



Controllo pubblico congiunto e indiretto: riflessioni su una nozione di confine tra diritto societario e conformazione pubblicistica nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

di Federico Mastromattei*

8 giugno 2026

Abstract: Il contributo mira ad indagare la possibilità di ricondurre nella nozione di società in controllo pubblico di cui all'art. 2, comma 1, lett. b) e m), del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, le fattispecie del controllo pubblico congiunto e indiretto.

Con riferimento alla prima, sulla scorta della distinzione che la dottrina giuscommerciale ha tracciato tra controllo congiunto in senso proprio, controllo concorrente, co-controllo e controllo solitario da sindacato, si è cercato di individuare le condizioni in presenza delle quali una società partecipata da una pluralità di pubbliche amministrazioni possa essere considerata in controllo pubblico ai sensi del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

In relazione alla fattispecie del controllo pubblico indiretto, che viene in rilievo ogniqualvolta una o più amministrazioni controllino una società attraverso i voti in essa detenuti dalle proprie controllate, si è evidenziato come, in concreto, possano verificarsi dei casi di propagazione del controllo pubblico rispetto ai quali la riconducibilità nei confini tracciati dalla definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, appare tutt'ora incerta.

This paper aims to examine the possibility of including the cases of joint and indirect public control within the concept of a publicly controlled company as defined in Article 2, paragraph 1, subparagraphs (b) and (m), of the "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

With regard to the former, based on the distinction that commercial law doctrine has drawn between joint control, concurrent control, co-control, and individual control through shareholders' agreement, an attempt has been made to identify the conditions under which a company where multiple public administrations hold stakes may be considered under public control within the meaning of the "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica". With regard to the case of indirect public control, which arises whenever one or more administrations control a company through the voting rights held in it by their subsidiaries, it was highlighted that, in practice, there may be cases of propagation of public control where it remains uncertain whether such cases fall within the boundaries set by the definition in Article 2, paragraph 1, letter b), of the "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica".

Sommario: 1. La riconducibilità del controllo congiunto e del co-controllo nella nozione di società in controllo pubblico di cui all'art. 2, lett. b) e m), del Testo unico in materia di società a partecipazione

* Dottore in Giurisprudenza; Dottore magistrale in Economia e Management; Cultore della materia in Diritto amministrativo, Diritto dell'ordinamento sportivo e Diritto dell'informazione e della comunicazione presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico". Contributo sottoposto a *double blind peer review*.



pubblica. – 2. Le fattispecie di controllo rilevanti ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. – 2.1. Il rinvio all'art. 2359 c.c. – 2.2. Le fattispecie di controllo pubblico di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), secondo periodo, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. – 3. Il controllo pubblico indiretto. – 4. Cenni conclusivi.

1. La riconducibilità del controllo congiunto e del co-controllo nella nozione di società in controllo pubblico di cui all'art. 2, lett. b) e m), del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

La nozione di società in controllo pubblico di cui all'art. 2, comma 1, del Decreto legislativo 19 Agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica; di seguito anche solo "TUSP")¹, lettere b) ed m)², ha determinato l'insorgere di un animato dibattito sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale in ordine alla individuazione dei relativi confini³.

¹ Il Decreto legislativo 19 Agosto 2016, n. 175, in linea con la finalità dallo stesso perseguita, che, sulla scorta di quanto secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 2, e dai principi e i criteri direttivi contenuti nella legge delega (artt. 16 e 18 della Legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*"), risiede nella promozione dell'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, nella tutela della concorrenza e del mercato e nella riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica, ha riservato alle società in controllo pubblico obblighi di vario genere, volti al perseguimento delle dette istanze pubblicistiche, tra cui rientrano, ad esempio, quelli relativi alla composizione e ai compensi degli organi di amministrazione (art. 11 del TUSP), quelli aventi ad oggetto le procedure di reclutamento del personale (art. 19, comma 2, del TUSP) o quelli che stabiliscono la necessità di operare una separazione contabile tra le attività svolte sulla base di diritti speciali ed esclusivi e quelle esercitate in regime di mercato (art. 6 del TUSP).

Il TUSP è stato adottato per far fronte al fenomeno della "degenerazione pubblica" che negli anni ha caratterizzato l'impiego delle forme organizzative societarie, le quali, specie a livello locale, hanno funto da strumento di attuazione di politiche clientelari e di alterazione delle regole del mercato e della concorrenza. Sul punto, si v. F. PATRONI GRIFFI, *Le società pubbliche tra regole di diritto speciale e prospettive funzionali: quale disciplina? Una breve riflessione introduttiva*, in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 20 ss.; B.G. MATTARELLA, *La specialità delle società pubbliche*, *ivi*, p. 21 ss.

² Sulle fattispecie contemplate dalla normativa pubblicistica di controllo societario da parte della pubblica amministrazione antecedentemente all'introduzione del TUSP, si v. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Wolter Kluwer, Milano, 2016, p. 1254 ss.

³ Per un'approfondita ricostruzione di tale dibattito, si v. V. DONATIVI, *Società a controllo pubblico e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. comm.*, 2018, V, p. 747 ss.; ID. *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *RDS*, 2021, I, p. 13 ss.; ID. *Rassegna analitica e sistematica della giurisprudenza, delle linee guida e dei provvedimenti amministrativi sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *Rivista corporate governance*, 2021, II, p. 149 ss.



Tale dibattito trae origine dai contrasti che in seno alla dottrina giuscommercialistica si sono registrati in relazione alla possibilità di ricondurre all'interno dell'art. 2359 del Codice civile⁴ le fattispecie del controllo congiunto e del co-controllo⁵.

Il controllo congiunto ha ad oggetto quelle ipotesi in cui due o più soci, che individualmente non detengono un numero di voti sufficiente ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della società partecipata, attraverso il coordinamento nell'esercizio del diritto di voto, siano in grado di definire gli indirizzi strategici e gestionali dell'impresa⁶.

⁴ Nell'ambito della legislazione speciale è frequente, per l'individuazione delle fattispecie di controllo rilevanti ai fini dell'applicazione di una data disciplina, il rinvio all'art. 2359 c.c. Ciò ha condotto parte della dottrina a riconoscere la natura relazionale della nozione di controllo societario, che, dunque, costituirebbe una definizione a "geometria variabile", i cui contorni necessitano di essere modellati in funzione degli scopi perseguiti dalla normativa che tale definizione richiama ai fini dell'individuazione del proprio perimetro applicativo. In questi termini, si v. K. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 106 ss.; L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società "controllate" e "collegate"*, in M. BUSSOLETTI (a cura di), *La nuova disciplina dei bilanci di società*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 1 ss.; FIGA - TALAMANCA, *Direzione e "proprietà transitiva" del controllo di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 337 ss.; M. LAMANDINI, *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 218 ss.

