

L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'*in house providing* tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”

Elisabetta Codazzi

Sommario: 1. Le società a partecipazione pubblica e il diritto societario: considerazioni introduttive. – 2. Il controllo analogo tra concezione giurisprudenziale e definizione normativa. – 3. Il controllo analogo tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”: inquadramento sistematico del fenomeno. – 4. La configurazione cd. “privatistica” della società *in house*. – 5. L'esercizio del controllo analogo nella s.p.a. *in house* tramite deroga all'art. 2380-*bis*, c.c. – 6. L'esercizio del controllo analogo nella s.r.l. *in house* e i “particolari” amministrativi. – 7. Conclusioni.

1. *Le società a partecipazione pubblica e il diritto societario: considerazioni introduttive*

Il rapporto tra società a partecipazione pubblica e diritto societario può essere visto in una duplice prospettiva: quello della riconducibilità di tale fenomeno nell'alveo della disciplina delle società di capitali e quello ulteriore volto a verificare la valenza sistematica che specifiche previsioni dettate nel settore speciale delle partecipazioni pubbliche possono avere anche al di fuori di tale contesto¹. In

¹ Sul tema delle società a partecipazione pubblica e del loro rapporto con il diritto societario, nonché sui relativi riflessi sistematici sulla disciplina delle società di capitali, la letteratura è vastissima: per un quadro sistematico aggiornato della materia, si veda, in particolare, la relazione di F. Goisis, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico* pubblicata in questa Rivista, 2019, n. 2, 11 ss. (e Id., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. ec.*, 2013, 41 ss. e più diffusamente in *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, spec. 113 ss.). Tra gli altri contributi, si vedano C. Angelici, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in Aa.Vv., *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, 15 ss.; G. Guizzi, *Interesse sociale e governance delle società pubbliche*, in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, Milano, 2017, 1 ss.; A. Zoppini,

tale prospettiva, si valterebbe non solo l'influenza del diritto societario sul sistema delle società partecipate, ma anche gli effetti che la disciplina di queste ultime può avere sul sistema².

Sulla prima questione, sinora ampiamente dibattuta a livello dottrinale e giurisprudenziale, il legislatore è intervenuto stabilendo che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (art. 1, comma 3, t.u.)³.

La società a partecipazione pubblica: verso una public corporate governance?, in *Riv.dir.comm.*, 2018, I, 19 ss.; G. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, spec. 395 ss.; F. Galgano, *Le società per azioni in mano pubblica*, in *Trattato di diritto civile*, Padova, 2015, vol. IV; C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in *Aa.Vv., Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 1 ss.; sul tema più specifico delle società *in house*, sia consentito rinviare a E. Codazzi, *La società in house, La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, spec. 95 ss.; di recente anche P. Pettiti, *Gestione e autonomia delle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, spec. 13 ss.

² Diverse, infatti, sono quelle disposizioni che, dettate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs., n. 175/2016, definito, di qui in poi, come "t.u."), finiscono col prendere posizione su questioni di diritto societario incerte o comunque assai dibattute, anticipando in tal modo possibili futuri orientamenti del legislatore su tali argomenti: si pensi all'art. 13, comma 2, t.u., che estende anche alle s.r.l. il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. (sul sistema dei controlli, si veda, più in generale, F. Fracchia, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 855 ss.), previsione introdotta dal codice sulla crisi di impresa ai sensi dell'art. 379, comma 2, che prevede l'applicazione di tale procedura alla società anche se priva del collegio sindacale. Altre previsioni di particolare rilevanza sul piano sistematico sono, come vedremo, quelle che, al fine di consentire al socio pubblico l'esercizio del controllo cd. "interno" nelle società miste e del controllo analogo nelle società *in house* (artt. 16 e 17 t.u.), consentono agli statuti di introdurre clausole di deroga all'art. 2380-bis, c.c.: partendo da tali disposizioni, ci si può pertanto interrogare sulla opportunità di mantenere o limitare la regola di competenza esclusiva degli amministratori in materia gestoria, essendo tale regola derogata in altri settori dell'ordinamento anche su influsso del diritto comunitario (in tal senso, ad esempio, la previsione in tema di cd. *say on pay* di cui all'art. 123-ter, comma 6, TUF, su cui E. Codazzi, *Il voto degli azionisti sulle politiche di remunerazione degli amministratori: la disciplina italiana e il modello comunitario di "say on pay"*, in *Riv. ODC*, 2016, 21 s.).

³ Antecedente rispetto a tale norma, nel senso di qualificare in senso privatistico lo statuto delle società partecipate, è la previsione (ora abrogata dall'art. 28, comma 1, lett. q), t.u.) con cui si chiariva che «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali» (art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012). Secondo i relativi atti parlamentari, tale disposizione sarebbe stata volta «[...] ad imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva "entificazione" pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione» (Servizio Studi del Senato, *Dossier*, n. 382 del luglio 2012, n. 3). In più occasioni, le stesse Sezioni unite hanno sottolineato come la norma avrebbe eliminato qualsiasi dubbio circa l'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, avendo la stessa «una natura esplicitamente interpretativa e come tale efficacia retroattiva», ovvero, costituendo «clausola normativa ermeneutica generale (norma di chiusura)», che, salvo deroghe espresse imporrebbe all'interprete «[...] di optare comunque per l'applicazione della disciplina del codice civile in materia di società di capitali»: tra le molte in tal senso, Cass., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, par. 2, in *Giur. comm.*, 2017, II, 817 ss., con nota di E. Codazzi, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni unite alla luce del testo unico sulle società partecipate*; nello stesso senso, Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 333 ss., con nota di P. Pettiti, *Soggettività e fallimento della società in house*; Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1041 ss., con nota di K. Martucci, *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azio-*

Ciò significa, in altri termini, che, in assenza di specifiche previsioni derogatorie, le società partecipate sono regolate dalle stesse norme applicabili alle altre società, laddove, qualora le disposizioni di deroga vi siano, queste debbono attenersi al limite della «proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica» (art. 18, comma 1, lett. *a*), legge delega, n. 124/2015).

La stessa precisazione, secondo cui le deroghe sono ammissibili solo nella misura in cui trovino fondamento in specifiche disposizioni del testo unico, induce a ritenere che (in continuità con quanto previsto *ex art.* 4, comma 13, d.l., n. 95/2012), dette deroghe debbano essere sempre espresse e non implicitamente ricavabili dalla legge o, addirittura, da principi generali dello stesso ordinamento⁴.

Sotto il secondo versante, non sfugge, invece, come nell'ambito del d.lgs., n. 175/2016 («Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica», così come modificato dal successivo decreto cd. «correttivo», n. 100/2017), sia possibile rinvenire, accanto a norme che si riferiscono a specifici modelli di società partecipata (e, in particolare, le società a controllo pubblico, le società a partecipazione mista pubblico-privata e le società *in house*⁵), alcuni frammenti di un più generale statuto di s.r.l. e s.p.a. a partecipazione pubblica, che rendono necessario

nista e giurisdizione; nel senso di rinvenire in tale disposizione una conferma in senso privatistico della società in mano pubblica, anche Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, *ivi*, 2014, II, 5 ss., con nota di C. Ibba, *Responsabilità erariale e società in house*, e, *ivi*, 2015, II, con nota di E. Codazzi, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*.

⁴ Una siffatta interpretazione si rivelerebbe, del resto, coerente con la previsione di cui all'art. 18, comma 1, legge delega, secondo cui uno dei fini prioritari dell'intervento legislativo avrebbe dovuto essere quello «di assicurare la chiarezza della disciplina», il quale sembrerebbe escludere l'ammissibilità di interpretazioni non fondate su dati espressi ed oggettivi. Lo stesso principio sembrerebbe ricavabile *ex art.* 16, comma 2, legge delega, che si proponeva di realizzare un intervento legislativo volto a realizzare «le modifiche strettamente necessarie», un «coordinamento formale e sostanziale» delle disposizioni del testo unico, la «risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia», nonché a prevedere abrogazioni esplicite. In più occasioni, la Corte dei Conti ha, del resto, sottolineato la necessità che le deroghe alla disciplina civilistica siano dettagliate e circoscritte, al fine di non alterare il regime della concorrenza: così, Corte Conti, sez. riunite in sede di controllo, *Audizione su Atto di Governo 297 riguardante gli Organismi partecipati*, giugno 2016, 6; e vedi da ultimo anche Corte Conti, sez. Autonomie, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali*, Relazione 2017, Deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG, in www.corteconti.it, 15.

⁵ In conformità del principio di legge delega *ex art.* 18, comma 1, lett. *a*) (che invitava il legislatore a tener conto, nell'emananda disciplina, della «distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa [...]»), il testo unico sembrerebbe aver introdotto una normativa «a cerchi concentrici», composta, sia da disposizioni destinate ad essere applicate «in trasversale» a tutte le società rientranti nel suo ambito applicativo, sia da ulteriori previsioni, invece, specificamente volte a regolare talune peculiari fattispecie: equipara la normativa del testo unico ad un «sistema di cerchi concentrici», composto da una «disciplina base che riguarda tutte le forme di sottoscrizione, e modifica delle partecipazioni» e discipline specifiche o di settore, G. Giannelli, *La gestione delle partecipazioni pubbliche*, in Aa.Vv., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, cit., 129; riconosce, nell'ambito delle società partecipate, diversi gradi di «specialità», G. Rossi, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in Aa.Vv., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, 31 ss., *ivi*, 36 ss.

interrogarsi sulla relativa portata sistematica, nonché sull'influenza che gli stessi possono avere sulla rilettura di questioni centrali per il diritto societario⁶.

Entrambe le citate prospettive di analisi assumono rilevanza con riferimento alla figura del controllo analogo e, più in generale, dell'*in house providing*, la cui compatibilità con il diritto societario rappresenta uno dei più significativi punti di emersione del controverso rapporto tra pubblico e privato nelle società partecipate, su cui il legislatore, neppure a seguito dell'introduzione del testo unico, pare essere pervenuto ad un punto di svolta⁷.

A tal riguardo, infatti, l'art. 16, comma 2, lett. a), t.u., stabilendo che gli statuti delle s.p.a. possono derogare all'art. 2380-*bis*, c.c., al fine di consentire l'esercizio del controllo analogo, affronta il principale nodo concettuale della materia dell'*in house providing* ma non lo scioglie del tutto, demandando all'interprete il compito di individuare i legittimi spazi di deroga (di un precetto altrimenti inderogabile⁸) e, in ultima analisi, di compatibilità tra il fenomeno in questione e il diritto societario⁹.

