amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Organizzazione, autonomia e funzionalizzazione dell'attivita' della pubblica amministrazione. Riflessioni a margine del T.U.S.P.P. e del Codice dei contratti pubblici

di **Esper Tedeschi**

(Dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Premessa. Dalla "Funzione Pubblica" alla "Amministrazione di risultato"; 2. Due ipotesi di esternalizzazione a confronto: il T.U.S.P.P. e il Codice dei contratti pubblici; 2.1. Il caso delle Società a partecipazione pubblica; 2.2. Il Codice dei contratti pubblici e il principio del risultato; 2.3. Tutela e promozione della concorrenza nel T.U.S.P.P. e nel Codice dei contratti pubblici. Cenni; 3. Auto-organizzazione amministrativa e autonomia contrattuale. 4. Conclusioni.

Abstract

The paper investigates the methods of the Public Administration's action in light of the evolution of the concepts of organization and party autonomy.

In the sign of a proclaimed transition from the "*Public Function*" to the "*Result-based Administration*", the persistent centrality of the "*functionalization*" of the P.A. activity is highlighted, as already identifiable in art. 97 of the Italian Constitution.

This leads to reflect that, despite the recognition of different instruments of action for the Public Administration according to the l. no. 241/1990, even the non-authoritative acts of the Public Administration – albeit subject to private law – are also "*functionalized*" for a specific public interest's pursuit. It follows, that the centrality of the notion of "legality" is, therefore, necessary to identify, in the specific case, the organizational choice eligibility to achieve the purpose indicated in the law.

The intertwining of activities governed by public law and under the Civil Code leads to the need for a careful comparison between the new Public Contracts Code (Legislative Decree no. 36/2023) and the Law on Public Companies (issued less than a decade earlier with Legislative Decree no. 175 of 2016), which inserts the new regulatory system of public participation in joint-stock companies, in the slow and progressive return to a regulatory State paradigm.

From this analysis emerges that, despite the differences in perspective, in both Texts emerges the centrality of the "functionalization" of the activity, regardless of the legal regime; this leads to the conclusion that it is the legal discipline of the "singular organizational power" that dominates the scene of the entire subject of the Public Contracts Code, not differently from what can be deduced from the general principles contained in the legislative decree n. 175/2016.

ISSN 2036-7821

1. Premessa. Dalla "Funzione Pubblica" alla "Amministrazione di risultato".

La commistione di strumenti di differente natura (autoritaria e consensuale), nell'esercizio dei poteri "pubblici", ha origini remote. Si conosceva negli Stati preunitari ed ha continuato ad essere praticata nello Stato unitario italiano, dapprima sulla base del codice civile del 1865 [1] e, a partire dalla emanazione del codice civile del 1942, in base all'art. 11 c.c., interpretato, quest'ultimo, nel senso del riconoscimento di una piena e generale attribuzione della capacità giuridica, equiparabile a quella riconosciuta alle persone giuridiche private, nonostante le precisazioni del Guardasigilli dell'epoca, che ne aveva espressamente affermato la natura meramente "analogica" e, comunque, condizionata alle leggi e agli usi di diritto pubblico.

Ai nostri giorni lo Stato – o, meglio, l'ordinamento giuridico – è cambiato e ciò è avvenuto già sul finire del primo cinquantennio del secolo scorso – con la fine del secondo conflitto mondiale – per essersi, interamente, "rifondato", per volontà popolare (a suffragio universale), in "Repubblica democratica".

Ne è conseguita la necessità – per gli interpreti (dottrina e giurisprudenza), ma anche per lo stesso legislatore (a partire, almeno, dalla seconda metà inoltrata del secolo scorso) – di riconsiderare la funzione della Pubblica Amministrazione, nella consapevolezza che, in forza dei principi generali e dei diritti fondamentali rinvenibili all'interno della Costituzione, sono profondamente cambiati – lentamente ma inesorabilmente – le relazioni fra amministratori e cittadini (ovvero, anche, parafrasando l'art. 2, Cost., globalmente, le persone – cittadini e non – intese come individui e nelle formazioni sociali ed economiche nelle quali si svolge la loro personalità, evitando, nella terminologia corrente, l'espressione "amministrati").

Nel tempo, anche la tipologia "ordinaria" dell'attività della P.A. è andata mutando, in quanto lo stesso legislatore ha ritenuto di dover intervenire, con legge ordinaria (la n. 241 del 1990), traducendo in norme positive (via via, nell'arco di circa un trentennio) la generalità dei principi desumibili dalla Costituzione, come anche integrati da principi euro-unitari, finché (sistematicamente), non soltanto ha ammesso (in tutte le ipotesi nelle quali non fosse legislativamente vietato), ma ha anche sostanzialmente mostrato di preferire, la soluzione "consensuale" rispetto al tradizionale conflitto autorità/libertà (art. 1, co. 1-*bis*, l. generale sul procedimento amministrativo) sul presupposto, tuttavia, che, indipendentemente dalla disciplina giuridica dell'attività, la P.A. agisse sempre in vista del perseguimento del pubblico interesse specifico (individuato sulla base dello "scopo" astrattamente prefigurato dalla legge, con riferimento al bene della vita da perseguire, in relazione al "caso

[1] L'art. 2 del c.c. del 1865, considerò "*come persone*" (per una sorta, di *fictio iuris*) "*i comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici*" e li ammise al godimento dei diritti civili secondo le leggi e gli usi considerati di diritto pubblico.

ISSN 2036-7821

concreto") con ciò gettando le basi di una "amministrazione di risultato".
L'anno della svolta è stato il 2015, allorché, con l. 11 febbraio 2005, n. 15, al co. 1 della l. n. 241 del 1990 (già più volte integrato rispetto al testo originario) sono stati aggiunti i commi 1-*bis* e 1-*ter* (con l'accorgimento di evidenziarne, "grammaticalmente" il collegamento al co. 1), così da declinare la "funzionalizzazione" dell'attività amministrativa, indipendentemente dal regime giuridico dell'"atto" (co. 1-*bis*) e della natura del "soggetto" eventualmente investito di pubbliche funzioni (co. 1-*ter*).
Un percorso progressivo, dunque, che deve essere inquadrato nella "storia" politico-sociale della Repubblica [2].
Con il senno di poi, ai nostri giorni può dirsi che gli ingredienti per pervenire ad una corretta nozione della "funzione pubblica" nel nuovo Stato repubblicano fossero già tutti presenti in quello che è divenuto, ora, il co. 2 dell'art. 97 della Costituzione, per essere, il percorso esegetico, riconoscibile nel precetto secondo cui "*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*", nel quale l'"*imparzialità*" doveva essere intesa (piuttosto che come "uguaglianza di trattamento") come "terziarietà" (ovvero "non titolarità") dell'Amministrazione pubblica (rispetto agli interessi assegnati alla sua cura) e, a sua volta, il "*buon andamento*" stava a indicare l'"efficacia" ovvero la capacità dell'Amministrazione di realizzare i suoi fini [3]. Fatto sta che – forse a causa di quella che da taluno è considerata una imperdonabile disattenzione dei Costituenti [4], per altri una responsabilità globale (della P.A., della classe politica e della stessa società civile) [5] – per troppo tempo, alle disposizioni della Costituzione in tema di P.A. è stato attribuito un valore meramente programmatico, anche là dove risultava evidente la natura immediatamente precettiva. Infatti, per approdare a differenti conclusioni, si è dovuto attendere la stagione delle grandi riforme, fra gli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo, e il lento progressivo adeguarsi del diritto positivo, anche all'Unione europea.
Ebbene, la l. n. 241 del 1990 – seppure non pienamente corrispondente all'ispirazione

[2] Non può non essere ricordato, in argomento, T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, fasc. 6, 1954, p. 482, il quale avvertiva che "*Le norme vengono poste in relazione alle esigenze della vita consociata e non in via di sviluppo logico da azioni prestabilite; la loro spiegazione si ritrova sul terreno della storia e non su quello dell'armonia logica*".

[3] U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla Pubblica Amministrazione*, in *Consituzionalismo.it*, fasc. 2/2018.

[4] In questo senso S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano,* in *L'amministrazione pubblica italiana*, S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1994, p. 15. L'A. ascrive, infatti, all'Assemblea costituente una colpevole disattenzione ai problemi della P.A., sostanzialmente "liquidati" con scarne disposizioni dell'art. 97 Cost. L'osservazione non pare priva di fondamento poiché il dibattito si concentrò, più che sugli aspetti organizzativi della P.A., sul momento costitutivo del rapporto di pubblico impiego, per la necessità di trovare un punto di incontro su contrastanti tesi relative alla sua regolamentazione.

[5] U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla Pubblica Amministrazione,* cit.

ISSN 2036-7821

riformatrice del suo principale promotore [6] – è andata, via via, trasformandosi in legge generale dell'attività della P.A. e delle relazioni fondamentali fra amministratori e amministrati, mentre sempre più penetrante è divenuto, nell'ordinamento positivo, il peso giuridico del diritto euro-unitario, a sua volta imponendosi come fonte primaria, sulla base di una consapevole scelta di adesione all'ordinamento europeo.

Non bisogna pertanto stupirsi che soltanto in un momento avanzato della storia repubblicana la dottrina abbia preso posizione, con il chiarire che "*l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti* […] *i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)*" [7], espressamente riconoscendosi che "*con la legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) e con le leggi successive di riforma, l'attività dell'amministrazione pubblica è diventata essa medesima, oltre al provvedimento, oggetto di una ormai cospicua disciplina positiva, acquisendo rilevanza giuridica sempre più marcata: si pensi al cosiddetto controllo di gestione o di efficienza, al cosiddetto controllo strategico, alla responsabilità dirigenziale e alla responsabilità dell'amministrazione verso terzi, tutte "vicende" che trovano nell'attività in quanto tale la loro fattispecie. Una volta, peraltro, che l'attività è entrata nel campo visuale della speculazione teorica, conviene anche tentare di sceverare tra i principi e gli istituti finora indiscriminatamente riferiti al provvedimento, riportando all'attività quello che le è proprio e lasciando al provvedimento solo ciò che lo riguarda direttamente. Costruendo una teoria dell'attività amministrativa da collocare accanto alla teoria degli atti, e, in particolare, del provvedimento*".

Allo stato attuale, integrato l'art. 1, l. 241 del 1990 (con l. 11 febbraio 2005, n. 15, co. 1-*bis* e 1-*ter*), non sembra peregrina la tesi di taluni Autori secondo cui l'ordinamento giuridico nazionale avrebbe ormai composto sistematicamente, in una autonoma branca del diritto, l'intera materia relativa alla Pubblica Amministrazione, alla sua funzione e alle regole organizzative che ne governano l'assetto, ai suoi poteri e alla sua attività di natura provvedimentale e non, compresa l'attività amministrativa di soggetti privati rispondenti alla previsione del co. 1-*ter*, art. 1, l. n. 241 del 1990 [8].

---

[6] Cfr. G. DELLA CANANEA, *Mario Nigro riformatore: la legge sul procedimento amministrativo*, in *Nomos, Le Attualità del diritto*, n. 3/2023.

[7] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, pp.75 e ss.

[8] E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, in particolare, p. 11, dove cita, a sostegno del suo pensiero, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, per dire che non tutto è "pubblico", né tutto è "privato", ma tutto converge in questo "ramo" del diritto che non appartiene, in via esclusiva, né al diritto pubblico né al diritto privato (o "comune" che dir si voglia) bensì, appunto al diritto amministrativo; cfr. anche S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019 e G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2020. Per una rivalutazione della nozione di "operazione amministrativa" si veda

ISSN 2036-7821

La formula della "funzione pubblica" è, dunque, scritta ora nell'art. 1 della citata l. n. 241 del 1990. Da essa deve anche ricavarsi che gli atti non autoritativi della P.A., ancorché assoggettati alla disciplina privatistica, sono anch'essi "funzionalizzati" al perseguimento dell'interesse pubblico specifico, con la conseguenza che – sebbene, nell'ordinamento civile non operi la regola "*nec ultra vires*" – allorché è la P.A. ad agire, ove si discosti dall'indirizzo programmatico indicato dall'atto di organizzazione singolare che l'ha legittimata ad agire, la "funzionalizzazione" (seppure irrilevante nelle relazioni intersoggettive) non lascia l'Amministrazione indenne dal controllo ed, eventualmente, dalla responsabilità "amministrativa" e/o "contabile" [9].