⁵ Cfr. M.V. SUSANNA, *Osservazioni in tema di controllo congiunto e relativa "necessaria formalizzazione nel testo unico partecipate pubbliche"*, in *Società*, 2019, p. 140 ss.; M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento all' art. 2359, c.c.*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni - Artt. 2346-2362 c.c.*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 665 ss.; V. CARIELLO, *"Controllo congiunto" e accordi parasociali*, Giuffrè, Milano, 1997, ID. *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1 ss.; M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 218 ss., ID, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, *Giur. comm.*, 1995, p. 106 ss.; ID, *Commento agli artt. 2359-2359-quinquies*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, p. 396 ss.; G. AGHINA, *La nozione di "controllo congiunto" ai fini dell'applicazione delle norme anti-trust comunitarie e italiane sulle imprese comuni*, in *Riv. dir. ind.*, 1993, I, p. 491 ss.; V. DONATIVI, *I "confini" del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 553 ss., ID. *"Impresa" e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, p. 176 ss.; P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 1 ss., spec. p. 7 ss. e p. 12 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legislazione antitrust*, in *Riv. soc.* 1995, p. 457 ss., e *ivi* spec. 487 e 498 ss.; M. NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, p. 393 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci*, Milano, 1996, p. 157 ss.; L. SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, CEDAM, Padova, 1997, spec. p. 92 ss. e p. 109 ss.

⁶ V. DONATIVI, *I "confini" del controllo congiunto*, cit., p. 583. L'Autore definisce tale forma di controllo come "controllo congiunto in senso proprio", da tenere distinto dal controllo solitario da sindacato e dal controllo concorrente. Il controllo solitario da sindacato si registra in tutti quei casi in cui un unico socio, grazie all'effetto leva assicuratosi dal patto parasociale, è in grado di esercitare un'influenza dominante sulle decisioni sociali. Si pensi al caso di un sindacato che riunisce il 51% dei voti esercitabili in seno all'assemblea ordinaria della società in cui le parti convengono di votare nel senso indicato dalla maggioranza. Ebbene, il socio che, parte del patto parasociale, detenga il 26% dei voti ordinari, eserciterà, di fatto, un'influenza dominante e, quindi, un potere di controllo solitario sull'attività sociale.

La seconda ipotesi riguarda il caso in cui uno o più soci, grazie alla posizione assunta all'interno del sindacato di controllo, siano in grado di esercitare un potere di veto sulle decisioni sociali. Tale potere, a ben vedere, è di intensità inferiore rispetto a quello esercitato nell'ipotesi precedentemente descritta, in



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il co-controllo (o controllo plurimo disgiunto), invece, riguarda i casi in cui due o più soci, pur privi di un numero di voti sufficiente ad imporre la propria volontà sulle decisioni sociali, dispongano ciascuno, in virtù dell'entità della propria partecipazione al capitale sociale, di un potere di veto sulle stesse⁷.

Secondo parte della dottrina, ormai minoritaria, nessuna di tali fattispecie rientrerebbe nel perimetro delineato dall'art. 2359 del Codice civile, in quanto la nozione di influenza dominante presupporrebbe la possibilità per il socio di imporre in positivo la propria volontà sulle decisioni sociali, con la conseguenza, dunque, che la definizione civilistica di controllo societario risulterebbe integrata nei soli casi di controllo individuale, ossia in quelle ipotesi in cui vi sia un singolo socio in grado di determinare unilateralmente il contenuto delle summenzionate decisioni⁸.

Altra corrente di pensiero, che allo stato attuale risulta nettamente prevalente, ritiene che il controllo di cui all'art. 2359 c.c. si configurerebbe anche in capo sia ai soci che agiscono di concerto ai fini dell'individuazione degli indirizzi gestionali e strategici dell'impresa⁹. La fattispecie del co-controllo, invece, sembra doversi ritenere tutt'ora esclusa dal campo applicativo della nozione civilistica di controllo societario, in quanto i soci "co-controllanti" risultano piuttosto titolari di un potere di influenza determinante, che consente loro di porre la propria volontà a presupposto causale assoluto della decisione sociale, potendo bloccarne l'adozione ogni qualvolta questa sia contraria ai loro interessi,

quanto i detti soci non potranno unilateralmente determinare il contenuto delle decisioni sociali, ma si limiteranno a bloccare l'adozione delle decisioni contrarie alla propria volontà.

Sul controllo da patti parasociali, si v. G.A. RESCIO, *Gli strumenti di controllo: i patti di sindacato*, in *RDS*, 2008, p. 53 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Controllo conseguente ad accordi parasociali, disciplina codicistica del controllo e bilancio consolidato di gruppo*, in *Dir. fall.*, 1997, I, p. 1300 ss.; G. MINERVINI, R. COSTI, *Due pareri su come vada inteso il "rapporto di controllo" in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3, legge n. 1/1991)*, in *Contratto e impresa*, 1991, 25 ss.; G.D. MOSCO, *Il controllo tramite sindacato di voto: uno studio empirico*, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Venezia 16-17-18 Novembre 1995, p. 1651 ss.; R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, 1, p. 25 ss.; ID., *Il problema della validità dei sindacati di voto alla luce della legislazione più recente*, in F. BONELLI, P.G. IAEGGER (a cura di), *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 25 ss.

⁷ *Ibidem*. La fattispecie del co-controllo si distingue da quella del controllo concorrente in quanto, mentre in quest'ultima ipotesi il potere interdittivo detenuto sulle decisioni sociali è frutto della posizione assunta all'interno del sindacato di controllo, nel caso del controllo plurimo disgiunto tale potere deriva unicamente dall'assetto proprietario della società.

Il caso di scuola è quello dei due soci che detengono ciascuno il 50% dei diritti di voto esercitabili in seno all'assemblea ordinaria. E' evidente che, quantomeno in astratto, il consenso di ciascuno di essi risulta indispensabile ai fini dell'adozione delle decisioni sociali.

⁸ Cfr. G. SBISA, *Società controllate e collegate*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 359; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 488.

⁹ Cfr. in particolare M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359-2359 quinquies*, cit., p. 397 ss.



ma non di determinare unilateralmente il relativo contenuto¹⁰. Come detto, invece, l'influenza dominante presuppone il potere di imporre in positivo la propria volontà sulle decisioni sociali, senza che vi siano altri soci in grado di esercitare un potere di veto sulle stesse¹¹.

2. Le fattispecie di controllo rilevanti ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Ciò posto, giova evidenziare che il legislatore delegato, all'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP, proprio nell'ottica di delineare una definizione pubblicistica di controllo più ampia di quella contenuta nel Codice civile, non si è limitato a rinviare alla fattispecie delineata dall'art. 2359 c.c.¹², ma ha previsto che il controllo pubblico può sussistere anche quando, *"in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"*.