⁶ In particolare, oltre alle previsioni che impongono alla s.r.l. a controllo pubblico una struttura "capitalistica" (prevedendo l'obbligo di nominare, ai sensi dell'art. 3, comma 2, t.u., l'organo di controllo o un revisore), o a quelle che, come già accennato, la sottopongono al procedimento di cui all'art. 2409 c.c. (art. 13, comma 2), si possono menzionare anche le disposizioni del t.u., che esamineremo nei paragrafi successivi, volte a limitare l'ingerenza nella gestione del socio pubblico, attraverso il divieto di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva (art. 11, comma 2) o l'introduzione di clausole statutarie volte a derogare, nelle s.r.l. miste, all'art. 2479, comma 1, c.c., «nel senso di eliminare o limitare la competenza dei suoi soci» (*infra* par. 6).

⁷ Sul tema, si veda E. Codazzi, *La società in house*, cit., 201 ss. Per una ricostruzione, anche giurisprudenziale, dell'*in house providing*, si vedano, in particolare, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1040 ss.; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in R.D.S., 2012, 199 ss.; Id., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in Aa.Vv., *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze, Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, diretto da P. Benazzo, M. Cera, S. Patriarca, Torino, 2011, 501; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica, La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012, spec. 290 ss.; E. Codazzi, *Società in house providing*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 953 ss.

⁸ La norma è ritenuta inderogabile, in quanto espressione del principio di divisione dei poteri tra organi sociali (che, come noto, nella società di capitali funge da contrappeso rispetto alla "irresponsabilità" dei soci per le obbligazioni sociali) (per tutti, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Torino, 2015, 355; in tema, anche G. Guizzi, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis, c.c.*, in Aa.Vv., *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, vol. 2, 1043 ss.).

⁹ Sottolinea come la disciplina di cui all'art. 16, prevedendo una facoltà di deroga, consente di ipotizzare che il fenomeno possa realizzarsi anche senza l'attribuzione di poteri gestionali in capo al socio pubblico, G. Caruso, *op. cit.*, 327.

2. Il controllo analogo tra concezione giurisprudenziale e definizione normativa

Nell'accingersi ad affrontare le questioni prospettate nel precedente paragrafo, non si può prescindere da un preliminare esame della fattispecie del controllo analogo, il quale, nella versione consolidata presso la giurisprudenza comunitaria e nazionale, si presenta come un "*quid pluris*" rispetto al mero controllo societario, che si differenzia rispetto ad esso per una maggiore effettività ed incisività dell'influenza esercitata dal socio (pubblico) sulle scelte più rilevanti per la società partecipata (di regola in via totalitaria)¹⁰.

Tale configurazione discenderebbe dalla più tradizionale visione della società *in house* quale entità priva di una propria autonomia ontologica, teleologica (e secondo le tesi più estreme addirittura patrimoniale¹¹), come riecheggia in un consolidato orientamento della giurisprudenza interna, secondo cui la società *in house* avrebbe della società solo la forma esteriore, costituendo "un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione" da cui promana (ovvero un mero "ufficio interno" della stessa) e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo¹².

Il rapporto tra ente affidante e società affidataria implicherebbe, perciò, l'esercizio di un'influenza dominante dell'uno sull'altra anche attraverso l'utilizzo di strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento delle

¹⁰ Come non ha mancato di rilevare una nota pronuncia delle Sezioni unite, il controllo analogo si caratterizzerebbe per un' "anomalia" rispetto al comune diritto societario, che la distinguerebbe dall'influenza dominante di cui all'art. 2359 c.c., trattandosi di "un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante autonomia gestionale": Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.2, cit. La giurisprudenza amministrativa sottolinea come ai fini dell'*in house* non sia tanto rilevante la presenza del controllo totalitario, quanto, piuttosto, la sussistenza di disposizioni che assicurino all'ente pubblico il ruolo di *dominus*: si vedano, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181, in www.iusexplorer.it, che ha ritenuto insussistenti i requisiti del controllo analogo esercitato dalla Regione Puglia nei confronti della società affidataria, in quanto dalle norme statutarie non è stato possibile evincere controlli di tipo gerarchico come quelli che giustificano l'affidamento *in house*; T.A.R. Brescia (Lombardia), sez. II, 23 settembre 2013, n. 780, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2013, 2695; e anche T.A.R. Milano (Lombardia), 22 marzo 2012, n. 892, ivi, 2012, 693.

¹¹ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.3., cit.

¹² Tra le ultime pronunce in tal senso, Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Dir. & Giust.*, 15 marzo 2016; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giur.it.*, 2015, 1976, spec. punto 14; Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, in *Foro amm.*, 2015, 3101; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2515, in *Foro amm.*, 2015, 1437; Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46, punto 5, in *Foro it. C.D.S.*, 2013, 2285; T.A.R. Roma (Lazio), sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032, punto 1, in *Foro amm.*, 2016, 1589.

società di capitali, in modo da rendere il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica¹³.

In quest'ottica, come precisa un costante insegnamento della giurisprudenza comunitaria, il controllo analogo deve essere «effettivo, strutturale e funzionale»¹⁴, nonché, talmente penetrante da risultare incompatibile con «ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma» dall'organo amministrativo¹⁵. Di conseguenza, esso non sarebbe configurabile in presenza di una previsione statutaria che riservi agli amministratori la «facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale»¹⁶.

La stessa giurisprudenza interna, a sua volta, precisa come la fattispecie del controllo analogo presupponga che, da un lato, il consiglio di amministrazione della società non abbia «rilevanti poteri gestionali» e, dall'altro, l'ente pubblico controllante sia in grado di esercitare «poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale»¹⁷.

¹³ Così, Cons. St., sez. V, 29 maggio 2017, n. 2533, in *Foro amm.*, 2017, 1046. A tale proposito la Corte di Giustizia aveva avvertito già nella sentenza cd. Teckal, (Corte Giust. UE, sez. V, 18 novembre 1999, in causa C-107/98 *Teckal* s.r.l. contro Comune di Aviano, in *Racc.*, 1999, I-8121), che deve trattarsi di «un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione coordinamento e supervisione... che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione»; tale conclusione è stata ribadita anche nella sentenza Corte Giust. UE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, punto 49 (in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271 ss); Corte Giust. UE, I, 13 ottobre 2005, C-458/03 in *Giur. comm.*, 2006, II, 777 ss., con nota di I. Demuro, *La compatibilità del diritto societario con il modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*.

¹⁴ Corte Giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13, in *Foro it. C.D.S.*, 2013, 2285.

¹⁵ E si veda in questi termini il Corte Giust. UE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, cit.

¹⁶ Corte Giust. UE, I, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, punto 67-68, cit. La Commissione europea in una nota al governo italiano ha precisato come il controllo analogo qualifichi «un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Solo a tali condizioni si può ritenere che fra amministrazione ed aggiudicatario non sussista, agli effetti pratici, un rapporto di terzietà rilevante ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici» (Commissione europea, Costituzione in mora del Governo italiano, 26 giugno 2002, n. C(2002) 2329, par. 35, in www.dirittodeiservizipubblici.it).

¹⁷ Così, Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1119; Cons. St., sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716, in *Foro amm.*, 2015, 1972; Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 118, cit.; Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, 365; Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1739; Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Giur. it.*, 2005, 851. Sottolinea la necessità di un rapporto di «subordinazione gerarchica» tra ente pubblico e amministratori della società, Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.2., cit.; e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 10 febbraio 2014, in *Soc.*, 2014, 749; Trib. Verona, 7 aprile 2010, *Giur. merito*, 2012, 1347. Si veda anche la Circolare del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio del 6 dicembre 2004 (Affidamento in House del servizio idrico integrato), la quale disponeva che «è obbligatorio che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano che la società sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. In particolare le determinazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attività sociale, quali il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo ed equivalenti, dovranno essere approvati dagli enti partecipanti alla società. Gli amministratori e il Direttore della s.p.a. saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari».

L'art 2, comma 1, lett. c), t.u., a sua volta, recependo una nozione già consolidata presso la giurisprudenza comunitaria, definisce il "controllo analogo" come «la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata»¹⁸.

Con tale definizione, il testo unico si limita quindi ad individuare l'oggetto del controllo analogo, ma non le ulteriori caratteristiche che contraddistinguono lo stesso e, in particolare, la sua intensità, rimettendo così all'interprete il non facile compito di coordinare la fattispecie normativa con quella giurisprudenziale¹⁹.

3. *Il controllo analogo tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe": inquadramento sistematico del fenomeno*

Al fine di meglio delimitare l'ambito del controllo analogo nelle società di capitali e di desumere gli spazi di compatibilità dello stesso con i principi che ne stanno alla base, è necessario partire dai vincoli posti dai criteri direttivi della legge delega, che, assumendo una portata precettiva per tutte le società rientranti nell'ambito di applicazione del testo unico, rappresentano, perciò, necessariamente la cornice entro cui riportare la lettura del fenomeno dell'*in house providing*.

Punto di partenza imprescindibile di tale analisi è il principio di cd. "proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica" di cui all'art. 18, comma 1, lett. a), legge delega, il quale – secondo quella che sembrerebbe l'interpretazione preferibile, anche per coerenza con il diritto comunitario – dovrebbe essere inteso in una duplice accezione, ovvero, da un lato, che una deroga è ammissibile solo nella misura in cui la sua introduzione sia strettamente strumentale (appunto "proporzionata") alla soddisfazione dell'interesse pubblicistico che la giustifica e, dall'altro lato, che, in presenza di più alternative volte ad assicurare il medesimo risultato, vada prescelta quella che meno si scosta dalla disciplina generale e produce gli effetti meno dirompenti per il sistema²⁰.

¹⁸ In questo senso, Corte Giust. UE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, punto 65, cit.; Corte Giust. UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, punto 28, caso cd. *Coditel Brabant*, in *Racc.*, 2008, I, 8457; Corte Giust. UE, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, punto 65, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, 127.

¹⁹ Il tema è stato di recente affrontato da L. D'Angelo, *La società in house quale "elemento normativo della fattispecie" nell'interposito legislatoris sulla giurisdizione contabile recata dal T.U. società partecipate*, in www.giustamm.it, giugno 2018, 1 ss., dove, appunto, dà conto della problematica "convivenza" tra modello legale e modello pretorio di *in house providing*.

