

Introduzione

La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: *va il cavaliere per il regno di Logres*

Alla metà degli anni novanta del secolo scorso, in pochi avrebbero scommesso sul futuro delle società interamente pubbliche. La necessità di trovare le risorse per dare corso agli investimenti necessari ad ammodernare reti ed infrastrutture, il bisogno di acquisire al servizio pubblico il *know how* gestionale degli operatori economici privati e la volontà di fuggire dal rigido recinto delle regole dell'evidenza pubblica costruivano il percorso verso una partecipazione reale del privato all'azione pubblica d'impresa.

Da un lato, quindi, si era compreso che la privatizzazione sostanziale dei servizi pubblici non era allora obiettivo davvero perseguito, restando regola ordinaria la partecipazione dell'ente locale alla gestione; dall'altro, la presenza del privato nelle *public-private partnership* non era rappresentata come simbolica o meramente finanziaria, bensì come elemento rilevante nel processo di professionalizzazione della gestione. Prova ne era il d.P.R. 533/1996, che, dettando le regole per la scelta del socio privato nelle società a partecipazione pubblica locale di minoranza, espressamente lo descriveva come il soggetto di reale imputazione dell'attività di gestione.

Il panorama si presenta del tutto diverso all'osservatore nei primi cinque anni del nuovo secolo. Nell'ambito dell'attività degli enti locali e delle Regioni, la società è rappresentata non più come modello di gestione e di partenariato, ma principalmente come strumento privato di azione pubblica. Contrariamente a quanto talvolta si è scritto, sono questi gli anni di massima espansione delle società *in house providing* e il modello non serve soltanto a fuggire dalle procedure di gara per l'affidamento degli appalti, ma anche e soprattutto a rafforzare e ad espandere il ruolo imprenditoriale degli enti pubblici. Non vengono più costituite solo società per la gestione dei servizi pubblici o per lo

svolgimento di attività strumentali per gli enti soci. Vengono invece creati soggetti destinati ad operare, talvolta in modo aggressivo, sul mercato e in competizione, non sempre leale, con le imprese private. Quest'ottica permette di capire perché le sentenze della Corte di Giustizia dirette a ricondurre l'affidamento *in house* entro i limiti rigorosi della delegazione interorganica (*Stadt Halle* e *Parking Brixen*, tra tutte) non siano sufficienti ad arginare in misura significativa l'espandersi del fenomeno della societarizzazione dell'azione amministrativa. L'affidamento diretto alla società non costituisce il callido sistema per immettere un privato nella gestione di attività pubbliche, ma rappresenta il modello con il quale si esprime la nuova onda dell'intervento pubblico nell'economia.

Appare oggi chiaro come il quadro di riferimento sia cambiato ancora una volta. La lettura dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, come giustamente rileva Tommaso Bonetti, esplicita (o meglio, esplicitava, data la sua recente abrogazione in seguito al *referendum* del giugno 2011), più che adombrare, l'intenzione del legislatore di ritornare al modello della società partecipata come strumento di collaborazione tra ente pubblico e impresa privata, considerando la presenza di quest'ultima non solo indefettibile, ma anche qualificante in senso proprio. Nello spirito del comma 2 dell'art. 23-*bis*, infatti, l'attribuzione di compiti specifici di gestione faceva del privato il vero e proprio gestore dell'attività, progressivamente avvicinando il modello della società mista a quello della vera e propria esternalizzazione del servizio. Al contempo, le limitazioni al ricorso all'*in house* introdotte dai commi 3 e 4 del medesimo articolo e soltanto in parte mitigate dall'art. 4 del d.P.R. 168/2010, in un campo in cui tradizionalmente era stato lo strumento principale di organizzazione del servizio, costituivano la prova del nuovo intento di frenare l'azione (e prima ancora, la nascita) dell'impresa pubblica.

In seguito all'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* (che dopo la riforma operata dai decreti legge 138 e 183/2011 ha perso gran parte del suo senso con riferimento ai servizi diversi dall'idrico) era parso di dover affermare che il ruolo pubblico nell'azione economica si fosse rafforzato. Già allora avevo tuttavia ritenuto che il quadro normativo abrogato non consentisse di dare per certa la riduzione della sfera

pubblica. Se è vero, infatti, che il *trend* ostile alle società pubbliche era ed ancora è ben manifesto nelle norme (spesso estemporanee sia per la fonte che le contiene, sia per la cura con cui sono formulate) in tema d'azione e di organizzazione delle società delle Regioni e degli enti locali (art. 13 d.l. 223/2006; art. 1 legge 296/2006; art. 3 legge 244/2007), è però anche vero che il processo di pubblicizzazione delle società partecipate, ben descritto da Annamaria De Michele, sembra spingere in direzione opposta. L'intensità con cui muove il processo, a cui partecipano con eguale solerzia il legislatore (che continua ad estendere alle società le regole degli enti pubblici), il giudice (che spesso pubblicizza anche quel poco che il legislatore lascia privato) e la dottrina (che ha riscoperto la sistematica sandulliana degli indici rivelatori della pubblicità degli enti, tradendone in parte lo spirito), impone di ritenere il contrario.

