per soluzioni differenti in punto di ritaglio dell’ambito applicativo. La seconda è che non sempre è stato statuito che dovessero rientrarvi quelle società nelle quali più amministrazioni detengano complessivamente la maggioranza del capitale sociale, ma siano assenti indici rivelatori di una posizione di controllo (quand’anche solo congiunto o plurimo disgiunto). Nel caso specifico, difatti, solo la partecipazione pubblica totalitaria (comma 5) avrebbe giustificato l’imposizione di limiti (ancorché meno stringenti rispetto a quelli del comma 4); mentre la presenza di un controllo da parte di una o più amministrazioni (comma 4), quand’anche volesse astrattamente intendersi, contro quanto qui argomentato, come comprensivo anche di una (mera) partecipazione pubblica maggioritaria, non sarebbe stato ancora sufficiente a giustificare l’imposizione di alcun limite se non in presenza di una seconda e cumulativa condizione costituita dalla natura “strumentale” della società, il cui fatturato 2011 fosse stato costituito in misura superiore al novanta per cento da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche.

Nuovamente deve quindi concludersi che l’esame della evoluzione diacronica del sistema non fornisce spunti ermeneutici a supporto di una lettura favorevole a soluzioni ispirate alla massima estensione dei precetti in nome di una *ratio* che si volesse ritenere prevaricante sulla stessa formulazione letterale delle norme; e anzi offre semmai indicazioni esattamente opposte che impediscono letture di tipo “correttivo”.

13. *Irrelevanza, ai fini della riconducibilità o meno al novero delle “società*

a controllo pubblico”, della questione relativa alla eventuale qualificazione della società come “organismo di diritto pubblico” ai fini della disciplina in materia di aggiudicazione di contratti pubblici. — Prima di concludere, è opportuno fare un’ultima precisazione, concernente il rapporto tra la nozione di “società a controllo pubblico” di cui al TUSPP e quella di “organismo di diritto pubblico” di cui alla disciplina in materia di aggiudicazione di contratti pubblici. Segnatamente, occorre chiarire come l’eventuale riconducibilità di una determinata società al novero degli “organismi di diritto pubblico” di cui all’art. 3, lett. d) [e quindi, indirettamente, a quello delle “amministrazioni aggiudicatrici” di cui all’art. 3, lett. a)], d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 («Codice dei contratti pubblici»), non comporti affatto la sua contestuale riconduzione anche al novero delle “società a controllo pubblico” ai sensi per gli effetti del TUSPP.

Le due definizioni invero non coincidono né sul piano della formulazione letterale, né sotto il profilo della *ratio* che vi sottende (69). Sicché ben sarebbe possibile, sotto il profilo sistematico, che un medesimo soggetto venga reputato annoverabile in uno solo dei due ambiti piuttosto che in entrambi; e una siffatta configurazione non esporrebbe a forma alcuna di contraddizione né logica, né *tam minus* sistematica.

È significativo anche il fatto che lo stesso concetto di “controllo”, quale secondo requisito alternativo di individuazione della figura dell’organismo di diritto pubblico, sia inteso in un senso che non coincide con il controllo societario in senso classico e stretto (70).

Del resto, a conferma ulteriore di come più nozioni, pur tra loro contermini,

(69) Cfr., in part., Corte di Giustizia UE, sez. V, 12 settembre 2013, n. 526, secondo cui la *ratio* dell’assoggettabilità alle norme in tema di appalti pubblici sta nella salvaguardia di valori comunitari quali la libera concorrenza e la libera circolazione dei servizi e delle merci, con la conseguente necessità che gli stessi criteri (tra cui quello del controllo) di individuazione delle amministrazioni aggiudicatrici debbano formare oggetto ad un’interpretazione “funzionale”, che ponga l’accento sul fatto che si tratti di soggetti esposti al rischio che la preponderante presenza (nel capitale o nel governo) di soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione sia tale da indurre quest’ultima ad influenzarne le decisioni in materia di appalti pubblici, con conseguente possibilità che tali decisioni siano guidate da considerazioni diverse da quelle strettamente economiche e che i candidati nazionali siano preferiti, con conseguente ostacolo alla libera circolazione dei servizi e delle merci, in contrasto con la piena applicazione delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici; ma v. anche, tra gli altri, sul punto, CIANFLONE-GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, I, Milano, Giuffrè, 2012, 342 s.