²⁰ Il principio di "proporzionalità" trova, ad esempio, espressione nell'ambito della giurisprudenza in tema di "golden shares" (su cui Corte giustizia UE, Grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05, punto 73, caso cd. *Volkswagen*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, I, 383, con nota di F. Goisis, *La natura della società in mano pubblica tra interventi della Corte europea di Giustizia e del legislatore nazionale*); si veda anche l'art. 16, comma 1, lett. c), Direttiva 2006/123/ CE (in tema di "Libera prestazione di servizi"), che appunto chiarisce la "proporzio-

In tal senso, sembrerebbe deporre anche la giurisprudenza comunitaria in tema di cd. “*golden shares*”, che, nell’ottica di realizzare una parità di trattamento tra soci pubblici e soci privati, ha, come noto, ritenuto non conforme al principio di libera circolazione dei capitali tra gli Stati membri l’attribuzione ai primi di poteri sproporzionati e non giustificati da oggettive ragioni di interesse pubblico²¹.

Alla luce di tali precisazioni, sembrerebbe allora potersi giungere ad un primo punto fermo nella specificazione dei limiti del controllo analogo, ovvero, quello per cui una soluzione volta a privare significativamente l’organo amministrativo dei suoi poteri decisionali o addirittura a subordinarne le decisioni alla volontà del socio pubblico – come parrebbe discendere dall’impostazione giurisprudenziale più rigida – oltrepasserebbe la soglia della proporzionalità, disponendo il diritto societario di strumenti meno invasivi (che si vedranno nei prossimi paragrafi) per realizzare il medesimo fine (ovvero, quello di garantire l’esercizio concreto, effettivo e continuativo di quel controllo analogo che la legge si

nalità” nel senso che “i requisiti sono tali da garantire il raggiungimento dell’obiettivo perseguito e non vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo”. Secondo la giurisprudenza europea, il principio di cd. “proporzionalità” è rispettato quando gli atti normativi e amministrativi delle istituzioni europee e quelli statali in esecuzione di obblighi dell’Unione europea o in deroga al diritto eurounitario «non superino i limiti di quanto è opportuno e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa [...], fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure idonee, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti» (si vedano, ad esempio, Corte Giust. UE, 15 febbraio 2016, C-601/15, in *Foro it.*, 2016, 565; Corte Giust. UE, 22 gennaio 2013, C-283/11, in *Giur.comm.*, 2014, II 129; Corte Giust. UE, 23 ottobre 2012, C-581/10 e C-629/10, in *Foro it.*, 2013, IV, 101; Corte Giust. UE, 9 marzo 2010, proc. riun. C-379/08 e C-380/08, in *Foro it.*, 2010, IV, 557; Corte Giust. UE, 8 luglio 2010, C-343/09, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1348). Per maggiori approfondimenti anche sulla prassi applicativa di tale principio da parte della giurisprudenza amministrativa, si veda S. De Nitto, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2017, 1035 ss.

²¹ Tra le pronunce più significative in materia di “*golden shares*”, si vedano, Corte giustizia UE, Grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05, cit., secondo cui “L’adozione di una legge da parte di uno Stato membro con la quale si riconoscono diritti speciali di voto e di nomina dei rappresentanti nel Consiglio di sorveglianza di una società è una violazione del principio della libera circolazione dei capitali perché ha l’effetto di dissuadere gli investimenti da parte di azionisti di altri Stati. Spetta poi allo Stato in causa dimostrare che l’adozione di una legge con la quale sono previste misure a vantaggio di autorità pubbliche è giustificata da interessi legittimi, come la tutela dei lavoratori e dei piccoli azionisti, e sia necessaria e proporzionale rispetto all’obiettivo perseguito”; Corte Giust., UE, sez. I, 6 dicembre 2007, in causa C-464/04 (caso cd. *AEM*), in *Giur.comm.*, 2008, II, 576, con nota di I. Demuro, *L’incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.* (secondo la pronuncia, tale disposizione, «Fornendo agli azionisti pubblici uno strumento che permette loro di limitare la possibilità degli altri azionisti di partecipare alla società con l’obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest’ultima, che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo [...] è idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri Stati membri dall’investire nel capitale di tale società e costituisce dunque una restrizione dei movimenti di capitali»); Corte Giust., UE, sez. III, 26 marzo 2009, C-326/07, ivi, 2009, II, 629 ss., con nota di I. Demuro, *La necessaria oggettività per l’esercizio dei poteri previsti dalla golden share*; anche Corte Giust. UE, sez. IV, 08 novembre 2012, n. 244, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2706; Corte Giust. UE, sez. I, 10 novembre 2011, C-212/09, in *Foro amm.*, 2012, 4, 84; Corte Giust. UE, 8 luglio 2010, C-171/08, in G.U.C.E., 2010 C-234, 4-4, punto 50; Corte Giust. UE, 28 settembre 2006, C-282/04 e C-283/04, in *Racc.*, 2006, I-09141, punto 20.

limita a definire come “influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni più significative per la società”²².

Questa conclusione sembrerebbe avvalorata da un altro principio della legge delega, ovvero, quello *ex art. 18, comma 1, lett. l)*, del cd. “operatore di mercato” (in altre sedi definito come “investitore privato”²³), da intendere come un più generale *standard* di comportamento che il socio pubblico dovrebbe tener presente nell'improntare i rapporti economici con la società partecipata: se letto in combinato disposto con gli artt. 97, comma 1, Cost. (norma dalla quale si ricava una sorta di principio di cd. “super economicità dell'azione amministrativa”) e 1, comma 2, t.u. (che impone di applicare le disposizioni del testo unico, tenendo conto – tra l'altro – dei criteri di economicità, efficienza gestionale, tutela e promozione della concorrenza²⁴), il criterio del cd. “operatore di mercato” porrebbe, perciò, a carico dell'ente pubblico il dovere di valorizzare, tanto la redditività del proprio investimento societario, quanto la lucratività della stessa società partecipata, anche *in house* (come, ad esempio, confermano, quelle previsioni che correlano ai risultati di gestione realizzati, sia la misura dei compensi degli amministratori, sia la previsione di una giusta causa di revoca nei confronti degli stessi)²⁵.

²² La stessa previsione di cui all'art. 16, comma 2, lett. a), correlando la facoltà di deroga agli artt. 2380-bis, 2409-novies, c.c., al soddisfacimento di esigenze specifiche («Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1»), sembra connotarsi come disposizione di carattere eccezionale e, in quanto tale, oggetto di interpretazione restrittiva: V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1073. In questi termini, Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2019, con nota di E. Codazzi, *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all'art. 2380-bis, c.c.: una prima pronuncia sull'art. 16, comma 2, lett. a), t.u.*, che, appunto, precisa come le deroghe statutarie siano ammesse “nei limiti del rapporto di strumentalità tra esse e il fine di realizzare il controllo analogo” e, trattandosi di norme che fanno eccezione a regole generali, le stesse «non possono che essere intese in senso restrittivo, come imposto dall'art. 14 disp. prel. c.c.»: da ciò ne conseguirebbe, pertanto, che, con la formula di controllo analogo adottata dal TUSP, «da un lato, si prevede che l'influenza dell'ente pubblico controllante si estrinsechi soltanto a livello della cd. alta amministrazione della società controllata – senza annullare, cioè, l'autonomia gestionale ed esecutiva del suo organo amministrativo – dall'altro, si attribuisce rilevanza all'esercizio effettivo del potere di controllo dell'ente controllante, cioè alla sua direzione gestionale e organizzativa cui la società *in house* è esercitata».

²³ Secondo quanto precisato dalla Comunicazione della Commissione europea sull' “*Applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE alla partecipazione delle autorità pubbliche ai capitali delle imprese*”, in *Boll. CEE*, 1984, n. 9, 93, «non vi è aiuto pubblico quando, in occasione di nuovo capitale in imprese, tale apporto si verifica in circostanze che sarebbero accettabili per un investitore privato operante nelle normali condizioni di economia di mercato» (par. 3.2.).

²⁴ Stabilisce l'art. 1, comma 2, t.u., che «Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica». La stessa Relazione illustrativa *sub art. 6 t.u.* (recante i “*Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*”) specifica come tale disposizione razionalizzi la *governance* delle società a controllo pubblico, dettando «i principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione di tali società, secondo criteri di economicità, di efficacia e di efficienza».

²⁵ Sul criterio dell'“operatore di mercato”, che rinvierebbe a quella figura, ben nota alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato *ex art. 107 TFUE*, di «investitore privato, operante in normali condizioni di mercato», e sulla sua interpretazione come canone di comportamento per il socio pubblico nei rapporti di natura economica con la partecipata, nonché, come argomento per avvalorare la tesi della lucratività della stessa, si veda F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubbli-*

È allora evidente, alla luce di tali precisazioni, che, in mancanza di deroghe legislative in senso contrario e in presenza, invece, di una sostanziale parificazione della società pubblica a quella privata, sul piano della fattispecie oltre che della disciplina applicabile (arg. *ex art.* 1, comma 3, t.u.), non sarebbe ammissibile – in quanto non coerente con tali principi – un modello di gestione sociale improntato a logiche non compatibili con la prospettiva economica e lucrativa caratterizzante qualsiasi società di capitali: come, infatti, confermano anche le Sezioni unite in una recente pronuncia, il socio pubblico che detiene una quota in una società privata ha «il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del maggior risultato possibile»²⁶.

Si pensi, oltretutto, che, in mancanza di deroghe in senso contrario, il rinvio *ex art.* 1, comma 3, t.u., renderebbe applicabili alle società partecipate le disposizioni di cui al capo IX del codice civile in tema di direzione e coordinamento di società, sottoponendo l'ente pubblico che abbia agito in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale alla responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c.²⁷.

Tale conclusione è confermata dal recente d.lgs., n. 14/2019, in materia di crisi di impresa, che definisce il “gruppo di imprese” come «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato [...], sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto» (art. 2, comma 1, lett. *h*)).

