

INTRODUZIONE:

Il tema del riordino delle società partecipate è molto importante ed attuale in quanto problematico e lacunoso.

Con il Decreto Legislativo n.175 del 19 agosto 2016, attuativo della delega presente all'articolo 18 della L. n.124 del 2015, anche definita "Legge Madia", venne emanato il TUSP, ovvero il Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica.¹

L'obiettivo del provvedimento mirava alla ricomposizione e semplificazione di tutte le regole che erano state emanate fino a quel momento, per arrivare ad una disciplina che fosse il più completa ed esaustiva possibile, finalizzata all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica, oltre che alla promozione, come stabilito dall'Unione Europea,² della concorrenza e del mercato.

Procedendo con ordine, è necessario sottolineare come l'argomento delle società presenti diversi elementi di non scarsa complessità a causa:

- della continua intersezione di discipline dovuta ai vari ambiti richiamati all'interno del fenomeno delle società partecipate: si pensi al diritto civile, commerciale, societario, a quello economico ed amministrativo;
- della molteplicità di Istituzioni e Organismi di controllo chiamati a operare.

Non si tratta di un argomento nuovo. esso, contrariamente a quanto si possa pensare, era già esistente, ovviamente presentando connotati differenti nei primi anni del '900. Buona parte degli Istituti di diritto pubblico e amministrativo, infatti, si svilupparono proprio in quel periodo. Inizialmente la questione si concentrava sulla funzione dei Comuni,

¹ In realtà il TUSP è stato modificato con il correttivo 100/2017.

² Si fa riferimento al TFUE art. dal 101 al 109, oltre che agli art.37-106-345 TFUE che riguardano esplicitamente le imprese pubbliche e gli articoli 14-59-106-107-108-114 TFUE per i servizi pubblici, il Protocollo n.17 riguardante il mercato interno e la concorrenza, in cui si precisa che un sistema predisposto all'equa concorrenza è, ai sensi dell'articolo 3 paragrafo 3 del TUE, parte integrante e fondamentale del mercato interno, al Regolamento CE n.139/2004 del Consiglio relativo alle concentrazioni, al Regolamento CE n.802/2004 della Commissione, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, articolo 36 ed al Protocollo n.26 sui servizi di interesse generale.

focalizzandosi sui ruoli che potevano essere assunti da questi ultimi e quindi il discorso si incentrava proprio sul rapporto pubblico-privato.

Osservando i modelli vecchi e nuovi dell'iniziativa economica pubblica, il saggio da cui partire è quello presentato da Massimo Severo Giannini, intitolato "Le imprese pubbliche in Italia" del 1958. Egli aveva tracciato una classificazione delle imprese pubbliche seguendo una tripartizione:

- Impresa-organo, la quale esercita la propria attività di impresa tramite struttura interna alla Pubblica amministrazione e presenta, di conseguenza, una disciplina integralmente pubblicistica;
- Enti pubblici economici, la cui attività di impresa viene esercitata da una persona a ciò appositamente preposta, con una disciplina mista tra diritto pubblico, che regolava il rapporto tra Stato ed Ente pubblico, ed il diritto privato che regolava il rapporto tra il mercato e l'ente pubblico economico;
- Enti privati, i quali erano solitamente identificati da organismi societari a partecipazione pubblica, si trattava di attività di impresa esercitata da una società utilizzando una disciplina integralmente privatistica.

