

La società a partecipazione pubblica: un quadro di sintesi (dal t.u.s.p.p. alla disciplina sui servizi pubblici, per giungere al nuovo codice dei contratti pubblici)

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Premessa: la difficoltà di tratteggiare un “quadro” di sintesi unitario in presenza di una “composizione a più voci”; la metafora della fuga musicale. – 2. Esposizione: il soggetto, ricavabile dal diritto comune. – 3. La risposta del TUSPP; le società di diritto singolare. – 4. Il controsggetto: la pubblicità del socio e la sua disciplina in seno al TUSPP. – 5. Gli episodi o divertimenti: il controllo e l'eterodirezione. – 6. La responsabilità erariale. – 7. L'aggravamento: la concorrenza e la società pubblica siccome colta dalla disciplina sui servizi pubblici locali. – 8. Il moto contrario: il codice dei contratti. Un cenno alle società a strumentalità necessaria. – 9. Le società a partecipazione pubblica e a controllo pubblico. – 10. Le società in house, le società quotate e le società miste: cenni. – 11. Un sintetico riferimento alla disciplina del *golden power*. – 12. Una riflessione sulle nozioni cangianti. – 13. Spunti conclusivi.

1. *Premessa: la difficoltà di tratteggiare un “quadro” di sintesi unitario in presenza di una “composizione a più voci”; la metafora della fuga musicale*

Lo studio delle società a partecipazione pubblica intercetta un'ampia gamma di problematiche giuridiche. Basti citare¹ le questioni della capacità delle amministrazioni, della costituzione della società (in cui si intrecciano disciplina pubblicistica e regolamentazione codicistica) e della struttura e della tipologia delle società pubbliche; vanno poi menzionati i temi della disciplina applicabile, del possibile “disturbo” alla concorrenza che la loro presenza e la loro attività cagionano, dei rapporti con il buon uso delle risorse pubbliche, della competenza

¹ V. G. Morbidelli, *Le società a partecipazione pubblica e la disciplina dl d.lgs. n. 175/2016*, in R. Ursi, M. Perrino (a cura di), *Le società a controllo pubblico*, Torino, 2020, 1 e ss. Sia altresì consentito il rinvio a E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 101 e ss.

legislativa a regolare costituzione e attività, dei rapporti con l'art. 41, Cost., con il diritto dell'Unione europea e con la disciplina dei servizi pubblici.

Di estremo interesse è anche lo sguardo storico, impegnato a cogliere la linea di tendenza generale che ha caratterizzato il sistema delle imprese pubbliche. La presenza di organizzazioni volte alla cura di attività imprenditoriali e separate rispetto all'amministrazione territoriale deputata alla gestione delle funzioni amministrative più tradizionali ha nel tempo assunto un'articolazione tripartita: aziende municipalizzate e autonome (nei limiti in cui venisse svolta attività di impresa), enti pubblici economici e partecipazioni societarie². L'impiego dello strumento societario ha avuto uno sviluppo assai rilevante, in forza sia di scelte normative, sia di un diffuso favore a livello soprattutto locale, coinvolgendo numerosissimi settori: dai servizi pubblici locali alla gestione. Ridotto l'insieme degli enti pubblici e delle aziende, le società sono oggi prioritariamente chiamate a popolare l'orizzonte che integra il "sistema" dell'impresa pubblica, anche se non mancano eccezioni, talora vistose, nel contesto normativo e istituzionale più recente³.

In ogni caso, appare evidente che, al fine di comprendere nella sua interezza il fenomeno, così complesso, delle società pubbliche (e restando nel perimetro del diritto), non è sufficiente un unico punto di vista o il riferimento a un solo settore della scienza giuridica (diritto amministrativo, diritto commerciale, diritto della concorrenza).

Gli è, infatti, che la società pubblica è oggetto di una pluralità di "narrazioni" giuridiche diverse ed è al centro di una fitta trama di "comunicazioni giuridiche": vanno dunque considerati vari blocchi di norme che si intrecciano e che si accavallano.

Arduo, in ogni caso, è tratteggiare un quadro di sintesi in presenza di una "composizione a più voci".

L'accenno induce a utilizzare, quale metafora cui ispirarsi nel corso del presente lavoro, non già l'arte figurativa (evocata dal "quadro" di sintesi cui si riferisce il titolo), bensì l'arte dei suoni.

In particolare, pensando alla composizione a più voci, immediato è il richiamo alla fuga, che comporta la sovrapposizione di più linee melodiche che debbono però rispettare precise regole contrappuntistiche.

² Nei primi due casi abbiamo la gestione di un'impresa da parte di un ente o di un suo organo; nella terza un'influenza pubblica su società (onde pubblico è il soggetto che controlla).

³ Si v. art 14, d.lgs. 23 dicembre 2021, n. 201 che, limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, consente che il servizio sia organizzato mediante la gestione in economia o aziende speciali. Per altro verso, ai sensi dell'art. 33, «la gestione in economia o mediante aziende speciali, consentita nei casi di cui all'art. 14, comma 1, lettera d), è altresì ammessa in relazione alle gestioni in forma autonoma del servizio idrico integrato di cui all'art. 147, comma 2-bis, lettere a) e b), d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, conformi alla normativa vigente».

Proprio sulla falsariga della struttura della fuga (e attingendo alla stessa) si intende procedere nell'esame delle società pubbliche, con l'ovvia avvertenza che, in molti casi, ci si limiterà a fornire alcuni cenni (o ad analizzare profili assai peculiari), posto che un'analisi più distesa e approfondita è contenuta in altre relazioni tenute nel corso del Convegno.

2. *Esposizione: il soggetto, ricavabile dal diritto comune*

L'esposizione costituisce la base della fuga nel suo complesso e ne determina il tipo.