Di conseguenza, pare evidente che l'adozione di un modello di *in house providing* fondato sulla drastica compressione dell'autonomia gestionale della società e

ca nel nuovo Testo unico sulle partecipate, in questa *Rivista*, 2017, 1 ss., e, da ultimo, Id., *Il Testo unico*, cit., 14 ss.; per ulteriori riflessioni su tali spunti, nonché, sull'interpretazione del principio di cui all'art. 97, comma 1, Cost., si veda E. Codazzi, *La società in house*, cit., 186 ss., e 194 ss., ove, appunto, si dà conto di disposizioni, che, nel determinare i compensi degli amministratori (art. 11, comma 6, t.u.) o la giusta causa di revoca degli stessi in società pubbliche locali titolari di affidamento diretto (art. 21, comma 3, t.u.), si basano, tra l'altro, sulla produzione di risultati di gestione (negativi).

²⁶ Come ha ribadito anche una recente pronuncia delle Sezioni unite, «il socio pubblico che detiene una quota del patrimonio di una società privata ha il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del maggior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale»: Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17188, par. 5, in www.dirittodeiservizi pubblici.it. Vedi anche Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, par. 4, in www.foroitaliano.it, che sottolinea come solo in presenza di una espressa disposizione legislativa, con specifiche deroghe al codice civile, potrebbe affermarsi «la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c.», laddove, in mancanza di tale intervento esplicito, il fenomeno resterebbe quello di una «società di diritto comune, nella quale pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono».

²⁷ Diffusamente, E. Codazzi, *La società in house*, cit., 239 ss.; ma *contra* M. Carlizzi, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, spec. 364 ss.

quindi sulla compromissione della sua vocazione lucrativa sarebbe idonea a configurare una violazione *in re ipsa* dei principi di corretta gestione sopra menzionati²⁸.

D'altra parte, proprio il rischio di una moltiplicazione di obblighi risarcitori a carico dell'ente pubblico, con le inevitabili conseguenze che ne possono discendere in termini di danno erariale, sembrerebbe avere funzione deterrente rispetto ad un uso distorto dei pubblici poteri sulla gestione della società *in house*, così portando a ridimensionare i poteri del socio pubblico che esercita il controllo analogo.

4. La configurazione cd. "privatistica" della società in house

Il tema della configurazione del controllo analogo non può prescindere dalla più generale qualificazione in senso cd. privatistico della società *in house*, ricondotta – ai sensi della più volte citata previsione di cui all'art.1, comma 3, t.u. – alla disciplina codicistica delle società di capitali e quindi, in mancanza di deroghe contrarie da parte del testo unico, alla fattispecie *ex art.* 2247 c.c.²⁹.

La stessa impostazione pare ulteriormente confermata dalla sottoposizione della società *in house* a fallimento *ex art.* 14, comma 1, t.u., norma che sembrerebbe assumere una rilevanza sistematica più ampia, tanto sotto il profilo della configurazione giuridica della fattispecie (quale società in senso proprio) e della sua natura (privatistica), quanto sulla selezione dei suoi fini (economico-lucrativi) ed interessi rilevanti³⁰.

Come più approfonditamente esposto in altre sedi (a cui si rinvia³¹), la natura cd. privatistica della società *in house* non pare smentita da altre disposizioni del testo unico, sia perché lo stesso non ha introdotto deroghe esplicite in tal senso,

²⁸ E. Codazzi, *La società in house*, cit., 261 ss.; negli stessi termini, F. Fimmanò, *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, vol I, Roma, 2016, 76 s.

²⁹ Si veda, in particolare, in questo senso, Cass., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, cit., ove, appunto, precisa che «Le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società *in house*; sicché il principio generale dettato dal 3° comma dell'art. 1, t.u., è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano specifiche disposizioni di segno diverso».

³⁰ Sulla qualificazione giuridica della società *in house*, tra i molti, P. Pettiti, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, spec. 13 ss.; V. Parisio, *Quando la forma non è garanzia della sostanza: procedure fallimentari per la società in house, nomina-revoca e responsabilità degli amministratori*, in Aa.Vv., *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, Atti del XX Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo, Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014, a cura di M.A. Sandulli, L. Vandelli, Napoli, 2016, 313 ss., spec. 317 ss. Sulla rilevanza sistematica dell'art. 14 t.u., E. Codazzi, *La società in house*, cit., 137 ss.; E. Codazzi, F. Goisis, *La crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, 395 ss.

³¹ Si veda E. Codazzi, *La società in house*, cit., 123 ss., spec. 153 ss.

sia perché, anche qualora si volesse correlare la previsione della giurisdizione contabile *ex art. 12, comma 2, t.u.*, alla natura erariale del danno prodotto al patrimonio della società *in house* da parte dei suoi amministratori, ciò non sarebbe sufficiente a dimostrare l'intento legislativo di operare una riqualificazione in senso pubblicistico della fattispecie (e ciò anche perché, come già accennato, le deroghe alla disciplina codicistica *ex art. 1, comma 3, t.u.*, dovrebbero essere espresse e non implicitamente ricavabili da altre disposizioni del testo unico, se non, addirittura, del sistema in generale)³².

Coerentemente con tale lettura, sembrerebbe allora doversi ritenere che anche il controllo analogo vada rivisto in un'ottica di stretta compatibilità con la natura privatistica e societaria del fenomeno, come pare discendere da quella previsione che, al fine precipuo di evitare aggravii alla spesa pubblica derivanti dalla moltiplicazione di organi sociali, vieta di istituire «organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società» (art. 11, comma 9, lett. *d*)³³.

Tale divieto sembrerebbe, infatti, contenerne implicitamente un altro, ovvero, quello volto a precludere all'autonomia privata di fare un uso "atipico" o "anomalo" degli organi sociali previsti invece come tipici dalla disciplina codicistica delle società di capitali³⁴.

In particolare, se riferita alle società *in house*, tale interpretazione della norma sembrerebbe confermare l'idea che la deroga all'art. 2380-*bis*, c.c., non possa spingersi fino al punto di realizzare un significativo esautoramento dell'organo amministrativo o comunque una rilevante privazione del suo potere di autodeterminazione³⁵.

³² Sul tema della qualificazione del danno al patrimonio della società *in house*, si vedano C. Ibba, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in questa Rivista, 2017, 249 ss.; Id., *La responsabilità*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 165 ss.; E. Codazzi, *La società in house*, cit., 140 ss., anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

³³ Per questa lettura, si veda anche Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, cit., secondo cui il divieto di cui all'art. 11, comma 9, lett. *d*, t.u., sarebbe riconducibile al principio di cui all'art. 2380-*bis*, c.c., che impedirebbe all'organo amministrativo di "alienare" le funzioni "originarie" di pianificazione, coordinamento, organizzazione e supervisione dell'attività. In tal senso, parrebbe orientata anche L. Picardi, *Strutture e principi di governance*, in Aa.Vv., *La governance nelle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*, cit., 49; si veda altresì C. Ibba, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in A.G.E., 2015, 411.

³⁴ Una diversa soluzione, del resto, dovrebbe contemplare una deroga (invece non prevista dal testo unico) a quello stesso art. 2380 c.c., che ammette, quale unica alternativa ai sistemi ordinari di amministrazione e controllo, l'introduzione dei modelli dualistico o monistico se lo statuto dispone in tal senso. Ritiene invece possibile l'istituzione per via statutaria di organi sociali atipici, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1073, che quindi sembrerebbe non ritenere applicabile alle società *in house* l'art. 11, comma 9, t.u.; si veda F. Luciani, *Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 749 ss., che, sia pure prima dell'entrata in vigore del testo unico, riteneva la costituzione di organi "atipici" inammissibile per contrarietà sia ai principi di cui all'art. 2449 c.c. sia all'art. 2380-*bis*, c.c.

³⁵ C. Ibba, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 14, il quale osserva come l'inapplicabilità di tale norma potrebbe discendere solo da un'incompatibilità con lo statuto della società *in house*, che, in tal caso, non parrebbe sussistere.

Come, infatti, precisa recente giurisprudenza di merito, il fine di realizzare il controllo analogo non può giustificare la completa deroga ad una norma tipologica della s.p.a., quale l'art. 2380-*bis*, c.c. (dovendosi, perciò, ritenere inammissibile una clausola volta a limitare la competenza dell'organo amministrativo alla sola ordinaria amministrazione)³⁶.

Pertanto, alla luce del principio di cd. "proporzionalità delle deroghe", nonché degli ulteriori spunti provenienti dal testo unico e dalla generale disciplina societaria, l'unica versione ammissibile della clausola di deroga *ex art.* 16, comma 2, lett. *a*), parrebbe quella volta, da un lato, a non privare completamente l'organo amministrativo della propria autonomia decisionale e, dall'altro, a conseguentemente ammettere il sorgere di una competenza cd. "concorrente" tra socio pubblico e amministratori su quelle materie specificamente rientranti nell'area di pertinenza del controllo analogo (soluzione, del resto, coerente con la stessa nozione di "influenza determinante", la quale sembra richiamare più una situazione di "eterodirezione strategica" della società controllata, che di «asservimento totale della controllata e degli organi della stessa, tale da annullarne ogni autonomia»)³⁷.

Se il timore paventato dalla giurisprudenza europea (e di conseguenza da quella interna), nel momento in cui estremizza la limitazione dei poteri decisionali degli amministratori, è quella che il riconoscimento di margini di autonomia in capo agli stessi possa rendere precario il controllo analogo dell'ente pubblico, tale rischio verrebbe ridimensionato in presenza di una puntuale regolamentazione statutaria dell'assetto organizzativo della società *in house*, come dimostra anche la prassi di altri ordinamenti³⁸.

³⁶ Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, cit.

³⁷ Precisa C. Ibba, *Introduzione*, cit., 14, come la stessa nozione di "influenza determinante" postula (non già la sostituzione nel ruolo di decisore, bensì) la possibilità di condizionare decisioni (che sono e restano altrui), non richiedendo, invece, l'istituzione di organi sociali (extrasociali) atipici dotati di poteri che si sovrappongono a quelli dell'organo amministrativo. Tale interpretazione sarebbe per l'A. anche quella più coerente rispetto al principio di "proporzionalità delle deroghe" cui deve rifarsi necessariamente la disciplina del testo unico. In questo senso, Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, che, appunto, accosta il controllo analogo alla direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.

³⁸ Di notevole interesse a riguardo sembrerebbe l'esame della prassi statutaria francese in tema di società *in house*, che appunto contempla clausole volte a definire oggetto, limiti e modalità di esercizio del controllo analogo da parte degli enti territoriali. Raccomanda l'introduzione di una specifica clausola volta a regolare il controllo analogo e ad assicurarne l'effettività, Observatoire social territorial, *La gestion consolidée des collectivités locales: le pilotage stratégique des satellites face aux nouveaux enjeux de management territorial*, giugno 2015, 37. Si vedano le esemplificazioni a tal riguardo contenute in Fédération des Entreprises Publiques Locales, *Spl et contrôle analogue, modalités pratiques su in house*, ottobre 2013, spec. 15 s. e appendice, specificando in apertura come l'oggetto del regolamento sia quello di definire le modalità di controllo degli enti territoriali «en matière d'orientations stratégiques de la société, en matière de gouvernance et de vie sociale, en matière d'activités opérationnelles».