Ne è derivato che, con riferimento della definizione di società in controllo pubblico di cui all'art. 2, comma 1, lett. m), del D.lgs. 175/2016, i contrasti dottrinali e giurisprudenziali

¹⁰ CFR. M. NOTARI, *Il "controllo" nella disciplina antitrust*, cit., 247; A. TOFFOLETTO, *Commento agli artt. 5, 6, e 7 della L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in V. AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Commentario alla normativa antitrust italiana*, CEDAM, Padova, 1994, p. 233; V. DONATIVI, *Autoproduzione e concorrenza nel sistema portuale. Il servizio di rimorchio*, Giuffrè, Milano 1993, p. 263.

¹¹ Sulla distinzione tra i concetti di influenza dominante e influenza determinante, si v. P. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 2 ss.; M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, cit., p. 35 ss.; V. CARIELLO, *"Controllo congiunto" e accordi parasociali*, cit., p. 66; M. NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, cit., p. 179 ss.; M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 491 ss.; C. OSTI, *Commento agli artt. 5, 6 e 7*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, v. I (art. 1-7), Zanichelli, Bologna, 1993, 580 ss.; G. OLIVIERI, *op. cit.*, p. 198 ss.

Le riflessioni dottrinali relative alla distinzione tra le dette nozioni traggono origine dall'introduzione, nell'ordinamento nazionale, della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (recante *"Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*), che, all'art. 7, prevede che *"Ai fini del presente titolo si ha controllo nei casi contemplati dall'articolo 2359 del codice civile ed inoltre in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa..."*. Sulle fattispecie di controllo rilevanti in ambito antitrust, si v. F. GHEZZI, *Nozione di controllo come fattispecie rilevante nelle concentrazioni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Vent'anni di Antitrust - L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010, t. 1, p. 529 ss.; F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Il controllo nel pallone. Riflessioni sulle nozioni di "controllo" nella disciplina antitrust alla luce di due decisioni concernenti l'acquisizione di società calcistiche*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 76 ss.

¹² Tale rinvio costituisce un esempio di ricorso ad un concetto giuridico civilistico ai fini della costruzione di una definizione rilevante in ambito pubblicistico. Sul tema della contaminazione tra diritto civile e diritto amministrativo, si v. G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, CEDAM, Padova, 2021.



registratisi in ordine alla relativa interpretazione non hanno riguardato soltanto il rinvio alla nozione codicistica di controllo, ma anche l'individuazione dei confini della fattispecie di controllo di cui alla lett. b), secondo periodo, della sopracitata disposizione normativa.

2.1 Il rinvio all'art. 2359 c.c.

Con riferimento al rinvio all'art. 2359 c.c.¹³, ci si è domandati se, e a quali condizioni, una società con capitale prevalentemente pubblico potesse essere considerata in controllo pubblico ai sensi TUSP.

Secondo una prima corrente di pensiero, del tutto recessiva, la società risulterebbe in controllo pubblico nella sola ipotesi in cui vi sia un'unica pubblica amministrazione in

¹³ Sul controllo societario, si v. C. PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957, p. 121 ss.; E. SIMONETTO, *Acquisto di azioni o quote di società controllante e loro regime*, in *Giur. comm.*, p. 1974, I, 694 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Società controllate e collegate. Rappresentanza in assemblea*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 802 ss.; P. MARCHETTI, *Commento sub art. 1 legge 5 agosto 1981 n. 416 (sulle imprese editrici e provvidenze per l'editoria)*, in *Nuove leggi civ.*, 1983, p. 464 ss. e 481 ss.; ID., *Gruppo e controllo nella disciplina SIM*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 221 ss.; ID., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, I, p. 1 ss.; ID., *O.p.a. obbligatoria e circolazione del controllo all'interno dei gruppi*, *ibidem*, *ivi*, p. 1248 ss.; ID., *La nozione di controllo nell'art. 10, l. n. 20/1991: la posizione dell'Isvap*, *ibidem*, *ivi*, p. 1475 ss.; ID., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *Gruppi di società (Atti del Convegno internazionale di studi della Rivista delle società. Venezia, 16-18 novembre 1995)*, Giuffrè, Milano, 1996, vol. II, p. 1547 ss.; L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società "controllate" e "collegate"*, in M. BUSSOLETTI (a cura di), *La nuova disciplina dei bilanci di società - Commento al D.lg. 9 aprile 1991, n. 127*, Torino, 1993, p. 1 ss.; A. GENTILI, *Controllo, concentrazioni, gruppi nella legislazione editoriale (commento a Tribunale di Milano, 13 dicembre 1986)*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, p. 419 ss.; R. WEIGMANN, *Scalate e controllo nelle società di capitali*, in *Giur. piem.*, 1989, 651 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. 2, t. 2, Utet, Torino, 1991, p. 581 ss.; ID., *Divagazioni in tema di "controllo" e "gruppo" nelle aggregazioni societarie*, in *Contr. impr.*, 1997, 508 ss.; V. CARIELLO, *Aktionärskonsortium e imputazione del potere di dominio sulla società*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 759 ss.; ID., *Azioni a voto potenziato, "voti plurimi senza azioni" e tutela dei soci estranei al controllo*, in *Riv. Soc.* 2015, ID., *Tra controllo e non controllo: sul mimetismo e sull'occultamento del controllo c.d. di fatto*, in *RDS*, 2017, p. 13 ss.; ID., *A favore di un riequilibrio tra tutela (diritti) dei soci non di controllo e tutela (diritti) dei soci di controllo (nelle sole società controllate c.d. di diritto)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 249 ss.; M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359-2359 quinquies*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali - Commentario*, Vol. 1, Jovene, Napoli, 2004, p. 394 ss.; ID., *Commento sub art. 2359 c.c.*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Società per azioni*, Milano, 2016, t. 1, 751 ss.; M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento all'art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni - Artt. 2346-2362 c.c.*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, p. 665 ss.; F. CARBONETTI, *Commento sub art. 2359 c.c.*, in F. D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, vol. II, t. 1, Piccin, Padova, 2010, p. 375 ss.; ID., *La disciplina del controllo delle concentrazioni in Italia e l'obbligo di comunicazione preventiva: "dal pieno al vuoto"*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 485 ss.; L. SCHIUMA, *Commento sub art. 2359*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza*, vol. 1 (art. 2247-2378), in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Assago Milanofiori, 2015, p. 1243 ss.



grado di esercitare un'influenza dominante sulla società controllata in ragione del numero di voti detenuti nell'assemblea ordinaria di quest'ultima o in virtù dei rapporti contrattuali con la stessa instaurati¹⁴.