Il fenomeno è dovuto a più cause. La tutela della concorrenza, sia sotto il profilo della competizione dei privati nell'accesso al mercato dei contratti pubblici sia sotto quello della correttezza della gara tra imprese pubbliche e imprese private, è senz'altro significativa, come lo sono l'applicazione delle regole di trasparenza e imparzialità nell'accesso all'impiego e le ragioni della finanza pubblica.

Vi sono due dati di fatto che impongono, tuttavia, di trovare altrove la vera origine dell'entificazione delle società pubbliche. In primo luogo, siffatte legittime aspirazioni si possono perfettamente soddisfare estendendo alcune regole pubbliche a soggetti privati, senza per questo mettere in discussione la loro natura giuridica più profonda, come dimostrano le vicende dell'organismo di diritto pubblico. In secondo luogo, le norme del diritto amministrativo che si applicano (o che da alcuni si ritiene si applichino) alle società a partecipazione pubblica riguardano ormai elementi di tale dettaglio, di tale puntuale analiticità che non paiono tanto animate dall'intenzione di non indebolire principi pubblicistici, quanto da quella di trasformare enti privati in enti pubblici. Non basta, quindi, che i soggetti privati a partecipazione pubblica siano governati dai medesimi principi che governano la pubblica amministrazione; è necessario che quei soggetti *diventino enti pubblici*.

La verità è che ciò che genera e alimenta il processo è la sostanzia-

le convinzione che l'interesse pubblico non possa essere soddisfatto adeguatamente attraverso il diritto privato, come si ebbe modo di dire altrove. Al di là delle affermazioni di principio sull'evoluzione dei modelli consensuali di amministrazione, sul ritirarsi del potere amministrativo, dei suoi strumenti e del suo diritto, nella sostanza e nei loro atti il legislatore e la giurisprudenza manifestano il timore che le garanzie e le tutele del diritto privato non siano adeguate quando in gioco vi sia l'interesse pubblico. L'atteggiamento è un po' quello dei genitori apprensivi, che, dovendo accettare la crescita dei figli con la paura che il mondo li ferisca, finiscono per controllarli da grandi con la medesima intensità con cui li governavano da piccoli.

Nasce così una supposta esigenza di far prevalere la "sostanza" pubblica sulla "forma" privata, fondata sull'equivoco logico (un vero e proprio errore giuridico, in verità) che pretenderebbe di descrivere il diritto pubblico come il mondo della sostanza e delle garanzie e il diritto privato come quello dei rapporti di forza e dell'assenza di tutela. Nella realtà, ha insegnato Marco Cammelli, diritto pubblico e diritto privato sono entrambi mondi di forma e sostanza, in cui alla forma scelta corrisponde sempre un sistema di regole puntuali sull'esercizio di diritti e poteri e sulla tutela verso quell'esercizio.

Il risultato che il processo di entificazione delle società e di trapianto di regole pubblicistiche in forme private produce è l'ibridazione del diritto. Un'ibridazione al contempo non necessaria e pericolosa. Merusi ha spiegato che quel trapianto spesso conduce al rigetto e basta pensare alle vicende della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica per capire quanto ciò sia vero. Dall'inizio degli anni novanta e fino alla giurisprudenza della Cassazione del 2009, è dato a tutti noto, la Corte dei conti ha progressivamente esteso i confini della responsabilità per danno erariale degli amministratori, fino ad assoggettarvi anche quelli di società con partecipazione pubblica di minoranza. Ciò, in virtù dell'espressa qualificazione pubblica della natura delle società partecipate, come il lavoro di Antonella Sau descrive. Alla soggezione degli amministratori alla responsabilità pubblicistica per danno erariale, tuttavia, non corrisponde la loro sottrazione all'ordinaria responsabilità civilistica verso la società, i soci e i creditori della società, così che le due re-

sponsabilità si sommano. Si sommano, ma non si combinano, dal momento che i loro differenti presupposti le rendono sostanzialmente inconciliabili. Gli amministratori giacciono sul letto di Procuste: il loro agire secondo i canoni del diritto comune della società li espone alla responsabilità per danno erariale; il loro agire in favore dell'ente preponente li espone loro alla responsabilità codicistica, l'ente a quella per attività di direzione e coordinamento.

Il nuovissimo ordinamento dei servizi pubblici locali, introdotto con l'art. 4 del decreto legge 138/2011 e integrato dall'art. 9 del decreto legge 183/2011, mi pare non modifichi il processo descritto.