C'è qualcosa, però, che, sebbene possa desumersi dalla l. n. 241 del 1990, non è, ivi, apertamente enunciato, nella formula dell'art. 1 – neppure dopo le integrazioni successive alla riforma del 2005 – e, cioè, che, affinché la P.A. persegua "*i fini determinati dalla legge*" occorre anche che l'attività sia idonea a dare "concreta" attuazione allo "scopo", ovvero che sia perseguito e portato a compimento un risultato, e che esso sia proprio quello che, in relazione al caso concreto, è idoneo "allo scopo". Principio che, tuttavia, si ricava interpretando il co. 1 dell'art. 1, della legge sul procedimento amministrativo, alla luce dei principi generali e delle

---

A. ZITO, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, in *Ceridap*, n. 2 del 2024, dove l'A., fra l'altro, sembra voler aderire all'idea della centralità della "persona" non soltanto come destinataria dell'attività, ma anche in ragione delle "paternità" dell'attività, che non è della P.A. astrattamente considerata, ma è attività di pubblici funzionari, colti nella essenza di persone umane, inserite in una determinata posizione burocratica, nella struttura organizzativa dell'Ente (cfr. in particolare il richiamo effettuato alla nota 31 al pensiero, sul punto, di M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003).

[9] La formula legislativa supera la posizione descrittiva assunta da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 443, nell' affermare che "*la locuzione funzione amministrativa è un'espressione verbale, con cui si vogliono indicare l'insieme delle attività svolte dall'insieme degli apparati amministrativi dello Stato e degli altri enti pubblici e comunque delle altre figure soggettive del settore pubblico. Sotto tale profilo, non è improprio e neppure scorretto utilizzarla, a patto però di non porsi il problema di una sua definizione, perché questa non c'è*"; senza negare, però del tutto che la "funzione" potesse rinvenirsi in tutte le attività o nei frammenti di attività della Pubbliche Amministrazioni, ma da considerare con estrema cautela, "*in quanto a parte l'attività che è di regola funzione, ossia quella di carattere autoritativo, tutte le volte in cui tale carattere difetta occorre desumere dalle norme positive se vi è funzione in ordine all'intera attività o in ordine a una sua parte ovvero se la funzione manca del tutto*" (quest'ultima citazione, in. *Corso di diritto amministrativo*, III, 1. L'attività amministrativa, Milano, 1967, p.13). Invero, l'idea di "funzione pubblica" e di "funzionalizzazione" dell'attività della Pubblica amministrazione - che proviene dal disegno di legge dovuto al giurista V. Cerulli Irelli, stando alla relazione di F. Bassanini che lo ripresentò, con maggiore fortuna, nella legislatura successiva (in cui prese vita, con la l. n. 5 del 2005, l'attuale versione del co. 1 della l. n. 241 del 1990) - si riconosce nelle impostazioni più attuali di S. DETTORI, *Il dovere d'ufficio nella teoria giuridica della funzione amministrativa*, Milano, 2023, D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, E. GIARDINO, *La plurilateralità della funzione amministrativa. L'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento*, Torino, 2012, tutti Autori citati da A. ZITO, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, cit., i quali, come sottolineato dallo stesso A., "*non a caso si confrontano tanto con lo studio di Scoca quanto con quello di Marongiu, pervenendo ad una sintesi non priva di accenti di originalità*".

ISSN 2036-7821

garanzie costituzionali, integrate dal principio di sussidiarietà, desunto dall'art. 118 del testo innovato del Titolo V, Cost.

La "legalità" è, dunque, nozione che implica l'individuazione del "caso concreto" (giuridicamente rilevante), sul quale convergono (o possono convergere) una pluralità di interessi (da quello affidato alla cura di una determinata P.A. a quelli eventualmente convergenti di soggetti privati, o anche, di differenti Amministrazioni, o intere comunità di cittadini), e l'idoneità della scelta organizzativa al perseguimento dello scopo indicato nella legge, che la stessa P.A è tenuta a portare a compimento mediante un'attività adeguata, autoritativa e/o disciplinata dal diritto privato, spesso combinate tra di loro in una alternanza fasica (l'"operazione amministrativa") nella quale non è insolito (ed anzi, è talvolta essenziale) che entrino in gioco elementi estranei al diritto amministrativo e tuttavia indispensabili alla corretta declinazione di "efficienza" ed "efficacia" dell'attività.

Autorevole dottrina già ha avuto modo di precisare (prima ancora delle modifiche alla l. n. 241 del 1990) che "*la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione*" [10]. Erano tempi (quelli a cui risale tale affermazione), nei quali, ormai, era chiaro a tutti gli interpreti, che la Costituzione italiana richiedesse alla Pubblica Amministrazione qualcosa di diverso del mero "vincolo di legge", di cui la stessa doveva rispondere nello Stato unitario. Si era nel pieno di un fermento riformatore (taluni dei più importanti giuristi si erano anche prestati alla politica, per apportarvi il loro bagaglio di conoscenza ed esperienza [11]) e la dottrina ritenne che fosse arrivato il momento per un passo ulteriore, nella elaborazione dottrinale della nozione di "funzione amministrativa", nel senso che non rispondesse ai bisogni della collettività una "Amministrazione" per atti, occorrendo, al contrario, un'Amministrazione la cui attività fosse indirizzata, concretamente, al conseguimento di un "risultato" [12].

---

[10] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p.10

[11] Per ricordarne soltanto alcuni: M.S. Giannini e S. Cassese, entrambi, per un certo periodo. Ministri della funzione pubblica, V. Cerulli Irelli, primo firmatario del disegno di legge che, approvato in una successiva legislatura divenne la l. n. 5 del 2005 che aggiunse fra l'altro i commi 1-*bis* e 1-*ter*, l. n. 241 del 1990, lo stesso F. Bassanini, di cui presero il nome molte importanti riforme.

[12] La letteratura giuridica sull'argomento è nutritissima. Per ricordare taluni dei contributi più significativi: l'opera cospicua, di L. IANNOTTA, a partire da *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, pp. 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, I, 1999, pp. 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, pp. 38 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm*, I, 2005, pp. 1 ss. In posizione differenziata, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, pp. 813 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, pp. 63, ss. Nella *Raccolta degli atti del Convegno di Palermo, del 27-28 febbraio 2003*, di A M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), A.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004, si rinvengono i contributi di seguito elencati: A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, pp. 1 ss.; A.

ISSN 2036-7821

In assenza di una adeguata risposta della giurisprudenza, anche il dibattito sulla rilevanza giuridica del "risultato" è sembrato sopirsi. È stata accolta, quindi, alla stregua di un "cambio di paradigma", se non, addirittura come una "sfida", l'introduzione, nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), del "principio del risultato".

Un principio che, volto ad improntare l'intera disciplina di settore, è stato assunto quale parametro della "legalità", con l'obiettivo – per espresso enunciato della Relazione illustrativa – di "orientare" (ancor più che le Amministrazione e gli operatori interessati) il controllo giurisdizionale sulla "legalità".

Si tratta di una svolta tarda a venire, ma inevitabile, in un ordinamento in evoluzione, nel quale, la P.A. è governata da nuove regole (mal digerite) e alla quale, peraltro, l'ordinamento ha inteso tendere la mano – con il nuovo Codice dei contratti pubblici – nel segno della "*fiducia*" (oggetto di apposito "principio generale", secondo soltanto al principio del risultato, ma anche alla base del principio di auto-organizzazione).

Poco meno di un decennio prima, altra disciplina di settore – il Testo unico delle società a partecipazione pubblica, con il d.lgs. n. 175 del 2016 – è apparsa "dirompente", proprio per la "sfiducia", al contrario, riconosciuta dalla dottrina, nell'avere, il legislatore delegato, attribuito il potere organizzativo singolare agli organi di vertice delle Amministrazioni pubbliche.

I due testi disciplinano materie differenti, ma affini, per la circostanza di riguardare fenomeni rilevanti per il mercato e, dunque non estranee alle problematiche della libera concorrenza, nel mercato e per il mercato.

Non mancano ambiti in cui le due discipline di settore sembrano intrecciarsi [13]. Entrambi hanno ad oggetto scelte operative che presuppongono lo spostamento all'esterno di risorse economico-finanziario, seppure con effetti differenti (una spendita definitiva nel caso di contratto, una immobilizzazione a rischio limitato nella partecipazione societaria) in vista di un risultato che nel Codice dei contratti pubblici è immediatamente definito nei suoi contorni essenziali e non lo è invece – *ratione materiae* – nel T.U.S.P.P., il quale richiede piuttosto il periodico monitoraggio degli effetti della partecipazione, oltre che il riscontro puntuale e preventivo della

---

POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, pp. 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, pp. 87 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato,* pp. 15 e ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, pp.36 e ss.;. V. CERULI IRELLI, *Invalidità e risultato,* pp. 79 ss. A parte, sono ancora da citare: M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, pp.107 e ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, cit., pp. 127 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione*", in *Dir. soc.*, 2000, pp. 101 e ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 3303 ss., R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

[13] Cosi, ad esempio, per quanto riguarda l'affidamento diretto di lavori, servizi o forniture a società in *house*,

ISSN 2036-7821

rispondenza all'interesse pubblico specifico di operazioni di gestione non riconducibili a precedenti determinazioni organizzative.
Sul piano operativo, i due testi evidenziano l'intrecciarsi di attività disciplinate dal diritto pubblico ed altre che soggiacciono alla disciplina del Codice civile, tanto da richiedere, entrambi, la puntuale indicazione della disciplina giuridica applicabile, nell'uno e nell'altro caso.
Infine, la tipologia delle scelte operative richiede l'utilizzazione di segmenti procedimentali essenziali all'esercizio del potere organizzativo singolare, fra cui va annoverato il supporto di nozioni aziendali, tanto da prenderne in prestito la terminologia nel linguaggio corrente: "*make or buy*" indica, il dilemma se produrre internamente (*make*), o acquistare dall'esterno (*buy*) beni e servizi; e con l'espressione "esternalizzazione" è correntemente indicato lo strumento con il quale l'Amministrazione decide di destinare una certa quantità di risorse pubbliche per acquistare all'esterno, non diversamente da quanto è possibile che avvenga in un'azienda privata; così da ingenerare il sospetto che l'efficienza "pubblica" possa cedere il passo alla "efficienza" economica.
Il complesso di tali elementi suggerisce il confronto fra i due testi, anche al fine di appurare se le differenti impostazioni siano riconducibili alla "materia", e quanto, al contrario, il nuovo Codice dei contratti pubblici sia espressione di un "cambio di paradigma" di portata generale, idoneo ad incidere, in prospettiva, sulla disciplina giuridica della partecipazione societaria pubblica.

2. Due ipotesi di esternalizzazione a confronto: il T.U.S.P.P. e il Codice dei contratti pubblici.

I due strumenti di "esternalizzazione" rinvengono, oggi, la loro disciplina, rispettivamente, l'una, nel (nuovo) Codice dei contratti pubblici, emanato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione della delega di cui all'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78 e l'altra, nel meno recente Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica (T.U.S.P.P.), emanato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in attuazione della delega di cui all'art. 18 della l. 7 agosto 2015, n. 124. I due corpi normativi divergenti, per taluni profili, sono accumunati, in ogni caso, dall'essere entrambi espressione del momento storico-politico al quale appartengono.

2.1. Il caso delle Società a partecipazione pubblica.

Il T.U.S.P.P. inserisce la nuova sistemazione normativa della partecipazione pubblica in società di capitali, nel lento e progressivo ritorno dello Stato al paradigma regolatorio, con l'obiettivo di far sì che la partecipazione societaria, volta alla produzione esternalizzata di beni e servizi (se proprio necessaria per il perseguimento di interessi pubblici specifici della P.A. partecipante) soddisfi

ISSN 2036-7821

l'esigenza di coniugare i canoni di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa con l'assetto privatistico dell'organizzazione societaria e la sua disciplina giuridica (derogabile nei soli limiti espressamente previsti dal testo unico), evitando che la "esternalizzazione" divenga un mezzo per eludere i vincoli di finanza pubblica, senza che sia perso di vista l'obiettivo immanente della "*tutela e promozione della concorrenza e del mercato*" [14]. Esso ha voluto essere espressione, tra l'altro, del percorso di riforme richieste al Paese - dall'Unione europea - per superare gli ingravescenti problemi di grandezza del deficit economico-finanziario, che lo Stato "salvatore" non soltanto non era stato in grado di superare e neanche di mitigare, ma aveva, anzi, aggravato [15].

