

L'esercizio del controllo analogo su società *in house* tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-*bis*, CCII

Elisabetta Codazzi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le nuove prospettive di indagine. – 3. La società *in house* come articolazione interna della pubblica amministrazione e le implicazioni sul controllo analogo. – 4. La società *in house* alla luce della svolta privatistica *ex art.* 1, comma 3, t.u.s.p. – 5. L'esercizio del controllo analogo e le deroghe alla competenza esclusiva dell'organo amministrativo *ex art.* 16, comma 2, t.u.s.p. – 6. L'estromissione dei soci in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi *ex art.* 120-*bis*, CCII. – 7. (*Segue*): l'applicabilità della disposizione alla società *in house*. – 8. La ricerca di una compatibilità tra la previsione della competenza esclusiva degli amministratori *ex art.* 120-*bis*, CCII, e gli assetti interni delle società *in house*. – 9. Il controllo analogo come attività di direzione e coordinamento. – 10. (*Segue*): sulla soggezione del socio pubblico alla responsabilità da direzione e coordinamento. – 11. (*Segue*): alcuni corollari per la società *in house*. – 12. Conclusioni.

1. *Premessa*

Un interessante angolo visuale dal quale osservare l'evoluzione del fenomeno delle società a partecipazione pubblica e il suo inquadramento nel sistema è quello della crisi di impresa, materia che inevitabilmente risente delle diverse concezioni elaborate in merito alla natura giuridica di tale fattispecie e del mutamento del quadro normativo di riferimento¹.

¹ Sul tema della crisi di impresa delle società a partecipazione pubblica si vedano tra i molti, F. Goisis, E. Codazzi, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2023, 549 ss.; V. Ciervo, *La crisi della società a partecipazione pubblica: il rapporto tra il testo unico delle società partecipate e il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in Aa.Vv., *Pubbliche amministrazioni e diritto della crisi d'impresa*, a cura di G. Capo, G.M. Esposito, Padova, 2023, 313 ss.; A. Paluchowski, *Le società a partecipa-*

In tale prospettiva, non stupisce, pertanto, che la casistica giurisprudenziale precedente al testo unico abbia sviluppato diversi orientamenti al fine di escludere in tutto o in parte la soggezione a fallimento delle società partecipate (analogamente a quanto previsto per gli enti pubblici *ex art. 1, l. fall.*), ritenendo che una diversa soluzione avrebbe potuto, da un lato, compromettere la continuità del servizio pubblico e, dall'altro, determinare un'inammissibile ingerenza dell'autorità giudiziaria su materie di pertinenza dell'autorità amministrativa².

zione pubblica di fronte all'emersione della crisi, tra T.u.s.p. e Cc.II, in Ristrutturazioni aziendali, 30 agosto 2022, 1 ss.; M. Cossu, *Le società "pubbliche"*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, tomo IV, Torino, 2022, 681 ss., 787 ss.; G. D'Attorre, *Crisi delle società pubbliche e strumenti di regolazione*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, R. Cantone, tomo II, Napoli, 2020, 1035 ss.; F. Fimmanò, *Insolvenza delle società pubbliche e procedure concorsuali*, ivi, 1067 ss.; G. Racugno, *Crisi d'impresa e doveri degli organi sociali*, ivi, 1011 ss.; I. Demuro, *La crisi d'impresa*, in Aa.Vv. *Le società a partecipazione pubblica, Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 321 ss.; G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs.*, n. 175/2016, Milano, 2017, 271 ss. Sulla natura delle società a partecipazione pubblica, come è noto, è aperto un ampio ed articolato dibattito che vede la contrapposizione (non sempre netta) tra i sostenitori di una visione cd. "privatistica" (su cui cfr. le citazioni richiamate alla nt. 21) e i sostenitori di una visione cd. "pubblicistica" della fattispecie (che, basandosi su un criterio di carattere cd. teleologico, tende ad attribuire rilevanza alla finalità per cui l'ente è stato costituito o alla finalità pubblicistica che con i suoi atti si propone di realizzare), si vedano tra i molti: F. Goisis, *La natura delle società in mano pubblica*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Cerioni, cit., 623 ss.; Id., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione in tema di contenimento della spesa pubblica*, in *www.rivistacortedeiconti.it*, 2014 (più approfonditamente, Id., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, spec. 113 ss.); vedi anche M. Clarich, *Le società a partecipazione pubblica dopo il Testo unico: il punto di vista del pubblicista*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C.Ibba, Milano, 2019, 7 ss., spec. 14 ss.; C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, ivi, 27 ss.; E. Codazzi, *La società in house, La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 98 ss.; M. Cammelli, voce *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2012, 1190 ss.; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica, La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012, spec. 69 ss. e 81 ss. per quanto riguarda la precisazione della categoria di società "ad evidenza pubblica"; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.*, Torino, 2009, 82 ss.; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, spec. 649 ss.; F. G. Scoca, *Il punto sulle società pubbliche*, in questa *Rivista*, 2005, 239 ss.; A.L. Niutta, A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 477 ss., spec. 488 ss.; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997.

² La giurisprudenza di merito ha, come noto, elaborato diverse teorie al fine di ammettere o negare la soggezione delle società partecipate al fallimento, basandosi sull'individuazione nella singola fattispecie di indici sintomatici di cd. pubblicità e quindi sulla prevalenza della sostanza sulla forma (metodo cd. "tipologico") ovvero facendo ricorso al diritto pubblico, in deroga al diritto fallimentare, in presenza di particolari esigenze di carattere pubblicistico (metodo cd. "funzionale"): con riguardo all'indirizzo cd. tipologico, il primo provvedimento noto è quello di Trib. S. Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713 ss., con nota di G. D'Attorre, *Le società in mano pubblica possono fallire?*; vedi anche Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, ivi, 2009, 2010, 689 ss., con nota di G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile?*; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Patti, 6 marzo 2009, in *www.dejure.it*; nel secondo senso, in particolare App. Torino, 15 febbraio 2010, in *Fall.*, 2010, 691 ss.; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, ivi, 2013, 869 ss. Per un approfondimento sugli orientamenti interpretativi precedenti al testo unico si rinvia a E. Codazzi, *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 74 ss.; *Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali*, rassegna a cura di G. Carmellino, in *Soc.*, 2015, 361 ss.; G. D'Attorre, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Soc.*, 2014, 493 ss.; Id., *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi e insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011,

Accanto a tali orientamenti – espressi prevalentemente dalla giurisprudenza di merito – emergeva un ulteriore indirizzo – che potremmo definire cd. privatistico – sviluppato dalla Cassazione, il quale, partendo dal presupposto per cui la qualità pubblica del socio (anche se di maggioranza) non è tale da incidere sulla natura (privata) della società partecipata e sulla disciplina alla stessa applicabile, è giunto ad ammetterne la fallibilità, potendo un diverso esito determinare un'alterazione del regime di concorrenza, la lesione del legittimo affidamento dei terzi sulle regole applicabili, nonché la violazione della parità di trattamento tra soci e creditori di società pubbliche e di società private³.

Proprio la considerazione di tali ragioni sembrerebbe aver sollecitato il legislatore ad introdurre una previsione quale quella *ex art. 14 t.u.s.p.* (rubricata «Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica»), che pare esito di un compromesso tra l'esigenza di collocare le partecipate nella dimensione della concorrenza e del mercato al pari di tutte le altre società (perciò sottoponendole, ai sensi del comma 1, a fallimento, concordato preventivo e, in presenza dei necessari presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi) e l'esigenza di tutelare l'interesse pubblico (come, in particolare, emerge dalla previsione che vieta alla pubblica amministrazione il salvataggio delle partecipate che si trovino in situazioni di perdita ai sensi del comma 5, così da scoraggiare l'uso improprio dello strumento societario e quindi garantire il rispetto del principio di economicità dell'attività amministrativa *ex art. 97 Cost.*)⁴.

In continuità con tale impostazione, si pone il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (di seguito "CCII") di cui al d.lgs. n. 14/2019 (così come successivamente integrato e modificato da ulteriori provvedimenti, tra cui il d.lgs., n. 83/2022), il quale, nel definire il proprio ambito di applicazione, da un lato, precisa come lo stesso sia volto a disciplinare le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, comprese quelle delle società pubbliche (con esclusione dello Stato e degli enti pubblici) (art. 1, comma 1) e, dall'altro, conferma la salvezza delle disposizioni del-

329 ss. Vedi anche C. Ibba, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 511 ss.

³ Così, in particolare, Cass., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 489, secondo cui la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, determinandosi altrimenti una violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto, nonché un'alterazione delle regole della concorrenza, che impongono il rispetto della parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità; vedi anche Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fall.*, 2013, 1273 ss. Tra le più recenti in tal senso, Cass., sez. I, 16 marzo 2023, n. 7646, in *dirittodellacrisi.it*.

⁴ Per un approfondimento della disciplina in esame si rinvia agli Autori citati alla nota n. 1.

le leggi speciali in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (comma 2) e di crisi di impresa delle società pubbliche (comma 3)⁵.

In base a tale schema, ne discende che le «società pubbliche», nella cui definizione rientrano «le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società *in house* di cui all'articolo 2, lettere *m*), *n*), *o*), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175» (art. 2, comma 1, lett. *f*)), sono soggette alle disposizioni del CCII compatibilmente con quanto previsto dall'art. 14, t.u.s.p. (in quanto disposizione di legge speciale in materia di crisi di impresa delle società pubbliche), risultando perciò assoggettabili tanto a liquidazione giudiziale⁶, concordato preventivo ed amministrazione straordinaria (come già previsto dal testo unico *ex art.* 14, comma 1), quanto agli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» (definiti *ex art.* 2, comma 1, lett. *m-bis*) CCII, come «le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi», nonché, alla composizione negoziata per la soluzione della crisi (artt. 12 – 25-*quinquies*, CCII)⁷.

2. *Le nuove prospettive di indagine*

Il *trend* legislativo volto ad assoggettare le società a partecipazione pubblica a norme e procedure tipicamente pensate per l'imprenditore commerciale pare segnare per l'interprete un mutamento di prospettiva rispetto alle questioni sinora oggetto di riflessione: se, prima dell'introduzione del testo unico, il problema principale – come accennato – era quello di stabilire se dette società fossero fallibili, ovvero, dovessero condividere in tutto o in parte lo statuto degli enti pubblici (per effetto di una sorta di “contagio”⁸), da questo momento in poi la questione su cui occorre principalmente soffermarsi è invece quella volta a verificare la

⁵ Per un tentativo di coordinamento tra la disciplina del t.u.s.p. e quella del Codice della crisi, si veda lo studio di CNDCEC, *La crisi nelle società pubbliche, tra T.U.S.P. e CCII*, documento, giugno 2023, in commercialisti.it.

⁶ Stante la previsione di cui all'art. 349 CCII (secondo cui il termine «fallimento» è sostituito con l'espressione «liquidazione giudiziale», «con salvezza della continuità della fattispecie»), anche l'art. 14, comma 1, dovrà essere riletto in questi termini.

⁷ In tal senso, anche CNDCEC, *La crisi*, cit., 12.

⁸ Estende alle società *in house* la teoria del cd. “contagio”, elaborata dalla giurisprudenza comunitaria per gli organismi di diritto pubblico in base all'idea che gli organi di diretta emanazione di un'Amministrazione giudicatrice devono seguirne le relative regole, in particolare T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 4 febbraio 2019, n. 611, in *Foro amm.*, 2019, 318.

compatibilità tra la normativa concorsuale (applicabile in mancanza di deroghe o di diverse disposizioni da parte del t.u.s.p.) e la specificità della fattispecie in esame, dovendosi in altri termini chiedere se la considerazione dell'interesse pubblico (correlato alla natura dell'ente pubblico socio e alle finalità che ne caratterizzano il suo agire) possa in alcune circostanze giustificare un adeguamento a livello interpretativo della disciplina generale o addirittura una sua disapplicazione⁹.

Nota è infatti come la crisi di impresa determini un mutamento degli obiettivi in vista dei quali deve essere gestita la società e come ciò comporti una diversa considerazione degli interessi dei soci e di quelli dei creditori, derivandone un ridimensionamento dei diritti degli uni (che proprio in questa fase potrebbero essere indotti ad approvare o favorire manovre speculative) e il correlativo ampliamento delle competenze degli amministratori, al fine di garantire il miglior soddisfacimento degli interessi degli altri (significativo in tal senso è l'art. 4, CCII, il quale, dopo aver precisato al comma 1, che, nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza «debitori e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza» aggiunge al comma 2, lett. c), che è dovere del debitore «gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori») ¹⁰.

Ci si può chiedere se tale mutamento di prospettiva possa valere – negli stessi termini – anche per le società partecipate, potendo infatti sorgere il dubbio che gli interessi pubblici – che comunque caratterizzano inderogabilmente alcuni profili della relativa disciplina – non siano agevolmente sacrificabili nell'ottica di salvaguardare l'interesse prioritario dei creditori sociali ¹¹.

⁹ Sulla rilevanza dell'interesse pubblico nell'ambito della crisi di impresa, L. Perfetti, *Interesse pubblico e crisi d'impresa*, in Aa.Vv., *Pubbliche amministrazioni e diritto della crisi d'impresa*, cit., 3 ss. Esprime perplessità in ordine alla scelta di sottoporre tutte le società a partecipazione pubblica alle ordinarie procedure concorsuali, G. D'Attorre, *Crisi delle società pubbliche e strumenti di regolazione*, cit., 1060, ritenendola di dubbia tenuta costituzionale e tale da determinare il rischio di insanabili frizioni tra l'interesse privatistico dei creditori e l'interesse pubblico alla gestione del pubblico servizio. In argomento anche C. Gentili, *Le interferenze tra il diritto amministrativo e diritto fallimentare: gli strumenti di gestione della crisi e di composizione dell'interesse privato e dell'interesse pubblicistico nell'ambito dei servizi di interesse generale*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 2019, 27 ss., spec. 35 ss.

¹⁰ In tale prospettiva, tra i molti, M. Campobasso, *La posizione dei soci nel concordato preventivo della società*, in *Banca borsa tit.*, 2023, I, 166 ss., spec. 169 ss.; R. Sacchi, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa? in Nuove leggi civ.com.*, 2018, 1285 s. e 1298 ss.; Id., intervento in *La composizione negoziata della crisi*, Atti del seminario del 2 luglio 2022, in *Giur. comm.*, 2023, I, 353 ss.; A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 835 ss.