Altro indirizzo interpretativo ritiene che la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), primo periodo, del TUSP, risulterebbe integrata anche nei casi in cui vi siano due o più pubbliche amministrazioni che, nel complesso, posseggono quote sociali sufficienti ad esercitare un'influenza dominante sulla società controllata e decidano di coordinarsi nell'esercizio del diritto di voto, senza, tuttavia, che tale intesa si traduca nella conclusione di un accordo scritto¹⁵. Ciò in quanto i patti parasociali rientrano nel novero dei contratti a forma libera. Ne deriva che al fine di dimostrare la sussistenza del controllo pubblico in capo alla società il detto coordinamento andrà necessariamente provato attraverso il ricorso alle presunzioni semplici di cui di cui all'art. 2727 c.c.¹⁶.

Un terzo orientamento, pur concordando sulla circostanza secondo cui la conclusione di un accordo concertativo non necessiti della forma scritta, ritiene, tuttavia, che, a fronte di un capitale sociale prevalentemente pubblico, spetti alle pubbliche amministrazioni dimostrare l'insussistenza di forme di coordinamento tra le stesse¹⁷.

Secondo una quarta tesi, invece, la fattispecie del controllo pubblico congiunto richiederebbe la presenza di un accordo scritto tra le amministrazioni controllanti, sulla scorta del principio secondo cui i contratti della pubblica amministrazione andrebbero sempre stipulati per iscritto¹⁸.

¹⁴ Cfr. M. BIANCHINI, *La nozione di controllo congiunto nelle cosiddette società pubbliche*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, p. 24 ss.

¹⁵ Cfr. Corte dei conti, sentenze 22 maggio 2019, n. 16, 4 luglio 2019 n. 17 e 29 luglio 2019 n. 25; MEF, *"Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche (art. 24 del d.lgs. 19 agosto 2016, 175)"*, 2019; Corte dei conti sez. contr. Reg. Umbria, Delibera 27 febbraio 2018, n. 45 (45/2018/PAR), Corte dei conti sez. contr. Reg. Emilia Romagna, Delibb. 10 aprile 2018 n. 90 (90/2018/VSGO), 2 maggio 2018 n. 98 (98/2018/VSGO) 8 novembre 2018, n. 126 (126/2018/VSGO), 8 novembre 2018, n.130 (103/2018/VSGO), 15 ottobre 2018, n. 120 (120/2018/VSGO), 13 novembre 2020, n. 106 (106/2010/VSGO).

¹⁶ Per approfondimento sul ruolo della prova indiziaria in ambito pubblicistico, si v. G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

¹⁷ Cfr. Corte dei conti sez. contr., Reg. Lazio, Delibb. 25 maggio 2020, n. 35 (35/2020/VSG); Corte dei conti sez. contr. Reg. Marche, Delibb. 24 gennaio 2019, n.4 (4/2019/VSG); 29 novembre 2018, n. 45 (45/2018/VSG), 29 novembre 2018, n. 46 (46/2018/VSG), 29 novembre 2018, n. 53 (53/2018/VSG); ANAC, Delibera 25 settembre 2019, n. 859.

¹⁸ Cfr. F. FIMMANÒ, F. SUCAMELI, *"Gli indici formali e legali di "controllo pubblico" e i fatti concludenti dell'abuso di eterodirezione"*, in *Riv. Corte conti*, 2020, n. 4, I, p. ss.; F. SUCAMELI, *La tormentata nozione di "controllo pubblico" nel Tusp*, in www.dirittoeconomi.it, 9 marzo 2020; F. CUCCU – F. MASSA FELSANI, *Art. 2 - II. La nozione di controllo*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 76 ss.; F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del Tusp* (ripreso e approvato come Studio ufficiale del Consiglio Nazionale del Notariato, nell' "Atto di indirizzo" in data 12 luglio 2019), p. 517 ss.; M.V. SUSANNA, *op. cit.*, 140 ss. In giurisprudenza, si v. Cfr. Consiglio di Stato, 23 gennaio 2019, n. 578; T.A.R.



Ed infine, secondo un ultimo orientamento, affinché si configuri il controllo pubblico su una società sarebbe sufficiente che una o più pubbliche amministrazioni detengano, nel loro insieme, la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria della società, non risultando necessaria la conclusione di alcun accordo tra le stesse¹⁹.

Ebbene, prendendo le mosse dalle conclusioni a cui la dottrina giuscommerciale più acuta è pervenuta in ordine alla nozione di controllo congiunto²⁰, pare doversi sostenere che, indipendentemente dalla formalizzazione di un accordo scritto, in presenza di forme di concertazione stabili e durature tra le amministrazioni che, nel loro insieme, detengono voti sufficienti a delineare gli indirizzi strategici della società, risultano integrati gli estremi dell'art. 2, comma 1, lett. b), primo periodo, del TUSP²¹.

Ed infatti, come è stato correttamente evidenziato, se si aderisse al quinto indirizzo interpretativo sopracitato, si finirebbe per *“omologare – se non addirittura per obliterare – l'individualità dei soggetti pubblici considerati, e così pure gli specifici interessi pubblici perseguiti da ciascuna P.A...la mera caratterizzazione di un certo gruppo di soggetti di diritto come amministrazioni pubbliche non permette di appiattare su tale ultima qualificazione le specifiche articolazioni, gli specifici compiti e le peculiari finalità di pubblico interesse a ciascuna di esse affidate. Del resto, nel nostro ordinamento non si dà una monolitica nozione giuridica di pubblica amministrazione, ciascuna titolare della*

Lazio, 19 aprile 2019, n. 5118; TAR Veneto, 5 aprile 2018, n. 363; TAR Marche, Ancona, 11 novembre 2019 n. 695.

¹⁹ Cfr. J. BERCELLI, *La nozione di società a controllo pubblico nella giurisprudenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 685 ss.; Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, Delibera 20 giugno 2019, n. 11, (SSRRCO/11/2019/QMIG); Corte dei conti sez. contr. Reg. Piemonte, Delibera 19 aprile 2018; Corte dei conti sez. controllo Reg. Liguria, Delibb. 24 gennaio 2018, n. 3 (3/2018/PAR), 27 marzo 2020, n. 29 (29/2020/PAR); Corte dei conti sez. contr. Reg. Trentino-Alto Adige, Delibera 10 dicembre 2018, n. 8 (8/2018/PAR). Secondo tale corrente di pensiero, la necessità di considerare in controllo pubblico le società a capitale prevalentemente pubblico deriverebbe dell'esigenza di evitare l'elusione, da parte di queste ultime degli obblighi imposti alle società di cui all'art. 2, comma 1, lett. m), del TUSP.

²⁰ Cfr. M. LAMANDINI, *Commento sub artt. 2359-2359 quinquies*, cit., p. 400 ss.