L'impianto del T.U.S.P.P. ha, per tale aspetto, in certo qual modo, centrato l'obiettivo, dal momento che ha ricevuto, nel complesso, un giudizio favorevole nell'ambito *Country report* 26 febbraio 2016, SWD, che – inquadrando la misura nella complessa materia della riforma della Pubblica Amministrazione e mettendone in rilievo l'importanza per la ripresa dell'economia del Paese – ha concluso nel senso che la effettiva attuazione del T.U., rappresenta(va) "una sfida notevole". Ne dà atto il Consiglio di Stato, in sede consultiva [16], pur non restando pienamente convinto della sistemazione giuridica degli istituti.

Peraltro, il testo ha deluso parte della dottrina [17], tuttora non convinta dei risultati [18].

---

[14] Nella scheda di lettura della l. 7 agosto 2015 n. 124, a cura dell'Ufficio Studi della Camera dei deputati, è detto, in argomento, espressamente: "*allo scopo di non incorrere, ad esempio, nelle ipotesi di influenza dominante o di aiuto di Stato ai sensi del diritto europeo*".

[15] Per indicarne alcuni: l'indebitamento pubblico; l'alto tasso di disoccupazione; la disuguaglianza sociale; l'economia sommersa; gli squilibri della struttura della popolazione.

[16] Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016 Parere n. 968.

[17] Si ricorda, qui, fra le considerazioni difficilmente confutabili, l'avere ipotizzato, il T.U., un obbligo di dismissione delle partecipazioni "*che non tiene conto dalla situazione di mercato ma in modo astratto detta i tempi e le procedure per la sua attuazione*", rischiando di compromettere e disperdere un significativo patrimonio pubblico. In questi termini, A. POLICE, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in *Archivio documenti Giustizia amministrativa*, 2017, p. 18 e, nello stesso scritto, p. 17 (in nota 26), ove considera che il T.U. ha limitato e reso più difficoltoso il procedimento di quotazione delle società a partecipazione pubblica. In altro scritto (*Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa: quale dimensione finanziaria per le Società a partecipazione pubblica?*, Relazione tenuta nell'ambito del Corso Monografico SPISA, 2017) il medesimo A. notava, fra gli errori "di prospettiva", anche il non avere considerato che "*le società pubbliche sono di diverso tipo perché servono a finalità estremamente diverse, ed anche ove perseguono in astratto le medesime finalità possono trovarsi (ed anzi senz'altro si trovano) in condizioni di mercato diverse, sia per il posizionamento del soggetto rispetto al mercato, sia per il posizionamento del soggetto nel mercato di riferimento*".

[18] G. NAPOLITANO, *Ritorno al Diritto privato? Ovvero dei sentieri interrotti dell'efficienza amministrativa*, in AA.VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, 2021, p. 184, il cui pensiero è ripreso in un contribuito a più mani, di M. BENEDETTI, F. IELO, M. MANOCCHIO, G. MOCAVINI, G. NAPOLITANO, M. C. PANGALLOZZI, M. SIMONCINI, G. VALENTI, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione? Vincoli vs opportunità*, nel quale si sostiene, fra l'altro, che il sistema dei vincoli posti all'autonomia delle pubbliche amministrazioni costituirebbe un incentivo ad eluderne le regole, come sarebbe reso evidente dal crescente fenomeno del partenariato pubblico-privato mediante "fondazioni" – spesso "fondazioni di partecipazioni" – che esulano dall'ambito della disciplina delle partecipate. Tale aspetto, invero, è

ISSN 2036-7821

Malgrado l'indifferenza dell'Unione agli assetti proprietari, in tema di partecipazione societaria il T.U. ha introdotto numerosi vincoli; in particolare: ha individuato negli organi di vertice di ciascuna P.A. la titolarità del potere organizzativo singolare, con l'obiettivo di contenere al massimo la presenza pubblica sul mercato, tramite partecipazione societaria e l'impatto economico-finanziario conseguenziale; ne ha assoggettato le scelte al monitoraggio immediato dell'Autorità della concorrenza e del mercato (al fine di consentirle di esercitare, con immediatezza, i poteri di cui all'art. 21-*bis*, l. n. 287 del 1990) (art. 5, co. 3) sul provvedimento "discrezionale" di costituire nuove società partecipate (art.7, co. 2) (completo degli elementi essenziali indicati negli artt. 2328 e 2663 c.c., anche, di quelli accessori destinati, come i primi, a divenire elementi essenziali della costituenda società) (art. 7. co. 3), o di acquistare partecipazioni in società esistenti (anche se quotate, nel caso di acquisto dello *status* di socio) (art. 8); e vi ha anche assoggettato scelte prodromiche, relative ad operazioni inerenti alla "gestione" delle partecipazioni.

Come detto, si tratta di connotazioni che non sono sfuggite al *Country report* del 27 febbraio 2016, nel ricavarne una impressione favorevole alla scelta legislativa. Analogamente, non è sfuggito il fatto che T.U. abbia disancorato "capacità giuridica" e "autonomia contrattuale" dell'Amministrazione-ente, dalla discrezionalità organizzativa dell'Amministrazione medesima, mediante la chiara definizione di quanto è assoggettato al diritto pubblico e quanto appartiene, al contrario, alla disciplina privatistica nel fenomeno di "esternalizzazione" ivi disciplinato, nel quale l'Amministrazione non entra, in prima persona, sul mercato, ma avvalendosi delle strategie di *agency* e *governance* tipiche di strutture organizzative privatistiche, delle quali è pure chiarita la natura di "persone giuridiche di diritto privato", distinte dai "proprietari "o, comunque, dai "titolari di diritti societari" (pubblici o privati che siano) [19].

Per tale aspetto, il rapporto europeo ha evidenziato come il nuovo assetto risolva incertezze giuridiche che hanno dato luogo a defatiganti e dispendiosi conflitti giurisprudenziali e non poche perplessità circa il sistema dei controlli giudiziari e

segnalato anche da F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ – V. OCCORSIO, *Profili generali della fattispecie*, pp. 29 e ss. e F. FIMMANÒ, *L'abuso di eterodirezione della società pubblica*, pp. 33 e ss., entrambi i contributi in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ – R. CANTONE (a cura di), *Le Società Pubbliche. Fenomenologia di una fattispecie*, Tomo I, Napoli, 2020. In particolare, l'A. da ultimo citato incentra, a sua volta, le proprie considerazioni critiche sulla difficile convivenza, nel medesimo soggetto, della posizione di socio pubblico e soggetto titolare di pubbliche funzioni e le relative soluzioni normative.

[19] Un interessante *excursus*, sul punto in M. COPPOLA. *Sulla natura privatistica degli atti di nomina e revoca di amministrazioni e sindaci di società pubbliche*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ – R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche* cit., pp. 627 e ss., nonché, ivi citati, in nota, F. FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in* house, *è assoggettata alle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2013, 10, p. 1290; e Cass. Civ., Sez. I, sent. n. 21991 del 6 dicembre 2012, in *Fallimento*, 2013, 1273, con nota di L. BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda.*

ISSN 2036-7821

amministrativo-contabili [20].

Nel T.U., nozioni quali "autonomia contrattuale", "libera iniziativa economica", e "capacità giuridica", riferite a "persone giuridiche pubbliche", *alias* a "Pubbliche Amministrazioni", piuttosto che a soggetti privati, esprimono, malgrado l'identico significato lessicale, "contenuti e portata" differenti, se non altro, in forza dell'indisponibilità degli interessi che sono alla base dell'azione dei pubblici poteri.

Ciò in quanto la "attività" della Pubblica Amministrazione, indipendentemente dalla forma adoperata, manca di una connotazione tipica della "attività" dei privati, ovvero "l'intento egoistico", motore non solo del volere, ma soprattutto della sua proiezione all'esterno, attraverso l'atto individuale, plurilaterale o "contratto", idoneo (entro certi limiti [21]) a produrre effetti giuridici (proprio quelli ai quali si indirizza la volontà dell'autore).

Nel T.U. è fortemente evidenziato il fenomeno della "funzionalizzazione" dell'attività, anche quella di natura privata, attraverso procedimenti propedeutici che scandiscono momenti significativi della "partecipazione", in vista del risultato programmato [22], secondo il meccanismo indicato nell'art. 1, co. 1 e co. 1-*bis*, l. n. 241 del 1990, per essere ivi posto, in termini positivi e con carattere di generalità, il principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa, indipendentemente dal regime giuridico degli atti, ma con largo uso, da parte del legislatore, del potere di comprimere l'autonomia negoziale (non esclusa, ma anzi, espressamente fatta salva, dal co. 1 bis, nella l. n. 241 del 1990) [23].

Più fondata sembra, invece, l'obiezione secondo cui, l'avere investito del potere organizzativo singolare gli organi di vertice di ciascuna amministrazione, costituirebbe un *vulnus* del vigente statuto delle Amministrazioni pubbliche: una sorta di burocratizzazione, espressione di "diffidenza" nei confronti di dirigenti e funzionari [24]. Tuttavia, è discutibile l'idea che si sia trattato di un "inutile"

[20] Cfr. il *Country report* del 2016, citato nel testo.

[21] Il riconoscimento del diritto dei privati, da parte del diritto privato, non è senza limiti, da momento che vi si oppongono il divieto esplicito, l'ordine pubblico e il buon costume.

[22] V. al riguardo, l'intuizione di F.G. Scoca, Attività amministrativa, cit., p.10.

[23] La considerazione esposta nel testo avvalora l'idea che siano incorsi in un equivoco i primi commentatori (fra i tanti, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica,* Milanofiori Assago, 2016, pp. 25 e ss.), nel rinvenite – nei numerosi limiti apposti dal T.U. alla partecipazione societaria pubblica – la volontà (secondo alcuni) di innovare l'art. 11 c.c., o (secondo altri) di volerne fornire una interpretazione autentica.

[24] B.G. MATTARELLA, *Presentazione*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, F. CERIONI (a cura di), Milano, 2017, pp. XIII e ss., mette in evidenza proprio tale aspetto, affermando che le esperienze "*spesso negative dell'azionariato pubblico e del frequente abuso del modello societario, spesso usato come strumento per aggirare regole e controlli pubblicistici sull'uso delle risorse pubbliche*" avrebbe condotto il legislatore ad adottare l'attuale T.U. che affronta, in maniera sistematica, il tema della "necessarietà" delle partecipazioni delle P.A. nelle società. A circa due anni dalla entrata in vigore del T.U., S. CASSESE, *Stato e mercato: così partecipate e multiutility sfuggono alle regole*, in *L'Economia del Corriere della sera*, 9 aprile 2018, p. 6, affermava che si rinviene nelle "*norme sulla motivazione dell'acquisizione della partecipazione, sulla sua gestione e alienazione, sulla gestione dell'impresa, sui compensi agli amministratori, sulle situazioni di crisi, sugli obblighi di trasparenza sugli uffici di controllo interno, sulla adozione di codici di condotta ,sulle responsabilità*

ISSN 2036-7821

aggravamento del processo di esternalizzazione; si è trattato, piuttosto, di una precauzione istituzionale del "legislatore consapevole", soltanto in parte dovuto al momento storico-politico nel quale il T.U. è stato emanato, segnato dalla necessità – al tempo particolarmente stringente – di rassicurare l'Unione Europea sulla volontà di mantenere e migliorare i risultati faticosamente conseguiti per uscire dalla crisi del "*debito sovrano*". Invero, la preoccupazione "maggiore" è stata che non si ripetessero i fenomeni distorsivi del passato, per di più nel vigente regime di "vincolo del bilancio", e assoggettamento al principio di cui al co. 1 dell'innovato art. 97 Cost., in relazione alla effettiva possibilità di effetti distorsivi derivanti dalla tipologia dei soggetti partecipati sul mercato.

2.2. Il Codice dei contratti pubblici e il principio del risultato.

Anche il nuovo Codice è, a suo modo, un prodotto del momento storico nel quale è stata emanata la delega, portata a compimento, con l'emanazione del decreto legislativo attuativo, varato dal Governo appena insediatosi, con pochi ritocchi, ma con l'obiettivo di presentarsi "con le carte in regola" all'Unione europea, ovvero dotato di uno strumento idoneo ad assicurare, con la massima snellezza possibile, l'attuazione del PNRR.