¹¹ Così, è stata per esempio posta in dubbio l'applicabilità alle società partecipate della norma sull'esercizio provvisorio dell'impresa di cui al vecchio art. 104 l. fall. stante il riferimento (riprodotto anche dall'art. 211 CCII) all'interesse dei creditori o, più precisamente, all'esigenza che la continuazione dell'impresa non arrechi pregiudizio agli stessi (si veda G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., 348; più recentemente Id., *Crisi delle società pubbliche*, cit., 1058 ss.).

Partendo da tali presupposti, pare che un interessante banco di prova rispetto alla considerazione di tali questioni – se non addirittura alla stessa tenuta del sistema – sia rappresentato dall’applicazione di alcune disposizioni del diritto della crisi di impresa alle società *in house*, la cui peculiare natura (sospesa, nell’opinione degli interpreti, tra autonomia e strumentalità nei confronti dell’ente pubblico che la partecipa, di regola, in via totalitaria) accentua questa tendenziale contrapposizione tra interessi privatistici ed interessi pubblicistici: come meglio si cercherà di specificare, mentre l’esercizio del controllo analogo – elemento strutturale dell’ *in house* – attribuisce al socio pubblico l’influenza su particolari materie di (“alta”) gestione *ex art. 2, comma 1, lett. c), t.u.s.p.*, le norme volte a regolare la prevenzione e la gestione della crisi di impresa, tanto in base al testo unico (artt. 6, comma 2, e 14, comma 2), quanto in base al Codice della crisi, presuppongono una centralità dell’organo amministrativo, se non addirittura una competenza esclusiva dello stesso anche rispetto a decisioni che invece potrebbero rientrare tra quelle spettanti al socio pubblico (in quanto appunto riconducibili al controllo analogo)¹².

Per queste ragioni, pare di problematica applicazione alle società a partecipazione pubblica ed in particolare alle società *in house* la nuova disciplina in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi di cui all’art. 120-*bis*, CCII, la quale, come si avrà modo di approfondire, prevede una competenza esclusiva degli amministratori anche su materie che invece, in base alla normativa generale, spetterebbero ai soci (tra cui, in particolare, le modifiche dell’atto costitutivo della società debitrice)¹³.

Partendo da tali presupposti, la questione su ci si intende soffermare nel presente scritto è, una volta chiarita la *ratio* di tale normativa, quella di tentare di individuare, alla luce della stessa, possibili soluzioni interpretative al fine di renderne l’applicazione compatibile (o quantomeno non del tutto incompatibile) con le esigenze del controllo analogo e con gli assetti interni della società *in house* (cfr. § 8).

Nell’affrontare tali problematiche, si cercherà di esaminare il tema – in qualche modo correlato al primo – del rapporto tra controllo analogo e direzione e coordinamento, ritenendosi che la possibilità di ricondurre l’esercizio dell’uno ad una manifestazione dell’altra e di sottoporre perciò gli enti pubblici alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c., e, in particolare, alla responsabilità di cui all’art.

¹² Per un approfondimento sulla fattispecie del controllo analogo, si rinvia al lavoro monografico di C. Pecoraro, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, 2021, spec. 163 ss.; vedi anche M. Antonoli, *I requisiti necessari per gli affidamenti in house. Il controllo analogo: natura, modalità e limiti (dal codice dei contratti al testo unico delle società pubbliche)*, in Aa.Vv., *Le società in house*, Napoli, 2020, 75 ss.

¹³ Considera difficile allo stato conciliare i poteri riconosciuti agli amministratori dall’art. 120-*bis* CCII con la disciplina delle società a partecipazione pubblica e in particolare con il controllo analogo, CNDCEC, *La crisi*, cit., 29, nota 36.

2497, comma 1, c.c. (cfr. § 10) possa, da un lato, offrire una diversa prospettiva da cui rileggere la questione e, dall'altro, avere delle importanti implicazioni sulle modalità di esercizio del controllo analogo sulla società *in house* anche in funzione di prevenzione della crisi di impresa della stessa.

Al fine di meglio comprendere le questioni che si andranno ad esaminare e le riflessioni che verranno sviluppate sul punto, pare necessario fornire preliminarmente un inquadramento della fattispecie società *in house* e del controllo analogo – che ne rappresenta uno degli elementi identificativi – richiamando sinteticamente le contrapposte concezioni (di stampo cd. “pubblicistico” e cd. “privatistico”) elaborate a riguardo dalla giurisprudenza, le quali, lungi dall'aver trovato una composizione a seguito dell'introduzione del testo unico, parrebbero tuttora convivere nei diversi orientamenti, rafforzando il dubbio di un'incompatibilità di fondo dell' *in house providing* con i principi generali dell'ordinamento¹⁴.

A tal proposito, pare significativo il passaggio in cui il Consiglio di Stato in sede di Adunanza della Commissione speciale, dopo aver dato atto dell'esistenza dei due già richiamati orientamenti in merito alla natura giuridica delle società *in house*, ha concluso precisando che qualunque sia la prospettazione seguita a riguardo è indubbio che la stessa conservi «una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato»¹⁵.

3. *La società in house come articolazione interna della pubblica amministrazione e le implicazioni sul controllo analogo*

Nell'accingersi ad esaminare il fenomeno dell' *in house providing* e le problematiche connesse alla sua disciplina, non può sfuggire la sensazione di una “anomalia” di fondo della fattispecie rispetto ai principi del nostro ordinamento, anomalia che trova un punto di emersione sia “a monte” (ovvero nel momen-

¹⁴ Sul modello della società *in house* e sullo statuto applicabile, tra i molti F. Goisis, *L' in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in Aa.Vv., *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023, a cura di R. Villata, 269 ss.; C. Pecoraro, *Sul controllo analogo*, cit., 3 ss.; M. Coppola, *Il ritorno al diritto comune delle società in house* alla luce del testo unico sulle partecipate, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò e altri, cit., vol. I, 203 ss.; A. Bove, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, ivi, 229 ss.; L. Imparato, *Il modello della società in house*, ivi, 269 ss.; M. Cian, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur.comm.*, 2019, I, 196 ss. (e Id., *Lo statuto di una società in house. Spunti per una ricostruzione della figura dopo il T.U. sulle società a partecipazione pubblica*, in *Studium iuris*, 2017, 406 ss.); F. Cuccu, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Torino, 2019, 199 ss.; A. Maltoni, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. App.*, 2017, 7 ss.; M. Dugato, *Le società in house*, in *Le imprese a partecipazione pubblica*, a cura di G. Presti, M. Renna, Milano, 2018, 63 ss.; E. Codazzi, *La società in house*, cit., spec. 33 ss.; Ead., *Società in house providing*, in *Giur.comm.*, 2016, II, 953 ss.; P. Pettiti, *Gestione e autonomia delle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, spec. 25 ss.

¹⁵ Cons. Stato, Ad. Comm. Spec., 21 aprile 2016, n. 968, par. 7.

to dell'affidamento *in house* da parte della pubblica amministrazione) sia “a valle” (stante la necessità di rendere l'organizzazione interna della società *in house* compatibile con l'esercizio del controllo analogo)¹⁶.

Come noto, l'*in house providing* trova origine nell'ambito della giurisprudenza comunitaria in materia di appalti pubblici, la quale, utilizzando un approccio (cd. funzionale) noto anche ad altri settori, consente alla pubblica amministrazione di derogare alle procedure ad evidenza pubblica nel caso in cui l'affidamento del servizio avvenga a favore di un soggetto (società o altro ente) che ne costituisce una sua mera articolazione interna, poiché in questo caso non vi sarebbe lesione della concorrenza¹⁷.

La medesima configurazione della fattispecie *in house* è stata ripresa in più occasioni dalla giurisprudenza interna (specie amministrativa e contabile), che, sulla base di un orientamento consolidato e tuttora persistente, considera le società *in house*, non enti distinti dalla pubblica amministrazione, ma una *longa manus* o un'unità organizzativa della stessa¹⁸.

In questi termini, l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo della società risulterebbe fortemente limitata dal controllo analogo del socio pubblico, i cui poteri di influenza sulla stessa sarebbero talmente penetranti da non essere assimilabili a quelli che il codice civile riconosce a qualunque altro socio (fosse anche unico o di controllo)¹⁹. A questa stregua, il controllo analogo non sarebbe configurabile in presenza di significativi poteri decisionali da parte degli amministratori, potendo tale fattispecie essere integrata solo in presenza di una limita-

¹⁶ Per maggiori approfondimenti sull'*in house providing*, sulle sue caratteristiche e sulla sua genesi, si rinvia a F. Goisis, *L'in house*, cit., 269 ss.; F. Fracchia, S. Vernile, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto U.E. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, in Aa.Vv., *Le società in house*, Napoli, 2020, 5 ss.; C. Pecoraro, *Le società in house: profili societari*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 191 ss.; F. Vessia, *Le società in house: profili concorrenziali*, ivi, 229 ss.; F. Fracchia, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 243 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.

¹⁷ Come specifica la Corte di Giustizia UE nel caso cd. *Teckal*, comunemente considerato il *leading case* in materia (Corte UE, sez. V, 18 novembre 1999, in causa C-107/98), l'amministrazione è dispensata dall'obbligo di gara in tutti quei casi in cui tra essa e la società affidataria vi sia un'unità sostanziale, garantita dalla presenza di specifici presupposti e, precisamente, quando l'ente aggiudicatore «eserciti sulla persona cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano», laddove, tale opzione non sarebbe consentita nel caso in cui l'ente pubblico stipuli un contratto per iscritto e a titolo oneroso «con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale».

¹⁸ Secondo una nota pronuncia delle Sezioni Unite, sarebbe «squarciato il velo tra socio e società» e il patrimonio della società *in house* dovrebbe essere considerato quale patrimonio separato da quello dell'ente pubblico: così, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2015, II, 236 ss., con nota di E. Codazzi, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello (in)compatibilità con il diritto societario*.

¹⁹ Tra le molte, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

zione significativa delle loro competenze, se non addirittura una subordinazione gerarchica alla volontà del socio pubblico²⁰.

4. *La società in house alla luce della svolta "privatistica" ex art. 1, comma 3, t.u.s.p.*

L'evoluzione in senso cd. privatistico del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, che già aveva avuto importanti riscontri a livello sia interno che comunitario, pare trovare un punto di svolta con il t.u.s.p., il quale appunto chiarisce 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)²¹.

Tale previsione – norma cardine nella ricostruzione dello statuto delle società a partecipazione pubblica – pare segnare l'impostazione di fondo che il legisla-

²⁰ In quest'ultimo senso, Cass., sez. un., 20 febbraio 2020, n. 4316, *dejure.it*, la quale precisa che per la configurabilità di una società *in house*, accanto agli altri requisiti, che debbono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie, è necessario che «la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici – al punto che gli organi amministrativi della società vengano a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica – e quindi con modalità e intensità di comando non riconducibili alle facoltà normalmente spettanti al socio in base alle regole del codice civile»; anche Cass., sez. un., 5 febbraio 2019, n. 3330, in *www.dirittodeiservizi pubblici.it*; Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.; T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. I, 15 novembre 2022, n. 2535, in *Foro amm.* 2022, II, 1444; T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. IV, 6 luglio 2019, n. 1558, in *dejure.it*; T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 2 settembre 2019, n.4430, in *Foro amm.*, 2019, 1539; precisa Trib. Milano, sez. impr., 6 agosto 2018, in *dejure.it*, come, in assenza di strumenti specificamente volti ed effettivamente idonei ad assicurare l'esercizio di un vero e proprio potere gerarchico sull'operato degli amministratori, non si andrebbe oltre l'espressione di un generale potere di direzione e coordinamento, in quanto tale inidoneo a configurare una società *in house*. Vedi anche Corte cost. 28 marzo 2013, n. 50, *Foro it.*, 2013, I, 1377.

²¹ Come ampiamente sottolineato dalla dottrina che, ancora prima dell'introduzione del testo unico, sosteneva la visione "privatistica" delle società a partecipazione pubblica, tale configurazione poteva giustificarsi in base ad una serie di significativi argomenti di carattere legislativo e sistematico, a partire dal noto passaggio della Relazione al codice civile, secondo cui «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici» (par. 837). In tale quadro, si inserisce la disposizione di cd. "interpretazione autentica" (così, tra le molte, Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 333 ss.; Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1041 ss.) di cui all'art. 4, comma 13, secondo periodo, d.l. n. 95/2012, ai sensi della quale «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali» (valorizza tale disposizione F. Goisis, *La natura*, cit., spec. 5 ss.). Sotto un profilo sistematico, assumono particolare rilevanza in tale prospettiva i noti principi elaborati da parte della giurisprudenza comunitaria in materia di cd. *golden shares* e la normativa sui cd. *golden powers* (su cui P.G. Visconti, *Affinità e interferenze tra poteri speciali e diritto societario*, in questa *Rivista*, 2023, 175 ss.; A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2022, 443 ss.; L. Ardizzone, M. Vitali, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 919 ss.; per ulteriori approfondimenti in merito all'evoluzione in senso cd. privatistico dell'ordinamento, si rinvia a E. Codazzi, *La società in house*, cit., 98 ss).

tore ha inteso dare al fenomeno, ovvero, quella di una tendenziale equiparazione delle società pubbliche alle società private, che trova un limite solo in presenza di deroghe previste da parte dello stesso d.lgs., n. 175/2016 (e quindi espresse): tale precisazione consente perciò di escludere la rilevanza tanto delle deroghe contenute in altre fonti legislative tanto delle deroghe cd. implicite (ovvero, desumibili indirettamente da particolari norme o principi) e a maggior ragione impedisce la riqualificazione della fattispecie societaria in ente pubblico (tecnica spesso utilizzata dalla giurisprudenza di merito, come accennato, proprio per escludere la soggezione a fallimento delle partecipate²²); ove le deroghe vi siano, esse sono assoggettate al principio di «proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica» di cui all'art. 18, comma 1, lett. a), legge delega (n. 124/2015), il che significa che la loro previsione e la relativa estensione debbono essere contenute nei limiti entro cui ciò sia strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse pubblico che ne giustifica l'introduzione²³.

Lo stesso art. 1, comma 3, t.u.s.p., sembrerebbe, inoltre, fornire le coordinate per poter qualificare in termini cd. privatistici le società a partecipazione pubblica.