²¹ In questi termini, V. DONATIVI, *Società a controllo pubblico e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., p. 762 ss. ID. *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, cit., p. 13 ss.

In giurisprudenza, tale conclusione risulta condivisa dal Consiglio di Stato, che ha evidenziato come *“sebbene sia controversa e non univoca la nozione di “controllo pubblico congiunto” di cui alla lett. m) dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 175 del 2016, il dato testuale - che richiama un “potere”, in correlazione alla lett. b) del medesimo articolo - e “l'interpretazione da più parte datane [...] è tale per cui non è sufficiente a tali fini una semplice sommatoria delle partecipazioni di soggetti pubblici tale da esprimere la maggioranza del capitale sociale - potendosi diversamente conformare e modulare gli assetti di potere nell'ambito degli organi societari - ma occorrono piuttosto, in assenza di un controllo monocratico ex art. 2359 Cod. civ., atti o accordi che vincolino i soggetti pubblici all'esercizio congiunto delle loro prerogative, così da rendere concreto ed effettivo un “potere” di controllo pubblico [...] o quanto meno un comportamento concludente dei soci pubblici orientato in tal senso [...] (Consiglio di Stato, Sez. V, 10.3.2023, n. 2543, n. 2543; sulla differenza tra partecipazione societaria e controllo si veda, inoltre, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578; v., anche, Corte dei Conti, Sezioni riunite, 22 maggio 2019, n. 16)”* (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 436/2026).



cura di certi interessi pubblici. E un simile assunto non pare possa essere messo in discussione sol che alcune di esse si trovino ad essere socie della medesima società. Pertanto sarebbe quasi paradossale che, ad esempio, un Ateneo, un Comune e una Regione vengano accorpati quasi costituissero un unico centro decisionale soltanto in ragione del fatto che risultino soci di una società a partecipazione pubblica...A voler così opinare, verrebbe obliterata ogni (pur doverosa) valutazione dello specifico interesse pubblico al quale ciascuna articolazione autonoma della pubblica amministrazione risulta istituzionalmente preposta e che è vieppiù obbligata a perseguire per legge nel caso concreto...Pertanto, gli interessi particolari di ciascun socio non potranno che essere considerati individualmente e autonomamente rispetto a quelli degli altri soci, salvi i casi in cui risultino circostanze – come ad esempio il riscontro di un patto parasociale – idonee a legittimare, sia sul piano pubblicistico, sia sul piano privatistico, la decisione espressa a mezzo del voto in assemblea dal sin golo socio, quale frutto del meccanismo di concertazione operato dai soci in seno al patto”²².

Con riferimento, invece, alla prima delle summenzionate teorie - secondo cui l'art. 2, comma 1, lett. b), primo periodo, contemplerebbe unicamente fattispecie di controllo pubblico individuale -, occorre evidenziare che la stessa non pare possa essere condivisa non solo in quanto, allo stato attuale, risulta quasi pacifica la possibilità di considerare il controllo congiunto tra le fattispecie previste dall'art. 2359 c.c., ma anche per un altro ordine di ragioni. E cioè che, ai fini dell'identificazione di una società in controllo pubblico, non deve guardarsi tanto al lato attivo del controllo, quanto piuttosto al lato passivo dello stesso.

Ed infatti, mentre nel diritto societario la nozione di controllo risulta funzionale a evitare che la società controllante si avvalga della controllata per eludere una serie di limiti e divieti posti dalla legge in materia di sottoscrizione e acquisto di azioni proprie e di interferenza degli amministratori nell'attività assembleare²³, in ambito pubblicistico, tendenzialmente, la nozione di controllo costituisce un semplice strumento di cui il

²² Così, M. BIANCHINI, *op. cit.*, p. 91.

²³ Ed infatti, l'art. 2359-bis prevede che “1. La società controllata non può acquistare azioni o quote della società controllante se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato. Possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate.

2. L'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea a norma del secondo comma dell'articolo 2357.

3. In nessun caso il valore nominale delle azioni acquistate a norma dei commi primo e secondo può eccedere la quinta parte del capitale della società controllante qualora questa sia una società che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, tenendosi conto a tal fine delle azioni possedute dalla medesima società controllante o dalle società da essa controllate.

4. Una riserva indisponibile, pari all'importo delle azioni o quote della società controllante iscritto all'attivo del bilancio deve essere costituita e mantenuta finché le azioni o quote non siano trasferite.

5. La società controllata da altra società non può esercitare il diritto di voto nelle assemblee di questa...”. Sulla disciplina dell'acquisto delle azioni della controllante da parte della controllata, si v. G.B. PORTALE, *L'acquisto di azioni della controllante da parte di società controllate*, in *Quadrimestre*, 1986, 297 ss.



legislatore si avvale ai fini della perimetrazione dell'ambito soggettivo di applicazione di una determinata disciplina²⁴.

Ne deriva che, se in ambito codicistico assume rilevanza decisiva stabilire se la qualifica di soggetto controllante possa essere attribuita alla sola società che, individualmente, è in grado di indirizzare l'attività sociale, o anche a tutte le società che facciano parte di un sindacato di controllo in cui le parti convengono di coordinarsi nell'esercizio del diritto di voto, non altrettanto può dirsi ogniqualvolta si intenda annoverare tra i destinatari di una data normativa le società in controllo pubblico.

Ed infatti, in tale ultimo caso, in presenza di un sindacato di controllo formato da due o più pubbliche amministrazioni in grado di esercitare un'influenza dominante sulle decisioni sociali, anche se nessuna di esse è in grado, individualmente, di determinare unilateralmente il contenuto delle stesse, è comunque evidente la sottoposizione della società a un controllo di natura pubblicistica. Ciò in quanto tale società è soggetta all'influenza dominante di nucleo di soggetti pubblici.

La distinzione che parte della dottrina giuscommerciale ha sollevato tra controllo da sindacato e sindacato di controllo²⁵ non pare dunque rilevare ogniqualvolta occorra stabilire, ai fini dell'applicazione di una determinata disciplina a una società a partecipazione pubblica, se essa sia o meno in controllo pubblico.

In altri termini, qualora la disposizione normativa considerata non sia volta a imporre obblighi di sorta all'amministrazione controllante²⁶, ma sia diretta a prescrivere una data condotta alla sola società in controllo pubblico, ciò che conta è che vi sia un sindacato di controllo composto da una pluralità di amministrazioni, indipendentemente dal ruolo svolto all'interno dell'accordo parasociale e dalla partecipazione da ciascuna di esse detenuta nel capitale dell'impresa.