Rispetto al 1956, anno in cui era ancora abbastanza semplice tracciare una distinzione fra l'ente pubblico e quello privato, oggi la tripartizione operata da Massimo Severo Giannini non fotografa più la situazione attuale. Questo a causa dei vari fenomeni intervenuti nel corso degli anni, come ad esempio il fenomeno della privatizzazione formale avvenuta a livello nazionale, la quale ha cambiato la natura giuridica delle prime due categorie riportate dallo studioso. Le Imprese-organo si sono tramutate in Enti pubblici economici e in Società a partecipazione pubblica, mentre a livello locale le aziende municipalizzate sono state trasformate in aziende speciali, dotate di personalità giuridica, fino ad arrivare al fenomeno dell'affidamento dei servizi pubblici locali a società a partecipazione pubblica.³

³ Si tratta di un cambiamento di marcia. Interessa è la Proposta di Legge n.52, Camera dei deputati, 18^a Legislatura in materia di gestione delle acque pubbliche, che vorrebbe riportare la gestione e l'erogazione del Servizio Idrico integrato, ad un affidamento esclusivamente pubblico. Tale Disegno di legge prevede una trasformazione di tutte le forme di gestione del servizio integrato in aziende speciali o in società a capitale interamente pubblico, per poi passare dalla società a capitale interamente pubblico, entro 6 mesi, ad una trasformazione in azienda speciale o ente di diritto pubblico.

Altra ragione che rende la tripartizione di Giannini non più attuale è data dall'ibridazione degli istituti e delle fattispecie, per cui all'interno dello stesso ente convivono momenti privatistici e momenti pubblicistici, applicandosi di conseguenza norme di diritto privato e di diritto pubblico in base alla situazione da affrontare.

Fra i vari modelli di iniziativa economica previsti dal TUSP, uno dei più importanti è il modello rivestito dalla società *in house*. Interessante è osservarne la natura giuridica ed il dibattito sorto, che probabilmente non si concluderà, proprio perché le interpretazioni tendono lentamente a trasformarsi. Ci sono stati svariati tentativi della loro riqualificazione in ambito pubblicistico. Partendo dal presupposto che malgrado la loro forma giuridica privatistica di società esse sarebbero ricollegabili, quasi alla stregua di un'azienda speciale, ai soggetti di diritto pubblico.

La Corte di Cassazione riunita in Sezioni Unite Civili, il 25 novembre 2013, con la Sentenza n. 26283, muta l'indirizzo di interpretazione precedente. Venne scelta un'interpretazione particolare: da quel momento la società *in house* non è stata più considerata esplicitamente quale soggetto di diritto pubblico, La Corte arriva a negarne la soggettività considerandole quali soggetti distinti rispetto all'ente pubblico o agli enti per cui operano.

La Corte afferma che, malgrado l'apparente soggettività di tale tipologia societaria, si tratta di un patrimonio che è separato dall'ambito di quello dell'ente pubblico socio.

È un'affermazione molto forte ed è una sentenza che è stata molto criticata da diversi studiosi, tra cui Carlo Ibbà, in quanto si pone in netto contrasto con il dettato del Codice civile che sottolinea come, nel momento in cui un'impresa è iscritta al Registro delle Imprese, acquista personalità giuridica.⁴ Si sottolinea inoltre, come l'annullamento della soggettività procurerebbe il paradosso di un'azione dei creditori sociali della società *in house*, i quali diverrebbero tutti creditori diretti dell'ente e che quindi la responsabilità si scaricherebbe sull'ente pubblico che esercita controllo analogo, anche se il problema non sussisterebbe, in quanto la pronuncia del 2013, della Corte di Cassazione in SS. UU., precisò che l'annullamento della soggettività porti con sé il fenomeno di separazione di

⁴ Art.2331 c.c., comma 1, "Effetti dell'iscrizione", LIBRO QUINTO - Del lavoro, Titolo V - Delle società, Capo V - Società per azioni, Sezione I - Disposizioni generali.

patrimonio. In questo modo i creditori della società non potranno rifarsi direttamente sull'amministrazione che esercita il controllo sulla stessa. In pratica si è in presenza di una degradazione dell'organismo societario, il quale viene spogliato dalla propria personalità giuridica, restando un organo distinto, ma ricollegabile direttamente all'ente pubblico. Non è chiaro come tale situazione possa configurarsi in caso di controllo analogo congiunto nei casi in cui non sia presente un solo socio pubblico, ma più soci pubblici, combinati con, per esempio, con la presenza di un socio privato. La difficoltà risiede proprio nell'attribuzione delle varie masse patrimoniali facenti capo ai vari soci pubblici, quindi alle porzioni di patrimonio delle società *in house* e a come ripartire gli effetti degli atti compiuti da tali società.