È infatti evidente che, in mancanza di una specifica deroga all'art. 2247 c.c. da parte del t.u.s.p. e data l'impossibilità di fare ricorso a deroghe implicite o *per relationem*, non vi sarebbero argomenti – perlomeno fondati sul diritto positivo – per negare che le società a partecipazione pubblica condividano la stessa natura di tutte le altre società di capitali, come del resto reiteratamente precisato dalla giurisprudenza di legittimità (secondo cui le società di capitali con partecipazione pubblica, comprese quelle *in house*, non mutano la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici ne posseggono le partecipazioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno – per le vicende della società medesima – la persona dell'azionista)²⁴.

Importante corollario di tale ricostruzione è la possibilità di riconoscere la natura pienamente lucrativa delle società partecipate, conclusione che, tra l'altro, trova un significativo riscontro in quel principio di legge delega con cui si chiarisce che i rapporti economici tra ente pubblico e società partecipata debbono basarsi sul criterio del cd. “operatore di mercato” (art. 18, comma 1, lett. l), legge

²² Cfr. le pronunce richiamate alla nota 2.

²³ Vedi Trib. Roma, Sez. Spec. Impesa, 2 luglio 2018, in *Giur.com.*, 2019, II, 1490 ss., 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.*

²⁴ Vedi in tal senso Cass. civ., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 27865, in *dejure.it*, secondo cui la natura privatistica della società non è incisa dall'eventualità del cosiddetto “controllo analogo”, mediante il quale l'azionista pubblico svolge un'influenza dominante sulla società, così da rendere il legame partecipativo assimilabile a una relazione interorganica, poiché questo non incide sulla distinzione del piano giuridico-formale, tra pubblica amministrazione ed ente privato societario, che è pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante; così Trib. Civitavecchia, 24 giugno 2022, n. 747, in *Foro it.*, 2022, I, 2847. Ma vedi recentemente nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2021, n. 6600, in *dejure.it*; T.A.R. Napoli, (Campania), sez. I, 28 settembre 2021, n. 6068, in *Foro amm.*, 2021, 1377.

n. 124/2015), il quale – proprio per la sua collocazione tra i criteri direttivi della legge delega – sembrerebbe assumere una portata generale e quindi tale da imporre al socio pubblico di improntare a razionalità economica ogni sua decisione suscettibile di avere un impatto di natura economica sulla società partecipata²⁵.

D'altra parte, la stessa giurisprudenza di legittimità sottolinea, altrettanto significativamente, come il socio pubblico abbia il dovere di valorizzare, nel modo più ampio possibile, la propria partecipazione societaria, potendone discendere in caso contrario un danno erariale²⁶.

La previsione *ex* 14, comma 1, t.u.s.p., che, come abbiamo visto, sottopone le società a partecipazione pubblica a fallimento e alle altre procedure concorsuali, sembrerebbe, a sua volta, segnare un importante punto di emersione a livello normativo della configurazione cd. privatistica che il legislatore ha inteso assegnare alle stesse²⁷.

Nessun dubbio si pone in merito alla applicabilità alle società *in house* di tale norma – come del resto conferma la Relazione illustrativa al d.lgs., n. 175/2016 (in cui si spiega che «le osservazioni volte a sottrarre le società *in house* al diritto comune delle crisi d'impresa non sono state accolte»²⁸), deponendo in tal senso sia il dato normativo – che riferendosi genericamente alle società a partecipazione pubblica, tanto nella rubrica, quanto nel testo del comma 1, sembra rivolgersi indifferentemente a tutte le partecipate – sia il dato sistematico, in quanto nessuna deroga è stata prevista a tal riguardo da parte del testo unico²⁹. Tale conclusione trova un'ulteriore e significativa conferma nella previsione di cui al comma 6 («Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a con-

²⁵ In tal senso, F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in questa *Rivista*, 2017 1 ss.; sul tema della lucratività delle società a partecipazione pubblica, Id., *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico*, *ivi*, 2019, 23 ss.; Id., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, *ivi*, 2013, 41 ss. e più diffusamente Id., *Contributo*, *cit.*, spec. 113 ss.; E. Codazzi, *La società in house*, *cit.*, 159 ss.

²⁶ Così Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17188, in *Foro amm.*, 2019, 1009, ha precisato che «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 raggiungimento del miglior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, egli in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale».

²⁷ Vedi in tal senso anche V. Donativi, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, in *Le società in house*, *cit.*, 115.

²⁸ Sottolinea la *Relazione illustrativa* al Testo Unico, allegata allo schema di decreto legislativo (atto n. 297-bis), *sub* art. 14, che non si è ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera che mirano a differenziare la disciplina delle crisi aziendale in relazione a diverse tipologie societarie, trattandosi di «soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame».

²⁹ Vedi anche G. D'Attorre, *Crisi delle società pubbliche*, *cit.*, 1055; C. Garilli, *Società in house e crisi d'impresa alla luce dell'art. 14 TUSP*, in *Soc.*, 2021, 1055 ss. In giurisprudenza, vedi Cass.civ., 28 marzo 2023, n. 8794, in *dirittodellacrisi.it*; Trib. Catania, 20 luglio 2018, n. 128, in *ilsocietario.it*, 28 settembre 2018.

trollo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita»), la quale, ponendo specifici divieti alle società a controllo pubblico “titolari di affidamenti diretti” in conseguenza della loro dichiarazione di fallimento, sembrerebbe riferirsi alle società *in house* confermandone perciò la fallibilità³⁰.

In definitiva, pare che, sulla base dei diversi argomenti desumibili dall’evoluzione dell’ordinamento e in particolare dal Codice della crisi, che, come abbiamo visto, ricomprende nel suo ambito applicativo *ex art. 2*, comma 1, tutte le società pubbliche, sia difficile dubitare della natura di soggetti privati delle società *in house*.

È pur vero che lo stesso testo unico, in modo non del tutto coerente rispetto all’impostazione di fondo che emerge *ex art. 1*, comma 3, estende alle società *in house* regole appartenenti allo statuto dell’ente pubblico, tra cui, in particolare, la previsione sulla giurisdizione di cui all’art. 12, comma 1, t.u.s.p. (che «fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*») e quella di cui all’art. 11, comma 15, t.u.s.p. (che applica agli amministratori di società *in house* il particolare regime di *prorogatio* previsto dal d.l. n. 293/1994)³¹.

In realtà, pare che tali disposizioni, lungi dal giustificare una diversa conclusione in merito alla qualificazione (privatistica) della fattispecie, dimostrino che l’applicazione di regole di stampo pubblicistico è possibile solo ove espressamente previsto dal legislatore, perciò in qualche modo rafforzando la regola generale: in tal senso, sembra orientarsi la stessa Cassazione ove chiarisce che l’assimilazione della società *in house* ad una pubblica amministrazione rileva solo ai fini del riparto di giurisdizione «non compromettendo, per ogni ulteriore aspetto, l’ap-

³⁰ La *ratio* di tale disposizione è precisata da Corte Conti, Sez. Reg. Contr. Regione Sicilia, 20 settembre 2017, n. 143, in www.dirittodeiserviziipubblici.it, la quale chiarisce che l’art. 14, comma 6, t.u.s.p., introduce una «disciplina di carattere pubblicistico e sanzionatorio che impone all’amministrazione di dismettere la veste di imprenditore pubblico e di procedere all’esternalizzazione del servizio in conseguenza dell’insuccesso della formula societaria quale modulo organizzatorio di intervento diretto, comprovato dalla dichiarazione dello stato di insolvenza del soggetto partecipato. In definitiva, il “fallimento” dell’intervento pubblico è “sanzionato” con l’obbligo di ricorrere al mercato».

³¹ Per un quadro aggiornato in merito alla giurisdizione applicabile alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società *in house*, si rinvia, anche per ulteriori citazioni dottrinali e giurisprudenziali, a F. Cerioni, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Cerioni, cit., 282 ss., spec. 322 ss., 338 ss., e 356 ss.; sul tema vedi anche 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*, cit., 165 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass., Sez. un., 27 aprile 2023, n. 11186, in *dejure.it*; Cass., sez. un. 22 febbraio 2023, n. 5569, *ivi*; Cass., sez. un., 28 giugno 2022, n. 20632, *ivi*. Sul regime di *prorogatio* degli amministratori di società partecipate, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 595 ss.; M. Cossu, *La prorogatio dell’amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 260 ss.

plicazione del diritto societario generale³²) e che le società *in house* sono soggette al principio generale di cui all'art. 1, comma 3, t.u.s.p. «ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso. Ed una disposizione specifica per la società *in house* si rinviene nell'art. 12 [...]»³³.

5. *L'esercizio del controllo analogo e le deroghe alla competenza esclusiva dell'organo amministrativo ex art. 16, comma 2, t.u.s.p.*

Alla luce di tali premesse, si può meglio comprendere come uno dei profili di maggior criticità derivanti dall'introduzione dell'*in house providing* nel nostro ordinamento sia quello di rendere compatibile con l'organizzazione interna delle società di capitali l'esercizio del controllo analogo, definito ex art. 2, comma 1, lett. c), t.u.s.p., 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»³⁴.

È, infatti, evidente che una configurazione del controllo analogo volta a limitare significativamente l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo, se non addirittura a prevederne una subordinazione gerarchica alla volontà del socio pubblico, sarebbe in contrasto con i principi del nostro diritto societario (così come lo sarebbe il contratto di dominazione tra capogruppo e società sottoposte³⁵), risultando in particolare incompatibile con la previsione – introdotta a seguito della riforma societaria – che attribuisce agli amministratori di s.p.a. una competenza esclusiva in materia di gestione dell'impresa (art. 2380-*bis*, c.c.)³⁶.

³² Così già Cass., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

³³ Così Cass. civ., Sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, par. 3, in *Giur. comm.*, 2017, II, 809 ss. Nello stesso senso, Trib. Crotone, sez. lav., 1° dicembre 2022, n. 88, in *dejure.it*, il quale precisa che «Le società *in house* costituiscono dei soggetti giuridici di impronta privatistica che agiscono in modo autonomo e distinto rispetto alle pubbliche amministrazioni partecipanti. Ad esse si applicano le disposizioni societarie previste dal Codice civile e delle norme generali di diritto privato, per quanto non derogato dalle disposizioni del d.lgs. 175/2016».

³⁴ Una variante alla fattispecie del controllo analogo cd. "solitario" è data dal controllo analogo congiunto (definito come la «situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi») (art. 2, comma 1, lett. d)): sul tema, tra gli altri, C. Garilli, *In house providing e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul "controllo analogo congiunto" nel quadro generale delle "società a controllo pubblico"* in *Riv. soc.*, 2022, 450 ss.

³⁵ Si rinvia sulla questione, anche per ulteriori citazioni, a A. Valzer, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Riv. soc.*, 2020, 1049 s.

³⁶ Tra gli altri, C. Pecoraro, *Sul controllo analogo*, spec. 49 ss. (ove analizza la concezione "pubblicistica" e quella "privatistica" del controllo analogo); Id., *Le società in house: profili societari*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 191 ss., 195 ss.; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, cit., spec. 312 ss.

Il legislatore del testo unico, nel tentativo di superare tale – apparentemente – insanabile contrasto, ha previsto che «gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile» (art. 16, comma 2, lett. *a*)), altresì precisando che il modello organizzativo necessario allo svolgimento dell'*in house* può essere realizzato attraverso l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di s.r.l. di particolari diritti amministrativi o mediante la stipulazione di patti parasociali che (in deroga all'art. 2341-*bis*, c.c.) possono avere una durata superiore a 5 anni (art. 16, comma 2, lett. *b*) e *c*)³⁷.

In tal modo, il legislatore sembrerebbe perciò aver introdotto una sorta di “delega in bianco”, che rimette alle singole società il compito di trovare un non facile equilibrio tra “autonomia” e “strumentalità” nel rapporto dell'organo amministrativo con la pubblica amministrazione.

Limitandosi a richiamare quanto più compiutamente espresso in altre sedi, pare che l'autonomia statutaria, nelle s.p.a., ma anche nelle s.r.l. (che, come noto, godono di una maggiore flessibilità organizzativa e consentono varie forme di ingerenza dei soci nella gestione), non possa giungere al punto di limitare drasticamente l'autonomia decisionale degli amministratori, se non addirittura di esautorarli da ogni potere decisionale sulle materie oggetto di controllo analogo³⁸.

Tale conclusione (che ha anche trovato conferma da parte della giurisprudenza³⁹) si impone, non solo alla luce del già richiamato principio di «proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica» di cui all'art. 18, comma 1, lett. *a*), legge delega (non essendo la drastica compressione dell'autonomia decisionale degli amministratori soluzione necessaria né proporzionata rispetto al fine di garantire l'esercizio del controllo analogo sulla società), ma anche in considerazione del fatto che la connotazione privatistica della società *in house*, così come confermata dal testo unico, rende necessario ricondurre la figura del con-

³⁷ Per quanto riguarda, più nello specifico, l'esercizio del controllo analogo nelle società di capitali, V. Donativi, *Gli strumenti*, cit., 98 ss.; E. Codazzi, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, in questa *Rivista*, 2019, 127 ss.; Ead., *Esercizio del controllo analogo*, cit., 1494 ss.; I. Kutufà, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società “pubbliche”: statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?* in *NLCC*, 2019, 430 ss.

³⁸ In tal senso, V. Donativi, *Gli strumenti*, cit., 102 ss., ove parla di deroga “limitata” e “condizionata”; A. Valzer, *Controllo analogo*, cit., 1052 ss.; E. Codazzi, *L'assetto organizzativo*, cit., 127 ss., spec. 140 ss.; Ead., *Le società in house*, cit., 201 ss. Sottolinea Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 luglio 2018, cit., come le deroghe statutarie al modello societario sono ammesse nei limiti del rapporto di strumentalità funzionale tra esse e il fine di realizzare il controllo analogo; di conseguenza, le previsioni che introducono tali deroghe, in quanto eccezione a regole generali, non possono che essere intese in senso restrittivo ex art. 14 disp. prel. c.c. (alla luce di tali premesse il Tribunale conclude che la modifica apportata allo statuto della s.p.a., con cui si limitano i poteri dell'organo amministrativo alla sola amministrazione ordinaria, si pone in contrasto con l'art. 2380-*bis* c.c., eccedendo illegittimamente i limiti derogativi di cui all'art. 16, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

³⁹ Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 luglio 2018, cit.

trollo analogo entro un'ottica compatibile con i principi propri delle società di capitali: il che significa, tra l'altro, che se l'art. 2380-bis, c.c., è derogabile ex art. 16, comma 2, t.u.s.p., non lo è il sistema di responsabilità degli amministratori di cui agli artt. 2392 ss., c.c., essendo gli stessi comunque tenuti a rispondere nei confronti della società e dei creditori sociali pur se ridotti a mero strumento nelle mani del socio pubblico che esercita il controllo analogo⁴⁰.