2.2. La fattispecie di controllo pubblico di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), secondo periodo, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Tuttavia, come anticipato, la sottoposizione di una società al controllo pubblico non si verifica nel solo caso in cui il socio pubblico eserciti (o un gruppo di soci pubblici si

²⁴ Con riferimento al TUSP, a titolo meramente esemplificativo, si v. l'art. 6, relativo ai principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico, le cui disposizioni hanno come destinatarie unicamente le dette società, e non anche le amministrazioni controllanti.

²⁵ Cfr. V. Donativi, *I «confini» del controllo congiunto*, cit., p. 564.

²⁶ Come, invece, accade nel caso, richiamato a titolo meramente esemplificativo, disciplinato dall'art. 14, comma 5, del TUSP, secondo cui *“Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita”*.



coordinino al fine di esercitare) nell'assemblea ordinaria della stessa un'influenza dominante, ma anche nell'ipotesi di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), secondo periodo, del TUSP.

La definizione contenuta nella citata disposizione normativa ricalca quella di controllo congiunto propria dei principi contabili internazionali²⁷.

Ed infatti, l'IFRS 11 prevede che *“il controllo congiunto è la condivisione, su base contrattuale del controllo di un accordo, che esiste unicamente quando per le decisioni relative alle attività rilevanti è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo...tutte le parti, o un gruppo di parti, controllano l'accordo collettivamente se devono dirigere insieme le attività rilevanti...una volta stabilito che le parti o un gruppo di parti, controllano collettivamente l'accordo, il controllo congiunto esiste soltanto quando le decisioni sulle attività rilevanti richiedono il consenso unanime delle parti che controllano l'accordo collettivamente”*.

Ebbene, secondo quanto specificato dall'Appendice B dell'IFRS 11, *“il requisito dell'unanimità del consenso comporta che qualsiasi parte che detiene il controllo congiunto nell'ambito di un accordo può impedire a qualsiasi altra parte, o a un gruppo di parti, di assumere decisioni unilaterali senza il proprio consenso”*.

Ne discende, dunque, che, al di fuori dei casi in cui una o più pubbliche amministrazioni siano in grado di esercitare, individualmente o congiuntamente, i poteri di cui all'art. 2359 c.c., la nozione di società in controllo pubblico si configura in tutti quei casi in cui vi siano uno o più soci pubblici, il cui consenso, in virtù di norme di legge, statutarie, o di patti parasociali, sia necessario ai fini dell'adozione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche²⁸ relative all'attività d'impresa.

In altri termini, ai fini dell'integrazione degli estremi della nozione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), secondo periodo, risulterà sufficiente la possibilità, per una o più amministrazioni, di esercitare sulle dette decisioni un'influenza determinante, ossia un potere interdittivo volto a bloccare l'adozione ogni qualvolta non ne condividano il contenuto²⁹.

Sulla scorta delle suesposte osservazioni, pare potersi concludere nel senso di ritenere in controllo pubblico quella società in cui:

²⁷ Sulla nozione di controllo contenuta nei principi contabili internazionali, si v. L.A. BIANCHI, *Note sulla nozione di controllo nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, in *Rivista delle società*, 2011, p. 255 ss.

²⁸ E' stato rilevato come tale forma di controllo non necessiti di essere esplicita in sede assembleare, come previsto per il controllo di cui all'art. 2359 c.c., ma possa avere ad oggetto anche decisioni relative all'attività d'impresa la cui adozione avviene al di fuori dell'assemblea ordinaria. Si v. in questo senso K. MARTUCCI, *op. cit.*, 121.

²⁹ Sul punto, si v. V. DONATIVI, *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, cit., 45.



- a) vi sia un'amministrazione in grado di esercitare un'influenza dominante sulle decisioni di competenza dell'assemblea ordinaria;
- b) vi sia un sindacato di controllo formato da due o più pubbliche amministrazioni;
- c) vi siano una o più pubbliche amministrazioni in grado di esercitare, in virtù di norme di legge, statutarie o patti parasociali, un potere di veto sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche riguardanti l'attività sociale.

Pertanto, aderendo a tale prospettazione, ricadrebbero al di fuori del perimetro della definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP, le ipotesi in cui la maggioranza del capitale sociale sia in mano pubblica, ma, stante l'assenza di norme di legge, clausole statutarie o patti parasociali che consentano a un gruppo di soci pubblici di esercitare un'influenza dominante sulla società partecipata o a uno o più soci pubblici un'influenza determinante sulle stesse, nessuna pubblica amministrazione sia in grado di imporre in positivo la propria volontà sulle decisioni sociali.

In altri termini, non risulterebbero in controllo pubblico quelle società in cui una o più amministrazioni si trovino, unicamente in ragione della propria partecipazione sociale, e non, quindi, in virtù di norme di legge, clausole statutarie o accordi parasociali, in una posizione di co-controllo³⁰.

3. Il controllo pubblico indiretto.

Infine, giova sottolineare che, alla luce del rinvio all'art. 2359 c.c., la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b) del TUSP, ricomprende anche le ipotesi di controllo pubblico indiretto³¹.

Tale forma di controllo, come noto, si configura ogniqualvolta una o più pubbliche amministrazioni detengano, attraverso le società dalle stesse controllate, voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante in una terza società³².

³⁰ Sulla distinzione tra controllo solitario da sindacato, controllo congiunto in senso proprio, controllo concorrente e co-controllo, si v. *supra*, nota 3.

³¹ Sulla fattispecie del controllo indiretto di cui all'art. 2359, comma 2, c.c., si v. G. FIGÀ - TALAMANCA, *Direzione e proprietà transitiva del controllo" di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 340 ss.; G. SBISÀ, *Società controllate e collegate*, cit., p. 345 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legislazione antitrust*, cit., p. 507 ss.; L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società controllate e collegate*, cit., p. 11 ss.

³² G. SBISÀ, *Società controllate e collegate*, cit., p. 346. L'Autore, con riferimento al controllo indiretto rilevante in ambito civilistico, ha evidenziato come "il controllo mediato può sussistere anche quando un anello della catena sia formato, anziché da una sola, da più società controllate, nessuna delle quali è controllante della successiva, ma che nel loro insieme dispongono di voti sufficienti a esercitare un'influenza dominante nell'assemblea di un'ulteriore società".

In giurisprudenza, sulla fattispecie del controllo pubblico indiretto, si v. T.A.R. Lazio - Roma, sez. I *Quater*, n. 12999/2022; T.A.R. Lazio - Roma, sez. I *Quater*, n. 13058/2022; T.A.R. Lazio - Roma, sez. I *Quater*,



Ed infatti, l'art. 2359 c.c., comma 2, prevede che, ai fini della configurazione delle fattispecie di controllo interno di diritto e di fatto di cui al comma 1, numeri 1) e 2), *“si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta”*.