La società *in house*, così come presentata, parrebbe ricondursi al modello dell'Impresa organo, trattata da Giannini, se non fosse, che a differenza di quest'ultima, la società *in house* si presenta travestita da socia.

Altra problematica collegata a tale tipologia societaria riguarda la tematica dell'affidamento ad un terzo e di un'eventuale azione contabile di responsabilità degli amministratori. Le Sezioni Unite Civili nel 2018⁵ si sono pronunciate riguardo alla dichiarazione di fallimento di una società *in house*, in cui il curatore aveva invocato dinanzi alla Corte contabile l'azione di responsabilità degli amministratori. Vi è una variazione rispetto alla giurisprudenza del 2013, in quanto la Cassazione si pronuncia a favore della possibilità di una concomitanza di giudizi e quindi l'azione del curatore viene considerata legittima. Essa sottolinea che il problema dell'affidamento di un terzo ad un ente, che presenta un nome ricollegabile ad un istituto di diritto privato, dovrebbe rifarsi alla disciplina prevista dal Codice civile, per cui l'applicazione di norme inerenti all'ambito del diritto societario è possibile, non potendo sottacere all'esigenza di tutela dei creditori insoddisfatti che vedrebbero altrimenti pretermesso il proprio diritto.

Viene osservato, inoltre, che all'articolo 12 TUSP, norma che avrebbe dovuto risolvere i problemi di giurisdizione in materia di responsabilità degli enti partecipati e dei componenti degli organi delle società partecipate, non adempie correttamente al proprio compito a causa della sua indeterminatezza. L'articolo in riferimento prevede, riguardo

⁵ Corte di Cassazione, SS.UU., 13/9/2018 n. 22406

alla responsabilità delle società *in house*, la responsabilità della Corte dei conti per quanto riguarda la causazione di un danno erariale, mentre per un danno non erariale vi è la possibilità di rivolgersi alla normale giurisdizione. Appare evidente come tale situazione non sia facile da conciliare con la costruzione della società *in house*, la quale è stata identificata come soggetto legato all'ente pubblico, ma con un patrimonio separato.

Ciò porterebbe a far considerare come erariale il danno causato al patrimonio, poiché si danneggerebbe direttamente l'erario, oltre al fatto che con tale pronuncia non si risolve il problema di come distinguere il danno erariale da quello non erariale, in quanto non vengono delineati i criteri effettivi per l'individuazione di tali categorie. Questa situazione può comportare il rischio di violazione del "*ne bis in idem*".

Un altro aspetto da tenere in considerazione è quello inerente all'iniziativa economica pubblica da parte di soggetti non societari. Tale fenomeno è stato menzionato anche dallo studioso Massimo Severo Giannini, ma il loro ruolo era marginale, così come la loro diffusione.

Oggi non è più così. Vi è un aumento progressivo di tali organismi: a conferma di ciò basti consultare le varie Relazioni emanate dalla Corte dei conti inerenti agli Organismi Partecipati dagli Enti territoriali. Nella Relazione del 2017⁶ circa il 9,83% del totale degli Organismi Partecipati da Regioni, Province, Comuni e Stato erano composti da organismi che assumevano la forma di associazioni e fondazioni; quindi, 719 enti su 7315 erano soggetti non societari, mentre nel 2018 la percentuale è salita al 10,42%.