6. *L'estromissione dei soci in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi ex art. 120-bis, CCII*

Alla luce delle – lunghe ma necessarie – premesse svolte in merito alla configurazione del controllo analogo e alle sue modalità di esercizio, può risultare più agevole comprendere le difficoltà che possono derivare dalla soggezione delle società *in house* (così come delle società partecipate in genere) ad alcune disposizioni del Codice della crisi e in particolare a quelle volte a tutelare prioritariamente l'interesse dei creditori (come previsto ex art. 4, comma 2, *lett. c*), CCII).

Un esempio che pare emblematico in tal senso – anche per la sua possibile rilevanza applicativa – è dato dalla previsione dettata in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui all'art. 120-bis, CCII (norma introdotta ex art. 25, d.lgs., 83/2022, al fine di recepire l'art. 12 della Direttiva UE 2019/2023, cd. *Insolvency*)⁴¹.

⁴⁰ Precisa Trib.Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 luglio 2018, cit., come «l'attribuzione all'assemblea dei poteri di straordinaria amministrazione e per converso la limitazione della competenza funzionale dell'organo amministrativo ai soli atti di ordinaria amministrazione lederebbero anche i principi su cui si fonda la responsabilità civile degli amministratori nei confronti della società e dei creditori sociali di cui agli artt. 2392 ss. c.c. (definiti espressamente norme imperative inderogabili dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 28 aprile 2010, n. 10215, *id.*, Rep. 2011, voce *Società*, n. 604)»; vedi anche Trib. Palermo, 28 aprile 2021, in *Soc.*, 2021, 807 ss., con commento di F. Fimmano, *Il controllo analogo configura in re ipsa l'attività di direzione e coordinamento sulle "partecipate" pubbliche*.

⁴¹ In argomento, O.Cagnasso, C.F. Giuliani, G. M. Miceli, *L'accesso delle società al concordato preventivo*, in *Soc.*, 2023, 983 ss.; O. Cagnasso, *Le modifiche funzionali al buon esito della ristrutturazione*, ivi, 2023, 239 ss.; M. Campobasso, *La posizione dei soci*, cit., 166 ss.; M.S. Spolidoro, *I soci dopo l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi*, in *Riv.soc.*, 2022, 1254 ss.; G.B. Portale, *Il codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza: tra fratture e modernizzazione del diritto societario*, ivi, 2022, 1149 ss.; F. Guerrera, *L'espansione della regola di competenza esclusiva degli amministratori nel diritto societario della crisi fra dogmatismo del legislatore e criticità operative*, ivi, 2022, 1272 ss.; M. Maltoni, *Spunti di riflessione sulla disciplina delle modifiche statutarie in caso di accesso della società ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, ivi, 2022, 1293 ss.; I. Pagni, M. Fabiani, *Le operazioni straordinarie nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra l'art. 116 e gli artt. 120-bis ss. CCII*, ivi, 2022, 1308 ss.; A. Rossi, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice*, in *Fall.*, 2022, 945 ss.; F. Brogi, *I soci e gli strumenti di regolazione della crisi*, in *Soc.*, 2022, 1290 ss.; C. Esposito, *Il ridimensionamento delle prerogative e le responsabilità dei soci nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Giust.civ.*, 2022, 377 ss.; Assonime, *I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi nel nuovo Codice della crisi*, Circolare n. 27 del 2 novembre 2022, in *Riv. soc.*, 2022, 1384 ss.

La disposizione in esame – per quanto interessa in questa sede – rafforza sotto diversi e rilevanti profili il ruolo degli amministratori allo scopo – esplicitato dalla Relazione illustrativa al d.lgs., n. 83/2022 – di impedire «ai soci, che potrebbero non avere più un interesse nella società, di ostacolare la ristrutturazione o anche solo una delle sue fasi»⁴².

Nello specifico, essa prevede che:

- «L'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano» (art. 120-*bis*, comma 1, CCII);
- «Ai fini del buon esito della ristrutturazione il piano può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni» (comma 2);
- gli amministratori sono tenuti a informare i soci dell'avvenuta decisione di accedere a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e a riferire periodicamente del suo andamento (comma 3);
- i soci non possono revocare gli amministratori che abbiano presentato accesso a uno di tali strumenti in presenza delle condizioni di legge (comma 4)⁴³.

La norma, che si distacca dalla previgente disciplina *ex artt.* 152, comma 2, e 161, comma 4, l. fall. (ove si prevedeva che, nelle società di capitali, la proposta e la definizione delle condizioni del concordato spettassero agli amministratori «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto»⁴⁴), da un lato, pare coordinarsi con le disposizioni *ex artt.* 2086, comma 2, 2380-*bis*, 2475, c.c. (che attribuiscono in via esclusiva agli amministratori l'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi, contabili, adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»), ma, dall'altro, risulta non in linea con l'art. 265 CCII (che,

⁴² Così, Relazione illustrativa *sub art.* 25.

⁴³ Prevede il comma 4 che «Dalla iscrizione della decisione nel registro delle imprese e fino alla omologazione, la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa. Non costituisce giusta causa la presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza in presenza delle condizioni di legge. La deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dalla sezione specializzata del tribunale delle imprese competente, sentiti gli interessati».

⁴⁴ Diversamente, l'originaria disciplina del Codice della crisi di cui agli artt. 265, comma 2, e 44, comma 4 (dettati rispettivamente in materia di concordato nella liquidazione giudiziale e di concordato preventivo), che si rifaceva alla precedente normativa fallimentare, consentiva di derogare in via statutaria alla competenza dell'organo amministrativo. Con riferimento alla disciplina previgente, escludeva che gli amministratori delle società di capitali potessero assumere una competenza esclusiva con riguardo agli strumenti di gestione della crisi o ai piani che possono essere adottati per la sua risoluzione (sussistendo «un interesse dei soci ad interloquire o ad essere, per così dire, ascoltati in questi frangenti»), V. De Sensi, *Società a partecipazione pubblica: funzione gestoria, obblighi informativi ed emersione dei fattori di rischio*, in *RDS*, 2019, 39 ss., 81; vedi anche F. Guerrero, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv.soc.*, 2013, spec. 1131.

con riguardo alla proposta di concordato nella liquidazione giudiziale, alla determinazione dei suoi contenuti e di quelli del piano concordatario, invece ammette tuttora possibili deroghe statutarie alla competenza degli amministratori)⁴⁵.

Una tale previsione si giustifica, secondo la Relazione illustrativa, per il fatto che l'avvio della ristrutturazione e la definizione del contenuto del piano costituiscono «esecuzione degli obblighi di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, previsti dall'articolo 2086, secondo comma, del codice civile»⁴⁶.

La scelta di porre in capo agli amministratori una riserva di competenza sulle materie *ex art. 120-bis*, CCII, estromettendo i soci da qualsiasi decisione sulle stesse, suscita però – come emerge anche dai primi commenti – una serie di perplessità, specie se la si esamina alla luce delle intenzioni del legislatore comunitario⁴⁷.

Pare, infatti, chiaro sulla base della lettura della Direttiva cd. *Insolvency* e dei suoi Considerando come la previsione di norme volte a depotenziare i diritti dei soci sia strettamente correlata all'esigenza di evitare che il loro intervento su materie decisive per la gestione della crisi possa irragionevolmente rallentare e quindi rendere meno efficiente la risoluzione della stessa: in quest'ottica, si prevede che, in deroga al comma 2 (il quale attribuisce il voto sull'adozione del piano di ristrutturazione alle «parti interessate»), gli Stati membri possano escludere dal voto i detentori di strumenti di capitale (art. 9, comma 3, lett. a))⁴⁸. Nel caso in cui non optino per l'introduzione di tali deroghe, gli Stati membri «provvedono con altri mezzi affin-

⁴⁵ Sottolineano il disallineamento tra le due disposizioni, R. Brogi, *op. cit.*, 1303; S. Ambrosini, *Il Codice della Crisi dopo il D.Lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 17 luglio 2022, 7; O. Cagnasso, *op. cit.*, 240, che rileva come sia dubbio se si tratti di un mero difetto di coordinamento o si applichino discipline diverse nelle due ipotesi.

⁴⁶ Relazione illustrativa *sub art. 25*.

⁴⁷ Vedi in particolare F. Guerrero, *L'espansione*, cit., 1274, che, nel considerare la totale alterazione della ripartizione di competenze degli organi sociali e la cancellazione dei poteri decisionali dell'assemblea, esprime dubbi sulla efficacia, coerenza, proporzionalità dell'intervento legislativo rispetto agli scopi della Direttiva e più in generale sulla razionalità e coerenza del nuovo diritto societario della crisi. Il problema della possibile inerzia dei soci o del loro ostruzionismo era prevista anche dall'art. 6, comma 2, lett. b), L. 19 ottobre 2017, n. 155 (Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza), che, con riferimento alla disciplina del concordato preventivo indirizzava il legislatore delegato nel senso di «imporre agli organi della società il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori od ostruzionistici, l'attuazione possa essere affidata ad un amministratore provvisorio, nominato dal tribunale, dotato dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea, con la garanzia di adeguati strumenti d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci».

⁴⁸ Cfr. Considerando n. 57: «Sebbene sia necessario tutelare i legittimi interessi degli azionisti o altri detentori di strumenti di capitale, gli Stati membri dovrebbero garantire che essi non possano impedire irragionevolmente l'adozione di un piano di ristrutturazione che ripristinerebbe la sostenibilità economica del debitore. Gli Stati membri dovrebbero poter usare mezzi diversi per raggiungere tale obiettivo, ad esempio non concedendo ai detentori di strumenti di capitale il diritto di voto sul piano di ristrutturazione e non subordinando l'adozione del piano di ristrutturazione all'accordo dei detentori di strumenti di capitale che in base a una valu-

ché ai detentori di strumenti di capitale non sia consentito di impedire o ostacolare irragionevolmente l'adozione e l'omologazione di un piano di ristrutturazione» (art. 12, comma 1), ovvero, l'attuazione dello stesso (comma 2).

Di qui l'impressione che l'intervento del legislatore nazionale risulti sproporzionato rispetto ai fini che si proponeva la Direttiva, impressione che pare rafforzata ove si consideri che lo stesso non si è avvalso della facoltà – pure consentita – di adattare alla natura e alle dimensioni dell'impresa il significato da attribuire al divieto di «impedire od ostacolare irragionevolmente» l'adozione del piano di ristrutturazione⁴⁹, né ha tenuto conto dell'indicazione, contenuta nei Considerando, di sottoporre l'introduzione di deroghe al diritto societario ad un principio di proporzionalità, il quale assumerebbe rilevanza sia con riguardo al protrarsi del loro impiego sia – cosa ancora più significativa – con riguardo alla possibilità di individuare «altri strumenti ugualmente efficaci per garantire che gli azionisti non ostacolino indebitamente l'adozione o l'attuazione di un piano di ristrutturazione che potrebbe ripristinare la sostenibilità economica dell'impresa»⁵⁰

7. (Segue): *l'applicabilità della disposizione alla società in house*

La previsione di cui all'art. 120-*bis*, CCII – in mancanza di diverse precisazioni da parte del legislatore – sembrerebbe dotata di una natura “transtipica”⁵¹, risultando perciò applicabile anche a quei tipi sociali (società di persone, s.r.l.) o modelli societari speciali (quali le società partecipate) per i quali la partecipazio-

zione dell'impresa non riceverebbero alcun pagamento o altro corrispettivo se fosse applicato il normale grado di priorità della liquidazione».

⁴⁹ Prevede appunto l'art. 12 della Direttiva che gli Stati membri «possono adattare la definizione di cosa debba intendersi per impedire o ostacolare irragionevolmente a norma del presente articolo per tenere conto, tra l'altro, del fatto che il debitore è una PMI o una grande impresa, delle misure di ristrutturazione proposte riguardanti i diritti dei detentori di strumenti di capitale, del tipo di detentore di strumenti di capitale, del fatto che il debitore è una persona fisica o giuridica, e che i soci di un'impresa hanno una responsabilità limitata o illimitata» (comma 3).

⁵⁰ «Gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a derogare al diritto societario, interamente o parzialmente, per un periodo di tempo indeterminato o limitato, se garantiscono che le prescrizioni di diritto societario non possano compromettere l'efficacia del processo di ristrutturazione o purché dispongano di altri strumenti ugualmente efficaci per garantire che gli azionisti non ostacolino indebitamente l'adozione o l'attuazione di un piano di ristrutturazione che potrebbe ripristinare la sostenibilità economica dell'impresa» (Considerando n. 96). Da conto del fatto che nell'esperienza di altri ordinamenti l'ostruzionismo dei soci viene risolto con altri strumenti (quali il provvedimento del giudice o dell'amministratore giudiziario), G.B. Portale, *Il codice italiano*, cit., 1150 s.

⁵¹ Sulla “transtipicità” di tale disposizione, O. Cagnasso, *op. cit.*, 240 ss.; F. Guerrero, *L'espansione*, cit., 1274.

ne dei soci alle decisioni previste dalla norma in questione è, non solo possibile, ma addirittura dovuta⁵².

Basti pensare che la disciplina delle società a partecipazione pubblica racchiusa nell'art. 7, comma 7, t.u.s.p., stabilisce che determinate modifiche dell'atto costitutivo (tra cui la trasformazione, le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività, il trasferimento della sede sociale all'estero, la revoca dello stato di liquidazione), in quanto assoggettate alle disposizioni dettate in materia di costituzione di cui ai precedenti commi 1 e 2, presuppongono la delibera di particolari organi dell'amministrazione pubblica con provvedimento motivato, laddove, come si è visto, ai sensi dell'art. 120-*bis*, comma 2, CCII, tutte le modifiche dell'atto costitutivo della società debitrice previste «ai fini del buon esito della ristrutturazione» rientrerebbero nella competenza esclusiva degli amministratori⁵³.

Alcune riflessioni si impongono in merito all'applicazione di tale disciplina alle società *in house*, ove, come si è visto, è strutturale l'influenza determinante del socio pubblico sulle materie di carattere strategico o di particolare significatività, tra le quali ben potrebbero rientrare sia la definizione della strategia perseguibile per il superamento della crisi (e quindi anche – perlomeno su alcuni profili – il contenuto del piano) sia le operazioni straordinarie correlate alla sua attuazione⁵⁴.