5. *L'esercizio del controllo analogo nella s.p.a. in house tramite deroga all'art. 2380-bis, c.c.*

Le considerazioni sinora precisate costituiscono premessa necessaria, al fine di chiarire le modalità attraverso cui il controllo analogo può essere legittimamente esercitato sulle società di capitali ai sensi dell'art. 16, comma 2, t.u.

Sebbene la previsione di cui alla lett. *a*) attribuisca agli statuti delle s.p.a. una mera facoltà di deroga all'art. 2380-bis, c.c., la realizzazione dell'assetto organizzativo tipico dell'*in house providing* richiederebbe l'assegnazione al socio pubblico di "poteri superiori" a quelli consentiti dal diritto societario generale³⁹.

A tal fine, si rende necessario adottare un modello organizzativo fondato sulla stretta cooperazione tra organo amministrativo e organo assembleare, che operi secondo modalità atte ad assicurare l'esercizio concreto, protratto e stabile del controllo analogo sulla società: una possibile modalità per ottenere tale risultato potrebbe essere quella di determinare – attraverso la deroga all'art. 2380-bis, c.c. – una sorta di "reviviscenza" di quell'art. 2364, comma 1, n. 4, che, prima della riforma societaria, consentiva di attribuire, in virtù di specifica previsione dello statuto in tal senso, una competenza cd. "gestoria" all'assemblea su materie ivi determinate⁴⁰.

³⁹ In tal senso, le stesse Linee guida dell'Anac prevedono che l'Autorità, al fine di accertare la sussistenza del controllo analogo, debba valutare la presenza di "poteri di controllo ed di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, previsti in specifiche disposizioni dell'atto costitutivo, dello statuto o di appositi patti parasociali" e che, in caso di mancanza di tali requisiti, non si potrà procedere all'affidamento diretto nei confronti dell'organismo partecipato (Anac, deliberazione 15 febbraio 2017, n. 235, Linee guida di attuazione, n. 7, artt. 6 e 8). La stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nel parere espresso sulla previsione di cui all'art. 16, comma 2, lett. *a*), ha manifestato, infatti, perplessità nei confronti di una norma che stabilisce una "mera facoltà di deroga al principio di cui all'art. 2380-bis c.c." da parte degli statuti societari, "in quanto il mancato esercizio di tale potere manterrebbe ferma la riserva di gestione in capo agli amministratori in contrasto con la caratterizzazione delle modalità di funzionamento del controllo analogo" (Cons. St., Ad. Comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, par. 14, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, anche Cons. St., Ad. Comm. spec., 8 marzo 2017, n. 638, in *Foro amm.*, 2017, 594, *sub* art. 16, che appunto sottolinea come "in assenza delle modifiche statutarie adottate in deroga all'art. 2380-bis non sarebbe possibile disporre affidamenti in house in favore di società per azioni, perché non potrebbe concretizzarsi il requisito del controllo analogo").

⁴⁰ In realtà, l'ampia dottrina che maggiormente ha approfondito il rapporto tra assemblea e amministratori alla luce del previgente art. 2364 c.c. era riconducibile sostanzialmente ad un duplice orientamento, a seconda che si ritenesse la competenza degli amministratori in materia gestoria esclusiva (e quindi le direttive dell'assemblea) di carattere non vincolante (ad esempio, F. Galgano, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto privato e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1988, 200 ss.; V. Calandra Buonaura, *Gestione dell'impresa, e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 311 ss.; F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 5 ss.), ovvero, che si reputasse possibile per l'assemblea emanare delle direttive vincolanti, pur non riconoscendosi un dovere incondizionato da parte degli amministratori di attenersi alle istruzioni dell'assemblea e di darvi esecuzione (così, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Torino, 1999, 344 ss., testo e note, spec. 347 s.). Non sembrerebbe, invece, compatibile con le esigenze del controllo analogo la mera attribuzione all'assemblea della facoltà di deliberare *ex art.* 2364, comma 1, n. 5, sulle "autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori" (non essendo l'autorizzazione vincolante per questi ultimi): si vedano, però, F. Fimmanò, V. Occorsio, *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma "corretta"*, in *Not.*, 2017, 390, i quali ipotizzano di

Una tale interpretazione consentirebbe, infatti, di riportare l'esercizio dell'influenza determinante di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), t.u., alla fisiologia degli ordinari rapporti tra organi sociali, imponendo, perciò, al socio pubblico (che detiene la partecipazione totalitaria o quasi) di assumere le decisioni più significative per la società e quelle volte ad incidere su obiettivi strategici per la stessa nel quadro di un più ampio procedimento assembleare, con il vantaggio di rendere le relative delibere trasparenti, nonché impugnabili da parte di eventuali soci privati presenti all'interno della compagine sociale⁴¹.

La società (con delibera motivata ex art. 11, comma 3, t.u.) potrebbe, inoltre, optare per un sistema dualistico di amministrazione e controllo⁴².

In tal caso, pare che organo deputato a deliberare sulle decisioni oggetto del controllo analogo sia il consiglio di sorveglianza, non solo in quanto nominato dall'assemblea (e quindi dal socio pubblico che controlla la società in modo totalitario o quasi), ma anche perché la stessa legge ex art. 2409-terdecies, c.c., ferma restando la responsabilità dei membri del consiglio di gestione, consente di attribuirgli statutariamente l'approvazione di operazioni strategiche, piani industriali

riservare alla competenza dell'assemblea l'autorizzazione preventiva sulle decisioni di particolare significatività o aventi ad oggetto l'approvazione degli indirizzi strategici. La spontanea sottoposizione all'assemblea, da parte degli amministratori, di particolari argomenti, pur ritenuto possibile da una parte della dottrina anche a seguito della nuova formulazione dell'art. 2364, comma 1, c.c., sembrerebbe però non garantire – proprio in quanto frutto di una mera facoltà – il coinvolgimento necessario dei soci su materie oggetto del controllo analogo: in merito alla possibilità di utilizzare tale facoltà, da parte degli amministratori, si vedano, in particolare, P. Abbadessa, *La competenza assembleare in materia di gestione della s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2011, 21; P. Abbadessa-Mirone, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 288; G. Rescio, *L'assemblea e le decisioni dei soci*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statuari*, Milano, 2003, 96; M. Maugeri, *Le deliberazioni assembleari "consultive" nella società per azioni*, in Aa.Vv., *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, vol. 1, 842 s.; ma, per uno spunto in senso contrario a tale ipotesi, si veda la Relazione al d.lgs. n. 6/2003 (in *Riv. soc.*, 2003, 122 s.) («gli amministratori non possono, di propria iniziativa, sottoporre all'assemblea operazioni attinenti alla gestione sociale [...]»).

⁴¹ Ritiene che nell'ambito delle s.p.a. il legislatore abbia inteso rispettare la normale dialettica tra organi, M. Castellano, *Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione*, in Aa.Vv., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, 90; sul tema, più in generale, C. Ibba, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2015, 95 ss.

⁴² Se, come esplicita il legislatore, tale modello, attuando una traslazione di competenze dall'assemblea ad un organo professionale e responsabile, quale il consiglio di sorveglianza, risulterebbe il modello maggiormente idoneo a realizzare una dissociazione tra "proprietà" dei soci e "potere" degli organi sociali (*Relazione illustrativa*, § 6, I), tale scelta, nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, avrebbe il vantaggio di «ridurre l'impatto sulla struttura societaria di decisioni extra-sociali provenienti dall'azionista pubblico» (così, A. Guacero, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 860 s.; diffusamente in argomento, C. Ibba, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 571 ss.; da ultimo sul tema, anche con riferimento ai possibili utilizzi del sistema monistico, L. Picardi, in Aa.Vv., *Strutture e principi di governance*, Milano, 2017, 19 ss., spec. 38 ss.).

e finanziari predisposti da quest'ultimo (materie che costituiscono proprio il fulcro dell'influenza determinante su cui si fonda il controllo analogo)⁴³.

Stante l'attribuzione di compiti di indirizzo strategico al consiglio di sorveglianza e mancando una previsione che, analogamente a quanto previsto dall'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., attribuisca all'assemblea ordinaria un potere di autorizzazione su atti di gestione, si tende a ritenere quest'ultima opzione non proponibile nell'ambito del sistema dualistico⁴⁴.

Se così fosse, nulla sembrerebbe però impedire che una tale soluzione (ovvero quella volta ad attribuire all'assemblea delle competenze decisionali sulle materie oggetto del controllo analogo) possa essere legittimamente introdotta in via statutaria, proprio in termini di deroga ai sensi dell'art. 16, comma 1, lett. a), t.u. (ipotesi che potrebbe avere il vantaggio, ad esempio, di limitare le responsabilità, che, di conseguenza, graverebbero sul consiglio di sorveglianza e non anche, invece, sui componenti dell'assemblea, in quanto considerato organo "irresponsabile"⁴⁵).

Neppure si potrebbe escludere, inoltre, che il controllo analogo possa realizzarsi attraverso poteri esercitabili dal socio pubblico in sede extra-assembleare (ad esempio, tramite diritti di veto e/o voto sulle decisioni di carattere strategico o di rilevanza significativa per la società⁴⁶), soluzione già prevista dall'art. 2449 c.c. per quanto riguarda i diritti di nomina e di revoca dei rappresentanti degli enti pubblici negli organi sociali e che troverebbe, comunque, un limite in quel principio di "proporzionalità" (dei poteri e delle deroghe) già segnalato⁴⁷.

A tal proposito, il legislatore *ex art.* 16, comma 2, lett. c), t.u., ha stabilito che "in ogni caso" i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali (senza peraltro chiarir-

⁴³ In tal senso, C. Ibba, *Sistema dualistico*, cit., 582 s.; G. Buta, *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 516; N. Abriani, *Le società a partecipazione pubblica nell'osmosi tra diritto societario e diritto amministrativo: assetti proprietari, modelli di governance, operazioni straordinarie*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Napoli, 2011, 210; D.U. Santosuoso, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guertera, Torino, 2010, 140. La versione introdotta dal decreto correttivo ha eliminato, invece, la disposizione che attribuiva al consiglio di sorveglianza *ex lege* (e quindi in assenza di una previsione statutaria in tal senso) quei compiti di cd. "alta amministrazione", che l'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis), c.c., demanda all'autonomia statutaria.