Questo incremento è dovuto in parte a qualche dismissione fatta in attuazione del TU Madia, ma anche al fatto che la partecipazione in un ente, che si ritrova nel Libro I° del Codice civile, e quindi di un ente non lucrativo e non societario, presenta una situazione conveniente per l'ente pubblico. Queste entità non rientrano, infatti, nell'ambito di applicazione del TUSP⁷ e non sono quindi ai suoi limiti, a meno che non si ricorra ad un'interpretazione analogica che si distacca da quella letterale, mentre la disciplina civilistica è scarna.

⁶ Deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG

⁷ Ci si riferisce all'articolo 1 comma 4 lettera b) "restano ferme le disposizioni riguardanti partecipazioni a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni".

In questo modo le associazioni e le fondazioni non soggiacciono ai limiti inerenti all'assunzione di partecipazioni, agli obblighi di dismissione o ai disegni di razionalizzazione. Tali limiti potrebbero interpretarsi in via analogica seguendo l'orientamento per cui, rispetto all'obiettivo del contenimento della spesa pubblica, l'identità dell'ente dovrebbe essere irrilevante.

Da questa affermazione si apre un dibattito inerente all'interpretazione da seguire, se analogica o letterale: un filone capitolato da Mario Libertini è a favore dell'applicazione in via analogica delle stesse norme che limitano e vincolano le partecipazioni societarie anche per le associazioni e le fondazioni, mentre altri studiosi, tra cui Giorgio Marasà, ritengono che l'utilizzo del criterio analogico non sia corretto.

Quali sono le differenze da un punto di vista pratico? Se si seguisse la tesi di Marasà, tali organismi sarebbero immuni alla disciplina vincolistica del TUSP e nel corso degli anni si potrebbe osservare un decremento dell'attività in forma societaria, con un progressivo aumento delle forme non societarie.

È vero che la partecipazione posseduta in un organo non societario presenta diverse garanzie che in base alla situazione possono risultare più o meno convenienti.

A conferma di questo ultimo aspetto, vari potrebbero essere gli esempi. Si può considerare quello relativo alla reversibilità o irreversibilità dell'investimento in quanto:

- una partecipazione societaria può essere venduta;
- in caso di recesso da una società, il soggetto che recede ha diritto ad ottenere il valore della partecipazione;
- se la società è posta in liquidazione si può recuperare l'investimento dopo l'esclusione delle passività.

Per quanto riguarda il fenomeno della reversibilità ed irreversibilità le partecipazioni in associazioni o fondazioni non sono eccedibili, non se ne può quindi chiedere la liquidazione in caso di recesso, ed in caso di estinzione dell'ente, il patrimonio viene devoluto a seconda delle società, ma non ripartito dagli associati.

Nell'ambito delle partecipazioni in enti privati non societari, un istituto interessante e problematico è dato dalla figura "della fondazione di partecipazione".⁸ Tale figura è stata legittimata nell'ambito della Riforma del Terzo Settore,⁹ la quale dedica alcune norme in maniera incidentale alle fondazioni di partecipazioni, descrivendole quali fondazioni dotate di un organo assembleare a cui vengono attribuite le stesse competenze delle associazioni.

Vi è un'ibridazione fra due istituti, quello dell'associazione e della fondazione. Il rischio della previsione di una simile figura sarebbe quello di ricorrere all'istituto della fondazione per sviare gli obblighi previsti per la costituzione di un'associazione. Nelle fondazioni, infatti, non vi è l'obbligo di costituzione pluripersonale o della parità obbligatoria fra associati, mentre gli unici vincoli a cui si deve sottostare sono quelli di predeterminazione ed immodificabilità dello scopo della fondazione.

Da un punto di vista pratico, le fondazioni pubbliche possono essere utilizzate per regolare la figura di un Partenariato Pubblico Privato (nel quale al pubblico si riserva una posizione di preminenza) o nei casi delle Società *in house*.