È proprio dal PNRR che bisogna partire per comprenderne l'impianto normativo, perché si tratta del programma voluto dall'Europa, con il "*Next Generation UE*", nel quale – sulla base di ingredienti del tutto "nuovi" per le politiche euro-unitarie (quali la coesione, la solidarietà, le misure intese a colmare i divari di genere, territoriali, generazionali) – è stato istituito un apposito Fondo per il finanziamento – a vario titolo – delle iniziative programmate in Piani nazionali (in cui rientra il nostro PNRR), della cui concreta attuazione gli Stati sono "tenuti" a rendere il conto periodicamente, secondo quanto fissato nel Reg. europeo 2021/241.

Il PNRR si pone, storicamente, come conseguenza indiretta – ma strettamente connessa – del *lockdown*, che fu conseguenza immediata (e devastante, su scala mondiale) del Covid-19, che ha, fra l'altro, drammaticamente, portato allo scoperto, l'errore di fondo di una esasperata delocalizzazione di interi settori delle catene di produzione, di un esagerato ricorso a forniture esterne di materiale energetico e di elementi essenziali alle stesse catene di produzione rimaste nel territorio nazionale; di una incontrollata dispersione delle "professionalità" e, dunque, delle competenze necessarie all'industria locale, della sostanziale sparizione di un indotto esperto e prezioso, con l'inevitabile declino della capacità di rigenerarsi in termini di produttività reale e del relativo reddito.

Poiché, tuttavia, avviene che a eventi negativi possano seguire reazioni volte a

di chi gestisce" una serie di disposizioni che non avrebbero altro effetto che quello di ricondurre le imprese in mano pubblica "nell'area dell'amministrazione burocratica", dalla quale erano state sottratte".

ISSN 2036-7821

neutralizzarli, è possibile sperare che – a parte la svolta delle politiche europee – la situazione determinatesi con il Covid 19 abbia risvegliato, quantomeno in ambito nazionale, l'esigenza di riconsiderare lo Stato "amministrativo", nell'ottica dei principi fondamentali dell'Amministrazione pubblica, come declinati nella Costituzione e positivizzati nella l. n. 241 del 1990 [25].

In buona sostanza, questa sembra la linea suggerita dal nuovo Codice dei contratti pubblici, ovvero quella che pare emergere dagli enunciati dei principi generali che introducono la disciplina di settore.

Come noto, per scelta del Governo in carica nel giugno del 2022 [26] – sostanzialmente confermata dal Capo del Governo successivamente insediatosi – la redazione dello schema del nuovo "Codice dei contratti pubblici" è stata affidata al Consiglio di Stato, che vi ha provveduto avvalendosi di apposita, articolata, Commissione, della cui composizione e del cui operato dà conto la Relazione illustrativa allegata allo schema definitivo. Il documento è stato presentato dal Governo alla Camera con una Relazione [27], che riproduce pedissequamente quella resa dal Consiglio di Stato all'atto del deposito dello schema di decreto legislativo, cosicché, la ricerca "della volontà del legislatore" può essere riferita, indifferentemente, all'uno come all'altro documento [28].

L'organo che ne ha curato la redazione, si è preoccupato di chiedere agli interpreti di non esprimere prematuri giudizi sul presumibile successo della riforma [29]. Tuttavia, in apertura del documento, un gruppo di disposizioni – quelle contenute nel Titolo I della Parte I del Libro I – si presta, già di per sé, a un giudizio di valore, in quanto "i principi generali" ivi espressi sembrano voler costituire il presupposto imprescindibile da cui deve muovere l'interpretazione dell'intero testo.

Nell'architettura della disciplina di settore, cui ineriscono tali principi generali, non del tutto (o, almeno, non tutti) originali – e, uno almeno, piuttosto problematico [30] – costituiscono una novità emblematica, già per la loro collocazione sistematica, ma

[25] Si veda sul punto, F. CORTESE, *Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa,* in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, p. 68.

[26] Facoltà espressamente accordata dalla legge di delega (art. 1, co. 4).

[27] Pervenuta alla Camera dei Deputati il 5 gennaio 2023.

[28] Emendamenti "prioritari" sollecitati dalle Regioni nel corso dei lavori della Conferenza unificata (puntualmente specificati nell'all. 1 del Parere della Conferenza Unificata del 26 gennaio 2023 – Rep. Att. n. 12/CU) non intaccano sostanzialmente l'impianto normativo, e in particolare, non investono il Titolo I della Parte I del Libro I del Codice, in cui hanno sede i "Principi generali".

[29] Avverte la Relazione che accompagna lo schema di decreto: "*tutte le riforme iniziano "dopo" la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e si realizzano soltanto se le norme sono effettivamente attuate "in concreto"», aggiungendovi l'avvertimento ulteriore che, nel caso dei contratti pubblici, ai fini della reale riforma «occorre avverare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali "non legislative", che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche*".

[30] Ci si riferisce al principio di autonomia contrattuale, di cui all'art. 8, co. 1.

ISSN 2036-7821

anche per l'apprezzabilità del metodo compilativo. A partire dal "principio del risultato", ossia il primo – ma anche il principale dei principi generali – al quale tutti gli altri si raccordano. Merita di essere segnalata, al riguardo, la concretezza descrittiva del "risultato", considerato nell'articolazione composita dei suoi elementi (la scelta organizzativa e il contratto) (art. 1, co. 1); l'esplicitazione della natura funzionale degli elementi che concorrono a delineare, nei suoi dati essenziali, "il risultato", siccome legittimamente perseguito (art. 1, co. 2 e 3); l'enunciazione della finalità, con riferimento all'ambito di applicazione (co. 4) [31].

Si tratta di elementi letterali di per sé qualificanti, dal momento che, da qualche tempo, è invalsa l'abitudine di menzionare l'obiettivo finale del "risultato", tuttavia senza offrire elementi idonei alla sua agevole individuazione. Così avviene nel T.U.S.P.P., dove gli elementi esplicativi del "risultato" (in più punti evocato) vanno ripescati nelle maglie dell'intero contesto, salvo quanto è reso maggiormente esplicito negli artt. 20, 21 e 24. Al contrario, nel Codice dei contratti pubblici la declinazione puntuale del principio del risultato conduce a una valorizzazione del principio di buon andamento, in termini di perseguimento delle finalità precipue assegnate alla P.A. e concorrendo all'attuazione del fondamentale principio di legalità [32].

---

[31] L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità – Fonti normative ed ordinamenti*, Atti del Convegno in Macerata 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, desume dall'art. 1, co. 6, l. n. 59/1998 (c.d. legge Bassanini), nel testo integrato dalla l. n. 191/1998 (c.d. legge Bassanini-*ter*), il pregio di porre all'Amministrazione di "risultato" (delineato nella delega del 1998), il limite del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo e delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità: "*diritti che - nella loro correlazione sia con l'economia quale entità in ultima analisi destinata a fornire beni e servizi sia con l'Amministrazione di risultato - si presentano come beni della vita, dovuti a tutti e a ciascuno*". L'art. 2, Cost., finirebbe dunque con l'integrare la nozione di "legalità" ponendo fra le fonti vincolanti "*norme basilari della Costituzione, materializzate e soggettivizzate nei diritti fondamentali e nelle persone singole o collettive che ne siano titolari, con conseguente obbligo di verifica della costituzionalità degli effetti delle decisioni sub specie di valutazione della giustizia-ingiustizia della sottrazione, distruzione, mancata attribuzione, ecc. a persone e/o a comunità, di beni fondamentali della vita e quindi anche di valutazione della costituzionalità delle norme applicate, anch'esse ricondotte, prioritariamente, sul piano dei beni e delle persone*".

[32] A tal riguardo, A. SANDULLI, *Imparzialità e buon andamento tra principio del risultato e rapporto politica-amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, pp. 1139 e ss., osserva che "*la declinazione del principio del risultato ai sensi dell'art. 1 del d.lg. n. 36/2023 fissa alcune coordinate che consentono di intendere tale principio quale risultato-legittimità. Dunque, il risultato di cui all'art. 1 non è il «risultato a tutti i costi», il «risultato purchessia», ma è il risultato che si ottiene a seguito di una operazione amministrativa contemplata dalla norma attributiva del potere*". In questi termini anche M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024, pp. 206 e ss. La ponderazione degli interessi nell'ambito della contrattualistica pubblica, nell'ottica del principio di "legittimità-risultato", nell'applicazione giurisprudenziale successiva al codice sembra arricchirsi anche del principio di proporzionalità (che trova pacificamente attuazione nella generalità dei procedimenti amministrativi, mentre meno scontata è la sua presenza in questa materia). Infatti, il Consiglio di Stato ha recentemente osservato che la qualificazione funzionale dei contratti pubblici operata in relazione all'evoluzione normativa della causa degli stessi si è nel tempo trasformata "*dalla concezione c.d. unipolare (limitata elle esigenze contabilistiche); a quella bipolare (che alla prima ha affiancato il perseguimento dell'interesse proconcorrenziale e alla libera circolazione); a quella, infine, multipolare, mediante la quale l'arricchimento funzionale della disciplina assegna al contratto anche il ruolo di strumento di politiche sociali ed ambientali (soprattutto per effetto del considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE)*" (da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701). Questo perché "*Nell'attuale quadro*

ISSN 2036-7821

In più si rileva che (probabilmente anche per effetto delle aspettative riposte nella nuova normativa di settore) i principi generali di per sé – nel proporsi, *tout court*, come guida per l'interpretazione e per l'applicazione della generalità degli istituti dell'intero fenomeno operativo [33], senza disperdersi nei meandri di singole diposizioni normative – hanno risvegliato una sorta di tensione del "nuovo", paragonabile soltanto a quando, per la prima volta, sono state introdotte regole puntuali del procedimento amministrativo e, a venti anni di distanza, quando, con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, è stato "ordinato" il processo amministrativo, anche se, invero, si tratta per lo più di principi già insiti nell'ordinamento positivo o desumibili dalla interpretazione nomofilattica.

A chiusura dei principi generali, una clausola finale, fa rinvio – "*per quanto non espressamente previsto nel codice*" – alla legge 7 agosto 1990, n.241, per ciò che concerne le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti, e alle disposizioni del codice civile, quanto alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione (art. 12). Il che, con tutte le diversità del caso, si avvicina molto a formula finale apposta nell'art. 1, co. 3, del T.U.S.P.P.

Inoltre, una "novità" in assoluto del Codice dei contratti pubblici può rinvenirsi nella espressa intenzione del legislatore delegato di correggere fenomeni distorsivi interni alla "funzione pubblica nazionale" dalla c.d. "*burocrazia difensiva*", oltre che da "*timidezze*" interpretative della disciplina nazionale in rapporto a quella unionale, a loro volta provocate da una pretesa rilevanza esclusiva della tutela della concorrenza

---

normativo, soprattutto per effetto delle direttive di seconda e terza generazione, il contratto di appalto non è, infatti, soltanto un mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma – per utilizzare categorie civilistiche - uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 11322/2023). La conseguenza – osserva ancora il Consiglio di Stato – è l'ampliamento dell'interesse pubblico primario "*che è sempre quello alla scelta del migliore offerente, ma non più tale solo sul piano dell'affidabilità e dell'economicità, bensì anche sul terreno della capacità di concorrere a concretamente tutelare gli ulteriori interessi pubblici nel frattempo normativamente assegnati alla cura dell'amministrazione (con la conseguenza di trasformare il contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica, sociale ed ambientale: in tal senso già la citata sentenza n. 8773/2022). Come chiarito dalla Sezione nella citata sentenza n. 11322/2023, la nozione di risultato "anche alla luce del significato ad essa attribuito dal sopravvenuto d. lgs. n. 36 del 2023, (…) non ha riguardo unicamente alla rapidità e alla economicità, ma anche alla qualità della prestazione"; (…) Se si considera tale, fondamentale quadro, la "migliore offerta" è dunque quella che presenta le migliori condizioni economiche ma solo a parità di requisiti qualitativi richiesti". Non trova dunque giuridico fondamento la tesi per cui la positivizzazione in materia contrattuale del principio del risultato avrebbe sancito il primato logico dell'approvvigionamento: non foss'altro perché tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenza dalla logica del risultato "statico" di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all'amministrazione, fra i quali quello della tutela ambientale assume un ruolo decisamente primario alla luce sia della richiamata Direttiva 2014/24/UE, che del riformato art. 9 della Costituzione*" (ancora Cons. Stato n. 4701/2024).