Del resto, non minori difficoltà applicative potrebbero sorgere in altri modelli di partecipate caratterizzate dalla presenza preponderante dell'ente pubblico, tra cui le società a controllo pubblico, ma anche le società miste, per le quali l'art. 17, comma 4, lett. *a*), t.u.s.p., consente agli statuti di derogare agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies*, c.c., al fine di consentire l'esercizio del «controllo interno» del socio pubblico sulla gestione dell'impresa⁵⁵.

⁵² Si pensi ad esempio all'art. 2479, comma 2, c.c., che prevede una competenza inderogabile dei soci per le modificazioni dell'atto costitutivo (n. 4) e per la decisione che comporta una sostanziale modifica dell'oggetto sociale e una rilevante modificazione dei diritti dei soci (n. 5).

⁵³ Sottolinea la difficile conciliabilità dell'art. 120-*bis* con la disciplina di cui all'art. 7, comma 7, t.u.s.p., che richiede l'adozione di un atto deliberativo “motivato” del competente organo dell'amministrazione pubblica socia, CNDCEC, *La crisi*, cit., 29, nota 36. Sulla disciplina in materia di costituzione e modificazione dell'atto costitutivo delle partecipate, vedi V. Sanna, *I vizi della costituzione e di talune modifiche dell'atto costitutivo: profili problematici*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, a cura di C. Ibba, Milano, 2019, 101 ss., 124 ss.; C. Pecoraro, *La costituzione delle società*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 65 ss., 91.

⁵⁴ Include tra le materie oggetto del controllo analogo la ristrutturazione dell'organizzazione aziendale che presuppone progetti di ricapitalizzazione o un piano di finanza straordinaria dell'impresa, C. Pecoraro, *Sul controllo analogo*, cit., 174.

⁵⁵ Sulle società a controllo pubblico si rinvia al recente contributo di M. Bianchini, *Il rapporto tra “società a partecipazione pubblica” e “società a controllo pubblico” alla luce della nozione di “controllo” (solitario e congiunto) del Testo unico*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Cerioni, cit., 59 ss.; sul controllo pubblico, K. Martucci, *La nozione di controllo pubblico nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Giur.com.*, 2022, I, 105 ss. Sul controllo cd. interno del socio pubblico sulle società miste, si veda in particolare, E. Codazzi, *Le società miste*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 277 ss., 300 ss.

Alla luce di tali rilievi, si potrebbero astrattamente ipotizzare diverse soluzioni: l'applicazione dell'art. 120-*bis*, CCII, alle società *in house* senza alcun particolare adattamento, la sua disapplicazione alle stesse o il tentativo di individuare una lettura della norma che possa in qualche modo attenuare i possibili profili di incompatibilità con la fattispecie in esame.

Nel primo senso, pare porsi uno dei primi provvedimenti sinora resi dalla giurisprudenza sull'applicazione della norma alla società *in house* (sia pure sotto lo specifico profilo della revoca degli amministratori *ex art.* 120-*bis*, comma 4, CCII), il quale, nel dichiarare infondate le contestazioni con cui i soci pubblici, richiamando le esigenze del controllo analogo, lamentavano di non essere stati preventivamente consultati dagli amministratori in merito alla decisione di accedere agli strumenti di regolazione della crisi, si limita a sottolineare che la previsione di una competenza esclusiva in capo all'organo amministrativo esclude la necessità di «preventivi confronti, pareri o approvazioni di sorta da parte degli altri organi sociali»⁵⁶.

L'ipotesi di una disapplicazione alle società *in house*, se non anche alle società pubbliche, della norma parrebbe invece difficile da sostenere, in primo luogo, perché, come si è visto, nessuna preclusione a riguardo sembrerebbe derivare dalle disposizioni speciali del testo unico (che, anzi, *ex art.* 1, comma 3, t.u.s.p., rinviano alle «norme generali di diritto privato») e, in secondo luogo, per il fatto che, non occupandosi l'art. 14 t.u.s.p. dei profili di disciplina regolati dall'art. 120-*bis*, CCII, quest'ultima previsione risulta applicabile – in funzione integrativa della prima – ove la società *in house* intenda accedere ad uno strumento di regolazione della crisi (tra cui il concordato preventivo, già richiamato dall'art. 14, comma 1, t.u.s.p., i piani attestati o gli accordi di ristrutturazione, considerati applicabili alle partecipate anche ai fini del piano di risanamento previsto per le società a controllo pubblico *ex artt.* 6, comma 2, e 14, comma 2)⁵⁷.

Né pare che dal sistema si possano ricavare ulteriori spunti onde giustificare una possibile disapplicazione dell'art. 120-*bis*, CCII, alle società *in house*: basti pensare che, mentre la Direttiva attribuisce agli ordinamenti nazionali la possibilità di esonerare specifiche figure in quanto sottoposte ad un regime speciale (tra cui il debitore che è «ente pubblico ai sensi del diritto nazionale» *ex art.* 1, comma 2, lett. g)⁵⁸), la tendenza del legislatore interno è invece quella di estendere

⁵⁶ Trib. L'Aquila, Sez. Spec. Impresa, 18 aprile 2023, in *Soc.*, 2023, 1088 ss., con commento di E. Codazzi, *Accesso agli strumenti di regolazione della crisi e revoca degli amministratori di società in house: un'applicazione dell'art. 120-bis, comma 4, CCII*.

⁵⁷ Sulla possibilità di fare ricorso ai piani attestati o agli accordi di ristrutturazione ai fini del piano di risanamento di cui all'art. 14, comma 2, t.u.s.p., tra gli altri, CNDCEC, *La crisi*, cit., 12 s.; D'Attorre, *Crisi delle società*, cit., 1056 s.

⁵⁸ Cfr. Considerando n. 20.

l'applicazione di tali disposizioni, in quanto compatibili, anche agli imprenditori collettivi diversi dalle società (art. 120-*bis*, comma 6). Né sembra potersi equiparare le società *in house* ad «enti pubblici secondo il diritto nazionale», ipotesi che, oltre a contrastare col dato sistematico, trova un limite nella perdurante vigenza del principio generale stabilito dall'art. 4, legge n. 70 del 1975, secondo cui «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge»⁵⁹.

8. *La ricerca di una compatibilità tra la previsione della competenza esclusiva degli amministratori ex art. 120-bis, CCII, e gli assetti interni delle società in house*

Scartata l'ipotesi di una disapplicazione alle società *in house* della normativa di cui all'art. 120-*bis*, CCII, e trovando insoddisfacente la soluzione di un'applicazione *tout court* della stessa, pare necessario verificare se sia possibile individuare una lettura della norma che la possa rendere compatibile con la fattispecie del controllo analogo, nell'ambito del quale potrebbero rientrare – come rilevato – sia la decisione di accedere ai diversi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, sia, in modo ancora più significativo, la definizione di taluni contenuti del piano (di carattere strategico o di particolare significatività) nonché le eventuali modifiche dell'atto costitutivo (che sarebbero *in re ipsa* significative per la società, se non addirittura, in taluni casi, di carattere strategico per la stessa).

Come emerge da talune delle opinioni che si sono al momento formate sul punto, nonché, più in generale dallo stesso combinato disposto degli artt. 2364, comma 1, n. 5, e 2380-*bis*, c.c., la previsione di una competenza esclusiva degli amministratori in materia di gestione può coesistere con l'attribuzione all'assemblea di poteri autorizzativi e, a maggior ragione, con una funzione consultiva della stessa⁶⁰.

⁵⁹ Tale disposizione, del tutto ignorata da quella giurisprudenza di merito che, al fine di sottrarre le società partecipate al fallimento le riqualificava come enti pubblici (cfr. nota 2), è stata invece valorizzata in particolare da Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, cit., che, proprio basandosi su tale previsione, ha ricavato il principio per cui la qualità di ente pubblico, se non è espressamente attribuita dalla legge, deve ricavarsi da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco; vedi anche App. Napoli, 24 aprile 2013 e App. Napoli, 27 maggio 2013, in *Fall.*, 2013, 1290 ss. (il quale sottolinea come «sul versante degli interessi coinvolti non possono essere pretermessi i principi di affidamento e di eguaglianza rispetto ai vari soggetti privati con i quali la società in mano pubblica, ma con veste di società di diritto privato, entra in relazione, senza tacere della concorrenza che pure impone parità di trattamento tra gli operatori economici»); e anche App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 690 ss.

⁶⁰ Ritiene ammissibile una clausola statutaria che preveda l'obbligo degli amministratori di ottenere dai soci un parere preventivo non vincolante, ma non l'autorizzazione preventiva dell'assemblea, neanche per le modifiche statutarie contenute nel piano, sia con riguardo alle s.p.a. che alle s.r.l., O. Cagnasso, *op. cit.*, 241 ss. Sulla facoltà degli amministratori di consultarsi con i soci, ferma restando la responsabilità degli stessi per gli atti compiuti, M.S. Spolidoro, *op. cit.*, 1255. Ritiene che la previsione di una competenza esclusiva degli amministratori invece impedisca all'assemblea di deliberare in funzione meramente consultiva, F. Guerrero, *op. cit.*,

Abbiamo però visto come l'influenza determinante che il socio pubblico esercita in virtù del controllo analogo vada ben oltre la mera autorizzazione o l'espressione di pareri non vincolanti (specie ove gli statuti si siano avvalsi della facoltà di deroga di cui all'art. 16, comma 2, t.u.s.p.), traducendosi in poteri decisionali che obbligano gli amministratori a dare esecuzione alle relative determinazioni⁶¹.

Del resto, le disposizioni *ex artt.* 6, comma 2, e 14, comma 2, t.u.s.p., che introducono per le società a controllo pubblico e – secondo l'interpretazione che pare preferibile – anche per le società *in house* specifici doveri di prevenzione-gestione della crisi di impresa, pur attribuendo un ruolo centrale all'organo amministrativo, non sembrerebbero precludere ai soci di assumere delle iniziative in tale ambito, né, a maggior ragione, di far valere le proprie prerogative ove strumentali all'attuazione del controllo analogo⁶².

Ragioni di coerenza sistematica imporrebbero di adottare una lettura dell'art. 120-*bis*, che in qualche modo si coordini con la facoltà di deroga alla

1280. Più in generale, S. Gilotta, *Il dialogo selettivo tra la società e i suoi azionisti*, Milano, 2022, 89 ss., che offre una rilettura della portata precettiva dell'art. 2380-*bis*, c.c., tesa a dimostrare come la norma non escluda ogni possibile interferenza dell'assemblea rispetto ad atti di gestione ma valga a stabilire in capo agli amministratori una competenza generale e residuale in quest'area.

⁶¹ Sulle modalità di attuazione del controllo analogo, attraverso l'attribuzione all'assemblea di poteri decisionali e non meramente autorizzativi, per tutti V. Donativi, *Gli strumenti*, cit., 118 ss.

⁶² Ai sensi dell'art. 6, comma 2, t.u.s.p., «le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4», laddove stabilisce l'art. 14, comma 2, t.u.s.p., che «qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale» l'organo amministrativo della società adotta «senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento». La soggezione delle società *in house* alle disposizioni citate sembra potersi fondare perlomeno su due argomenti: il primo è quello del rapporto di specie a genere tra esse e le società a controllo pubblico (anche C. Ibba, *Introduzione*, in *Aa.Vv., Le società a partecipazione pubblica*, cit., 12 s. In tal senso, Trib. Avezzano, 13 febbraio 2020, n. 697, in *Soc.*, 2021, 127 ss.); il secondo è correlato alla necessità di garantire che la previsione di specifici obblighi e di uno specifico *iter*, al fine di favorire l'emersione dei segnali di crisi e di farne discendere una tempestiva ed adeguata reazione alla stessa, si applichi, a maggior ragione, a società – quali appunto quelle *in house* – che, stante la peculiarità del controllo analogo, si caratterizzano per una maggiore opacità delle relazioni tra amministrazione pubblica socia e gestori nonché per una minore indipendenza degli uni dall'altra (vedi sull'applicazione di tali disposizioni alle società *in house*, Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 14 ottobre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, II, 1124 ss., con nota di E. Codazzi, *Società in house in crisi e gravi irregolarità gestionali: alcuni spunti sulla disciplina applicabile*). Sulla necessità di consentire l'influenza determinante del socio pubblico su quegli aspetti del piano che possano riguardare obiettivi strategici o decisioni significative per la società, G. D'Attorre, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 262 ss., 285 ss., il quale precisa come l'accrescimento dei poteri dei soci pubblici nella società *in house* trovi un limite invalicabile negli obblighi specifici posti a carico degli amministratori in sede di emersione e gestione della crisi, destinati a prevalere su quelli dei soci pubblici quando la crisi si approssima o manifesta in quanto posti a tutela dei creditori (288); V. De Sensi, *Società a partecipazione pubblica*, cit., spec. 79 ss., il quale rileva come la prevenzione dell'aggravamento della crisi, la correzione degli effetti e l'eliminazione delle cause potrebbero rientrare nelle materie oggetto del controllo analogo, rendendo necessario un confronto con il socio pubblico (anche in mancanza di deroghe statutarie all'art. 2380-*bis*, c.c.) con il limite dell'urgenza e della buona fede ove si tratti di evitare un danno alla società.

competenza esclusiva degli amministratori di cui all'art. 16, comma 2, t.u.s.p., potendosi, in particolare, ritenere che la portata della previsione che riconosce la salvezza delle leggi speciali in materia di crisi di impresa di società a partecipazione pubblica (art. 1, comma 2, CCII) debba essere estesa anche a quelle ulteriori disposizioni del testo unico che, pur non riguardando specificamente la materia della crisi (e quindi, nel nostro caso, l'art. 14 t.u.s.p.), ne sono a presupposto in quanto qualificano le singole fattispecie di società partecipate imponendo degli assetti interni particolari ed inderogabili.

Se è, infatti, chiara l'intenzione del legislatore comunitario di impedire, attraverso la limitazione dei diritti dei soci che non abbiano più interesse nella società, di interferire in modo opportunistico sull'accesso e sulla gestione della crisi, situazione diversa è quella del socio pubblico che esercita in modo attuale e continuativo un'influenza determinante su materie strategiche o significative per la società, quale condizione di esistenza e di legittimità della stessa fattispecie *in house providing*⁶³.