Il fenomeno delle Fondazioni Pubblico-Privato è stato affrontato ampiamente dalla Giurisprudenza e in due casi emblematici:

- la sentenza n.2584 della Corte di Cassazione, SS.UU., 2/2/2018 n. 2584, in cui si statuuì che il modello gestionale dell'affidamento *in house* non è applicabile per le fondazioni;¹⁰

⁸ Cfr. Chiti M.P., "La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario", presso Fondazione Italiana del Notariato;

⁹ D.lgs. del 3 luglio 2017, n. 117

¹⁰ Si tratta di una sentenza riguardante il Presidente della Fondazione Festival Pucciniano in Viareggio che era stato condannato dalla Corte dei conti in primo grado ed in appello, perché la Corte dei conti aveva qualificato quella fondazione quale organismo *in house* del Comune di Viareggio. Il Presidente della fondazione contesta tale qualificazione, poiché non c'è il requisito del controllo analogo, in quanto lo statuto ammetteva la partecipazione di privati. Le Sezioni Unite non verificano se i requisiti del controllo analogo, segnalati con la sentenza già citata del novembre del 2013, fossero sussistenti o meno. Esse procedono direttamente nel dichiarare difetto di giurisdizione della Corte dei conti, senza porsi il problema di accertare o meno il requisito del controllo analogo. Secondo la Corte di Cassazione, non sarebbe necessario soffermarsi sul dato della sussistenza del controllo analogo in quanto non risulterebbe la fondazione possiede una natura giuridica privata e quindi presenta un proprio patrimonio nel quale sono confluite risorse pubbliche, ma con una propria autonomia, sicché il pregiudizio economico che la corte contabile implica alla gestione del ricorrente ridondava sul patrimonio dell'associazione del Festival Pucciniano e non sul Comune che le aveva creato. C'è un'inversione di marcia, perché stando alla giurisprudenza precedentemente prevista, si sarebbe esclusa la personalità giuridica *delle società in house*.

- la vicenda che riguardava la Fondazione Golf Cortina e la Cortina S.r.l., inerente alla fondazione costituita dal Comune di Cortina d'Ampezzo insieme ad una società privata per eseguire l'ampliamento di un campo da Golf in modo da consentirne l'utilizzo in caso di gare internazionali; si tratta di una situazione che ha messo in luce l'ambiguità disciplinare delle fondazioni, le quali risultano fuori dall'ambito di applicazione del TUSP e con scarsa disciplina nel Libro I° del Codice civile.¹¹

Già da queste prime riflessioni, si nota il bisogno di continuare l'operazione del riordino iniziata, che però con il D.lgs. n.175 non può essere considerata conclusa proprio a causa di una perdurante contraddittorietà del suo schema, il quale doveva essere chiarificatore.

Altro aspetto fondamentale ruota intorno alla nozione di controllo pubblico. Il Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica, nell'individuare quelli che sono i limiti per gli enti pubblici nel poter acquisire, mantenere o costituire partecipazioni all'interno di società, effettua scelte per la maggior parte ricollegabili al diritto societario in quanto le deroghe previste dal TUSP sono marginali rispetto agli aspetti totali. All'interno del D.lgs. n.175 del 2016, una differenza importante e problematica riguarda la distinzione fra società a partecipazione pubblica e quelle a controllo pubblico. Solo per quest'ultima categoria sono previste delle disposizioni specifiche che vanno a derogare, implementando e modificando la disciplina di rito comune.

È di fondamentale importanza quindi individuare tra le società partecipate quelle a controllo pubblico, perché solo a queste saranno riservate tutta una serie di deroghe.

Il TUSP favorisce, almeno in parte, la loro individuazione tramite delle definizioni. L'articolo di riferimento è il secondo. il quale al primo comma lettera b) presenta la definizione di controllo, mentre alla lettera m) vi è quella di società a controllo pubblico.