In particolare, in seno all'esposizione, il soggetto esprime l'idea tematica fondamentale che riappare nello svolgimento della fuga.

Indugiando sul nostro ambito di indagine, il "tipo", o meglio, i tipi societari in cui si può incarnare il "soggetto", sono definiti in linea con le indicazioni fornite dal Codice civile, come confermato dall'art. 3, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSPP): «le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa».

Invero, non si può non notare, come, ai sensi dell'art. 1, comma 4, lett. b), rimanga estranea al TUSPP un'area importante di forme organizzative impiegate anche per svolgere attività produttive (in particolare quella che si basa sullo strumento delle fondazioni: restano infatti ferme «le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni»). Ad ogni buon conto, per ritornare al tema delle società, è sufficiente osservare come il codice civile delinea una disciplina (che non sarà qui esaminata, onde mantenere l'indagine entro limiti ragionevoli) differenziata a seconda che vengano in rilievo società "chiuse" o società "aperte". Si tratta di poche disposizioni le quali, a fronte dell'imponente diffusione del fenomeno, esprimono una scelta che non può non avere il significato di richiamare l'interprete al criterio in forza del quale, salvo deroghe, alle società (anche pubbliche) si applica il diritto comune⁴.

⁴ F. Galgano, *La società per azioni*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, II, Padova, 1988, 454. V. altresì Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. Ibba, Milano, 2019; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica, La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.*, Torino, 2009; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004 e, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 9 agosto 2018, n. 20684.

3. *La risposta del TUSPP; le società di diritto singolare*

Nella fuga, la risposta è la trasposizione del soggetto nel tono della dominante: sovrapponendo le note del soggetto e della risposta, le prime diventano note del gruppo della dominante e viceversa (quelle della risposta, cioè, sono note anche della tonica); nella risposta, poi possono essere introdotte modificazioni negli intervalli, ma, comunque, al termine del suo sviluppo si torna su di una nota che sia coerente (si “incastrano”) con il soggetto.

L’art. 1, comma 3, TUSPP, traspone nel territorio di azione delle amministrazioni il tema principale, statuendo 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». Questo tessuto normativo, dunque, si integra con l’ordinamento civile in ragione della condivisione dei tratti essenziali di disciplina, senza introdurre disarmonie.

Il TUSPP, invero, fa riferimento anche a un altro blocco di norme (quelle che concernono le società di diritto singolare: «restano ferme le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l’esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse», come disposto dall’art. 1, comma 4, lett. a). Anche queste disposizioni, pur esprimendo un’alterazione di alcuni “intervalli”, nel senso che esse danno corpo al ruolo dominante dello Stato, sono pur sempre integrate con la disciplina di diritto comune, al quale (come accade, nella fuga, per la tonalità di impianto) approdano.

4. *Il controsoggetto: la pubblicità del socio e la sua disciplina in seno al TUSPP*

Nella fuga, a chiusura dell’esposizione, il controsoggetto rappresenta e introduce un elemento tematico nuovo, più libero nella sua costruzione rispetto a soggetto e risposta, con i quali il controsoggetto stesso deve però non configgerne, posto che con essi è destinato a “suonare” contemporaneamente.

In seno al TUSPP, la stessa funzione è assolta dalla disciplina del socio pubblico, che si affianca al regime, costituito dalle regole comuni codicistiche (pur integrate dal testo unico medesimo con riferimento ad alcune categorie societarie), applicabile alla società.

Il d.lgs. 175/2016 costituisce appunto la sede in cui questo “controsoggetto” è ampiamente e distesamente sviluppato, assolvendo al contempo una funzione – per così dire di riferimento ordinamentale – analoga a quella che, in relazione all’istituto del procedimento amministrativo, svolge la l. 7 agosto 1990, n. 241, nel senso che le definizioni del Testo unico sono spesso richiamate da altre fonti.

Ciò facilita dunque l’interprete e le operazioni ermeneutiche che questi è chiamato a svolgere.

Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici), ad esempio, dispone all’art. 13 che «Restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni» e, all’art. 174, che «Il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e dalle altre norme speciali di settore». Sviate disposizioni del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) rinviano al TUSPP (in particolare, in tema di affidamento a società mista e a società in house). Un rinvio alla definizione di società in controllo pubblico fornita dal d.lgs. 175/2016 si rinviene poi nell’art. 2-*bis* d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni).

Più delicato, invece, è il discorso relativo al Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (così come successivamente integrato e modificato da ulteriori provvedimenti, tra cui il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83), il quale, nel definire il proprio spettro applicativo, da un lato, precisa come lo stesso sia volto a disciplinare le situazioni di crisi o insolvenza del debitore⁵, comprese quelle delle società pubbliche (con esclusione dello Stato e degli enti pubblici: art. 1, comma 1), d’altro lato, conferma la salvezza delle disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche (comma 3). Tra queste, dunque, va annoverato l’art. 14, TUSPP, ma, fermo restando il principio generale della soggezione delle società pubbliche a liquidazione giudi-

⁵ Su tale tematica, *ex multis*, v. F. Goisis, E. Codazzi, *Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica*, in F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2023, 549 e ss.; G. Giabelli, *Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*, in R. Ursi, M. Perrino (a cura di), *Le società a controllo pubblico*, cit., 155 e 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 G. Capo, G.M. Esposito (a cura di), *Pubbliche amministrazioni e diritto della crisi d’impresa*, Padova, 2023, 313 e ss.; M. Cossu, *Le società “pubbliche”*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, tomo IV, Torino, 2022, 681 e ss.; C. Ibba, 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 e ss.

ziale, concordato preventivo ed amministrazione straordinaria, nonché agli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza», con riferimento alle relazioni in house si pone il delicato problema dell'estromissione dei soci in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi previsto dall'art. 120-*bis*, Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

La riserva di competenza «in via esclusiva» in capo agli amministratori (prevista da tale disposizione), infatti, stride con il ruolo rilevante che, in forza del controllo analogo, il TUSPP assegna (senza distinguere tra situazioni fisiologiche e situazioni patologiche) ai soci nel modello della società in house. Si pone dunque il problema di definire il limite entro il quale il socio o i soci pubblici potrebbero interferire con le strategie di risoluzione della crisi⁶.