[33] È lo stesso Consiglio di Stato, nella citata Relazione, a precisare come ai principi sia stata assegnata la finalità di esprimere, con potente valenza *nomogenetica*, i fondamentali valori giuridici della specifica disciplina.

ISSN 2036-7821

in contrapposizione ad aspettative degli operatori, costituzionalmente prevalenti.
E, in tale prospettiva, sembra essenziale la previa considerazione dello stretto legame eziologico che corre fra la prioritaria esigenza di dare concreta attuazione al PNRR (e alle correlate direttive europee) e l'avvertita necessità (da parte dei compilatori) di superare (a tale fine) la situazione di generale e conclamato "malessere del diritto amministrativo" che (anche soltanto sulla base dell'esperienza di tutti gli osservatori, specializzati e non, sembra avere manifestato, in passato, gli effetti più dannosi proprio nel settore dei contratti pubblici [34].
La fonte normativa di tale collegamento logico/sistematico può essere rinvenuta, in primo luogo, nel d.l. 31 maggio 2021, n. 27, convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, il quale, all'art. 1, co. 2, testualmente statuisce che "*ai fini del presente decreto e della sua attuazione, assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nel Piano indicato al comma 1, nel pieno rispetto degli standard e delle priorità dell'Unione europea in materia di clima e ambiente*". Non contiene un riferimento esplicito al PNRR, la delega conferita, con l. 21 giugno 2022, n. 78, al Governo, per l'adozione di "*uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*". Il collegamento è tuttavia, desumibile dall'art. 1, co. 1, oltre che dai criteri direttivi di cui al successivo co. 2, della legge delega [35].
Che il Codice dei contratti pubblici costituisca un vero e proprio "cambio di

[34] In questo senso, il contributo di V. DEI GIUDICI, *Il PNRR, i contratti pubblici e la discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6 del 2022, pp. 749 e ss., muove proprio dalla esigenza del recupero della discrezionalità, considerata la vera "sfida" del nuovo codice dei contratti, in funzione del "risultato", inteso quale principio fondamentale della nuova disciplina. Non a caso, S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2022, pp. 725 e ss. rinviene origine e causa dei guasti del sistema nell'indebita occupazione di spazi riservati al potere organizzativo delle Pubbliche Amministrazioni, mediante la fioritura di leggi-provvedimento, auspicando un ritorno alla valorizzazione della discrezionalità amministrativa, *alias* del procedimento amministrativo, inteso come luogo deputato al bilanciamento, in concreto, di tutti gli interessi coinvolti, ivi compresi, gli interessi pubblici implicati. È un motivo ricorrente quello di dover dare attuazione al PNRR, anche in relazione agli obblighi assunti nei riguardi dell'Unione europea, e la necessità impellente di recuperare la discrezionalità amministrativa. Cfr. sul punto M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, cit.

[35] Senza contare, come, il collegamento al PNRR – oltre che alla normativa euro-unitaria – compare nei contributi dottrinali di giuristi annoverabili fra i "redattori", del progetto di codificazione. Al riguardo, si ricorda la prolusione di L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., nel punto in cui, toccando la parte del Codice riguardante i Principi, afferma "*Si è scelto di iniziare il testo con la codificazione di tre principi nuovi (specie i primi due), proprio per dare un segnale chiaro: risultato, fiducia, accesso al mercato. Risultato. Perché lo scopo primario del codice è realizzare contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità/prezzo e non è perseguire altre policies, pure importanti, che rispetto ad esso sono funzionali e non finali. E perché il risultato, in tempi di PNRR, è parte della legittimità stessa dell'atto amministrativo*".

ISSN 2036-7821

paradigma" [36], è da accertare. Tutto sommato, per generale convincimento, la maggior parte dei principi sono tratti dal "sistema" costituzionale a diritto amministrativo; la novità assoluta è, però, di avere reso esplicito (per la materia contrattuale) il "risultato", in precedenza nascosto fra le maglie dei generali principi della attività della P.A., siccome positivizzati dalla l. n. 241 del 1990.

Apprezzabile è stata, quindi, la scelta di affidarne la redazione del testo normativo al Consiglio di Stato, il quale – sia pure nella articolazione e autonomia delle funzioni (quella giurisdizionale e quella consultiva) – è anche luogo ideale di osmosi delle esperienze e delle conoscenze giuridiche; e ciò non soltanto per il flusso continuo di conoscenza ed esperienza nell'ambito dell'Istituto, ma anche per la composita e articolata provenienza dei suoi componenti e la conclamata, tradizionale, apertura al dibattito dottrinale. Ciò, indipendentemente dalle eventuali criticità che dovessero emergere in relazione alle singole disposizioni, è di per sé rassicurante sul piano della rispondenza dei "principi" all'esigenza di fornire un quadro ordinato – per forma e per contenuto e, per di più, sufficientemente esaustivo – alle Amministrazioni e agli utenti, ma anche (e soprattutto) al giudice nell'espletamento della funzione nomofilattica.

Si tratta infatti di formule normative che, nei principi generali, sembrano voler tenere conto delle problematiche che si sono poste, in sede di controllo giurisdizionale, in ordine al potenziale conflitto fra esercizio, in concreto, del potere organizzativo singolare, in tema di esternalizzazione contrattuale e le aspettative legittimamente insorte in ordine alla conclusione del contratto, eventualmente incise; ed anche di quale sia la chiave di lettura – nella materia contrattuale – del rapporto che intercorre fra la generica indicazione di scopo, derivante dalla legge, e l'obiettivo concreto perseguito, con il contratto; e, infine, su come debba essere intesa, *in subiecta materia*, la tutela della concorrenza.

Tutti elementi che investono direttamente e immediatamente la funzione nomofilattica la quale "*appartiene a tutta la Cassazione ed a tutto il Consiglio di Stato, solo prevedendosi la competenza delle Sezioni Unite e dell'Adunanza Plenaria per la composizione dei conflitti giurisprudenziali (così dovendosi distinguere la nomofilachia e la nomofilachia compositiva). Ciò si dimentica ed è invece importante ricordarlo perché i giudici delle Sezioni semplici sono – sia pure nell'ambito di un sistema a precedente non vincolante - i primi ed i principali responsabili del corretto esercizio della funzione nomofilattica nel dovere tenere conto dei precedenti, sia della propria che delle altre Sezioni, dovere che è esercitabile convenientemente solo in presenza di un contenzioso dimensionato in modo appropriato*" [37].

---

[36] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA e L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *federalismi.it*, n. 21, 2023.

[37] G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023. E infatti, il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale – facendo buon uso della sua funzione "nomofilattica", affidata anche alle singole Sezioni – aveva già affermato – in relazione a una

ISSN 2036-7821

2.3. Tutela e promozione della concorrenza nel T.U.S.P.P. e nel Codice dei contratti pubblici. Cenni.

I due testi normativi presi a confronto si discostano notevolmente e, anzi, si muovono su binari differenti, soprattutto per ciò che riguarda la "tutela della concorrenza".

Nel T.U.S.P.P., "*tutela*" e "*promozione*" sono definiti alla stregua di criterio prioritario di applicazione e vincolante interpretazione delle scelte intraprese (art. 1, co 2); ne è corollario il singolare potere di intervento immediato dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, tuttavia, non per questo è "vessatorio", giacché può essere visto, anche, in funzione "collaborativo-preventiva", posto che i poteri di detta Autorità (ovvero, quelli di cui all'art. 21-*bis*, della l. n. 287 del 1990) sono bilanciati dalla facoltà della P.A. di ritornare sulle proprie decisioni, conformandosi, nei temini previsti dalla legge, al parere dell'Autorità medesima (senza che il meccanismo procedimentale attuativo della disposizione da ultimo citate, escluda a priori, una fase interlocutoria).

Nel Codice dei contratti pubblici la "*concorrenza tra gli operatori*" è considerata elemento funzionale al "*conseguimento del miglior risultato possibile*" (art. 1, co. 2), che deve essere favorito, in quanto "*obiettivo*", nel principio di "accesso al mercato", a sua volta, tuttavia, assoggettato al rispetto del principio della concorrenza, il quale non è antagonista al risultato bensì può essere funzionale a quest'ultimo [38].

La differente impostazione dei due testi è notevole, ma è appena il caso di rilevare che – sebbene possano in ogni caso sopravvenire elementi distorsivi – l'impiego di risorse pubbliche tramite le due modalità di esternalizzazione (mediante contratto ovvero mediante la partecipazione societaria) hanno, per loro natura, un indice di pericolosità differente, rispetto agli equilibri richiesti dall'U.E.

È nella logica delle cose, pertanto, che Codice dei contratti pubblici e T.U.S.P.P. si muovano su direttrici differenti. Le società a partecipazione pubblica (anch'esse tenute alla osservanza della disciplina europea in tema di concorrenza "per il mercato" [39]) sono, in via principale e diretta, astrette dalla normativa europea e dalla

---

vicenda antecedente al d.lgs. n. 36/2023 – che l'utilizzazione, da parte della legge di gara, del parametro del risultato esplicita e conferma, il carattere immanente, al sistema, della c.d. amministrazione di risultato (che la dottrina aveva ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa anche prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del citato d.lgs. n. 36 del 2023), con specifico riferimento alla disciplina dei contratti pubblici (Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866).

[38] Così L. CARBONE, *Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo "Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

[39] A questa tematica ebbe a dedicare ampio spazio la Relazione della Comm. Spec., n. 968 del 2016, incaricata di rendere il parere sul disegno di decreto legislativo del T.U. (ne *I Rilievi Generali*, § 2, *Il contesto europeo).*

ISSN 2036-7821

relativa regolazione in tema di concorrenza "nel mercato" [40].
Le due discipline non sono, dunque, comparabili, come del resto dimostra la scelta comunitaria di "dedicarvi" direttive apposite.
Le società a partecipazione pubblica costituiscono un terreno di per sé scivoloso, in quanto è nella stessa tipologia di intervento "nel mercato" delle risorse pubbliche, il pericolo che si determini una "*influenza dominante*" e la lesione è suscettibile di riconoscimento già attraverso i dettagliati elementi di valutazione, richiesti dall' art. 5, co. 1, T.U., quale che sia l'oggetto precipuo della decisione amministrativa. Sennonché distorsioni possono verificassi anche nei settori lasciati all'auto-organizzazione delle P.A. dall'art. 7, co. 1 del Codice dei contratti pubblici, da cui la clausola generale all'art. 4, in forza del quale "*le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli arti coli 1, 2 e 3*".

3. Auto-organizzazione amministrativa e autonomia contrattuale.

Nell'ambito dei principi generali del Codice dei contratti pubblici, due, in particolare, sollecitano il confronto con il T.U.S.P.P., a parte quanto già considerato: quello di "*auto-organizzazione amministrativa*" (art. 7, d.lgs. n. 36 del 2023), e quello di "*autonomia contrattuale*" (art. 8, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023).
Entrambi i testi disciplinano forme tipiche di intervento pubblico nell'economia mediante l'analogo strumento di spostamento all'esterno di una determinata entità di risorse economico- finanziarie dell'Ente pubblico, che richiedono il dinamico alternarsi di decisioni amministrative e attività di differente natura.
E, in entrambi i testi, emerge la centralità della "funzionalizzazione" dell'attività, indipendentemente dal regime giuridico, a norma di quanto definito nell'art. 1, l. n. 241 del 1990.
In altri termini, è la disciplina giuridica del "potere organizzativo singolare" che domina la scena dell'intera materia del Codice dei contratti pubblici, non diversamente da quanto è desumibile dai principi generali contenuti nel T.U.S.P.P.,

[40] La Dir. 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006 costituisce la base normativa "fondamentale" in ambito europeo, per la definizione di impresa pubblica, in relazione al concetto di "*influenza dominante*": in questo senso, il carattere pubblico dell'impresa dipende dalla sussistenza di specifici indici proprietari, finanziari o regolamentari che appaiono funzionali a garantire un condizionamento da parte del socio pubblico. In particolare, il considerando n. 8 della direttiva citata riporta che: "*Peraltro, in materia di imprese pubbliche, detta trasparenza deve permettere di distinguere chiaramente fra il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico ed in quanto proprietario*". Sulla nozione d'impresa pubblica in ambito europeo cfr. E. FERRARI, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni della Riv. serv. pubbl. e app.*, 2004, p. 124; E. MOAVERO MILANESI, *L'attuazione dell'articolo 90 CEE, paragrafo 3, e la direttiva della Commissione CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese*, in *Riv. dir. ind.*, 1981, pp. 302 e ss. Sulla sostanziale disattenzione del codice agli effetti della partecipazione "sul mercato", A. POLICE, *Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa: quale dimensione finanziaria per le Società a partecipazione pubblica?*, Relazione tenuta nell'ambito del Corso Monografico SPISA, 2017.