Sembrerebbe perciò doversi distinguere tra esercizio fisiologico del controllo analogo, che dovrebbe potersi pienamente estrinsecare anche in presenza di una competenza esclusiva degli amministratori (rientrando pur sempre nella loro discrezionalità la scelta di cedere una parte della propria "sovranità" ove le esigenze del caso concreto lo richiedano), da quella in cui l'intervento del socio pubblico possa ingiustificatamente rallentare la risoluzione della crisi e l'adozione di adeguate misure di risanamento – con possibile pregiudizio per la società – situazione di abuso, che, da un lato, esporrà quest'ultimo alle conseguenti responsabilità (cfr. § 10) e, dall'altro, chiamerà gli amministratori – tenuti comunque rispondere nei confronti dei creditori sociali – a trovare di volta in volta soluzioni atte a risolvere il conflitto tra l'esigenza di attuare il controllo analogo e quella di consentire una rapida gestione della crisi attraverso gli strumenti più appropriati⁶⁴.

Tali considerazioni avranno quale implicazione, a livello pratico, che gli amministratori, nella scelta delle misure e dei provvedimenti da adottare per

⁶³ In realtà, osserva M.S. Spolidoro, *op. cit.*, 1261, i "boicottatori" del piano di ristrutturazione non sono i soci che non hanno più interesse in società, ma quelli che conservano un interesse e intendono perseguirlo in modo illegittimo, ricattatorio o a danno di altri interessati.

⁶⁴ Sembrano valorizzare la *ratio* della normativa, escludendo che la stessa possa portare ad "espropriare" i soci delle proprie prerogative quando ciò sia irragionevole o giustificato da un interesse legittimo, gli *Orientamenti notarili* del Comitato Triveneto (2023) in www.notaitriveneto.it, nel commento alla massima P.B.3 («Adozione della decisione di scioglimento durante il procedimento di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi» – 1° pubbl. 10/23 – motivato 10/23), ove chiariscono come «In sostanza la disciplina contenuta negli artt. 120-bis e ss. è volta esclusivamente a garantire agli amministratori, cui è attribuita la competenza esclusiva in materia ai sensi dell'art. 2086 c.c., di poter predisporre ed eseguire il piano di risanamento anche contro la volontà dei soci o in caso di loro inerzia per mancanza di interesse» e che «Le disposizioni in commento hanno quindi una portata specifica e non di sistema, non sono volte ad sottrarre ai soci la loro società ma molto più banalmente a limitare il rischio di mancata esecuzione del piano per contrarietà o disinteresse di questi ultimi».

regolare la crisi di impresa, dovranno attenersi a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, perciò ricorrendo agli strumenti di regolazione della crisi (e quindi all'applicazione di regole così penalizzanti per i soci) solo se necessario nella prospettiva del superamento della stessa e ove non vi sia spazio per accedere a soluzioni diverse (quali, ad esempio, la composizione negoziata della crisi di impresa, non ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 120-*bis*, CCII)⁶⁵.

9. *Il controllo analogo come attività di direzione e coordinamento del socio pubblico*

Un diverso angolo visuale dal quale esaminare le problematiche che si sono delineate potrebbe essere quello di verificare se l'esercizio del controllo analogo possa essere ricondotto ad una particolare manifestazione dell'attività di direzione e coordinamento.

Vero è, come sottolineato da diverse pronunce, che il controllo analogo si caratterizza per un *quid pluris* rispetto alla direzione e coordinamento, il quale sarebbe rappresentato dalla particolare relazione di dipendenza intercorrente tra il socio pubblico e la società (e in particolare il suo organo amministrativo), ma ciò non pare impedirne – sussistendone i necessari presupposti – la riconducibilità alla fattispecie più generale⁶⁶.

Pare, infatti, necessario partire dal presupposto per cui la direzione e coordinamento è un'attività fattuale e perciò atipica (come discende dal carattere relativo della presunzione di cui all'art. 2497-*sexies*, c.c., che la rende configurabile in una serie di situazioni ulteriori rispetto al controllo codicistico o al consolidamento dei bilanci richiamati dalla norma)⁶⁷. Proprio tale atipicità consente alla

⁶⁵ Sottolinea CNDCEC, *La crisi*, cit., 30, come nella scelta del provvedimento da adottare e nella selezione delle misure previste all'interno del piano, gli amministratori dovranno seguire un criterio di proporzionalità, ragionevolezza e razionalità, tenuto conto del grado della crisi e del fatto che il piano, in caso di crisi, deve «evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività» (*arg. ex art.* 21, co. 1, primo periodo, CCII): ne discende che le previsioni del piano potranno consistere nelle misure invasive consentite nelle modalità dell'art. 120-*bis*, CCII, e nel sacrificio dell'interesse dei soci solo se giustificate (alla luce dei predetti criteri) in rapporto alle connesse prospettive di superamento della crisi (posto che l'interesse dei soci, in tale fase, va ponderato con quello dei creditori, assumendo quest'ultimo carattere prioritario solo in caso di insolvenza: *arg. ex art.* 21, co. 1, secondo periodo, CCII, il quale prevede che «Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori»).

⁶⁶ Si sofferma in particolare sulla distinzione tra controllo analogo e direzione e coordinamento, sottolineando come lo stesso non sia riconducibile a nessuna facoltà riconosciuta ai soci da parte del generale diritto societario, la più volte citata Cass., sez.un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.; vedi anche Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 6 agosto 2018, cit.

⁶⁷ Sulla direzione e coordinamento come attività atipica, Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 7 novembre 2019, in *Soc.*, 2020, 344 ss., con commento di F. Fimmanò, *Ente pubblico - holder e responsabilità per abuso di*

stessa di presentarsi attraverso molteplici forme e con intensità variabili, potendo perciò il suo esercizio giungere anche ad annullare l'autonomia organizzativa delle singole società operative⁶⁸.

A questa stregua, secondo un certo orientamento della giurisprudenza, la direzione e coordinamento dell'ente pubblico sulla società *in house* sarebbe da considerare *in re ipsa*, essendo il controllo analogo esercitato nell'interesse istituzionale di quest'ultimo e non in quello esclusivo della società controllata⁶⁹.

Tali considerazioni debbono essere riportate all'interno del più generale quadro giurisprudenziale, dal quale si ricava una crescente propensione ad ammettere che l'attività di direzione e coordinamento sulla società possa promanare da un ente pubblico al pari di qualsiasi soggetto privato⁷⁰.

eterodirezione; Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 20 marzo 2014, in *Soc.*, 2014, 833; sulla prova della direzione e coordinamento, Trib. Mantova, Sez. II, 16 ottobre 2014, *ivi*, 2015, 1405 ss. Sulla fattispecie della direzione e coordinamento, Trib. Roma, 21 giugno 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Pescara 3 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, 2829 («La direzione ed il coordinamento di società rappresentano delle 'endiadi' il cui tratto caratterizzante è rappresentato dalla direzione unitaria, intesa come esercizio di una pluralità sistematica e costante di incisione sulle scelte gestorie della società subordinata, cioè sulle sue scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale; direzione e coordinamento, quindi, possono sussistere anche quando l'attività sia esercitata nei confronti di un'unica società; tale potere deve necessariamente essere fondato su contratto tra le due società che vincola la società subordinata al rispetto delle direttive»). In dottrina, sulla atipicità della direzione e coordinamento, G. Sbisà, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contr. impr.*, 2011, spec. 374 ss.; sui caratteri della direzione e coordinamento, per tutti, N. Rondinone, *Gruppi di società. Direzione e coordinamento*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, tomo III, Milano, 2022, 1359 s.

⁶⁸ In quest'ultimo senso, App. Milano, sez. lav., 5 novembre 2019, n. 999, in *dejure.it*. È però necessario sottolineare che la direzione e coordinamento trova comunque un limite nel rispetto dell'autonomia decisionale ed organizzativa delle società controllate, che non possono essere ridotte (né per il diritto italiano possono essere considerate) «province economiche o articolazioni patrimoniali della capogruppo» (così, A. Valzer, *Controllo analogo*, cit., 1043).

⁶⁹ Vedi Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 28 aprile 2021, cit., che, nel caso di società *in house*, considera *in re ipsa* la direzione e coordinamento dell'ente pubblico sulla stessa, richiamando l'orientamento della giurisprudenza contabile, secondo cui «il 'controllo analogo' determina l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse istituzionale dell'Ente pubblico e non nell'interesse esclusivo della Società controllata» (cfr. Sezione Controllo Piemonte, Delibera n. 3/12); nello stesso senso, più recentemente, Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* (che richiama anche Corte conti, Toscana, Sentenza n. 230 del 12 settembre 2018). Sull'idea che in caso di controllo analogo sia *in re ipsa* la violazione delle regole dettate dal Codice civile in tema di direzione e coordinamento, F. Fimmanò, *L'abuso di eterodirezione della società pubblica*, in *Aa.Vv., Le società pubbliche*, cit., a cura di F. Fimmanò e altri, vol. I, 45 ss., 46 s.

⁷⁰ Si vedano, Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2023, cit., che dichiara la responsabilità del Comune socio unico per i danni cagionati ai creditori sociali nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento; vedi Trib. Napoli, Sez. spec. Impresa, 5 ottobre 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n. 402, in *Foro it.* 2022, 3, I, 1115; Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16 settembre 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 2 dicembre 2022, in *Soc.*, 685 ss., il quale, pur escludendo che nel caso di specie sussista la direzione e coordinamento dell'ente pubblico sulla partecipata, pare in linea di principio ammettere tale possibilità; così anche Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 18 febbraio 2021, in *Soc.*, 2021, 823 ss., con commento di E. Codazzi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*; Trib. Palermo, Sez. Spec. Impresa, aprile 2021, cit., che riconosce la responsabilità del Comune socio per i danni arrecati ai creditori della società *in house* derivanti dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento; Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 7 novembre 2019, cit. Interes-

Del resto, la stessa definizione di controllo di cui all'art. 2, comma 1, lett. *b*), t.u.s.p., elemento centrale nell'ambito della fattispecie di società a controllo pubblico (lett. *m*)), è incentrata sulla «situazione descritta nell'articolo 2359 del Codice civile», la quale ricade, salvo prova contraria, nell'ambito della presunzione relativa *ex art. 2497-sexies* c.c.⁷¹. Diversamente, si può ritenere che il controllo analogo, pur collocandosi al di fuori della presunzione, possa essere desunto da una serie di indici di fatto significativi in tal senso o addirittura essere riconducibile ad una direzione e coordinamento di fonte statutaria o contrattuale *ex art. 2497-septies*, c.c., ove fondato su specifiche clausole dello statuto o patti parasociali ai sensi dell'art. 16, comma 2, t.u.s.p.⁷².

10. (Segue): *sulla soggezione dell'ente pubblico alla responsabilità da direzione e coordinamento*

Su un diverso piano si colloca la questione della possibile soggezione dell'ente pubblico alla normativa in materia di direzione e coordinamento ed in particolare alla responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. Per quanto sul tema – che in questa sede può essere ripreso solo per sommi capi – si siano formate opinioni diverse da parte degli interpreti, pare depongano a favore della tesi affermativa numerosi argomenti, ricavabili sia dalle disposizioni in materia di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss., c.c., che dall'evoluzione della disciplina sulle società a partecipazione pubblica⁷³.

sante è anche la recente pronuncia di Cass., 1° giugno 2021, n. 15276 (caso cd. Alitalia), in *www.ilcaso.it*, che, pur non ritenendo applicabile nel caso concreto la responsabilità da direzione e coordinamento nei confronti del MEF, non esclude né che essa possa essere fatta valere nei confronti degli enti pubblici diversi dallo Stato, né che quest'ultimo possa risponderne a diverso titolo.

⁷¹ Sottolinea come sia sufficiente la titolarità del pacchetto di maggioranza in capo all'ente pubblico, al fine di integrare la presunzione di cui all'art. 2497-*sexies*, Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n. 402, cit.

⁷² Sulla possibilità di ricondurre alla direzione e coordinamento *ex art. 2497-septies*, c.c., il controllo analogo fondato su clausole statutarie o patti parasociali in base all'art. 16, comma 2, t.u.s.p., E. Codazzi, *La società in house*, cit., 261 ss.

⁷³ Sulla questione della soggezione dell'ente pubblico *holding* alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c., tra coloro che si esprimono favorevolmente C. Garilli, *La responsabilità dell'ente pubblico per l'attività di direzione e coordinamento sulle c.d. società strumentali*, in *Soc.*, 2023, 657 ss.; F. Goisis, E. Codazzi, *Crisi d'impresa*, cit., 586 ss.; L. Mariconda, *Gli enti pubblici e l'art. 2497, comma 1: un problema (ancora) irrisolto*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 56 ss.; M. Libertini, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, *ivi*, 2021, I, 23 ss.; F. Fimmano, *L'abuso di eterodirezione*, cit., 45 ss.; P. Pettiti, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Riv. soc.*, 2020, 1093 ss.; in tal senso, pur sottolineando l'esigenza di distinguere le due fattispecie, sembrerebbe anche A. Valzer, *Controllo analogo*, cit. 1067 s.; E. Codazzi, *La società in house*, cit., 239 ss.; Ead., *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497, comma 1, c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 1041 ss., spec. 1054 ss. In senso contrario, in base all'idea che "il mestiere" della *holding*, avendo in sé un'intrinseca vocazione imprenditoriale, non possa essere svolto da

Sotto il primo profilo, sembrerebbe rilevante innanzitutto la considerazione che il legislatore fa della direzione e coordinamento quale “fatto”⁷⁴, circostanza che, in sede di applicazione della disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c., porta a focalizzare l'attenzione sul suo esercizio effettivo e sugli effetti dalla stessa prodotti, attribuendo invece rilevanza secondaria alla natura e alla qualificazione dei soggetti che la pongono in essere (genericamente individuati come «società» o «enti»)⁷⁵.

Del resto – passando all'esame del secondo profilo – se la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009, ha chiarito che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c., «per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria», sembra potersi desumere *a contrario* che la stessa disposizione è invece applicabile a tutti gli altri enti pubblici che statali non sono⁷⁶.