Va ancora aggiunto che nello «spartito complessivo» dell'ordinamento generale, solo al TUSPP, appunto quale controsoggetto, è consentito derogare al soggetto e, cioè, alla disciplina dettata dal codice civile: ai sensi del già citato art. 1, comma 3, infatti, «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».

5. *Gli episodi o divertimenti: il controllo e l'eterodirezione*

Nella fuga, dopo soggetto, risposta e controsoggetto prendono avvio gli episodi o i divertimenti.

Queste parti della fuga valorizzano e utilizzano materiali dell'esposizione, arricchendo il contrappunto.

Applicando questo criterio di indagine, si può, ad esempio, mettere a tema i motivi del controllo e dell'eterodirezione, che nel nostro ordinamento sono oggetto, appunto, di uno specifico sviluppo normativo.

Ricordando la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 19, comma 6, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, conv. dalla l. 3 agosto 2009, n. 102 (esso 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»), qui viene in rilievo il profilo (non già della responsabilità verso l'erario, bensì) della responsabilità verso creditori e soci da parte di società sottoposte a direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497, c.c.

⁶ V., in argomento, E. Codazzi, *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*, in www.ildirittoeconomico.it, 2023, n. 3, 127 e ss.

L'ordinamento prevede dunque che pure l'ente socio che, nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria, ponga in essere un abuso di direzione e coordinamento (eterodirigendo la società, cioè, in contrasto con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale), risponde nei confronti dei soci e dei creditori per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società dagli atti gestori dalla stessa compiuti, in un disegno di gruppo, in attuazione degli indirizzi dell'ente.

È evidente come, da questo punto di vista, ente e società partecipata (anche non *in house*) appaiano alla stregua di un unico soggetto, anche se questa disciplina non giustifica, né presuppone, affidamenti diretti, come invece accade nel caso del *in house*.

Numerosi problemi interpretativi restano sul tavolo (ad esempio la definizione dei confini dell'attività imprenditoriale di un ente, quale il Comune, oppure la conformità al diritto eurounitario dell'esclusione dello Stato da questa disciplina, nonché i rapporti tra eterodirezione e agire formalizzato degli enti pubblici). In ogni caso, ciò che allo studioso suggerisce la lettura di questa disciplina è la necessità, onde comprendere le effettive caratteristiche del fenomeno societario pubblico, di allargare il compasso dell'analisi oltre i confini della singola società per abbracciare la logica di gruppo⁷; dal punto di vista sistematico, invece, l'art. 2497, c.c., determina l'emersione normativa del concetto di attività di direzione e coordinamento (in sé non illecita) e, dunque, l'implicito riconoscimento del potere di eterodeterminazione gestoria della società, che si estrinseca in un'attività (integrata da «condotte continuative e sistematiche»⁸) distinta rispetto a quella che viene ordinariamente svolta attraverso l'esercizio dei comuni diritti che derivano ai soci (anche di maggioranza) dalla mera partecipazione al capitale sociale.

6. La responsabilità erariale

Altro aspetto specificamente disciplinato dall'ordinamento (un altro "episodio" cui viene dato sviluppo, questa volta, nel TUSPP) è quello della responsabilità erariale.

L'art. 12, d.lgs. 175/2016, fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*.

In questa sede ci si limita a sottolineare un possibile profilo di integrazione con la normativa di cui al codice dei contratti (nei limiti in cui questo si applichi alle società *in house*), in particolare in ordine alla tipizzazione della colpa grave di

⁷ R. Ursi, *Il governo del gruppo locale al tempo della spending review*, in *Munus*, 2014, 415 e ss.

⁸ Cass., sez. III, 1° gennaio 2016, n. 15276.

cui all'art. 2 comma 3, d.lgs. 36/2023 («non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti») e al principio di risultato, che, ai sensi dell'art. 1, è criterio prioritario anche per «valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti».

7. *L'aggravamento: la concorrenza e la società pubblica siccome colta dalla disciplina sui servizi pubblici locali*

Negli episodi che arricchiscono la fuga e che possono “portare” a tonalità vicine, talora, si fa uso di artifici contrappuntistici che modificano in qualche modo il soggetto, pur serbandone la completezza e la riconoscibilità.

Uno di questi artifici è l'aggravamento e, cioè, l'aumento dei valori delle note.

Applicando questa chiave di lettura al tessuto normativo relativo alle società pubbliche, quale esempio di “aggravamento”, emerge l'accentuazione del valore della concorrenza⁹, che – per così dire – conduce l'interprete verso una tonalità diversa.

Al riguardo, è di interesse richiamare il già citato d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), posto che esso è stato emanato esercitando la delega conferita dalla l. 5 agosto 2022, n. 118 (c.d. legge annuale per il mercato e la concorrenza).