Dalla lettura della citata disposizione normativa, emerge chiaramente come, ai fini della configurazione di una fattispecie di controllo indiretto, si computeranno i voti detenuti nella società terza sia dalle società sottoposte a controllo esterno o contrattuale sia da quelle soggette a controllo interno.

Pertanto, se A controlla la società B in ragione dei vincoli contrattuali con essa instaurati e la società C in virtù della propria partecipazione nel capitale sociale di quest'ultima, qualora B e C, nel complesso detenessero voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nella società D, quest'ultima risulterebbe controllata da A ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Tuttavia, occorre precisare che il controllo indiretto risulta suscettibile di configurarsi nella sola forma del controllo interno di diritto o di fatto³³, prevedendo espressamente

12314/2019, in cui si è specificato, anche se con riferimento alla disposizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. c), del D.lgs. 39/2013 (disposizione che, come l'art. 2, comma 1, lett. b), primo periodo, del TUSP, rinvia all'art. 2359 c.c.), che *“nel definire la situazione di controllo, la norma non richiede, in alcun modo, che lo stesso faccia capo ad un unico soggetto pubblico o che debba essere diretto, né tale ultimo requisito risulta positivizzato nell'articolo 2359 del codice civile, che anzi espressamente considera rilevante, al comma secondo, il controllo esercitato a mezzo di società controllate, società fiduciarie o interposta persona...dal complesso normativo in materia, emerge, dunque, una nozione sostanziale di controllo, tesa a valorizzare, al di là della forma giuridica prescelta, il dato effettuale della riconducibilità delle quote a soggetti pubblici...la nozione di controllo così definita include, dunque, sicuramente anche il controllo indiretto, esercitato a mezzo di società possedute o controllate dall'ente pubblico”*.

Anche l'ANAC, nelle FAQ relative all' *“Ambito soggettivo di applicazione della trasparenza a Società ed enti di diritto privato (art. 2 bis, d.lgs. 33/2013)”*, ha precisato che le società in controllo pubblico *“ricomprendono anche quelle in cui il controllo pubblico è indiretto, in quanto esercitato tramite una società controllata, ai sensi dell'art. 2359, co. 2, del codice civile”*. Negli stessi termini l'Orientamento del MEF del 15 febbraio 2018, in cui, alla nota 1, si è specificato che *“L'art. 2359 c.c. comprende le seguenti fattispecie: a. “controllo di diritto”, ossia il possesso “della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria” della società; b. “controllo di fatto”, e cioè il possesso dei “voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria” della società (in concreto, per approvarne le delibere, tra cui, in particolare, quella di revoca degli amministratori); c. “controllo contrattuale”, ipotesi nella quale l'influenza dominante è esercitata “in virtù di particolari vincoli contrattuali” che pongono la società in una situazione oggettiva di dipendenza. Ai fini del controllo di cui alle lettere a. e b. “si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta”, con esclusione, però, dei voti spettanti per conto di terzi (p.e. voti per delega; cfr. art. 2359, comma 2, c.c.). Ne consegue che rientra nella nozione di controllo di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP, anche il controllo indiretto e, cioè, quello esercitato tramite una società controllata o soggetto diverso”*.

³³ M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legislazione antitrust*, cit., p. 508.



l'art. 2359, comma 2, c.c. che i voti delle società controllate vengono considerati ai fini dell'applicazione dei numeri 1)³⁴ e 2)³⁵ del comma 1.

Ne deriva che, qualora A controlli la società B in virtù di particolari vincoli contrattuali o delle quote sociali della stessa detenute, e B controlli la società C nella forma del controllo esterno, ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, numero 3)³⁶, C non risulterà controllata da A.

Ciò, a ben vedere, implica che, qualora una o più pubbliche amministrazioni controllino una società ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, la quale, a sua volta controlli una terza società in ragione dei rapporti contrattuali con essa intercorrenti, tale ultima società non potrà essere qualificata alla stregua di una società in controllo pubblico ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. m), del TUSP.

Tuttavia, occorre evidenziare il possibile verificarsi di alcune ipotesi in cui la sussistenza di un controllo pubblico indiretto non pare possa essere affermata con certezza.

Il primo caso è quello del controllo pubblico congiunto indiretto, in cui la società sottoposta al controllo di un sindacato composto da due o più pubbliche amministrazioni detenga un numero di voti sufficiente ad esercitare un'influenza dominante in una terza società. In tale ipotesi, tuttavia, non pare sussistano dubbi in ordine alla possibilità di qualificare quest'ultima alla stregua di una società in controllo pubblico. Infatti, aderendo alla dottrina giuscommercialistica, ormai nettamente maggioritaria, secondo cui l'art. 2359, comma 1, numeri 1) e 2), ricomprenderebbe anche le fattispecie del controllo congiunto, in cui due o più soci stabiliscono di coordinarsi nell'esercizio del diritto di voto³⁷, non pare possa negarsi che tale forma di controllo risulti suscettibile di applicarsi anche in via indiretta.

³⁴ L'art. 2359, comma 1, numero 1), c.c., ha ad oggetto il controllo interno di diritto, e prevede che *"Sono considerate società controllate...le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria"*. Tale forma di controllo, dunque, si configura ogniqualvolta il soggetto controllante detenga il 50% + 1 dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria della società controllata.

³⁵ L'art. 2359, comma 1, numero 2), c.c., riguarda il controllo interno di fatto, e così dispone: *"Sono considerate società controllate...le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria"*. Si tratta dell'ipotesi in cui il socio di controllo, pur non disponendo della maggioranza assoluta dei diritti di voto, è in grado, in virtù dell'elevato frazionamento del capitale sociale e dell'assenteismo degli altri azionisti, di esercitare un'influenza dominante sulle decisioni sociali.

³⁶ L'art. 2359 c.c., comma 1, numero 3), c.c., prevede che *"Sono considerate società controllate...le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa"*. Sul controllo contrattuale, si v. E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002; G. SBISÀ, *Controllo contrattuale esterno, direzione unitaria e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 815 ss. Tale forma di controllo, tendenzialmente, si configura nei casi in cui la sopravvivenza economica della società controllata dipende dal mantenimento dei rapporti contrattuali in essere con la società controllante. Ciò, evidentemente, consente alla controllante di esercitare un'influenza dominante nella definizione degli indirizzi strategici della controllata.

³⁷ Si v. M. LAMANDINI, *op. ult. cit.*, p. 399.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La seconda ipotesi, più problematica, riguarda la società che si collochi ad un anello della catena di controllo molto distante dal primo. Si pensi al seguente esempio: una o più pubbliche amministrazioni controllano la società A, che a sua volta controlla le società B e C, che, nel solo insieme dispongono di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nelle società D, E ed F, le quali, a loro volta, detengono, nel complesso, un numero di voti che consentirebbero l'esercizio di un'influenza dominante nella società G. Ebbene, aderendo al dato letterale dell'art. 2359, comma 2, c.c., a cui l'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP rinvia, dovrebbe concludersi nel senso di considerare tale ultima società in controllo pubblico. Tuttavia, occorre domandarsi quali poteri, a fronte di un controllo che si propaga per il tramite di un numero così elevato di partecipazioni societarie, sia effettivamente in grado di esercitare nei confronti di quest'ultima l'amministrazione controllante (o il sindacato di controllo pubblico).