Una diversa interpretazione non terrebbe conto dell'evoluzione del sistema verso una tendenziale equiparazione tra i diritti dei soci pubblici e quelli dei soci privati, alla luce della quale la norma di esonero sopra citata si porrebbe qua-

un soggetto – quale, appunto, l'ente pubblico – tenuto ad agire in vista di interessi generali, in particolare M. Carlizzi, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, 341 ss. 343 ss.; Id., *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 1177 ss., spec. 1190 ss. e 1196 s., vedi anche F. Cerioni, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 281 ss.; M. Passalacqua, *Il gruppo economico nelle nuove direttive appalti e concessioni. Prolegomeni ai processi nazionali di aggregazione di società partecipate*, in Aa.Vv., *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, a cura di A. Fioritto, Torino, 2017, 257 ss., ivi, 263; K. Martucci, *Profili di diritto singolare dell'impresa*, Milano, 2013., spec. 184 ss. e 187. Sulle peculiarità del gruppo pubblico, sottolineando come la *governance* dell'ente territoriale sulle partecipate sarebbe connotato da “rapporti organizzativi intersoggettivi di matrice pubblicistica”, R. Ursi, *La governance societaria nell'ottica del gruppo pubblico locale*, in *Le imprese a partecipazione pubblica*, cit., 91 ss.

⁷⁴ La stessa Relazione ministeriale di accompagnamento al D.lgs. n. 6/2003, par. 13, come noto, ha posto alla base della disciplina sulla direzione e coordinamento il mero “fatto” del suo esercizio, ritenendo che «l'esercizio di una tale attività sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizioni di farlo e che non implica, né richiede, il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri» (in *Giur. comm.*, Supplemento al n. 4/2003, 99).

⁷⁵ Tra gli altri, L. Mariconda, *Gli enti pubblici*, cit., 58 ss. Così, in particolare Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 7 novembre 2019, cit., sottolineando che, se l'attività di direzione e coordinamento è da intendere come “fatto”, il suo effettivo esercizio è di per sé sufficiente a produrre le relative conseguenze giuridiche.

⁷⁶ Così anche L. Mariconda, *Gli enti pubblici*, spec. 74; M. Libertini, *Principio di adeguatezza*, cit., 24; M. Antonioli, *I requisiti*, cit., 95 s.; 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, 8; F. Guerrero, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 573 s.; F. Goisis, *Il problema*, cit., 58. In tal senso, anche Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16 settembre 2022, cit. («Non si dubita che la locuzione utilizzata società ed altri enti non comporta alcuna possibilità di escludere, dall'ambito applicativo della normativa, gli enti pubblici ed anzi ciò ha trovato conferma nella disposizione di interpretazione autentica contenuta nella legge n. 102/2009»); vedi anche Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2023, cit.; Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 28 aprile 2021, cit.

le fonte di privilegio e assumerebbe una natura di eccezione, in quanto tale non estensibile ad altri casi⁷⁷.

La stessa previsione di cui all'art. 19, comma 6, d.l., n. 78/2009, precisando che gli enti pubblici non statali detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria, consente inoltre di rileggere e meglio specificare l'inciso dell'agire «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui» di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., il quale non sembrerebbe comunque avere un'efficacia selettiva rispetto ai possibili destinatari della norma, applicabile indipendentemente dalla natura e dalle finalità perseguite dai soggetti (imprenditori o meno) che esercitano l'attività di direzione e coordinamento⁷⁸.

Ma l'argomento che sembrerebbe assumere maggior peso, al fine di giustificare la sottoposizione degli enti pubblici alla normativa in discorso, parrebbe la coerenza di tale esito con l'evoluzione del sistema (e in particolare con l'art. 1, comma 3, t.u.s.p., dato che nessuna deroga all'art. 2497 è prevista dal testo unico), nonché con i principi generali dell'ordinamento, posto che una disapplicazione di tale disciplina alle società partecipate porterebbe, da un lato, ad un arretramento della tutela dei soci e dei creditori delle stesse (i quali non potrebbero disporre degli specifici strumenti di tutela preventiva e risarcitoria previsti ex artt. 2497 ss., c.c.) e, dall'altro, porrebbe il socio pubblico in una situazione di ingiustificato privilegio rispetto a qualsiasi altro soggetto privato che ponga in essere

⁷⁷ Vedi E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione» nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in *Giust.civ.* 2022, 335 ss., ivi, 353 ss.; V. Cariello, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv.dir.civ.*, 2010, I, 343 ss.

⁷⁸ Sull'irrelevanza delle finalità perseguite dall'ente pubblico esercente l'attività di direzione e coordinamento, tra gli altri, C. Garilli, *La responsabilità*, spec. 660 ss., sottolineando come l'imprenditorialità non possa che essere riferita all'attività svolta dalla società partecipata, la cui produzione di beni e servizi dovrà, comunque, essere strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità pubbliche. In giurisprudenza, vedi Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n. 402, cit., che tende a riconoscere quale limite rispetto alla rilevanza dell'interesse imprenditoriale proprio o altrui il perseguimento di un interesse meramente «privato» (dell'amministratore, della società o ente controllante), ricomprendendovi qualunque interesse extrasociale rispetto a quello della società diretta. Specifica Trib. Palermo, Sez. Spec. Impresa, 28 aprile 2021, cit., che il «riferimento alla "finalità di natura economica o finanziaria" rende evidente come, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497 c.c., la partecipazione dell'ente pubblico possa essere detenuta non già solo per scopi lucrativi [...] ma anche per la realizzazione delle proprie finalità istituzionali, a condizione che la loro attuazione richieda lo svolgimento di attività economica realizzata attraverso la società partecipata. Pertanto, la norma di interpretazione autentica ne chiarisce l'applicabilità anche a quegli enti che, seppur per loro natura non possono qualificarsi come enti pubblici economici (certamente non possono definirsi enti pubblici economici comuni e province), detengono partecipazioni societarie per svolgere una determinata attività con criteri di economicità»; negli stessi termini, Trib. Palermo, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2023. Si veda Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 16 settembre 2022, cit., il quale distingue tra l'ipotesi in cui l'ente pubblico locale detiene partecipazioni in società che svolgono servizi di interesse generale ed esercitano attività di impresa e l'ipotesi in cui esso partecipa in società che prestano servizi o esercitano attività meramente strumentali per il perseguimento dei fini istituzionali dell'ente pubblico socio, precisando come solo nel primo caso (e non nel secondo) lo stesso ente locale e la società partecipata sono sottoposti all'intera disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c., al pari di ogni altro socio «privato».

la medesima condotta e produca i medesimi effetti pregiudizievoli, altresì privandolo della possibilità di escludere la responsabilità in presenza dei presupposti di cui all'art. 2497, comma 1, seconda parte, c.c. («Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette»)⁷⁹.

In tale prospettiva, il descritto *trend* legislativo che porta ad assoggettare a fallimento-liquidazione giudiziale tutte le partecipate, comprese quelle *in house*, non solo è coerente con l'impostazione di cui all'art. 1, comma 3, t.u.s.p., ma addirittura pare rafforzarne la portata, rappresentando un'ulteriore e forse definitiva conferma, oltre che della configurazione privatistica di tali società, anche del fatto che, nei casi dubbi o non regolati, il criterio dirimente al fine di individuare la disciplina applicabile deve essere quello di non generare delle disparità di trattamento tra soci e creditori di società pubbliche e di società private e di non compromettere la certezza delle regole applicabili nei confronti dei terzi che vi facciano affidamento⁸⁰.

Questa impostazione di fondo, accolta dal Codice della crisi, non pare poter essere messa in dubbio dalla definizione che esso dà di «gruppo di imprese» come «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica [...]» (art. 2, comma 2. lett. *h*)⁸¹.

⁷⁹ Sottolinea la rilevanza del dato normativo e sistematico, Trib. Napoli, Sez. Spec. Impresa, 7 novembre 2019, cit., richiamando tanto i principi della legge delega, n. 124/2015 quanto il D.lgs. n. 175/2016, art. 1, commi 2 e 3 («Dal quadro normativo su delineato deriva, in conclusione, la sicura assoggettabilità dell'ente pubblico alla responsabilità per i danni causati ai soci e ai creditori dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti delle società dallo stesso partecipate»). Sottolinea come l'azione di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., nasca dall'intento del legislatore di aggiungere alle azioni disponibili in base ai principi generali ulteriori strumenti a favore dei soci e dei creditori della società diretta, Trib. Milano, 16 marzo 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 341 ss.

⁸⁰ L'esigenza di tutelare la certezza del diritto e l'affidamento dei terzi viene sottolineata in particolare anche da C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale*, cit., 44 ss. Spunti in tal senso pare possano essere utilizzati al fine di individuare lo statuto applicabile alle società c.d. legali, per le quali, accanto ad un orientamento giurisprudenziale volto ad applicare un regime cd. pubblicistico (di esenzione), possono segnalarsi recenti pronunce che ne hanno confermato la fallibilità, sottolineando come non si possa concepire un tipo sociale scardinato dalla disciplina del diritto comune «per non creare un vero e proprio mostro giuridico completamente nelle mani della gestione politica e interamente irresponsabile nei confronti dei terzi, con evidente violazione dei principi di uguaglianza e di legittimo affidamento» (Trib. Como sez. III, 27 marzo 2018, in *ilsocietario.it*, 2018; Trib. Aosta, 16 ottobre 2019, in *ilfallimentarista.it*, 2019).

⁸¹ Valorizza questo spunto Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 7 marzo 2022, in *www.giurisprudenzadellemprese.it*, il quale sottolinea come la norma definitoria del Codice della crisi richiami la questione risolta dalla disposizione di cui all'art. 19, d.l. n. 78/2009 (che esclude dalla nozione di «enti» rilevanti ex art. 2497, comma 1, lo Stato). Considera tale norma definitoria come eccezione e non come conferma di una regola generale, ritenendola perciò di stretta interpretazione, E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione», cit. 353 ss.

Non pare infatti che l'esclusione degli enti territoriali dalla definizione di gruppo possa costituire argomento rilevante per poter sostenere che gli stessi, qualora esercitino in concreto un'attività di direzione e coordinamento, possano essere esonerati dalla soggezione alla disciplina di cui artt. 2497 ss. c.c., e ciò, oltre che per tutte le considerazioni sopra esposte, anche per il valore settoriale che tale previsione ha (essendo diretta a precisare l'ambito applicativo del Codice della crisi⁸²), nonché per il fatto che una diversa interpretazione eccederebbe le previsioni della legge delega (art. 3, L. 19 ottobre 2017, n. 155⁸³), la quale di certo non si proponeva di individuare, più in generale, la disciplina applicabile alla *holding* pubblica.

11. (Segue): *alcuni corollari per la società in house*

La possibilità di assoggettare gli enti pubblici alla responsabilità da direzione e coordinamento pare avere degli importanti corollari anche sotto il profilo delle condotte che gli stessi sono tenuti ad assumere al fine di rendere la propria attività conforme ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale *ex* art. 2497, comma 1, c.c.

Proprio in virtù di tali principi, il socio pubblico sarà, in particolare, tenuto ad improntare l'esercizio della propria attività al criterio dell'operatore privatizzatore, potendo essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c. (come emerge anche dalla più recente casistica giurisprudenziale) ove abbia imposto alla società diretta e coordinata logiche del tutto diseconomiche da cui ne sia derivata una lesione all'integrità del patrimonio sociale⁸⁴.

⁸² Pone il dubbio di legittimità costituzionale rispetto alla possibile esclusione dell'ente pubblico capogruppo dall'applicazione di disposizioni in materia di crisi dei gruppi invece applicabili ove la società sia *in bonis* (tra cui ad esempio l'art. 291, comma 1, CCII, che pone in capo al curatore la legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 c.c.), E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione», cit., 356.

⁸³ La legge delega (art. 3, comma 1, lett. a), L. n. 155/2017) si limitava infatti a «prevedere una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti nonché di cui all'articolo 2545-septies del Codice civile, corredata della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile».

⁸⁴ Così, Trib. Torino, Sez. spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n. 402, cit., che ha condannato l'ente territoriale al risarcimento danni per responsabilità da direzione e coordinamento, avendo posto in essere «un sistema di etero gestione mirato e continuato per anni ed anni e per fini propri» e a prescindere dal fatto che la società dominata «da municipalizzata fosse divenuta s.p.a e quindi soggetta, come anche i suoi soci pubblici, alle regole codicistiche di diritto comune»; vedi anche Trib. Napoli, Sez. spec. Impresa, 5 ottobre 2023, cit., che condanna il Comune socio unico mediante un'azione *ex* 2497, comma 4, c.c., stante l'esercizio effettivo della direzione e coordinamento sulla società partecipata in modo totalitario realizzato in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Si veda anche Trib. Torino, Sez. spec. Impresa, 26 gennaio 2023, in www.giurisprudenzadelleimpresae.it, il quale precisa come il parametro concernente i «principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale» precluda all'ente controllante «di imporre, nell'interesse esclusiva-

Il richiamo ai parametri della corretta gestione societaria ed imprenditoriale pare assumere una particolare rilevanza nell'ambito delle società *in house*, fornendo al socio pubblico dei criteri da seguire nell'esercizio del controllo analogo, il quale, per quanto possa tradursi in un potere di ingerenza "forte" sulla società, dovrà tenere conto di una serie di limiti, primo tra tutti quello dell'uso strumentale della stessa (come fosse "cosa propria")⁸⁵.

Ove il controllo analogo si spinga fino al punto di svuotare la società *in house* di ogni autonomia decisionale, arrecando un danno al patrimonio sociale e magari determinandone l'insolvenza, l'ente pubblico che dirige e coordina sarà chiamato a rispondere *ex art.* 2497, comma 1, c.c., a seguito di un'azione promossa dagli altri soci (ove ve ne siano), dai creditori sociali o, nel caso in cui sia pendente una procedura concorsuale, dal curatore o da altro organo *ex artt.* 2497, comma 4, c.c., e 291, comma 1, CCII⁸⁶. Del resto, la possibilità per gli amministratori di rispondere in concorso con il soggetto che dirige e coordina ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c., potrà indurre questi ultimi a fare uso di una maggiore autonomia rispetto alla volontà del socio pubblico, ove dall'esecuzione della stessa ne possano discendere conseguenze pregiudizievoli per la società e per il suo patrimonio (non potendo gli stessi invocare la mancanza di autonomia gestionale, derivante dal controllo analogo dell'ente pubblico, per sottrarsi a responsabilità)⁸⁷.

mente proprio, politiche aziendali o singole operazioni prive di sostenibilità economica eventualmente anche per assenza di vantaggi compensativi».