Un dato particolarmente vistoso che, in relazione a servizi locali a rilevanza economica sopra soglia, conferma come la concorrenza determini l'aggravamento della disciplina (e una sorta di torsione degli istituti), è quello relativo alla possibilità di ricorrere al modello *in house*. Emerge una sorta di disfavore nei confron-

⁹ Incidentalmente, si consideri che essa compare nell'art. 1, comma 2, TUSPP, là dove si prevede che «le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica». La presenza delle società in quanto tale, peraltro, non necessariamente ostacola la concorrenza, dovendosi verificare caso per caso il regime a esse applicabile, né il diritto dell'Unione europea, sotto questo profilo indifferente, impone, in linea di principio, un'eliminazione delle imprese pubbliche a favore del mercato. Il vincolo è piuttosto quello che gli Stati non emanino né mantengano, “nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati”. L'intervento del legislatore volto a ridurre la possibilità di istituire le società pubbliche, dunque, esprime un atteggiamento di sfavore non imposto in generale dal diritto europeo, perseguendo una finalità più complessa, nel senso che emerge anche l'obiettivo di ridurre i costi degli apparati pubblici, non a caso richiamato dal citato art. 1. Piuttosto, atteso che i fini istituzionali sono pur sempre fissati dalla legge, qui può scorgersi anche un particolare vincolo legislativo che impedisce alle amministrazioni di gemmare società che non siano coerenti con quegli scopi, sicché la tematica deve essere inquadrata pure alla luce del principio di legalità.

ti di siffatto modello, considerato derogatorio rispetto al ricorso al mercato (atteggiamento che aveva originariamente trovato avallo nella sentenza della Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325¹⁰, chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133). L'art. 17, d.lgs. 201/2022, infatti, nel caso dell'impiego del modello *in house*, impone che la deliberazione di affidamento sia corredata da una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle «ragioni del mancato ricorso al mercato» ai fini di un'efficiente gestione del servizio. Va peraltro sottolineato (anche in parziale discontinuità rispetto al previgente art. 192, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) come la scelta di non rivolgersi al mercato dipenda non già dalla valutazione dell'incapacità del mercato di fare fronte alla soddisfazione del bisogno (onde, in senso proprio, non è condizionato dal fallimento del mercato), ma si giustifichi in ragione dei benefici per la collettività di riferimento di natura anche non economica (la norma, ad esempio, richiama ora la tutela dell'ambiente).

8. *Il moto contrario: il codice dei contratti. Un cenno alle società a strumentalità necessaria*

Un altro espediente compositivo che, per quanto riguarda la fuga, talora ricorre nei divertimenti è quello del moto contrario, che consiste nell'inversione della direzione degli intervalli.

Un “moto contrario” rispetto alla valorizzazione della concorrenza (che, in parte, aveva caratterizzato la disciplina più recente relativa all'attività contrattuale delle amministrazioni¹¹) si può rinvenire nei riferimenti normativi alla società pubblica contenuti nella più recente disciplina posta dal codice dei contratti.

¹⁰ «Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in ... con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un “margine di apprezzamento” del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza “nel” mercato e “per” il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del “verso” delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza».

¹¹ Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2015, 1529 ss., nonché a F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *www.ildirittodelleconomia.it.*, 3, 2020, 203 ss.

Prima di scendere all'analisi specifica di questo aspetto, giova ribadire che, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (relativo all'ambito di applicazione del codice), restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni¹²; per altro verso, pure l'art. 3, comma 1, lett. e) dell'allegato I.1 richiama il TUSPP al momento di definire l'affidamento *in house*¹³; infine, dalla lettura dell'art. 7 («principio di auto-organizzazione amministrativa»¹⁴), emerge che il codice dei contratti si interessa alla società pubblica non solo (in positivo, per reclamare l'applicazione delle proprie regole) ove essa sia coinvolta in una vicenda di affidamento di lavori, servizi e forniture¹⁵, ma anche (questa volta per escludere l'applicazione delle norme sulla gara) in quanto costituisca uno strumento di autoproduzione.

A tale ultimo riguardo (e per tornare all'asse principale dell'analisi qui condotta), il citato art. 7, a differenza dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016 (ma anche della già analizzata disciplina di cui al d.lgs. 201/2022), non richiede che le stazioni appaltanti diano specifico conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato; esse, invece, debbono indicare, in positivo, i «vantaggi per la collettività» legati, tra l'altro, a «qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche».

Questa disciplina pare costituire un precipitato, in particolare, del principio del risultato (ancorché l'art. 7 richiami pure i principi di fiducia e di acces-

¹² Inoltre, «le disposizioni del codice non si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture». Ciò indica che la società non interessa in quanto tale, ma solo ove sia coinvolta in una vicenda di affidamento di lavori, servizi e forniture. V. anche *infra*, nel testo.

¹³ «Affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'articolo 2, comma 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE».

¹⁴ «1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea. 2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato».

¹⁵ V. *supra*, nt. 12.

so al mercato)¹⁶, appunto in controtendenza rispetto alla valorizzazione estrema della concorrenza.

La diversa *ratio* che ispira i vari “blocchi” normativi (o, per restare nel solco della metafora, i differenti episodi della fuga), si può cogliere anche sotto un profilo diverso, considerando cioè la disciplina di un istituto che si colloca, per così dire, sullo sfondo dell’azione amministrativa.

Ai sensi dell’art. 8, d.lgs. 36/2023 (codice dei contratti pubblici), «nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge». Il motivo di fondo è dunque quello dell’atipicità, opposto alla tipicità dei poteri amministrativi, ancorché campeggi il condizionamento (e il vincolo) del perseguimento delle finalità pubbliche.

Se l’autonomia contrattuale dei privati, ai sensi dell’art. 1322, c.c., è libera nei fini («le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative»), per quanto più interessa in questa sede, fermo restando il vincolo finalistico, nel settore societario (ecco il moto contrario) sussiste invece il divieto generale per le amministrazioni di costituire società (come detto non solo non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ma anche) che operino in settori diversi da quelli tipizzati (art. 4, d.lgs. 175/2016). Esiste tuttavia un elenco di società – quali Expo e numerose società finanziarie regionali – cui non si applica questo articolo (Tabella A); inoltre, l’art. 4, commi 6, 7, 8 e 9, e l’art. 22, commi 2, 6 e 7, fanno salve le società che svolgono attività specifiche, quali la gestione di spazi fieristici, la gestione di fondi europei, o che abbiano la caratteristica di spin off o di start up universitari): si è dunque qui al cospetto di società a strumentalità necessaria.