(70) Cfr., tra le altre, TAR Ancona, (Marche), sez. I, 13 settembre 2013, n. 637, secondo cui la norma richiederebbe che «la gestione delle attività svolte dall’organismo di diritto pubblico sia sottoposta al controllo dello Stato, di un ente pubblico territoriale o di un altro organismo di diritto pubblico, condizione che non richiede un controllo di tipo strutturale, tale da configurare una significativa ingerenza nella vita dell’ente».

A tal fine è sufficiente segnalare come il presupposto della soggezione al controllo pubblico, ai fini della individuazione delle amministrazioni aggiudicatrici, è descritto mediante ricorso a tre indici, tra loro pienamente alternativi: (a) che la relativa attività sia «finanziata in modo maggioritario» da una o più amministrazioni pubbliche; (b) che la relativa gestione sia «soggetta al controllo» di tali soggetti; (c) o che «l’organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata» dagli stessi. Ed è pacifico che, al di là di ogni possibile approfondimento o elucubrazione sistematica in ordine al presupposto del “controllo” [qui *sub* lett. (b)], la designazione della maggioranza dei componenti degli organi sociali sia requisito sufficiente ad integrare la nozione *de qua* a prescindere dal fatto che detta designazione sia gestita in modo “congiunto” e sia quindi frutto di una qualche forma di coordinamento di natura parasociale o comunque di fonte contrattuale.

possano convivere con finalità e portata differenti e di come le divergenze possano riguardare anche il modo in cui si atteggia il requisito (pertanto qui *lato sensu* inteso) del “controllo”, basta porre a confronto la nozione di organismi di diritto pubblico con quella di “imprese pubbliche”, di cui alla lett. *t*) dello stesso art. 3, d.lgs. n. 50/16 ⁽⁷¹⁾ e dalla quale emerge in tutta evidenza il diverso modo di atteggiarsi del requisito dell’influenza dominante, come peraltro ha avuto modo di evidenziare anche il Consiglio di Stato ⁽⁷²⁾.

VINCENZO DONATIVI

Abstract

The 2016 Italian Statute of public-owned companies is based on a general distinction between public “stake” and public “control”. The general regulation of the Statute applies in both cases, whilst a special and more restrictive regime is applicable only in the case of a public controlled company. The definition of “companies under public control” is in the Law itself and its formulation, in comparison with the definitions of control based on the notion of individual dominant influence, is wider and includes also the jointly controlled companies. It is uncertain, though, whether the scope of the special discipline can be extended to all those companies in which public entities hold participations overall equivalent to the totality or the majority of the share capital, even if none of them is able to exercise a dominant influence on the company and there is not any kind of agreement among two or more of them to coordinate their behaviour and their decisions (joint control) and/or even if none of them has (legal or *de facto*) “veto powers” or other forms of determinant (o “negative”) influence over the company (multiple separate influence). Aim of the essay is to argue that the legal definition cannot be extended beyond the borders of joint control or multiple separate influence, even though it does not seem to be the interpretation supported by certain recent administrative courts.

⁽⁷¹⁾ Secondo cui per tali si intendono «le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L’influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all’impresa, alternativamente o cumulativamente: 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall’impresa; 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell’impresa».

⁽⁷²⁾ Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, ove, nel confrontare la nozione di organismo di diritto pubblico con quella di impresa pubblica, si rileva che «Esiste poi un elemento costituito dall’influenza dominante che si atteggia diversamente a seconda della specificità della fattispecie: mentre per l’organismo di diritto pubblico si tratta di un elemento indefettibile di identificazione dell’ente, per l’impresa pubblica la sua presenza dipende, alla luce di quanto previsto dall’art. 2449 c.c., dalla composizione, maggioritaria o minoritaria, della compagine societaria».