⁸⁵ Si potrebbe ritenere che in simili ipotesi sia più coerente con la veste di socio "tiranno" dell'ente pubblico, una responsabilità patrimoniale dello stesso per i debiti della società (in tal senso, G. D'Attorre, *crisi delle società pubbliche*, cit., 1065 s.; F. Fimmanò, *L'abuso di eterodirezione*, cit., 47 ss.), ipotesi suggestiva, che però troverebbe un ostacolo nella natura di società di capitali delle partecipate *ex art.* 3, comma 1, t.u.s.p., in quanto tali dotate di autonomia patrimoniale perfetta. E vedi in giurisprudenza, Trib. Civitavecchia, 24 giugno 2022, n. 747, cit., il quale precisa che l'ente pubblico non risponde dei debiti contratti dalla società *in house* alla quale partecipa, non potendo derivare da tale modello organizzativo una deroga alle regole del diritto societario con estensione illimitata e solidale della responsabilità in capo allo stesso per le obbligazioni assunte dalla società partecipata; nello stesso senso, Trib. Crotone, sez. lav., 6 ottobre 2022, n. 705, in *dejure.it*.

⁸⁶ Se, nel caso delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società *in house* (anche in caso di fallimento della stessa), la giurisprudenza tende ad ammettere il concorso tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria, rispondendo ad interessi diversi ed essendo diversamente configurate e perciò non sovrapponibili, con riguardo all'azione nei confronti dell'ente pubblico per esercizio della direzione e coordinamento si riconosce la giurisdizione del giudice ordinario (Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22406, in *Foro it.*, 2019, 946 ss.; vedi in tema, F. Cerioni, *Responsabilità degli amministratori*, cit., 338 ss.; C. Pecoraro, *Sulla responsabilità degli amministratori delle società c.d. in house tra giurisdizione civile e giurisdizione contabile: interessi rilevanti e tecniche di tutela*, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, 1605 ss., spec. 1646 ss.).

⁸⁷ Vedi Trib. Palermo, 28 aprile 2021, cit., il quale sottolinea come gli amministratori sono tenuti a rispondere in solido con l'ente pubblico che dirige e coordina, non potendo gli stessi invocare la mancanza di autonomia gestionale in ragione della direzione e coordinamento esercitata dal Comune, gravando anche sugli amministratori di una società partecipata i medesimi obblighi previsti dall'art. 2392 c.c. per tutti gli amministratori di s.p.a. Pare escludere la responsabilità degli amministratori di società *in house* per i danni derivanti da decisioni imposte dal socio pubblico nell'esercizio del controllo analogo (ritenendo che, data la sussistenza di un rapporto di servizio con la PA, gli stessi non possano far valere un dovere di "resistenza" rispetto a diret-

Il socio pubblico, sempre in coerenza con il rispetto dei principi di corretta gestione, sarà tenuto, nell'esercizio della direzione e coordinamento, a svolgere anche una funzione di prevenzione della crisi di impresa, essendo condivisa l'idea che il soggetto che dirige e coordina abbia un potere-dovere di monitoraggio sulla società diretta e di indirizzo sui suoi assetti organizzativi nonché sulla regolazione della crisi (considerazioni che sembrerebbero assumere ulteriore consistenza alla luce della disciplina del CCII in materia di gruppi di imprese, la quale presuppone un coordinamento tra le diverse società e quindi l'utilizzo, da parte della capogruppo, di poteri di eterodirezione)⁸⁸.

In questi termini, la riserva di competenza amministrativa *ex art. 120-bis*, CCII – specie se si condividono le premesse sopra svolte, che suggeriscono di tener conto, nell'applicazione della disposizione, della sua effettiva *ratio* così come delle esigenze rilevanti in concreto – non sembrerebbe impedire all'ente pubblico *holding* di impartire delle direttive in merito al contenuto del piano della società debitrice sottoposta alla sua direzione e in particolare sulle modificazioni statutarie correlate (nei limiti segnalati *supra*)⁸⁹.

12. Conclusioni

Le considerazioni effettuate nel presente scritto, pur focalizzate su alcuni profili di disciplina, ripropongono la questione più generale della compatibilità dell' *in house providing* con i principi inderogabili del diritto societario.

L'intervento del legislatore del testo unico, che pure si proponeva di superare tale possibile incompatibilità attraverso l'introduzione della facoltà di deroga

tive illegittime, come sarebbe nei normali rapporti tra assemblea e amministratori), A. Valzer, *Controllo analogo*, cit., 1072 ss.

⁸⁸ Vedi Assonime, *I doveri*, cit., 1401 s.; O. Cagnasso, *op. cit.*, 243, secondo cui rientra tra i doveri connessi alla direzione e coordinamento «il tempestivo accertamento da parte della capogruppo dell'alterazione dell'equilibrio finanziario delle società eterodirette, comportante la valutazione prognostica circa l'evoluzione della situazione ed in particolare del rischio dell'emergere dell'insolvenza o anche solo di uno stato di crisi»; P.G. Marchetti, *Del dovere di direzione e coordinamento: l'approdo al Codice della crisi di impresa di un tema caro a Paolo Ferro-Luzzi*, in *Riv. soc.*, 2022, 1412 ss., spec. 1419 ss.; E. Ricciardiello, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Milano, 2020, spec. 87 ss., 157 ss. Sottolinea come i doveri derivanti dall'esercizio del potere di direzione e coordinamento ricomprendono l'individuazione dei rimedi in caso di crisi o di insolvenza di una società del gruppo anche al fine di evitare la propagazione della crisi a società *in bonis*, M. Miola, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, Banche e Crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, 3, Torino, 2014, 2709 ss., spec. 2735 ss.; vedi anche U. Tombari, *Crisi d'impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 631. Sui doveri organizzativi della capogruppo, L. Panzani, *Codice della crisi e gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2022, 1330 ss., 1343 ss., sottolineando come gli assetti organizzativi siano espressione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

⁸⁹ Così O. Cagnasso, *op. cit.*, 243.

alla competenza esclusiva degli amministratori *ex art. 16, comma 2, t.u.s.p.*, non sembrerebbe risolutivo, come emerge dalle discordanti opinioni della dottrina, dal contraddittorio quadro giurisprudenziale sviluppatosi anche successivamente alla sua introduzione, nonché dalla mancanza di un coordinamento con tale previsione dei più recenti interventi legislativi (tra cui, in particolare, le disposizioni del CCII, come si è avuto modo di sottolineare).

Sebbene il rinvio *ex art. 1, comma 3, t.u.s.p.*, alla disciplina societaria generale, così come tutti gli ulteriori spunti di natura sistematica già precisati e in particolare la necessità per il socio pubblico di esercitare la propria attività nel rispetto dei principi *ex art. 2497, comma 1, c.c.*, impongano di accogliere una versione – per così dire – affievolita del controllo analogo, la giurisprudenza, specie amministrativa e contabile (spesso al fine di affermare la giurisdizione della Corte di conti) tende a ribadire invece la necessità – quale condizione per un legittimo affidamento *in house* – che l'organo amministrativo si trovi in una posizione di autonomia limitata o di subordinazione gerarchica rispetto all'ente pubblico, al quale spetterebbe un potere di comando non riconducibile a nessuna delle prerogative che il diritto societario riconosce ai soci⁹⁰.

La persistente contrapposizione tra concezioni diverse del controllo analogo parrebbe in realtà essere conseguenza inevitabile dell'incompatibilità di fondo sussistente tra l' *in house providing* e il diritto societario: se il modello di società *in house* fosse, infatti, pienamente conforme al diritto comunitario (che, come si è visto, ammette la deroga all'evidenza pubblica solo ove la società sia un'articolazione interna della pubblica amministrazione e quindi quest'ultima abbia il potere di influire in modo determinante sulle strategie e sulle scelte fondamentali della prima), non sarebbe compatibile con la disciplina delle società di capitali per le ragioni già precisate; viceversa, un modello *in house* costruito nel rispetto dei principi inderogabili del nostro diritto societario (che, come abbiamo visto, presuppone l'esistenza di una sfera intangibile di autonomia decisionale in capo alla società e ai suoi amministratori) potrebbe risultare, invece, troppo blando al fine di rendere legittimo l'affidamento *in house*⁹¹.

⁹⁰ Vedi le pronunce citate al par. 3.

⁹¹ Del resto, dubbi in merito alla qualificazione del controllo analogo paiono porsi anche le Sezioni Unite, nel momento in cui si interrogano sulla sua possibile riconducibilità al controllo societario previsto dal codice civile o rinvergono una "contraddizione in termini" nella pretesa di esercitare il controllo analogo su una distinta società: nel primo senso, Cass., sez. un., 17 giugno 2021, n. 17327, in *dejure.it*, che sottolinea «l'esigenza di un particolare approfondimento in ordine alla sostanza del c.d. controllo analogo – anche sotto forma di controllo congiunto – sulla gestione della società *in house* per individuare con precisione, tenendo conto della progressiva evoluzione normativa e giurisprudenziale intervenuta negli ultimi anni, in che cosa effettivamente possa concretizzarsi tale requisito imprescindibile ai fini della qualificazione di una società di capitali come società *in house* e altresì se la sua conformazione debba nettamente differenziarlo rispetto al paradigma del controllo sugli amministratori delle società di capitali rinvenibile nel codice civile ovvero se possa anche eventualmente riflettersi in una fattispecie di funzionalità rispetto a tale paradigma, distanziandosene soltanto in relazione

Abbiamo visto come tale quadro si complichino ulteriormente ove la società *in house* si trovi in una situazione di crisi – stante la necessità di provvedere ad una tutela rafforzata dei creditori sociali – ipotesi che, in particolare, emerge nell’ambito della previsione di cui all’art. 120-*bis*, CCII, la quale, attribuendo agli amministratori una competenza esclusiva in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi di impresa e sulle delibere correlate, rischia di produrre, non un affievolimento, ma un vero e proprio “svuotamento” del controllo analogo (perlomeno se non si tenti un’interpretazione volta ad adeguare il dato normativo alle esigenze del caso concreto).

Alla luce delle considerazioni effettuate, si possono perciò nutrire perplessità su un intervento legislativo che, pur dichiarando *ex art.* 1, comma 2, CCII, la salvezza dell’art. 14 t.u.s.p. (previsione che comunque non esaurisce né tantomeno consente di risolvere tutte le possibili situazioni di conflitto tra le due normative), stabilisce per le società partecipate un rinvio *tout court* a disposizioni dettate per le imprese private e quindi basate su una gerarchia di valori che con difficoltà può essere esportata nell’ambito delle imprese pubbliche, potendo del resto dubitarsi che, a fronte dell’incoerenza sistematica e delle difficoltà applicative che ne derivano, lo sforzo dell’interprete possa rivelarsi sufficiente a superare le criticità evidenziate⁹².

Nell’incertezza del quadro prospettato, pare che un fattore evolutivo nella disciplina delle partecipate sia dato dalla possibile soggezione dell’ente pubblico alla responsabilità da direzione e coordinamento di cui all’art. 2497, comma 1, c.c., circostanza che – come già ampiamente sottolineato – sembrerebbe poter sollecitare quest’ultimo ad un esercizio “virtuoso” del controllo analogo e a valorizzare la propria partecipazione nella società *in house*, premesse indispensabili per allontanare il rischio della crisi di impresa e di quanto essa comporta.

alla peculiarità del sotteso interesse di tutela rispetto a praticabili condotte idonee a generare danno erariale»; nel secondo senso, Cass., sez. un., 28 giugno 2022, n. 20632, cit., secondo cui «Lo scopo e le modalità, dunque, del fenomeno giuridico dell’attività “*in house*” (che, non si può non ammettere, sfiora di per sé una contraddizione in termini) si avvincono, come già sopra si segnalava, alla concretezza del caso: devono pertanto essere determinati caso per caso, anche ai fini della identificazione della giurisdizione e quindi della possibilità o meno della sussistenza di un danno erariale, sulla base dell’attribuzione appunto del controllo sulle decisioni fondamentali all’ente pubblico (o agli enti pubblici coinvolti), per finalità invero esterne/estranee alle esigenze *stricto sensu* societarie e che attribuiscono all’ente (o agli enti) un *plus* ontologico rispetto alla – per quanto indispensabile – qualità di socio (o di soci) della società *in house*».

⁹² Dubbi in merito alla scelta di sottoporre le società partecipate alle ordinarie procedure concorsuali viene espressa, con riferimento alla disciplina di cui all’art. 14, comma 1, t.u.s.p., da G. D’Attorre, *Crisi delle società pubbliche*, cit., 1060, ritenendo preferibile l’introduzione di una procedura concorsuale *ad hoc* per esse.

L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis, CCII

Le nuove disposizioni del Codice della crisi e dell'insolvenza, confermando la soggezione delle società *in house* alle procedure e agli strumenti di regolazione della crisi previsti per tutte le altre società, pongono una serie di questioni di carattere interpretativo, data la non sempre facile adattabilità della normativa generale a tale fattispecie.

Nel presente scritto si cercheranno di approfondire, due temi, che paiono avere un particolare interesse per le loro implicazioni di carattere pratico e sistematico: il primo è quello della applicazione alle società *in house* dell'art. 120-*bis*, CCIII (norma che attribuisce agli amministratori una competenza esclusiva anche su materie che spetterebbero ai soci in quanto riconducibili al controllo analogo); l'altro è quello del rapporto tra controllo analogo e direzione e coordinamento, ritenendosi che la possibile soggezione del socio pubblico alla responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., possa indurlo ad un esercizio del controllo analogo conforme ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e quindi ad assumere un ruolo decisivo anche in funzione della prevenzione della crisi di impresa.

The exercise of "controllo analogo" over in-house companies between business crisis and "direzione e coordinamento" of the public shareholder: some considerations in light of the new art. 120-bis, CCII

The new provisions of the Crisis and Insolvency Code, confirming the subjection of in-house companies to the procedures and crisis regulation tools provided for all other companies, raise a number of questions of interpretation, given the not always easy adaptability of this case to the general legislation.

The aim of this article is to explore two issues, which seem to be of particular interest for their practical and systematic implications: the first is on the application to in-house companies of Art. 120-*bis*, CCIII (a provision that gives the directors exclusive competence even over matters that would be the responsibility of the shareholders as they are related to "controllo analogo"); the other is the relationship between "controllo analogo" and "direzione e coordinamento", considering that the possible subjection of the public shareholder to the liability referred to in Art. 2497, paragraph 1, Civil Code, may induce it to exercise "controllo analogo" in accordance with the principles of correct corporate and entrepreneurial management and thus assume a decisive role also in the function of preventing business crisis.