9. *Le società a partecipazione pubblica e a controllo pubblico*

In seno al TUSPP, come in una serie di cerchi concentrici, si assiste a una progressiva intensificazione del regime pubblicistico applicabile alle società pubbliche, che si sfrangia così in una pluralità di “episodi” normativi.

Infatti, partendo da una cornice minimale (quella relativa alle società quotate, cui il codice si applica solo nei casi espressamente previsti dal codice mede-

¹⁶ Nella stessa prospettiva può considerarsi anche la disciplina dell’*in house* convenzionale, che sarà trattata *infra*, par. 12.

simo¹⁷), si passa al regime delle società partecipate (ma non necessariamente controllate: in questo caso la disciplina si focalizza soprattutto sul socio pubblico e sulle sue “azioni/iniziative”), per giungere alla disciplina delle società in controllo pubblico, destinatarie di un regime più invasivo, nonché alle società *in house*, per taluni aspetti accostate agli enti pubblici. In questi due ultimi casi, il Testo unico apporta modificazioni al regime codicistico o, comunque, incide più direttamente sulla fisionomia della società (analogo discorso, come si vedrà, può estendersi alle società miste).

Una riflessione specifica merita la figura, da ultimo menzionata, della società in controllo pubblico (al contempo destinataria, come detto, della disciplina dettata per le società a partecipazione pubblica cui si aggiungono regole più stringenti relative all’assetto societario, agli organi e al personale), per prospettare un problema interpretativo e una possibile soluzione (in controtendenza rispetto alla chiave ermeneutica più immediata e, probabilmente, destinata a prevalere).

Ai sensi dell’art. 1, TUSPP, le disposizioni del d.lgs. 175/2016 hanno a oggetto la «costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l’acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta»; secondo quanto dispone l’art. 2, comma 1, lett. f), per «partecipazione indiretta» si intende la partecipazione in una società detenuta da un’amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica¹⁸. L’art. 13 (relativo al controllo giudiziario sull’amministrazione di «società a controllo pubblico» *tout court*) prevede quanto segue: «nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall’articolo 2409 c.c., ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall’entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale».

La prescrizione normativa da ultimo citata potrebbe implicare che il controllo sia sempre diretto: nelle ivi richiamate (senza ulteriori limitazioni¹⁹) società a controllo pubblico, infatti, l’amministrazione riveste il ruolo di socio, sicché sembrerebbe che il carattere di socio pubblico della società controllata indichi la

¹⁷ V., ad es., artt. 8 e 9 sull’acquisto e sulla gestione di partecipazioni in tali società; l’art. 18 si occupa delle modalità e del procedimento per la quotazione nei mercati regolamentati delle società a controllo pubblico. La ragione di questo regime risiede nel fatto che un certo tasso di concorrenza qui è assicurato, esprimendosi secondo la logica propria di questi mercati (v. anche *infra*, par. 10); per altro verso, sussistono pure l’esigenza della tutela del risparmio e il bisogno di non ostacolare la competizione con le società quotate private.

¹⁸ Per “controllo” s’intende la situazione descritta nell’art. 2359, c.c.; il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

¹⁹ Altro sarebbe stato impiegare formule quali: “nelle società a controllo pubblico diretto... l’amministrazione pubblica socia”; oppure, “nelle società a controllo pubblico... l’amministrazione che sia socia”.

qualità fisiologica e indispensabile che deve ricorrere affinché sia integrata la figura della società a controllo pubblico.

Seguendo questa interpretazione, ove il controllo sia indiretto, la società non potrebbe includersi nella categoria delle “società a controllo pubblico” ai sensi e per gli effetti del TUSPP (qualificandosi tale soggetto come società a partecipazione indiretta o come società in cui l’ente detiene un controllo indiretto senza, appunto, essere a controllo pubblico).

A tacere del carattere controintuitivo della soluzione testé riportata, va però segnalato che in altri “luoghi” il d.lgs. 175/2016 fa riferimento alla detenzione del controllo indiretto. È quanto accade nell’art. 11 (che disciplina gli organi amministrativi e di controllo nelle società «a controllo pubblico»), c. 11, là dove si prescrive che «nelle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all’esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento».

Questa ipotesi potrebbe peraltro essere interpretata come punto di emersione della volontà di applicare eccezionalmente un tratto di disciplina – sui limiti ai poteri di nomina – anche a queste società, senza però volerle ricondurre in toto alla disciplina delle società a controllo pubblico.

10. *Le società in house, le società quotate e le società miste: cenni*

Vediamo ora ad alcuni modelli societari (“modi di essere”) di cui il Testo unico delinea in modo più marcato gli assetti organizzativi: essi non comportano un allontanamento dai “tipi” delineati dal codice civile e, come emerge indugiano sulla vicenda che ha condotto all’affinamento dei relativi caratteri, derivano soprattutto dalla “pressione” del diritto dell’Unione europea, che ha indicato i tratti che le società debbono necessariamente esibire per garantirne la compatibilità con l’ordinamento europeo²⁰.

In ordine alle società *in house*²¹, già si è indugiato sugli obblighi motivazionali aggravati introdotti dalla disciplina sui servizi pubblici. Per quanto qui mag-

²⁰ Per argomentazione più distese, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 589 e ss.