⁴⁴ Così, in particolare, M. Maugeri, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss., ivi, 385 ss.; in tal senso, anche V. Cariello, *Il sistema dualistico*, Torino, 2012, 209; L. Schiuma, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, vol. 2, Torino, 2006, 730, nota 128.

⁴⁵ Per una revisione della tesi che considera l'assemblea quale organo "irresponsabile", si veda F. Guertera, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, *passim*.

⁴⁶ Vedi R. Occhilupo, G. Roma, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance*, in *A.G.E.*, 2015, 508, che segnalano la diffusione nella prassi di simili clausole.

⁴⁷ Così, anche C. Pecoraro, *Le società in house: profili societari*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 213 ss.

re se, analogamente all'ipotesi di cui alla lett. a), sia necessaria o meno una deroga all'art. 2380-*bis*, c.c.); la stessa norma precisa, inoltre, che la durata quinquennale di cui all'art. 2341-*bis*, c.c., può essere derogata al fine di renderla compatibile con quella anche maggiore dell'*in house providing*⁴⁸.

Indipendentemente dalla fonte (statutaria o parasociale) da cui promana il controllo analogo, pare che le premesse svolte nelle precedenti pagine portino a concludere che gli amministratori saranno tenuti ad attuare gli indirizzi generali dettati dai soci pubblici che lo esercitano, ma conserveranno, entro tale quadro, la libertà di decidere come attuarli e, soprattutto, la responsabilità che ne può conseguire.

A favore di tale ricostruzione, si pone, infatti, anche il sistema delle responsabilità (di certo a loro volta non derogabili⁴⁹) di cui agli artt. 2364, comma 1, n. 5, e art. 2409-*terdecies*, c.c., che, appunto, mantengono ferma la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti anche in presenza di legittime interferenze da parte dell'assemblea e del consiglio di sorveglianza, nonché – si può ritenere – degli stessi soci (di controllo)⁵⁰.

E ciò a differenza di altri ordinamenti stranieri, quale quello spagnolo o francese, ove la legge consente al socio pubblico di emanare direttive vincolanti nei confronti degli amministratori, ma, nel contempo, ne prevede l'esonero dalle conseguenti responsabilità⁵¹.

⁴⁸ Senza in questa sede approfondire i possibili utilizzi del patto parasociale fonte di controllo analogo (verosimilmente, un sindacato di cd. gestione) e il significato della previsione *sub c)* (essendo, infatti, dubbio, sulla base del tenore letterale della norma, se tra i "requisiti del controllo analogo" debba ritenersi compresa anche la deroga all'art. 2380-*bis*, c.c., ovvero, ci sia un mero rinvio alla definizione di influenza determinante di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), t.u.: si vedano sul punto, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1075; C. Ibba, *Introduzione*, cit., 10 s.), pare però potersi affermare con certezza, sulla base dei principi esaminati nei precedenti paragrafi, che neanche tale strumento possa consentire di scardinare gli ordinari assetti di competenze tra organi sociali e privare gli amministratori di significativi ambiti di autonomia decisionale (per una sintetica esposizione delle problematiche, E. Codazzi, *La società in house*, cit., 225 ss.).

⁴⁹ Così anche Cons. Stato, Ad. Comm. spec., 8 marzo 2017, n. 638, cit., *sub art.* 16.

⁵⁰ In tal senso, con riferimento al quadro normativo vigente, chiarendo che gli amministratori restano responsabili dell'intera gestione anche qualora lo statuto attribuisca all'assemblea la facoltà di cui all'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., G.B. Portale, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario, Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Torino, 2006, vol. 2, 10 s.; C.A. Busi, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, Padova, 2008, 113 ss.; V. Pinto, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impresa*, 2004, 443. Più generale, sulla necessaria compartecipazione dell'organo amministrativo nelle ipotesi di responsabilità da eterodirezione, si rinvia anche per più completi riferimenti bibliografici a E. Codazzi, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali tra "atti" e "attività"*, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali tra "atti" e "attività"*, *Profili in tema di responsabilità*, Milano, 2012, spec. 37 ss.

⁵¹ La legge francese sulle "*sociétés publiques locales*" ("SPL"), da un lato, consente alle entità territoriali o a loro raggruppamenti di decidere sulle materie rientranti nel concetto di influenza determinante (nonché su un'ulteriore serie di decisioni di carattere gestionale), ma, dall'altro lato, precisa come le stesse siano responsabili delle relative decisioni, con conseguente esonero da responsabilità degli amministratori che le hanno eseguite (Art. L 1524-5, *Code général des collectivités territoriales*)³⁾. Si veda anche la legislazione spagnola sulle "*societades mercantiles estatales*" (*Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas-LPAP*), a proposito delle

Tali esempi sembrerebbero, pertanto, rafforzare l'idea che un'assoluta privazione dell'autonomia decisionale degli amministratori, in assenza di un ripensamento complessivo della disciplina delle società di capitali utilizzate a fini *in house*, non sia concepibile nel nostro ordinamento⁵².

In altri termini, se il legislatore avesse inteso legittimare la “strumentalizzazione” della società *in house* e del suo organo amministrativo alla volontà dell'ente pubblico che su di esso esercita il controllo analogo, sarebbe intervenuto in modo più ampio e radicale, precisando doveri e responsabilità dell'uno e dell'altro, invece, che limitarsi a prospettare una facoltà di deroga dell'art. 2380-*bis*, senza neppure fornire le esatte coordinate entro cui la stessa è reputata ammissibile.

Risulterebbe, perciò, incompatibile con l'attuale disciplina societaria un modello di *governance* che preveda una “espropriazione” della competenza decisionale da parte degli amministratori su atti per i quali gli stessi sarebbero comunque chiamati rispondere⁵³.

6. *L'esercizio del controllo analogo nella s.r.l. in house e i “particolari” diritti amministrativi*

Considerazioni non dissimili, pur con le varianti imposte dai rispettivi modelli di disciplina, valgono per la s.r.l., la cui normativa di riferimento, come noto, si caratterizza per la “centralità della persona del socio” e per la concessione, da parte della legge, di spazi di autonomia statutaria talmente ampi da consentire di conformare l'organizzazione interna in senso “capitalistico” o “personalistico”⁵⁴.

quali, nell'ipotesi di partecipazione statale totalitaria, si prevede, da un lato, che il *Ministerio de Hacienda* decida o autorizzi particolari atti concernenti la gestione della società partecipata (es. in materia di indirizzi strategici, operazioni di carattere straordinario e nelle altre ipotesi previste dall' art. 169), emanando direttive vincolanti nei confronti degli amministratori sia in casi specifici (art. 170, comma 3), che in casi eccezionali, se debitamente motivati e giustificati da un particolare interesse pubblico (art. 178, comma 1), ma, dall'altro lato, prevede un esonero per gli amministratori da ogni conseguente responsabilità (art. 179).

⁵² Sulla lesione del naturale parallelismo tra potere e responsabilità, che si verrebbe a creare attribuendo all'assemblea poteri di straordinaria amministrazione, si veda il già più volte citato Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, cit.

⁵³ Lo stesso art. 11, comma 1, t.u., inoltre, ponendo tra i requisiti richiesti in capo agli amministratori di società a controllo pubblico quello dell' “autonomia”, sembrerebbe, a sua volta, sottintendere che, nonostante la soggezione al potere di direttiva dell'ente pubblico, l'organo amministrativo deve avere la possibilità di disporre di reali margini di autonomia nelle proprie scelte, per le quali resta ferma la correlativa responsabilità: così, anche D. Centrone, *L'affidamento di appalti e concessioni a società controllate da enti locali alla luce del nuovo codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) e del testo unico sulle società partecipate (d.lgs. n. 175/175/2016)*, relazione tenuta al Congresso “*Il nuovo testo unico sulle società pubbliche*”, Milano, 14 novembre, 2016, in www.rivistacortedeiconti.it. 4.

⁵⁴ Sulla “centralità” del socio nella riforma societaria, per tutti G. Zanarone, *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici per G. Rossi*, vol. I, Milano, 2002, 119; Id., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58.

Proprio per tali caratteristiche la disciplina della s.r.l. è stata considerata particolarmente rispondente alle esigenze proprie dell'*in house*, tanto è vero che in questa sede il legislatore non ha ritenuto necessario introdurre delle specifiche deroghe all'autonomia statutaria dell'organo amministrativo, probabilmente ritenendo già sufficienti le opzioni presenti a livello codicistico al fine di consentire ai soci di esprimere la propria influenza sulla gestione sociale⁵⁵.

Il testo unico, nell'indicare gli strumenti utilizzabili per realizzare l'assetto della società *in house*, stabilisce *ex art. 16 comma 2, lett. b)*, che gli statuti delle s.r.l. possano prevedere «l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti ai sensi dell'art. 2468, terzo comma, del codice civile»⁵⁶.

Se, in virtù di tale disposizione codicistica, i soci possono essere assegnatari di “particolari diritti” in sede di distribuzione degli utili o di amministrazione della società (il che si può tradurre, ad esempio, nella facoltà di designare uno o più amministratori – anche al di là di quel criterio di proporzionalità previsto per la s.p.a. *ex art. 2449, comma 1, c.c.* – nonché, nel diritto di voto o di veto su particolari operazioni e/o decisioni dell'organo amministrativo⁵⁷), la previsione del testo unico *sub lett. b)*, anche alla luce della sua collocazione sistematica, sembra concepire l'utilizzo del “particolare” diritto in chiave meramente strumentale all'esercizio del controllo analogo, perciò nel senso di realizzare un'influenza determinante sulle decisioni strategiche o significative per la società (non pare casuale, infatti, che la norma abbia previsto tale possibilità a favore dei soli soci pubblici e non anche di eventuali soci privati, scelta che non sembrerebbe giustificabile solo in base alla presenza normale degli uni e meramente eventuale degli altri)⁵⁸.

La previsione di “particolari” diritti amministrativi da parte del testo unico non esclude la possibilità di ricorrere ad altre opzioni statutarie al fine di assicurare l'influenza determinante sulle decisioni strategiche e/o più significative per la società.