¹¹ Si tratta di una vicenda particolare, in cui venne presentato ricorso dinanzi al TAR della Regione Veneto, ma che con le sentenze n.116 e 117 del 2017, il ricorso venne respinto. La motivazione è data dal fatto che, secondo il Tribunale Amministrativo Regionale, vi sia la possibilità di recesso. Il problema è che la norma che viene utilizzata affinché ciò possa essere considerato ammissibile è una norma tipica per le associazioni. In ogni fondazione c'è una clausola che inquadra l'ente nello schema giuridico della società di partecipazione della fondazione disciplinato dal Codice civile, ma comunque si tratta di un ente differente da quello dell'associazione. Si comprende come la norma del recesso libero previsto per le associazioni adottata per le fondazioni pone dei problemi, logici ed interpretativi.

Per quanto riguarda la definizione di controllo pubblico, essa fa riferimento alla situazione descritta dall'articolo 2359 del Codice civile, rispecchiando la nozione del Codice, salvo per una peculiarità che presenta rilevanza esclusivamente per le società a controllo pubblico. Viene sottolineato dalla normativa che il controllo può sussistere anche quando in applicazione di norme di legge statutarie o di patti parasociali per le decisioni inerenti a materie finanziarie, strategiche e gestionali relative all'attività sociale, è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo: si è in presenza di una nuova nozione di controllo.

Si potrebbe concludere che, rispetto a ciò che viene affermato all'interno del Codice civile, sulla nozione di controllo classico non ci sono grandi novità.

In base a quanto detto, si sarà in presenza di società soggette a controllo pubblico nei casi in cui uno o più soci:

- a) avranno la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea;
- b) avranno i voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante;
- c) in caso di controllo contrattuale.¹²

La novità rispetto alle disposizioni del Codice civile fa riferimento alla nozione di controllo congiunto da parte di più soggetti. Essa risiede nel fatto che secondo la giurisprudenza civilistica prevalente riguardante l'articolo 2359, l'unica situazione in cui si potrebbe parlare di controllo per le società a partecipazione privata sia quella del controllo unico, ovvero di un soggetto che detenga il 51% del capitale sociale, mentre solo una parte della disciplina minoritaria considera la possibilità che vi siano più soci.

Nelle società a controllo pubblico il controllo congiunto viene previsto proprio dal Testo Unico all'articolo 2 lettera m). Ci si trova però dinanzi ad un problema interpretativo in quanto, anche se si prevede la possibilità di un controllo congiunto, non viene data dalla norma una definizione chiarificatrice di "congiunto".

Si tratta di un aspetto fondamentale e per questo è necessario ricostruire in maniera interpretativa il concetto di controllo congiunto perché, tramite la sua nozione si può

¹² Che in ambito di società a partecipazione pubblica un'ipotesi può configurarsi nel caso del contratto di servizio, tramite il quale vi sono dei vincoli contrattuali particolari che vanno a condizionare l'attività della società.

comprendere le situazioni in cui si applica la disciplina derogatoria rispetto a quella di diritto comune.

Partendo dalle ricostruzioni privatistiche, il controllo congiunto sussiste in tutte le situazioni in cui sarà presente un coordinamento tra i soci che, sommando le proprie partecipazioni, andranno a raggiungere una maggioranza pari al 51% o vi sarà un'influenza dominante tale da poter esercitare i diritti sociali in modo organizzato e congiunto. In altre parole, perché vi sia controllo deve esserci stabilità. Tale caratteristica nelle società a controllo privato viene individuata nella stipula di un patto parasociale attraverso il quale i soci vanno ad integrare il controllo.

Trasferendo questo concetto anche nella disciplina pubblica e più precisamente alla disciplina delle società a controllo pubblico congiunto, se ne deduce che, affinché il controllo congiunto nelle società pubbliche valga, lo stesso deve essere formalizzato.