²¹ La disciplina si rinviene oggi sia nel d.lgs. 175/2016, sia (in tema di servizi locali) nell’art. 17, d.lgs. 201/2022 (peraltro con un rinvio al d.lgs. 175/2016 e al codice dei contratti pubblici), sia nell’art. 7, d.lgs.

giormente interessa, la società può giovare di affidamenti diretti perché non è (e unicamente a condizione che non sia) rilevante per il mercato, secondo una prospettiva di autoproduzione connotata da tratti pubblicitici. Ciò spiega perché il meccanismo possa operare solo a patto che la società esibisca i tradizionali e stringenti caratteri dell'*in house*, rigidamente predeterminati e affinati nel corso del tempo sotto la “pressione” della logica del mercato, che mira a evitare aggiramenti dell’obbligo della gara. Qualcosa di simile accade (in maniera speculare) con riferimento alle società quotate, per le quali il TUSPP dispone che «le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p)»: in un caso (società *in house*) si esasperano i profili pubblicitici per giustificare la sottrazione alle regola – volta a garantire la concorrenza sul mercato – dell’affidamento con gara; nell’altra ipotesi (società quotate), il diritto pubblico si ritira a fronte del funzionamento fisiologico della dinamica del mercato, che corrisponde al “bisogno” di concorrenza. La *ratio* è, però la stessa, caratterizzata dall’alternativa tra non esposizione o esposizione alla logica del mercato.

La medesima logica opera – “premendo” affinché la società esibisca alcuni caratteri – anche in ordine al modello della società mista, nel senso che, onde scongiurare l’elusione delle regole della gara ed evitare l’istituto favorisca il privato, il TUSPP prevede la gara per la scelta di tale socio²².

11. *Un sintetico riferimento alla disciplina del golden power*

Abbandonando ora la disciplina di cui al d.lgs. 175/2016, volgiamo l’attenzione all’istituto del c.d. *golden power*. Anche in tal caso, e in una prospettiva di estrema sintesi, è stata soprattutto la giurisprudenza comunitaria a definire progressivamente gli spazi di impiego e i criteri di esercizio dei poteri, misurando la specialità dell’istituto alla luce del principio di libera circolazione dei capitali garantita dai Trattati europei (*ex multis*, v. Corte giust., sent. 26 marzo 2009, causa C-326/07). Questa tipologia di società, proprio al fine di risultare compatibile con il formante eurounitario, si è così venuta configurando come un “modello” peculiare.

36/2022 (codice dei contratti pubblici), fonte, quest’ultima, che, rinviando al primo decreto (art. 3, all. I), esclude gli affidamenti *in house* dalla disciplina sulla gara.

²² L’art. 17, d.lgs. 175/2016, prevede che la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e conferma che la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l’acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l’affidamento del contratto di appalto o di concessione. In questo caso, tale affidamento deve essere oggetto esclusivo dell’attività della società mista.

Va aggiunto che la disciplina vigente (d.l. 21/2012 conv. nella l. 56/2012, come modificato dagli artt. 24 e 28, d.l. 21/2022), nel quadro di una tendenza al “ritorno” sulla scena dello Stato a fronte delle recenti crisi²³, ha sancito il passaggio dalla “golden share” (v. art. 2, d.l. 332/1994, convertito nella l. 474/1994 e succ. modific.) al “golden power”, nel senso che l’esercizio di poteri speciali nei settori strategici non è più legato alla qualità di azionista né, necessariamente, alle vicende di privatizzazione, riguardando potenzialmente tutte le società²⁴. L’asse della disciplina, in ogni caso, si sposta decisamente verso il diritto amministrativo, essendo basata su prerogative dell’autorità pubblica governativa²⁵.

12. *Una riflessione sulle nozioni cangianti*

Nell’ambito del diritto amministrativo, assai nota è la tesi (spesso sintetizzata facendo riferimento all’espressione “nozione cangiante di ente pubblico”) secondo cui alcuni soggetti possano essere qualificati come enti pubblici a certi fini e a taluni istituti, conservando rispetto ad altri fini e istituti un regime normativo di natura privatistica (*ex multis*, v. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660; Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2017, n. 5031). Potrebbe invero obiettarsi che, in tali casi, si faccia in realtà questione dell’esatta definizione del campo di applicazione di vari blocchi normativi (diritto di accesso, trasparenza, contratti pubblici), posto che dalla qualifica pubblicistica non si fanno poi discendere tutte le conseguenze della pubblicità definite dal regime amministrativo.

Tanto chiarito (e in disparte la fondatezza di questa convinzione), ciò che piuttosto in questa sede si intende sottolineare è che nozioni “cangianti” paiono comunque effettivamente configurabili nel settore delle società.

Si pensi al controllo pubblico: secondo l’art. 1, comma 2, lett. c), d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, le società (in quanto parte della categoria più ampia di enti) in controllo pubblico sono quelle controllate da amministrazioni pubbliche, *ex art.* 2359 c.c.; tale definizione non coincide con quella offerta dal TUSPP. Il combinato disposto delle lett. b) ed m) dell’art. 2, d.lgs. 175/2016, infatti, configura il controllo da parte delle amministrazioni pubbliche oltre che nella «situazione descritta dall’art. 2359 c.c.», anche «quando in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategi-

²³ A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 413 e ss.; Id., *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743 e ss.; S. De Nitto, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2022, 553 e ss.

²⁴ Da ultimo, v. L. Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2023.

²⁵ Sui margini del sindacato del giudice amministrativo, v. Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

che relative all'attività sociale, è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo».

Anche il più volte citato modello della società *in house* (alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e con specifico riferimento i presupposti per istituirla) è, sotto un profilo differente, “cangiante”. Si consideri che dal formante eurounitario emerge la tendenza a sposare un'interpretazione restrittiva dei suoi presupposti²⁶, al fine di evitare che, allargando i confini dell'istituto e allentando la pregnanza dei requisiti, si possano eludere le regole sulla gara: la disattivazione della logica del mercato, cioè, si deve radicare su di una “autoproduzione” che sia davvero tale. Un'interpretazione meno restrittiva, invece, sembra, talora, emergere a livello nazionale con il risultato, in particolare, di estendere la giurisdizione della Corte dei conti (ancorata alla sussistenza della relazione *in house*), soprattutto nelle società pluripartecipate, dove dovrebbe essere rigidamente presente il controllo congiunto da parte di ciascun socio. Esattamente dal confronto di questi due orientamenti sembra profilarsi un istituto a geometria variabile, che assume caratteri diversi a seconda di quale sia l'interesse in rilievo: rigidamente definito allorché si faccia questione di tematiche ascrivibili alla concorrenza; in parte dilatabile per consentire al giudice contabile di attivare pretese risarcitorie (che dovrebbero allora lambire anche i soci pubblici²⁷).