ISSN 2036-7821

dai quali si evince la funzionalizzazione dell'intera "operazione" che conduce al conseguimento del risultato, indipendentemente dalla disciplina giuridica di ciascun segmento e dall'opzione esercitata per effetto dell'auto-organizzazione riconosciuta espressamente dall'art. 7, co. 1 del Codice dei contratti pubblici, o dal principio di autonomia contrattuale enfatizzato nell'art. 8, co. 1, dello stesso Codice.

L' "*auto-organizzazione amministrativa*" (di cui all'art. 7) è "principio" espressamente riferito alle decisioni organizzative menzionate nella disposizione (dal potere di organizzare autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, a quello di esternalizzazione – mediante contratto – o la cooperazione).

Superati i dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario suscitati dell'opzione fortemente restrittiva contenuta nell'art. 192, co. 2, d.lg. n. 50 del 2016 [41] – risolto con esito negativo dalla Corte di Giustizia, con ordinanza del 6 febbraio 2020, in Cause riunite da C-89/19 a C/ 91/19 [42] – il legislatore nazionale, con il principio in esame (che si ispira al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancito dall'art. 2, dir. 2014/23/UE), ha inteso superare il clima di diffidenza che nel 2016 ha ispirato la disciplina di settore, non differentemente da quanto si è verificato in tema di partecipazione societaria. E dunque, piuttosto che riproporre i previgenti limiti, ha preferito muoversi nel segno della "fiducia", nei confronti della Pubblica Amministrazione, fermi restando i vincoli derivanti da principi contenuti negli artt. 1, 2, e 3 del Codice (espressamente richiamati, con clausola generale, nell'art. 4 dello stesso Codice), con l'intento di "*accentuare e incoraggiare*" lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle P.A., anche al fine di arginare il fenomeno della c.d. "*burocrazia difensiva*".

L'obiettivo della perimetrazione non è dunque restrittivo, ed anzi, al contrario, è quello di allineare la disciplina interna all'ordinamento dell'Unione europea, in linea con quanto previsto in altri Stati dell'Unione [43], senza perdere di vista, tuttavia, la

[41] La norma citata, ora abrogata dal nuovo Codice dei contratti, collocava gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto, consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché imponendo comunque all'amministrazione che intendesse operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento.

[42] L'ordinanza della Corte risolveva, contestualmente, con il medesimo esito negativo, la questione riguardante il dubbio di compatibilità comunitaria dell'articolo 4, del decreto legislativo n. 175/2016, (in relazione all'art. 12, par. 3, della Direttiva 2014/24) nella parte in cui la norma citata è volta impedire "a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipato".

[43] La Relazione illustrativa cita, al riguardo, l'art. 1 del *Code della commande publique*, il quale, nell'ordinamento francese, sancisce, analogamente, che *"Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique*".

ISSN 2036-7821

natura meramente potenziale della equiparazione delle scelte attuative.
Se, quindi, il primo comma è quello che evidenzia "il cambio di prospettiva" dell'ordinamento interno nel contesto europeo, la scelta autonoma delle Amministrazioni pubbliche è variamente condizionata dalle indicazioni contenute nei commi successivi al primo.
Il co. 2 espressamente prevede e disciplina il potere delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di "*affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*" del Codice, evidenziando l'elemento "positivo" dell'obbligo di motivazione a livelli differenziati, a seconda che si tratti di servizi all'utenza [44] o di servizi strumentali alla Pubblica Amministrazione [45].
Seguono (nel comma 3) il coordinamento con il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (attuativo della delega di cui all'art. 8 della l. n. 118 del 2022), in tema di affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale e (nel comma 4) l'indicazione delle condizioni perché la cooperazione fra stazioni appaltanti o enti concedenti non sia assoggettata alla disciplina del medesimo Codice.
Prescindendo da tale collegamento contenutistico, il principio enfatizzato in rubrica con l'espressione "auto-organizzazione" costituisce applicazione puntuale dell'altro principio, quello della "fiducia", enunciato all'art. 2 e si pone come elemento "di rottura" con un modo inconsulto di "fare amministrazione" [46], ossia quale puntuale applicazione, nella materia disciplinata dal Codice, del principio fissato nell'art. 97, co. 3, Cost., che espressamente dispone che "*nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari*"; a quanto è dato percepire, in ciò valorizzando la figura "soggettiva" del funzionario, come protagonista della "Amministrazione di risultato", con le proprie competenze ed anche con le proprie responsabilità secondo una linea di tendenza già presente nella l. n. 241 del 1990.
Con tale significato, l'affermazione del principio di auto-organizzazione ha in sé

[44] Nei servizi all'utenza devono essere evidenziati, i vantaggi per la collettività, in termini di qualità e universalità del servizio, oltre che di risparmio del tempo e del razionale impiego (con riguardo, non solo alla entità della spesa ma anche della sua efficienza), dovendosi riconoscere, in ciò, un evidente accostamento della nozione giuridica di "efficienza" con la corrispondente espressione nella gestione aziendale.

[45] Per i servizi strumentali alla Pubblica amministrazione, la motivazione è più snella: poggia, infatti, su parametri predeterminati e oggettivi di raffronto sul modello dell'art. 10 del d.lgs. n. 77 del 2021, tenendo presente il rapporto qualità/prezzo (con riferimento ai parametri di Consip S.p.A., salvo il riferimento ad altri parametri, tenendo conto della tipologia delle prestazioni o, anche, in mancanza, degli standard di mercato).

[46] La disposizione – enuncia la Relazione – "*si ricollega ai principi della fiducia e del risultato, che orienta la scelta dell'Amministrazione anche nella scelta tra mercato e autoproduzione, così recuperando, in coerenza anche con alcune indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. sentenza n. 131/2020): l' "amministrazione del fare", per troppo tempo sacrificata in base a visioni nazionali prive di fondamento unionale, a favore di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a "far fare agli altri""*.

ISSN 2036-7821

elementi di novità del sistema [47], connotando di eccezionalità la scelta legislativa, nel T.U.S.P.P., di attribuire all'organo di vertice il potere organizzativo singolare di indirizzarsi nel senso della partecipazione societaria, assoggettato, fra l'altro, a un vincolo procedimentale che lascia presupporre anche un penetrante controllo, stante l'articolata motivazione richiesta dall'art. 5, co. 1, del medesimo T.U.

Il T.U.S.P.P. si muove, del resto, nella diversa ottica della "diffidenza" legislativa per l'istituto della partecipazione societaria, che si manifesta – fra l'altro – in termini di "diffidenza" nei confronti dell'Amministrazione pubblica [48]. E, in questo senso, è stato interpretato anche il sistema c.d. a "*doppio stadio*" o a "*doppio livello*" già introdotto, nella materia, nei regimi anteriori alla emanazione del T.U., che vede intervenire l'Autorità di vertice in procedimenti prodromici successivi all'acquisizione della posizione di socio o partecipante ad altro titolo, a società di capitale.

Ma se poi si analizza il fenomeno prescindendo dall'organo nel quale il T.U. ha incardinato il potere organizzativo singolare, ci si avvede che, in entrambi i Testi, è sempre dall'esercizio del potere organizzativo singolare che parte – in varie fasi (quelle principale e quelle prodromiche) – l'indirizzo che, sostanzialmente, condiziona, in concreto, "l'autonomia contrattuale", in tal modo dando attuazione, anche nel differente settore disciplinato dal Codice, a una sorta di "doppia fase" (non dissimile da quella che ha fatto tanto scalpore, al tempo della entrata in vigore del T.U.), attraverso la quale prende corpo il raccordo fra "potere organizzativo singolare e funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico specifico" (e, dunque, ai canoni che lo governano, a norma dell'art. 1, co. 1 della l. n. 241 del 1990), e la fase contrattuale (quella che ricade, in linea generale, nel co. 1-*bis*, della legge citata), dando luogo (attraverso una sorta di "soggettivazione") alla conversione dell'interesse pubblico in "motivo" della volontà contrattuale (ordinariamente inidoneo a reagire sul rapporto contrattuale, o sulle altre relazioni bilaterali derivanti dalle scelte organizzative indicate nel co. 1, art. 7, T.U.S.P.P.).

Il che sta anche a indicare come, in definitiva, la funzione pubblica è sempre

---

[47] V. DEI GIUDICI, *Il PNRR, i contratti pubblici e la discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6 del 2022, pp. 749 e ss., muove proprio dalla esigenza del recupero della discrezionalità, considerata la vera "sfida" del nuovo codice dei contratti, in funzione del "risultato", inteso quale principio fondamentale della nuova disciplina. Non a caso, nel medesimo fascicolo e nella stessa *Sezione* ("*Opinioni*") della rivista giuridica citata, in primissima linea campeggia (alle pp. 725 e ss.), uno scritto di S. CASSESE , *La nuova discrezionalità*, dove, l'Autore, con la consueta schiettezza, rinviene origine e causa dei guasti del sistema nell'indebita occupazione di spazi riservati al potere organizzativo delle Pubbliche Amministrazioni, mediante la fioritura di leggi-provvedimento, auspicando un ritorno alla valorizzazione della discrezionalità amministrativa, alias del procedimento amministrativo, inteso come luogo deputato al bilanciamento, in concreto, di tutti gli interessi coinvolti, ivi compresi, gli interessi pubblici comunque implicati.

[48] A. POLICE e S. LUCATTINI, *Art. 4 – Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche* cit., p. 174, B.G. MATTARELLA, *Presentazione*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, F. CERIONI (a cura di), Milano, 2017, pp. XIII e ss.

ISSN 2036-7821

presupposto e vincolo della P.A. (e dei suoi funzionari), ancorché non rilevi (salvo disciplina speciale) nella disciplina giuridica della relazione intersoggettiva (art. 1-*bis* della l. 241, che interviene per rinvio esterno ai sensi dell'art. 12 del Codice dei contratti pubblici) [49].

Quanto al principio di "*autonomia contrattuale*" (art. 8, co. 1), la sua introduzione nel Codice dei contratti pubblici è stata considerata, di per sé, sintomatica di una svolta che non ha mancato di suscitare qualche critica, per essere apparso, a taluno, "impropriamente" enfatico, ovvero, una sorta di esaltazione della vicenda contrattuale, che sarebbe, poi, contraddetta, nell'ambito delle dinamiche contrattuali, dal contenuto della "decisione di contrarre", che deve comprendere "*gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*" (art. 17, co. 1) [50]. Se ne ricaverebbe l'impressione che, esaltando l'autonomia contrattuale, il legislatore abbia inteso mascherare la pervasività della "funzionalizzazione", pronta a fare capolino, nella materia contrattuale, molto più di quanto lascerebbe intendere il co. 1 dell'art. 8 [51].

La critica parrebbe ingenerosa, alla luce di quanto già è desumibile dal comma 1-*bis*, dell'art.1 della l. n. 241 del 1990, in coordinata lettura con il co. 1 del medesimo articolo [52] .

Come si è già avuto modo di accennare, l'anzidetto contesto normativo sembrerebbe aver voluto risolvere, già da tempo, in via "legislativa", il dicotomico conflitto pubblico/privato" [53], incidendo sulla funzione stessa del "diritto privato", nel senso

---

[49] In ciò, dunque, superando la visione meramente descrittiva di e M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 443, nella parte in cui, pur ammettendo che il collegamento funzionale possa rinvenirsi anche in quella parte dell'attività della P.A. che, per la sua natura, è assoggettata alle regole del diritto privato, afferma che la rilevanza "giuridica" della funzionalità non può essere desunta direttamente e immediatamente dalla natura pubblica del soggetto, ma deve essere ricercata nella singola fattispecie e nel diritto positivo, ovvero nella norma che vi annette "rilevanza giuridica".