⁵⁵ Si veda in particolare, M. Cossu, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 627 ss.; sull'idoneità della disciplina della s.r.l. a realizzare le esigenze delle società a partecipazione pubblica, in particolare, C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.

⁵⁶ Si vedano, in particolare, C. Ibba, *Società pubbliche e riforma*, cit., 17; M. Cossu, *L'amministrazione*, cit., 649 ss.; S. Monzani, *Controllo “analogo” e governance societario nell'affidamento diretto di servizi pubblici locali*, Milano, 2009, 245. Considera inutile tale previsione, in quanto già consentita dalla disciplina generale della s.r.l., P. Pettiti, *Gestione e autonomia*, cit., 46; ipotizza, invece, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1074 s., che tale previsione abbia il significato di consentire l'introduzione di “particolari” diritti diversi rispetto a quelli di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., assoggettandoli alla medesima disciplina.

⁵⁷ In argomento, si veda per tutti, R. Santagata, *I diritti particolari dei soci*, in *S.r.l.*, Commentario, dedicato a G.B. Portale, Milano, 2011, *sub art. 2468*, 284 ss.

⁵⁸ In tal modo, il “particolare” diritto che attribuisce al socio pubblico la nomina della maggioranza o della totalità degli amministratori, così come la possibilità di influenzare in modo sistematico la gestione, riterebbe, quale direzione e coordinamento, *ex art. 2497-septies, c.c.*, con l'applicazione della relativa disciplina (il tema è approfondito da R. Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Aa.Vv., Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, 2007, vol. 3, 826 ss.).

Si pensi, in particolare, all'art. 2479, comma 1, c.c., che attribuendo ai soci la facoltà di decidere «sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo», nonché «sugli argomenti che uno o più amministratori» (o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale) «sottopongono alla loro approvazione», consentirebbe loro di intervenire su specifiche operazioni o su piani strategici generali, così come di emanare direttive in merito alla conduzione dell'impresa, e, perciò, anche di influenzare in modo determinante le materie oggetto di controllo analogo⁵⁹.

Coerente con l'esigenza di effettività del controllo analogo sarebbe il carattere vincolante delle direttive che i soci – come si tende a ritenere – possono emanare nei confronti degli amministratori, obbligati, pertanto, a darvi esecuzione, salvo il caso in cui ciò li possa esporre, per la loro prevedibile rischiosità, ad obblighi risarcitori nei confronti dei creditori, dei terzi o della stessa società⁶⁰.

Alla luce di tali precisazioni, si rende, pertanto, necessario stabilire, anche nell'ambito della s.r.l., quali possano essere i limiti dell'estensione ai soci di competenze amministrative, dovendosi, infatti, ritenere che, per quanto tale tipo sociale possa essere dotato di una certa flessibilità organizzativa, esso è pur sempre vincolato al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, sia per quanto riguarda quelli già precisati in materia di partecipate, sia per quanto riguarda, invece, quelli che stabiliscono una netta ripartizione di competenze tra gli organi sociali di società di capitali⁶¹.

E ciò anche alla luce del fatto che gli amministratori di s.r.l. rispondono in ogni caso degli atti influenzati da decisioni degli stessi soci e in solido con essi (*arg. ex art. 2476, comma 7, c.c.*)⁶².

⁵⁹ Sul tema, M. Cian, *Le competenze decisorie dei soci*, in Aa.Vv., *Le decisioni dei soci, Le modificazioni dell'atto costitutivo*, Trattato delle società a responsabilità limitata, diretto da C. Ibba, G. Marasà, vol. IV, Padova, 2009, spec. 23 ss..

⁶⁰ Per la vincolatività delle direttive dei soci, M. Cian, *ult. op. cit.*, 29, 32 ss.; P. Benazzo, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Soc.*, 2003, 1062 ss., *ivi*, 1072 s.; ma vedi O. Cagnasso, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol. II, Bologna, 2004, artt. 2474-2475, 1855, che non ritiene possibile per i soci impartire direttive vincolanti nel silenzio dello statuto.

⁶¹ Anche volendo ammettere che, in virtù degli ampi spazi di autonomia statutaria, il potere gestorio possa essere completamente concentrato in capo ai soci, ciò non significherebbe – precisa autorevole dottrina – eliminare l'organo amministrativo, ma solo che a ciascun socio sarebbe attribuita anche la carica di amministratore: così, per tutti, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, vol. 2, Torino, 2015, 578 s., nota 58; M. Campobasso, *Il caso della s.r.l. a gestione personalistica. Innesto botanico o prodotto transgenico?*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 74 ss.

⁶² Così, V. Meli, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario*, Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. Abbadesse, G.B. Portale, Torino, vol. 3, 2007, 672 ss.; A. Zanardo, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, in questa *Rivista*, 2009, I, 498 ss., *ivi*, cit., 515 ss.; F. Briolini, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 769 ss., *ivi*, 789; M. Mozzarelli, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 409 ss., *ivi*, 426, nota 46.

Tali aspetti risultano ancora più rilevanti alla luce del nuovo art. 377, comma 4, del codice sulla crisi di impresa, il quale estende anche alla s.r.l. il principio – introdotto originariamente per la s.p.a. ex art. 2380-*bis*, c.c. – secondo cui la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori: l'introduzione di tale norma rende, infatti, necessario riflettere, in un quadro sistematico più ampio (cosa che non può essere fatta nella presente sede), sull'impatto che essa può avere su tutte quelle previsioni che prevedono (ex artt. 2468, comma e 2471, comma 1) o presuppongono (ex art. 2476, comma 7, c.c.) un'influenza dei soci sulla gestione sociale⁶³.

In definitiva, l'insieme degli argomenti sopra riportati sembrerebbe escludere che il controllo analogo nella s.r.l. possa essere realizzato privando completamente gli amministratori della propria autonomia decisionale o, addirittura, eliminando l'organo amministrativo, in quanto una simile ipotesi, oltre a comportare un affievolimento della tutela rispetto ad atti di *mala gestio* (non essendo i soci tenuti alla stessa diligenza e professionalità richieste, invece, agli amministratori⁶⁴), avrebbe comunque l'effetto di esporre il socio pubblico a maggiori responsabilità, con conseguenze inevitabili a livello di danno erariale.

Come noto, infatti, proprio nell'ambito della disciplina della s.r.l. il legislatore ha introdotto una specifica previsione di responsabilità, ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c., che potrebbe estendersi anche ai soci pubblici qualora gli stessi abbiano “intenzionalmente deciso o autorizzato” atti dannosi per la società, i soci o i terzi⁶⁵. Laddove, invece, essi agiscono in veste di amministratori, si potrebbe

⁶³ La questione di più ampia portata relativa all'impatto sistematico che l'attribuzione di una competenza esclusiva agli amministratori sulla gestione della s.r.l. può comportare su tutte quelle disposizioni che prevedono la possibilità per i soci di decidere o comunque influenzare atti amministrativi e che giustificano l'introduzione della stessa responsabilità di cui all'art. 2476, comma 7, c.c., esula, come comprensibile, dalla presente trattazione. Si può però sottolineare come, al momento, le opinioni dottrinali che si sono espresse sul punto si suddividano tra coloro che considerano l'art. 377, comma 4, d.lgs., n. 14/2019, fonte di una evidente distonia con il sistema (R. Guidotti, *La governance delle società nel Codice della Crisi di Impresa*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 9 marzo 2019, 1 ss.; Bartalena, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 299) e coloro che, invece, tendono ad un'interpretazione riduttiva dell'espressione “gestione”, in tal modo salvaguardando le attribuzioni dei soci di s.r.l. in materia (Atlante, Maltoni, Ruolo, *Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura*, Studio n. 58-2019/1 del Consiglio Nazionale del Notariato, spec. 5, ritenendo che si debba distinguere tra “gestione organizzativa”, che spetta solo agli amministratori, e “gestione operativa”, che può essere invece ripartita tra soci e amministratori).

⁶⁴ Vedi sul punto M. Cian, *Le competenze*, cit., spec. 42 ss., che, pur non escludendo, sulla base della genericità del dato normativo, la possibilità di attribuire ai soci l'intera gestione, rileva la necessità, da un lato, di elevare il grado di diligenza e di professionalità richieste agli stessi e, dall'altro, di inserire, in via statutaria, particolari accorgimenti inerenti, ad esempio, l'acquisto o la perdita della qualità di socio, al fine di coniugare «il carattere indissolubile del nesso *status* di socio-prerogative gestorie» con l'esigenza di assicurare l'inaccessibilità a tali prerogative a soggetti inidonei.

⁶⁵ Prospetta tale rischio, in particolare, M. De Acutis, *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommercialista*, in Aa.Vv., *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, Padova, 54. Sulla responsabilità di cui all'art. 2476, comma 7, quale fattispecie di concorso tra soci e amministratori, sia consentito rinviare a E. Codazzi, *L'ingerenza*, cit., spec. 147

prospettare, invece, una loro responsabilità in termini di amministratore di fatto, con conseguente sottoposizione alle azioni di cui agli artt. 2393 ss., c.c.⁶⁶.

Proprio la preoccupazione di danni al pubblico erario, scaturenti dalle possibili responsabilità da eterogestione nei confronti del socio pubblico e dagli obblighi risarcitori che ne conseguono, sembrerebbero giustificare la predilezione, da parte del legislatore del testo unico, di un modello cd. “capitalistico” di s.r.l. (basato, cioè, sul rispetto dell’ordinaria ripartizione di competenze tra organi sociali), come *pendant* della previsione che, nelle società a controllo pubblico, prevede la nomina obbligatoria dell’organo di controllo *ex art.* 3, comma 2, t.u., e di quella che, ai sensi dell’art. 13 t.u., rende applicabile anche alla s.r.l. il procedimento di cui all’art. 2409 c.c.: una conferma di tale lettura sembrerebbe discendere da disposizioni, quali l’art. 17, comma 4, lett. *b*), secondo cui gli statuti delle s.r.l. miste possono «derogare all’articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci» e che non parrebbe avere altro significato se non quello di evitare che il socio pubblico, per via della sua interferenza nella gestione, si trovi a rispondere dei danni che ne possono derivare⁶⁷.

Se nella società *in house*, a differenza della s.r.l. mista, la partecipazione del socio pubblico all’assunzione di decisioni gestionali è inevitabile – in quanto fisiologicamente connessa al controllo analogo – pare che la *ratio* della norma sopra richiamata debba essere comunque tenuta presente anche in questo contesto, onde evitare un uso improprio, da parte dell’ente pubblico, degli strumenti a sua disposizione per esercitare la propria influenza sulla società.