Una fisionomia ancora diversa delle relazioni *in house* affiora dalla lettura della disciplina della governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza, atteso che l'art. 10, comma 1, d.l. 77/2021, conv. dalla l. 77/2021, ha introdotto il c.d. *in house* convenzionale (v. *infra*, ult. par.): le amministrazioni interessate, al fine di «sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027», possono avvalersi, mediante apposite convenzioni, «del supporto tecnico-operativo di società *in house* qualificate», anche al di fuori di uno specifico rapporto per così dire interorganico.

²⁶ V., *ex multis*, sul piano nazionale, Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in cui si chiarisce che «i requisiti dell'*in house* providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente».

²⁷ Questa tendenza non pare emergere con frequenza dall'analisi delle sentenze, sicché si compone un quadro complessivo segnato dal seguente paradosso: i soci pubblici (anche nelle società non *in house*), ai sensi dell'art. 2497, c.c., vengono talora condannati a rispondere verso creditori e soci ove intacchino l'integrità del patrimonio sociale, mentre, nelle società *in house*, essi risultano estranei alle iniziative risarcitorie erariali.

13. Spunti conclusivi

Come nell'arte della fuga di Bach, ove (esclusi i canoni) sono esposti quattordici contrappunti, nel corso di questo lavoro sono stati offerti quattordici esempi, tra modi di essere e caratteristiche²⁸ delle società pubbliche²⁹ (la cifra 14 era usata da Bach per firmare le proprie opere, essendo il risultato della somma delle cifre corrispondenti alle lettere del cognome). Insistendo nel parallelismo, poi, come l'arte della fuga si sviluppa in una partitura, e, cioè, su vari pentagrammi, anche la disciplina sulle società pubbliche risulta dalla sovrapposizione di quattro orditi normativi principali: il codice civile (e l'ordinamento generale); il TUSPP, il codice dei contratti, la disciplina sui servizi pubblici.

Difficile, in questa cornice, indicare all'operatore un univoco criterio interpretativo o una sola chiave di ricostruzione complessiva degli istituti.

Alcuni spunti possono tuttavia essere offerti.

In primo luogo, il diritto amministrativo non può essere escluso dall'orizzonte di riferimento dell'interprete. È sufficiente qui ribadire che, in tema di *golden power*, il baricentro della disciplina, avendo a oggetto i poteri governativi, si sposta verso il diritto amministrativo, con il suo corredo semantico anche in ordine al profilo della tutela³⁰.

In secondo luogo, trova conferma il fatto che il diritto amministrativo, come del resto è naturale, si interessa soprattutto dell'attività, del ruolo e delle scelte del socio pubblico. Appunto in questi ambiti, per così dire esterni all'*hard core* e alla "struttura" della società, emergono pluralità di regimi e si colgono anche alcune divergenze rispetto a tratti della disciplina di diritto comune (si pensi alla diversa declinazione del principio di autonomia contrattuale siccome disciplinato dal TUSPP, per cui sussiste il divieto generale di costituire società non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e che operino in settori diversi da quelli tipizzati).

Più in generale, l'interesse (concorrenza, risultato, PNRR) di volta in volta preso in considerazione da questi vari blocchi di disciplina (quasi agendo alla

²⁸ La società dell'ordinamento civile, la società a partecipazione pubblica nel TUSPP, le società di diritto singolare, le società a controllo pubblico, la società in relazione all'art. 2497, c.c., la società alla luce della disciplina della crisi di impresa, la società in relazione all'art. 12, TUSPP, la società nella disciplina sui servizi pubblici locali, la società nel codice dei contratti, le società a strumentalità necessaria; la società in house, la società mista, la società quotata, le società nella prospettiva della disciplina del golden power.

²⁹ Un'accurata contabilità è offerta da G. Morbidelli, *Le società a partecipazione pubblica e la disciplina dl d.lgs. n. 175/2016*, cit., 1 e ss.

³⁰ Si è in particolare deciso che la scelta governativa rifletta «un'ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri», «tesa, da un lato, a preservare il Paese da possibili fattori di rischio prospetticamente rilevanti, dall'altro, e contestualmente, ad arginare iniziative di Paesi terzi potenzialmente pericolosi»: Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289.

stessa strega dell'attrazione magnetica della tonalità nell'arte dei suoni) influenza e forgia i tratti della normativa.

L'interprete, di fronte alla pluralità delle fonti coinvolte nella tessitura della trama normativa complessiva, non può non svolgere alcune osservazioni critiche, condivise dall'operatore pratico.

Non giova, in particolare, la circostanza che norme relative allo stesso istituto siano distribuite in svariati luoghi ordinamentali, alimentando anche una rilevante produzione decisionale da parti di plessi giurisdizionali differenti.

È sufficiente citare gli istituti dell'incompatibilità e dell'inconferibilità, in ordine ai quali l'art. 11, c. 14, d.lgs. 175/2016, opera un opportuno rinvio al d.lgs. 39/2013, ma per i quali rileva anche l'art. 6, d.lgs. 201/2021, quando si faccia questione di società che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Pure il più volte citato tema dell'onere motivazionale richiesto per fare ricorso alla società *in house* impone all'interprete di faticosamente analizzare non solo il codice dei contratti³¹, ma anche, se rilevanti, di integrarlo con gli artt. 14 e 17, d.lgs. 201/2021 in tema di servizi pubblici. Non solo: sussiste comunque il dovere di rispettare il TUSPP che impone (in particolare all'art. 5) oneri motivazionali in ordine alla costituzione della società (anche *in house*)³².