[50] In questo senso, di G. CLEMENTE DI SAN LUCA e L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023.

[51] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA E L. DE FUSCO, *op. ult. cit.*, pp. 25 e ss.

[52] Anche se il significato della nuova disposizione non era apparso, immediatamente, chiaro, la riflessione sull'originario disegno di Cerulli Irelli (decaduto per fine legislatura) e la relazione di Bassanini che lo aveva ripresentato nella legislatura successiva, convinsero la generalità degli interpreti che la riforma del 2005 fosse nel senso della preferenza legislativa per la soluzione consensuale del conflitto autorità/libertà. Se ne convinsero anche giuristi maggiormente retrivi ad ammettere la stessa configurabilità di un'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione, come C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano 1982, pp. 143 e ss.), il quale, dopo l'innovazione del 2005 alla l. n. 241 del 1990, finisce con l'affermare che "*ammettere che un atto (e il potere con esso esercitato) abbia forma privata (senza inquinamenti) non significa rinunciare ad applicare i principi di imparzialità e di buon andamento (e dunque a violare la Costituzione) ma spostare l'incidenza su piani e profili differenti e talora più appropriati.* [...] *Capisco il disagio* [...] *ma credo che sia una soluzione necessitata se vogliamo provare a ricavare una qualche utilità, se non altro in termini di insegnamenti derivanti diversi, con estensioni diverse, ecc.; e se non danno i risultati voluti si può cambiare e ritornare a schemi precedenti*" (ID., *Pubblico, privato e statuto costituzionale dell'Amministrazione (alcune note)*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2, 2012 p. 476).

[53] Sembra naturale, in argomento, ricordare N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007, p. 14, e, ancora, dello stesso A., *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974,

ISSN 2036-7821

che esso non costituirebbe più, soltanto, la disciplina giuridica del "diritto dei privati" e dei corpi morali dagli stessi costituiti ("analogicamente" applicabile alle persone giuridiche pubbliche, sempre che vi consentano le norme e gli usi di diritto pubblico, a norma dell'art. 11 c.c.), per essere divenuto (su tale base) – in linea generale – il "diritto comune" a privati e Pubblica Amministrazione ogni qual volta quest'ultima – facendo uso dei poteri organizzativi singolari in conformità al disposto dell'art. 1, co.1. della citata legge n. 241 del 1990 – decida di proiettarsi in "relazioni" di tipologia civilistica per il perseguimento di pubblici interessi specifici assegnati alle sue cure, piuttosto che ricorrere ad atti autoritativi. Sistematicamente, le due disposizioni della l. n. 241 del 1990 (entrambe di "diritto pubblico"), assolvono il duplice compito di chiarire la "funzionalizzazione" dell'attività amministrativa, in ogni sua manifestazione (con ciò, implicitamente, connotandola, rispetto alla attività dei "soggetti privati" per l'incompatibilità dell'intento "egoistico") e nel contempo di definire, nell'ordinamento civile, l'attività "non autoritativa", siccome – nelle linee generali (e salvo normativa speciale) – interamente assoggetta al diritto privato.
In questo senso, l'inserimento del principio di "autonomia contrattuale" fra quelli "fondamentali" introdotti dal "nuovo" Codice dei contratti pubblici andrebbe interpretato nel senso di ribadire il principio di cui al co. 1-*bis* dell'art. 1, l. 241/90, con l'obiettivo di chiarirne la portata generale, completando spazi interpretativi lasciati irrisolti da una formula normativa effettivamente non del tutto esplicita.
Null'altro, d'altra parte, parrebbe esprimere la formula normativa secondo la quale "*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*". Né parrebbe, di per sé, connotata di particolare enfasi quanto affermato sul punto dalla Relazione della Commissione speciale del Consiglio di Stato (quantomeno nei primi due periodi della Relazione); vi si legge, infatti, che il principio in parola sarebbe volto a chiarire (alla P.A. e alla generalità degli utenti ed interpetri del Codice in esame) che all'autonomia contrattuale della P.A. trova applicazione (*salvo che la legge disponga diversamente*) l'art 1322 c.c. (il quale è rubricato, appunto, "*Autonomia contrattuale*") e non "*il principio di tipicità del provvedimento amministrativo* [che] *non si estende ai contratiti*", confermando in tal modo una "regola" già da tempo acquisita alla stregua di "diritto-vivente" e ampiamente condivisa dalla dottrina [54], anche se per qualche

pp. 2187 ss., ora in *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, 2006, p. 3 ss., là dove definisce la grande dicotomia diritto pubblico diritto privato, nel senso di "*«criterio di periodizzamento» ovvero come «indicatore di una tendenza di sviluppo»: il che avviene quando si parla di tendenza alla privatizzazione, e, per converso alla pubblicizzazione, o addirittura di un momento prevalentemente privatistico e per converso di un momento prevalentemente pubblicistico del diritto*". Con riferimento allo sviluppo di tale dualismo, nel diritto commerciale, cfr. anche C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, I, Torino, 2004, p. 103 ss.

[54] Fra i tanti, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, vol. II, 2004, p. 170., F. MESSINEO, *Contratto*

ISSN 2036-7821

tempo ritenuta non applicabile a contratti ad evidenza pubblica.
Sennonché, l'enfasi – non riconoscibile nel testo del co. 1 dell'art. 8 – "esplode" nel terzo periodo della Relazione [55]. Tanto la deliberazione organizzativa di esternalizzazione mediante contratto, quanto le determinazioni prodromiche, pongono, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, numerose indicazioni sostanzialmente limitative dell'autonomia contrattuale e, d'altra parte, è la stessa l. n. 241 del 1990 ad avvertire, in termini positivi, che l'attività della P.A. è sempre "funzionalizzata" al perseguimento dell'interesse pubblico specifico e ne è, dunque, "condizionata" (indipendentemente dalla forma contrattuale).
Che tale condizionamento sia una connotazione "ordinaria" dell'attività della P.A. (che potremmo definire, per tale profilo, "bifasica", se non "polifasica" [56]) emerge, nella l. n. 241 del 1990, dalla (già evidenziata) articolazione dei primi tre commi dell'art. 1 che, invece di essere numerati progressivamente, sono coesi, tramite gli avverbi numerali *bis* e *ter*, non casualmente, bensì per indicarne il collegamento grammaticale e logico alla norma principale (co. 1), nel senso che indipendentemente dal regime giuridico che governa l'attività, è nel provvedimento organizzativo singolare "principale" (e, occorrendo, in quelli prodromici richiesti della "operazione amministrativa") che trova attuazione il collegamento funzionale allo "scopo" indicato dalla legge, così come è la titolarità della funzione pubblica (indipendentemente dalla natura privata del soggetto che ne è occasionalmente titolare) a imporre l'assoggettamento (co. 1-*ter*) ai principi fissati dal co. 1. La regola anzidetta trova conferma in casi specifici disciplinati dalla stessa legge, all'interno della quale il co. 4-*bis*, art. 11, definisce la regola (di portata generale) della previa

---

innominato (atipico), in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 95 e ss.; G. OSTI, *Contratto* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 499; A. CLARIZIA, *Contratti innominati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 4 e ss. S. COGLIANI, *Alcune riflessioni in tema di appalto e vendita di cosa futura*, in *Riv. Trim. app.*, 1990, pp. 1065 e ss.; R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 3. Il tema è stato anche affrontato dal Consiglio di Stato, *funditus*, in sede di attività consultiva (Sez. III, par. 19 dicembre 1989, n. 1838, e Ad. Gen., par. 17 febbraio 2000, n. 2) concludendo nel senso che non vi sono limiti incidenti sulle tipologie contrattuali e, in linea generale, sugli strumenti di diritto privato utilizzabili dalle amministrazioni per il conseguimento dei fini pubblici. In giurisprudenza, fra le tante. Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073.

[55] Vi si afferma, infatti che "*si ribadisce, in tal modo, il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale, richiedendosi una esplicita previsione di legge (come ad es. quella contenuta, per la conclusione del contratto di società, nell'art. 4, c. 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che fa divieto di "costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali" o in materia di contratti derivati stipulati da Regioni ed enti locali ai sensi dell'art. 62 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, così come modificato dall'art. 1, comma 572, l. 27 dicembre 2013, n. 147)*".

[56] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 577, a proposito della evidenza pubblica parla di procedura di conclusione negozia accompagnata da una serie di procedimenti amministrativi di controllo. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 1185; V.A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti tra atti di autonomia*

privata e procedimenti amministrativi, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1983., p. 293; E. CASETTA., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, p. 573; F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2017, p. 95.

ISSN 2036-7821

deliberazione organizzativa del medesimo organo competente per l'adozione del provvedimento.

Ma trova conferma anche nello stesso Codice dei contratti pubblici, dove è un provvedimento "organizzativo" ad autorizzare l'esternalizzazione contrattuale e a fissare le regole procedimentali. Quanto detto trova ulteriore dimostrazione nella legge di delega, nella quale si rinviene un solo criterio che espressamente si occupa di capacità contrattuale, unicamente per comprimerla (art. 1. co. 2, lett. "l"), nel divieto di prestazioni intellettuali gratuite (ossia il principio che, nella stessa rubrica dell'art. 8, si contrappone – come principio distinto – alla "autonomia contrattuale", con le regole di motivazione sulla eccezionalità della deroga, indicate nel comma 2 dello stesso articolo). E sempre nella delega si rinvengono tutta una serie di principi e criteri nel senso della prodromica esigenza di provvedimenti, in tutte le fasi della procedura, intesi a indirizzare l'attività contrattuale e a definirne obiettivi e limiti. Al contrario, non ve ne è uno solo che evidenzi la volontà del legislatore delegato a che fosse posto, nel nuovo Codice, un principio di "autonomia contrattuale" nel senso indicato nel terzo periodo della Relazione, con la conseguenza anche di ingenerare il sospetto di una non piena aderenza alla legge delega.

A parte ciò, l'enunciazione di cui al co. 1, art. 8, Codice, sembra ricadere nella comune esperienza per cui la "autonomia contrattuale" delle P.A. non è mai totalmente esente da "vincoli" che provengono dal diritto pubblico. Ciò in quanto, nel sistema a diritto amministrativo, connotazione essenziale della P.A. (genericamente considerata) e dei suoi funzionari (in particolare) non è la titolarità di diritti soggettivi (se non quelli derivanti, ordinariamente, dal rapporto di impiego o altra tipologia), bensì di "poteri" più o meno discrezionali, sulla base di un'investitura generalmente compatibile alla posizione burocratica rivestita nell'assetto organizzativo della struttura di appartenenza. Al contrario la titolarità (in concreto) della "capacità contrattuale" (in quanto declinazione della "capacità giuridica" di essere titolare di diritti e di obblighi) non deriva automaticamente dalla investitura proveniente dal rapporto di pubblico impiego e dalla posizione burocratica rivestita, bensì dalla scelta organizzativa effettuata in concreto, sulla base di un singolare processo di "soggettivazione", ora autorizzato in linea generale con legge ordinaria (art. 1, co. 1-*bis*, l. n. 241 del 1990 ma sempre in vista del conseguimento di un risultato discrezionalmente programmato in quanto ritenuto idoneo allo "scopo" astrattamente definito dalla legge).

Per meglio precisare quanto sin qui argomentato, altro è affermare che – in assenza di espressi limiti legislativi – l'attività contrattuale della Pubblica amministrazione è interamente assoggettata alla disciplina privatistica, altro è assumere una titolarità "endogena" di capacità contrattuale, svincolata dai limiti insiti nella

ISSN 2036-7821

"funzionalizzazione" [57], con ciò anche superando l'obiettivo insito nel collegamento sistematico voluto dalla versione attuale della l. n. 241 del 1990.

È del resto noto che – proprio nella materia contrattuale – l'attività della P.A. deve fare riferimento a una disciplina pubblica specifica (la legge sulla contabilità generale dello Stato contenuta nel r. d. 18 novembre 1923, n. 2440, recante "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato", e relativo regolamento di esecuzione di cui al r. d. 23 maggio 1924 n. 827, con gli aggiornamenti sopravvenuti nel tempo; la normativa in materia di procedimento amministrativo di cui all'art. 1, co. 1., l. n. 241 del 1990; il diritto di accesso ai documenti; nonché in tema di evidenza pubblica, la relativa normativa di settore).