Non bisogna confondere il controllo societario, e quindi quello congiunto, con il controllo analogo strumentale all'affidamento in house. Il controllo analogo infatti è un'ipotesi di controllo che si sofferma sulla gestione presentando una rilevanza di carattere gestorio che, come afferma la Giurisprudenza, non è altro che un *quid pluris* rispetto all'esercizio dei diritti sociali ordinari, mentre il controllo congiunto si concentra sul coordinamento dei diritti sociali, come il voto in assemblea, e non va ad ingerirsi sulla gestione. Si è di fronte a due situazioni di controllo differenti che non necessariamente vanno ad integrarsi.

Altro problema interpretativo risiede nella qualifica di socio di controllo nelle società a partecipazione pubblica e quindi della nozione di società controllata e socio controllante. Nel caso specifico in cui sussista un socio che detenga il 10% delle partecipazioni totali necessarie per il raggiungimento di una maggioranza e quindi di una posizione di controllo, si può affermare che quel socio possiede una partecipazione di controllo indiretta in una società? Ciò è rilevante, in quanto se si è socio pubblico di rilevanza detentore di partecipazioni indirette, allora si sarà soggetti alle limitazioni del TUSP.

Le interpretazioni inerenti alla qualifica di socio di controllo possono essere divise in due orientamenti: uno estensivo,¹³ per cui nel momento in cui un ente pubblico partecipa ad una coalizione di controllo, automaticamente gli viene estesa la qualifica di socio di

¹³ ANAC Determinazione n. 1134/2017.

controllo, indipendentemente quindi dal numero delle partecipazioni possedute, ed uno di interpretazione selettiva,¹⁴ per cui sarà socio di controllo solo quello che nell'ambito di una coalizione si riveli in grado di condizionare la coalizione.

Un'ulteriore tipologia di controllo è il controllo analogo.¹⁵ Esso si ritrova nei casi in cui il controllo sussista in applicazione di norme statutarie, di legge, di patti parasociali o in merito a decisioni finanziarie e gestionali strategiche. In questo caso, affinché sussista il controllo condiviso, viene richiesta, quale condizione inderogabile il consenso di tutti gli enti pubblici partecipanti, in altre parole vi deve essere un consenso unanime.

Si tratta di un controllo diverso rispetto a quello classico in quanto in questa ultima ipotesi il controllo ha ad oggetto l'esercizio dei diritti sociali, quale il voto in assemblea, mentre in quello analogo vi è l'attribuzione di un potere decisorio ai soci.

Nell'ipotesi in cui il controllo analogo venga ricondotto ad una disposizione statutaria o parasociale, vi sono non pochi problemi che variano in base al tipo di società rispetto alla quale il socio partecipa: si pensi al caso delle Società per azioni, ove la competenza gestoria è in capo agli amministratori. Sorge il problema di conciliare ciò che è previsto dalla situazione del controllo analogo con le norme del TUSP, in quanto tutto quello che non è derogato dallo stesso, soggiace alle regole previste dalla disciplina generale. Per quanto riguarda la disciplina degli amministratori, sono state previste due deroghe, una riguardante l'articolo 2380-bis del Codice civile e l'altro esplicitamente riservato alle società *in house* che assumono la forma delle S.p.a., ma comunque anche in quest'ultimo caso la competenza gestoria rimarrà in capo agli amministratori e l'unica cosa che potrà esservi, sarà la possibilità di richiedere una preventiva autorizzazione alle decisioni che devono essere prese dagli amministratori.

Rispetto alle problematiche applicative del controllo classico è necessario prendere in considerazione un orientamento presentato dal MEF. Il 15 febbraio del 2018 venne emanato un primo orientamento avente ad oggetto la "nozione di controllo pubblico." Orientamento fondamentale per comprendere quali fossero le società a cui si dovessero

¹⁴ Cfr. Sentenza Corte dei conti, SS.UU. n. 16 del 2019.

¹⁵ Studio n. 228-2017/I, Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP, Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 5/10/2017, Approvato dal CNN il 26-27/10/2017