Un ulteriore profilo problematico concerne l'eccessiva "pubblicizzazione" di alcuni istituti che intercettano il regime delle società pubbliche, determinando

³¹ Oltre alle norme già commentate, va aggiunto che, ai sensi dell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, nell'ambito delle prestazioni oggetto di contratti pubblici occorre distinguere quelle che sono qualificabili come "strumentali" da quelle che non sono sussumibili in tale categoria. Nel primo caso, il ricorso all'affidamento *in house* è sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici.

³² Senza contare che, ove il parere delle sezioni riunite della Corte dei conti (nel caso di società a partecipazione statale) e della sezione regionale di controllo competente (nelle ipotesi di società a partecipazione regionale o locale) sia in tutto o in parte negativo, è richiesta un ulteriore passaggio motivazionale per discostarsi dal medesimo parere. Peraltro, secondo Corte dei conti, sez. controllo Emilia – Romagna, deliberazione 29 agosto 2023, n. 123, in materia di gestione del Servizio idrico integrato, «la norma di cui all'art. 5, c. 3, del D.Lgs. 175/2016 deve essere interpretata nel senso di ricondurre le relative prescrizioni in capo all'ente di governo d'ambito, il quale dovrà trasmettere l'atto deliberativo di assunzione di partecipazioni o di costituzione della nuova società alla competente Sezione della Corte dei conti. A supporto di tale interpretazione, sussistono anche ragioni di economia procedimentale. Difatti, in caso di costituzione o di assunzione di partecipazioni da parte di una pluralità di amministrazioni, dovrebbero essere sottoposte al vaglio della magistratura contabile le deliberazioni di ciascuno dei soggetti partecipanti alla compagine sociale, le quali, se trasmesse non contestualmente e/o con l'allegazione di differente documentazione, comporterebbero la necessità di altrettante istruttorie e di distinte pronunce per ciascuna di esse, con conseguente irragionevole aggravio dell'iter procedimentale»: l'atto deliberativo del singolo Comune, pertanto, non deve essere oggetto di vaglio da parte della Corte dei conti; deve esserlo unicamente quello dell'ente di governo d'ambito. Sull'interpretazione dell'espressione (art. 5, comma 1, d.lgs. 175/2016) «a eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative», v. Corte dei conti, sez. controllo Sicilia, 9 agosto 2023, n. 233, secondo cui il legislatore ha inteso qui fare primariamente riferimento alle ipotesi in cui la società è istituita direttamente e unilateralmente dalla legge e alle ipotesi di società a costituzione obbligatoria che si configurano quando la legge non istituisce direttamente la società, ma ne prevede la costituzione, stabilendo la denominazione, la sede, l'oggetto sociale e il capitale iniziale.

una sorta di duplicazione degli adempimenti che le stesse debbono porre in essere. Si pensi all'obbligo di predisporre il Piano di prevenzione della corruzione e della trasparenza ai sensi della l. 6 novembre 1990, n. 190³³, che deve integrarsi con i modelli adottati ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, dalle società a partecipazione pubblica. Viene poi in rilievo la disciplina delle segnalazioni (v., da ultimo, d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, recante Attuazione della direttiva UE 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali) che si applica anche ai soggetti del settore pubblico e, tra questi, alle società a controllo pubblico o *in house*, prevedendo misure sanzionatorie in caso di inadempimento, nonché la soggezione a linee guida e la vigilanza dell'ANAC. Essa, per le società pubbliche che si dotano del modello ex d.lgs. 231/2001, in parte si sovrappone agli adempimenti previsti da tale ultima fonte.

In questo quadro, giova ribadire che la presenza del d.lgs. 175/2016, cui spesso fanno rinvio altre fonti, è certamente di aiuto, anche se sarebbe opportuno evitare la necessità di ricercare in altri blocchi normativi alcuni tratti della disciplina o, comunque, adottare (almeno per il futuro) il banale criterio in forza del quale l'inserimento di un onere amministrativo a carico della società o del socio pubblico può avvenire soltanto a condizione di eliminarne un altro.

In modo assai più radicale, riprendendo il motivo della significativa "pubblicizzazione" del soggetto societario e della sua attività, ci si potrebbe provocatoriamente chiedere se, ove ci si allontani troppo dal centro prototipico societario forgiato dal diritto comune, non si debba prendere atto del superamento di un confine ordinamentale che segna l'ingresso in un territorio in cui le figure soggettive votate alla soddisfazione di bisogni collettivi dovrebbero assumere la schietta fisionomia di enti pubblici o aziende pubbliche.

³³ Nel senso della razionalizzazione degli adempimenti si muove comunque il PNA 2022, Delibera ANAC 17 gennaio 2023, n. 7.

Fabrizio Fracchia - Abstract

La società a partecipazione pubblica: un quadro di sintesi (dal t.u.s.p.p. alla disciplina sui servizi pubblici, per giungere al nuovo codice dei contratti pubblici)

Utilizzando una metafora tratta dall'arte dei suoni, l'A. ripercorre e analizza la disciplina delle società a partecipazione pubblica attraverso un percorso interpretativo sistematico che valorizza i differenti luoghi ordinamentali in cui essa è presente e che, in conclusione, offre alcuni spunti critici.

State-owned companies: an overview (from the law of State-owned companies to the regulations on public services, to the new public procurement code)

Using a metaphor drawn from the art of sounds, the A. traces and analyzes the discipline of State-owned companies through a systematic interpretive path that enhances the different ordinal places in which it is present and, in conclusion, offers some critical insights.