Il terzo caso è quello di una società, controllata da una o più pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 2359 c.c., che a sua volta, in virtù di norme di legge, clausole statutarie o patti parasociali, sia in grado di esercitare un'influenza determinante sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche di una terza società.

In una simile ipotesi non appare chiaro se tale ultima società possa essere o meno qualificata alla stregua di una società in controllo pubblico.

Ed infatti, l'art. 2, comma 1, lett. m), del TUSP, prevede che sono in controllo pubblico *"le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)"*.

Ebbene, con riferimento ai poteri di controllo di cui all'art. 2359, comma 1, numeri 1) e 2) c.c. (norma a cui, come detto, rinvia l'art. 2, comma 1, lett. b), primo periodo, del TUSP) si è evidenziato che è il comma 2 a prevedere espressamente che questi possano essere esercitati in via indiretta per il tramite dei voti posseduti dalle società controllate. Tuttavia, la fattispecie di controllo di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), secondo periodo del TUSP, è estranea a quelle delineate dall'art. 2359, comma 1, numeri 1) e 2). Pertanto, atteso che tale fattispecie, stando al dato letterale della norma, si configura nei soli casi in cui due o più pubbliche amministrazioni esercitino, sulla base di norme di legge, statutarie o patti parasociali, un'influenza determinate sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività d'impresa, dovrebbe concludersi circa l'impossibilità di qualificare in controllo pubblico quella società in cui tali poteri siano esercitati da una o più società in controllo pubblico.

A diversa conclusione dovrebbe giungersi, invece, se si interpretasse l'art. 2, comma 1, lett. m), del TUSP, nel senso di ritenere che, ai fini della configurazione del controllo pubblico in capo ad una società, debbano essere considerati non solo i poteri sulla stessa esercitati da una o più pubbliche amministrazioni in senso stretto, ma anche dalle società da queste controllate.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Aderendo a tale indirizzo interpretativo, non può fare a meno di notarsi come potrebbero configurarsi fattispecie in cui, all'interno della medesima catena di controllo, si rinvengono ipotesi di controllo congiunto a imputazione sintetica (o controllo congiunto in senso proprio), in cui un sindacato composto da due o più pubbliche amministrazioni eserciti un'influenza dominante sulla società controllata, e casi di controllo congiunto a imputazione individuale (o controllo concorrente), ove due o più società in controllo pubblico siano in grado, in virtù di norme statutarie, di legge o patti parasociali, di bloccare le decisioni finanziarie e gestionali strategiche dell'attività sociale della controllata.

Altra e differente questione, invece, è se le società controllate ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), secondo periodo, possano quantomeno rappresentare il primo anello della catena di propagazione del controllo.

In altri termini, ci si domanda se i voti facenti capo a tali società nell'assemblea ordinaria di società terze possano essere computati ai fini della configurazione di una fattispecie di controllo pubblico indiretto di cui all'art. 2359, comma 2, c.c. (norma a cui, come più volte evidenziato, rinvia l'art. 2, comma 1, lett. b), primo periodo).

In tal caso, occorrerebbe stabilire se, quando tale ultima disposizione normativa fa riferimento ai voti delle "società controllate", per società controllate, ai fini dell'applicazione dell'art. 2, comma 1, lett. b), primo periodo, del TUSP, debbano intendersi le sole società controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., o anche le società controllate attraverso la possibilità per l'amministrazione (o le amministrazioni), in virtù di norme di legge, clausole statutarie o patti parasociali, di esercitare un'influenza determinante sulle decisioni gestionali strategiche e finanziarie relative all'attività d'impresa.

Si tratta di un'ipotesi che, a ben vedere, presta il fianco a una duplice interpretazione.

La prima è quella secondo cui, risultando il rinvio all'art. 2359 c.c. finalizzato ad individuare le possibili ipotesi di società in controllo pubblico, ogni riferimento alle società controllate in esso contenuto dovrà necessariamente essere interpretato come se, per queste ultime, dovessero intendersi le società controllate da una o più pubbliche amministrazioni ai sensi del TUSP e, quindi, anche ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), secondo periodo, del D.Lgs. 175/2016.

Del resto, l'art. 2359 c.c., quando si riferisce alle società controllate, non specifica a quale forma di controllo debba aversi riguardo, con la conseguenza che, nell'ambito del TUSP, la nozione "società controllata" potrebbe abbracciare tutte le ipotesi di società in controllo pubblico da esso contemplate.

La seconda è, al contrario, quella secondo cui il riferimento alle società controllate deve intendersi come avente ad oggetto le sole società controllate da una o più pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 2359 c.c.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Ebbene, un dato sembra deporre a favore di tale interpretazione. E cioè che la citata norma codicistica contempla unicamente ipotesi di controllo da influenza dominante, in cui il socio o il gruppo di soci di controllo risulta in grado di imporre in positivo la propria volontà sulle decisioni sociali. Ne deriva che, se si aderisse al primo indirizzo interpretativo, si finirebbe per innestare nell'art. 2359 c.c. una fattispecie di controllo da influenza determinante.

In altri termini, si giungerebbe alla conclusione secondo cui il controllo da influenza dominante potrebbe essere propagato anche per il tramite di una forma di controllo di intensità minore, consistente nel solo potere di bloccare l'adozione delle le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale contrarie alla propria volontà.

4. Cenni conclusivi.

In conclusione, pare potersi evidenziare che la nozione di società in controllo pubblico di cui all'art. 2, comma 1, lett. m), del TUSP, presenti tutt'ora dei profili oggetto di incertezza interpretativa sui quali non si è ancora giunti a conclusioni pacificamente condivise in dottrina e in giurisprudenza.

Tuttavia, se per la risoluzione di talune questioni, in particolare quelle relative al controllo pubblico indiretto, risultano necessarie riflessioni più approfondite, pare quantomeno potersi concludere circa la configurabilità del controllo pubblico, oltre che nelle ipotesi di controllo individuale da influenza dominante, in quelle in cui la società è sottoposta al controllo di un sindacato composto da due o più pubbliche amministrazioni che si coordinano nell'esercizio del diritto di voto e quelle in cui uno o più soci pubblici siano in grado, in virtù di norme statutarie, di legge o patti parasociali, di esercitare un potere interdittivo sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche della società controllata.