E, in ogni caso, come si è visto, tale interpretazione sarebbe conforme all’evoluzione della disciplina generale della s.r.l. di cui all’art. 2475 c.c., così come modificato dal d.lgs., n. 14/2019.

ss.; A. Zanardo, *op. cit.*, 498 ss.; S. Rossi, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1060 ss.; G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata, Il codice civile commentato*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Milano, 2010, *sub art.* 2476, 1122 ss.

⁶⁶ Per una distinzione tra la responsabilità da amministrazione di fatto e quella di cui all’art. 2476, comma 7, c.c., sia consentito rinviare a E. Codazzi, *L’ingerenza*, cit., 263 ss.

⁶⁷ In tal senso, G. Buta, *op. cit.*, 524; L. Picardi, *Strutture e principi di governance*, cit., 59, o l’art. 11, comma 5, t.u., secondo cui nelle s.r.l. a controllo pubblico “non è consentito, in deroga all’articolo 2475, terzo comma, del codice civile, prevedere che l’amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci” (che sembrerebbe riconducibile, a sua volta, all’esigenza di impedire che l’esercizio di poteri di amministrazione diretta da parte del socio pubblico possa determinarne delle conseguenti responsabilità). Si veda, O. Cuccurullo, in *Aa.Vv.*, *Il testo unico sulle società pubbliche*, diretto da G. Meo, A. Nuzzo, Bari, 2016, *sub art.* 11, 151, secondo cui la norma potrebbe invece alludere alla possibilità di nominare amministratori i medesimi soci pubblici. Sulla derogabilità dell’art. 2479, comma 1, c.c., e sull’opportunità di escludere la facoltà di devoluzione al socio pubblico della decisione su atti amministrativi, già F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 568; C. Ibba, *Società pubbliche e riforma*, cit., 13 ss, spec. 15; *contra*, R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, cit., 286 s., nota 117. Sull’inderogabilità in senso limitativo dell’art. 2479, comma 1, in quanto “elemento tipico del modello s.r.l.”, si esprimeva, invece, il Comitato Triveneto dei Notai, massima I.B. 29, in L. Genghini, P. Simonetti, *Codice delle società commentato con le massime notarili*, Padova, 2013, 269.

In definitiva, proprio il fatto che il testo unico non abbia introdotto delle deroghe alla competenza degli amministratori di s.r.l. sembra confermare l'idea che il legislatore abbia ritenuto sufficienti, ai fini della realizzazione del controllo analogo, le opzioni statutarie già previste dal codice civile in conformità del sistema societario generale e che, in quanto tali, non possono giungere a snaturare il ruolo dell'organo amministrativo, così come concepito nell'ambito dell'organizzazione corporativa delle società di capitali⁶⁸.

7. Conclusioni

Sulla base delle premesse svolte, è possibile effettuare alcune considerazioni conclusive.

Da un lato, partendo dal presupposto secondo cui il controllo analogo dovrebbe essere riconducibile agli schemi propri del diritto societario e tenere conto dei relativi vincoli di sistema, sembrerebbe che l'unica versione ammissibile di tale figura nel nostro ordinamento sia quella in qualche modo "affievolita" rispetto alla tradizionale concezione di derivazione giurisprudenziale, che la vede come fonte di un rapporto di dipendenza gerarchica della società e i suoi amministratori dall'ente pubblico socio⁶⁹.

A fronte di tali considerazioni, viene, perciò, spontaneo chiedersi se una versione di controllo analogo siffatta sia conforme a quei principi del diritto comunitario che solo in presenza di requisiti specifici, oltretutto interpretati in modo restrittivo, ammettono una deroga all'applicazione delle regole sulla concorrenza, quale esito della accertata unità ontologica e funzionale tra società *in house* ed ente pubblico che la controlla⁷⁰.

Non a caso, la stessa Anac, in una recente segnalazione, ha, appunto, sottolineato come la disciplina introdotta dal testo unico sollevi alcune incertezze interpretative per quanto riguarda, in particolare, le condizioni di legittimità dell'affidamento *in house* e la definizione del controllo analogo, profili rispetto ai quali l'esigenza di chiarezza del quadro normativo si presenterebbe con «pregnante urgenza»⁷¹.

⁶⁸ In quest'ultimo senso, anche P. Pettiti, *Gestione e autonomia*, cit., 46.

⁶⁹ Trib. Roma, sez. impresa, 2 luglio 2018, cit.

⁷⁰ Tra le molte in tal senso, Corte Giust. UE, sez. IV, 8 dicembre 2016, causa C-553/15, punto 29, in *Foro amm.*, 2016, 2889; Corte Giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13, punto 23, cit.; Corte Giustizia UE, sez. I, 6 aprile 2006, causa C-410/04, punto 26, in *Foro amm.* CDS 2006, 1109. In tal senso, si veda anche Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, cit.; Cons. St., sez. V., 11 agosto 2010, n. 5620, in *Foro amm.* CDS, 2010, 1507; T.A.R. Roma (Lazio), sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032, cit.

⁷¹ Anac, *Atto di segnalazione n. 4 del 29 novembre 2017, Concernente le società in house delle amministrazioni dello Stato e il controllo analogo alla luce dell'art. 9, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, che sollevando alcuni dubbi in merito all'applicazione della normativa sull'*in house* alle amministrazioni statali, stante la previsione di cui all'art. 9, comma 1, t.u., che sembrerebbe presupporre un esercizio con-

Del resto, la stessa contraddizione che sta alla base della figura del cd. *in house providing* emerge dallo stesso testo unico, che, se da un lato, vincola l'interprete a ricondurre tale istituto alla disciplina codicistica in materia di società e ai suoi principi *ex art. 1, comma 3, t.u.*, dall'altro, però contiene spunti per una diversa lettura.

Basti pensare a tal riguardo che la definizione di controllo analogo congiunto, contenuta nell'art. 2 t.u., richiamando la previsione di cui all'art. 5, comma 5, d.lgs., n. 50/2016, pone tra i requisiti della fattispecie il rispetto della correlazione tra l'interesse della società *in house* e gli interessi delle amministrazioni controllanti, stabilendo che «la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti»⁷²: se tale correlazione venisse intesa in senso “forte”, ovvero, nel senso di esigere un rapporto di “strumentalità” tra l'interesse della società e quello dei soci pubblici che sulla stessa esercitano il controllo analogo, ne deriverebbe il contestuale riconoscimento da parte del legislatore di un modello di *in house providing* contrapposto a quello cd. “privatistico”, in quanto fondato sulla negazione di una autonomia teleologica della società *in house*⁷³.

Infine, come accennato in apertura del presente scritto, la materia delle società a partecipazione pubblica può essere esaminata sotto un ulteriore profilo, ovvero, quello volto a verificare se ed in che misura le disposizioni di carattere “speciale” che ad esse si riferiscono sono atte ad influenzare il diritto societario generale o comunque ad anticipare tendenze più generali dello stesso sistema: pare, a tal proposito, interessante notare come la spinta verso una connotazione in senso “capitalistico” della s.r.l., che abbiamo visto in alcune disposizioni del testo unico, sia ripresa recentemente dal codice sulla crisi di impresa, ove, appunto, si precisa che anche nella s.r.l. la gestione dell'impresa «spetta esclusivamente agli amministratori» (art. 377, comma 4), in tal modo rendendo necessario un ripensamento anche delle norme del testo unico sulla società *in house* s.r.l.⁷⁴.

giunto del controllo analogo da parte dei diversi Ministeri interessati, invita appunto il legislatore a fare chiarezza sul punto. Per un commento, si rinvia a M. Macchia, *Amministrazioni statali e affidamenti in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 286 ss.

⁷² Tale previsione a sua volta riproduce la disposizione di cui all'art. 12, par. 3, lett. c), della direttiva in materia di appalti e concessioni.

⁷³ Per ulteriori approfondimenti, in merito a tale inciso e ai suoi riflessi sistematici, sia consentito rinviare a E. Codazzi, *La società in house*, cit., 82 ss. e 91 s.

⁷⁴ Interessanti in tale prospettiva sono anche la s.r.l. start up innovativa o la s.r.l. PMI, la cui apertura al mercato determina una modifica della originaria configurazione del tipo, avvicinandola, per alcuni aspetti, al modello azionario: in argomento, si vedano recentemente M. Cian, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.*, 2018, 818 ss.; M. Speranzin, *S.r.l. piccole-medie imprese tra autonomia statutaria e ibridazione dei tipi (con particolare riferimento alle partecipazioni prive del diritto di voto)*, in *Riv. soc.*, 335 ss.

L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"

Il presente scritto prende in considerazione la fattispecie del controllo analogo, così come configurato a livello giurisprudenziale e normativo, soffermandosi, in particolare, sull'incidenza che esso ha o può avere sugli assetti organizzativi delle società di capitali *in house*. A tal riguardo, si ritiene che l'inquadramento in senso cd. privatistico che il Testo unico ha inteso dare alla società *in house*, così come altri principi stabiliti dalla legge delega, n. 124/2015 (in particolare, quello della "proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica"), impediscano, tanto nelle s.p.a. quanto nelle s.r.l., di recepire quella concezione (più estrema) del controllo analogo, che, rinvenendo un rapporto di strumentalità tra l'ente pubblico che lo esercita e la società che lo subisce, comporterebbe una drastica limitazione dell'autonomia decisionale dell'organo amministrativo, in contrasto con i principi generali del diritto societario.

The organizational structure the in-house companies: some considerations on the in-house providing between the specialities of the discipline and the 'proportionality of the exceptions'

This paper takes into consideration the case of a control which is similar to that which it exercises over its own departments, as configured at the jurisprudential and regulatory level, focusing in particular on the impact it has or may have on the organizational structures of in-house joint-stock companies. In this regard, it is considered how the classification in the so-called private law sense that the Consolidated Law intended to give to in-house companies, as well as other principles established by enabling law No. 124/2015 (in particular, that of the "proportionality of the exceptions as regards private law"), both in the joint-stock company and in limited companies, prevents incorporating the (more extreme) conception of similar control, which, by constituting an instrumental relationship between the public body that exercises it and the company that undergoes it, would entail a drastic limitation of the decision-making autonomy of the administrative body, contrary to the general principles of company law.