Ne consegue che l'enunciato dell'art. 8, co. 1, del Codice deve ritenersi corretto e "sincero" solo nei limiti in cui vi si rinvenga l'integrazione del co. 1-*bis* dell'art. 1, l. 241 del 1990, nel senso che, all'attività della P.A. che opera con modalità non autoritaria, il c.c. si applica nella sua interezza e, dunque, anche nella parte in cui definisce la "capacità contrattuale" (ovvero, l'art. 1322). Il che è, pure, il solo significato coerente con i limiti derivanti dalla delega – sebbene, ivi, non si rinvenga un puntuale riscontro volitivo del delegante – in quanto è "utile" nel senso di evitare errori nell'ambito di talune delle scelte organizzative indicate nell'art. 7 del Codice.

Per il resto, deve essere confermata l'immanenza di vincoli "sempre" derivanti, all'autonomia contrattuale della P.A., dall'esercizio del potere organizzativo singolare che ne autorizza la proiezione del diritto "comune", fissandone obiettivi e limiti.

L'idea di una generale e "sconfinata" autonomia contrattuale della P.A. (prima ancora che per le ragioni sopra illustrate) sembra porsi anche in contrasto con quanto è desumile dalla Costituzione, in cui, l'esercizio dell'autonomia contrattuale soggiace ai vincoli di solidarietà di cui all'art. 41, co. 2 e quello della programmazione economico-finanziaria e finalistica (art. 41, co. 3 e art, 97, co. 1 e 2) oltre che a quello di sussidiarietà (art. 118) [58].

---

[57] Incidentale è anche l'affermazione contenuta nella sentenza della Corte suprema di cassazione a SS.UU (la n. 11656 del 2008) che secondo, quanto affermato nel primo periodo della Relazione, avrebbe riconosciuto una generale capacità contrattuale in capo alla P.A. Invero, in quella sede di regolamento della giurisdizione, si trattava – secondo quanto espressamente enunciato dalla Corte – di accertare se il contratto oggetto del contendere fosse un appalto o una vendita di casa futura, al fine di regolare la giurisdizione fra g.a. (in sede di giurisdizione esclusiva) e g.o.

[58] Si segnala, in particolare, A. POLICE, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, secondo cui l'art. 41, co. 1, nell'affermare che "*l'iniziativa economica privata è libera*", "predica (*la libertà di impresa) come libertà di impresa pubblica e libertà di impresa privata*". Cfr. anche A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1964, p. 86, e ID., *Introduzione al Convegno*, in G. CARLI, G. GUARINO, G. FERRI, U. AGNELLI (a cura di), *Libertà economiche e libertà politiche. Riforma dell'impresa e riforma dello Stato*. Cfr. poi L. EINAUDI che – nella seduta del 13 maggio 1947 (di cui in atti dell'A.C., II, 39337-38) – nell'illustrare il significato della norma da lui redatta, ha osservato che "*il comma 1 del testo costituzionale è una garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto del privato; esso assurge a diritto fondamentale, del privato*".

ISSN 2036-7821

Del terzo periodo della Relazione può, in ogni caso, essere condivisa l'affermazione secondo cui nel T.U.S.P.P. deve essere riconosciuta una aprioristica contrazione della "autonomia contrattuale", perpetrata, "per legge", ad ampio spettro: dalla tipologia (società a responsabilità limitata), al vincolo di scopo e di attività e procedimentale (accompagnata da una notevole contrazione dei poteri organizzati singolari, oltretutto concentrati in organo di vertice degli "uffici pubblici") [59].

Taluni di questi limiti (in particolare, quello relativo alle attività) parrebbero anche incongrui, così come definiti "per legge", soprattutto in periodi come quello attuale, in cui sembrano deficitari gli investimenti sulla produzione, rispetto alle potenzialità dell'intervento pubblico in tempi di crisi. Così come non pare apprezzabile, concettualmente, che nell'utilizzare lo strumento della società di capitale, se ne sacrifichino talune delle connotazioni "aziendalistiche", che sebbene non "essenziali", costituiscono motore dell'economia (v. lo scopo di lucro), in base alla pretesa incompatibilità con l'interesse pubblico specifico. Ad esso, infatti, non sembra ripugnare affatto che gli utili di impresa vengano convertiti in investimenti pubblici (ad esempio, per risanare la sofferente edilizia scolastica, rimettendo in circolazione l'utile tramite il "contratto"). Lo strumento societario in sé, ove non sia meramente speculativo, contiene – nella vigente disciplina – (privata e pubblica), elementi idonei a garantire "crescita e benessere sociale", se correttamente gestiti [60]. Senza contare che, anche secondo i principi euro-unitari, la presenza nel mercato, con scopo conforme a quello degli operatori privati, sembra risponda più adeguatamente agli obiettivi di tutela della concorrenza [61].

Anche sull'affermazione secondo cui i limiti della capacità contrattuale, rinvenibili

---

Anche M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, pp. 177 e ss., all'interno del cap. 6, (p. 178) (sebbene lui fosse strenuo assertore della titolarità della piena capacità giuridica, in capo alle Persone giuridiche pubbliche) afferma che l'art. 41, comma 1, impiega un'espressione non giuridica, come quella di iniziativa economica privata, in modo improprio; "*Il comma 1 del testo costituzionale*" aggiunge l'A. "*è una garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto del privato, esso assurge a diritto fondamentale, del privato*".

[59] Sul punto, sia consentito rinviare ad E. TEDESCHI, *Il "vincolo di scopo" nelle società a partecipazione pubblica. Riflessioni sui limiti funzionali delle società a partecipazione pubblica e sulla capacità giuridica della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2025.

[60] F. GOISIS, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2019, p 38, ripercorrendo una tematica molto cara all'A. (v. anche *La natura delle Società a partecipazione pubblica: norme nuove e questioni antiche*, in *Alla ricerca del filo di Arianna*, Incontri, 2014, in cui l'Autore cita ampi stralci di Cass. Civ. 12 aprile 2005, n. 7536 in contrapposizione al preteso tramonto della causa lucrativa).

[61] Il criterio della "redditività dell'intervento" si rinviene già nella Comunicazione relativa all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla partecipazione delle Autorità pubbliche nei capitali delle imprese, in Boll. CE, 9/1984, al par. 93, in cui si sostiene che qualsiasi forma di partecipazione pubblica (anche totalitaria) deve conformarsi al criterio "dell'investitore privato, operante in normali condizioni di mercato", e si ripete nella generalità dei documenti comunitari (ad esempio. 92/318/CEE: Decisione della Commissione, del 25 marzo 1992, relativa agli aiuti concessi dalla Spagna all'«Industrias Mediterráneas de la Piel SA» (Imepiel), in Gazzetta ufficiale n. L 172 del 27/06/1992, 0076-0085) oltre che essere alla base delle pronunce della Corte di Giustizia (fra le più recenti, Corte giust., grande sezione, 6 marzo 2018, in causa C 579/16 P, punto 67).

ISSN 2036-7821

nel T.U., costituiscano limiti "eccezionali", si potrebbe essere d'accordo, solo, però, se si muove dalla generale opzione dell'ordinamento per la composizione consensuale dei conflitti, resa manifesta dall'art. 1, co. 1-*bis*, della l. n. 241 del 1990, che non esclude né la funzionalizzazione né l'esistenza dei limiti della capacità contrattuale, sopra evidenziati.

4. Conclusioni.

Pur con le differenze che sono emerse nel corso di questa analisi, T.U.S.P.P. e Codice dei contratti sembrano muoversi secondo il medesimo tracciato logico-sistematico per ciò che attiene la puntuale distinzione fra quanto appartiene al diritto pubblico e quanto, viceversa, ricade nella disciplina civilistica. Sono, dunque, entrambi espressione omogenea di quella singolare commistione di elementi, che caratterizza il vigente "diritto amministrativo" (in parte di diritto pubblico e in parte di diritto privato), seguendo entrambi – con le connotazioni proprie della tipologia di esternalizzazione oggetto della specifica disciplina di settore – la schematizzazione procedimentale suggerita dal co. 1, art. 1, l. n. 241 del 1990.

In entrambi i testi normativi, il punto di partenza è la deliberazione organizzativa singolare, nella quale, il "programma operativo" si dipana interamente nella sua complessità, fissando anche (attraverso il provvedimento autoritativo "funzionalizzato") obiettivi e limiti della "soggettivazione" che legittima (il medesimo titolare del potere discrezionale) a proiettarsi nel diritto "comune", con attività (anch'essa "funzionalizzata") disciplinata dal diritto privato, non escluso, in entrambi i casi, che – ai fini del conseguimento del risultato – si richiedano provvedimenti autoritativi prodromici e necessari a definire fasi puntuali dell'intera operazione.

Un meccanismo complesso in cui il "provvedimento" non soltanto non perde il suo ruolo fondamentale (quello di essere espressione del "potere organizzativo singolare" della P.A.), ma lo vede rafforzato nel porsi come luogo ideale della "programmazione", alla quale si raccorda l'attività (autoritativa e/o intersoggettiva) individuata come "necessaria" al conseguimento del "risultato", ed al quale si raccordano, altresì, tutte le altre attività "*inter*" o ""*endo*" procedimentali, ed ulteriori apporti prodromici, ovvero quanto necessario a dare attuazione ai principi declinati nel co. 1 dell'art.1 l. n. 241 del 1990, al fine del conseguimento del "risultato".

In ragione di tale complessità, per entrambi gli atti legislativi si è posto (ed è stato risolto con apposita norma di chiusura) il problema della collocazione sistematica degli istituti nella disciplina pubblicistica e in quella privatistica, affinché fossero chiare le posizioni soggettive con le corrispondenti garanzie di tutela (ponendosi il problema della "giurisdizione" soltanto in tema di partecipazione societaria, considerata, nella materia contrattuale, la giurisdizione esclusiva attribuita al giudice

ISSN 2036-7821

amministrativo).

Che poi le singolarità della partecipazione societarie, da un lato, e del "contratto", dall'altro, richiedano il dipanarsi differenziato delle fasi procedimentali, è correlato alla diversità della materia. Al riguardo, è appena il caso di precisare che l'auto-organizzazione, posta come criterio autonomo nell'art. 7 co. 1 del Codice dei contratti pubblici, inerisce al potere di scelta fra le differenti soluzioni attuative contemplate nella medesima disposizione (tutte estranee al fenomeno della partecipazione in società di capitale oggetto del T.U.). Essa non ha nulla a che vedere con il potere di volta in volta espletato con il provvedimento organizzativo singolare da cui muove, in concreto, la singola scelta operativa, tipicamente "autonoma" in entrambe le ipotesi, in quanto espressione di discrezionalità (salvo i limiti derivanti dalla legge, relativamente considerata).

Occorre piuttosto evidenziare che soltanto il Codice dei contratti (e non anche il T.U.S.P.P.) consente di mettere a fuoco una particolare connotazione "evolutiva" della P.A. nel vigente assetto organizzativo "funzionale", ovvero l'emersione della figura del "funzionario", non già soltanto come "agente" di una Pubblica Amministrazione oggettivamente considerata, bensì come "persona fisica", titolare dell'autonomia organizzativa e del relativo potere organizzativo singolare, sulla base della relazione di "servizio" che lo lega all'Ente e che lo caratterizza con le sue "capacità e attitudini" e la sua "responsabilità", indipendentemente dalla natura giuridica dell'attività posta in essere. Ciò è quanto sembra emergere dalla "fiducia" che il legislatore ha inteso esprimere non soltanto nell'art. 2, del Codice, ma, anche, con maggior forza, nell'art. 7, co. 1, alla luce delle considerazioni svolte nella Relazione del Consiglio di Stato.

A parte ciò, i due testi si muovono su binari differenti e con effetti non paragonabili, sia rispetto al mercato, sia rispetto alle finanze pubbliche, il che vale a spiegare, in radice, la differente dimensione di autonomia organizzativa singolare, fortemente limitata dalla stessa legge nella disciplina della partecipazione societaria e, al contrario, definita piena (e, dunque, ampiamente discrezionale), nel Codice dei contratti pubblici nell'ambito dell'autonomia organizzativa di cui all'art. 7, co. 1.

ISSN 2036-7821