Mischiare diritto amministrativo e diritto delle società è un po' come mischiare l'acqua con l'olio. L'ibridazione non dà vita ad un diritto speciale, ma ad un complesso disarmonico di due diritti, i cui principi sono spesso in conflitto tra loro e i tentativi di loro soluzione armonica (come quello di Schlitzer, volto a dimostrare la cedevolezza delle norme civilistiche sulla responsabilità rispetto a quelle sulla responsabilità contabile) finiscono per essere forzature giustificate dall'intento nobile di trovare l'uscita dal labirinto.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato successiva al 2007 (innanzitutto la sentenza 1/2008 dell'Adunanza Plenaria) e l'art. 4 del d.l. 138/2011 sembrano avere rimesso al centro dell'attenzione il modello della società a partecipazione mista, declassando il modello dell'*in house* a formula organizzativa eccezionale. Almeno, così è nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici locali. Nell'ambito delle attività strumentali, invece, ferme le limitazioni all'agire imposte dall'art. 13 del d.l. 223/2006 (che peraltro riguardano tanto le società *in house*, quanto quelle miste), il ricorso all'*in house* continua ad essere possibile alle condizioni specificate dalla giurisprudenza comunitaria (controllo analogo e attività prevalente). L'ordinamento italiano ha dunque invertito la prospettiva rispetto all'assetto comunitario. Per quest'ultimo, i servizi pubblici locali, in ragione della loro particolare sensibilità e della contiguità alla decisione politica, costituiscono un ambito in cui è legittimo il sacrificio della concorrenza ed è ordinariamente percorribile l'organizzazione *in house*, mentre nella disciplina nazionale proprio quello dei servizi pubblici locali rappresenta il luogo di più difficile ricorso alla delegazione interorganica.

È proprio questo il dato di maggiore interesse che emerge dall'analisi della disciplina vigente in tema di società degli enti territoriali. Il modello societario, da sistema di partenariato pubblico-privato è divenuto sistema di esternalizzazione dell'attività pubblica. Confinare le società *in house* entro limiti assai più ristretti di quelli del recente passato, la partecipazione del privato nelle società miste non rappresenta più l'affiancamento di risorse professionali e finanziarie esterne a quelle pubbliche, ma il titolo giuridico di immissione del privato nella gestione di servizi e attività.

In buona sostanza, il socio scelto secondo le modalità descritte dal Consiglio di Stato (parere della II sezione 456/2007; ad. plen. 1/2008) altro non è se non il gestore del servizio, individuato secondo le tipiche procedure di scelta dell'impresa privata concessionaria e responsabile di specifici compiti operativi. La sua partecipazione alla società mista è un onere aggiuntivo che poco toglie alla sua diretta responsabilità di gestione. In quest'ottica, appare ancor più difficile da giustificare la pubblicizzazione delle società a partecipazione mista, le quali, da un lato, sono sempre più caratterizzate dall'impronta privatistica del socio privato; dall'altro, vengono regolate secondo schemi propri degli enti pubblici.

È facile immaginare che proprio il ruolo assegnato al privato alimenterà problemi interpretativi incidenti tanto sulla definizione delle regole della gara per la sua individuazione, quanto sulla relazione, a questo punto trilaterale, ente affidante-società-socio privato. La descrizione dei compiti operativi che saranno assegnati al socio privato, infatti, sposta il *focus* della selezione dal programma tecnico e finanziario che s'intende affidare alla società mista alle condizioni alle quali il concorrente s'impegna *egli stesso in prima persona* a svolgere determinate attività. Come si è detto, viene così disegnata la figura di un socio-gestore che sarà chiamato a svolgere alcune attività all'interno di una *newco* a partecipazione mista ed altre con la sua organizzazione e la sua originaria personalità giuridica. È evidente che la gestione della gara e la redazione del contratto di servizio saranno particolarmente complesse, dovendosi prevedere non solo la puntuale distinzione tra ciò che spetterà alla società mista e ciò che spetterà invece al socio privato, ma anche le regole di coordinamento delle

due attività, particolarmente delicate sotto il profilo della corresponsione delle tariffe e della gestione degli utili.

Anche la redazione dello statuto dovrà tenere conto degli elementi descritti e fatalmente evidenzierà la distonia tra le ragioni del diritto amministrativo e le disposizioni del diritto privato. Un esempio aiuta a comprendere la complessità dell'ingegneria giuridica necessaria alla costruzione delle regole. È comune, nelle società miste che debbano essere caratterizzate da rigidi rapporti maggioranza-minoranza, la distinzione in due categorie di azioni del capitale sociale: una, destinata a circolare tra soli enti pubblici; l'altra, destinata a circolare, a volte con forti limitazioni, tra soggetti privati. È facile immaginare, seguendo lo schema fino ad ora descritto dall'art. 4 d.l. 138/2011, non solo che si ricorrerà alla definizione dei due gruppi di azioni (così da garantire che la partecipazione del privato scelto con gara non scenda mai sotto la soglia legale del quaranta per cento), ma che le azioni destinate al privato saranno gravate dall'obbligo di fornire prestazioni accessorie (i famosi "compiti operativi specifici"). Le stesse prestazioni accessorie costituiranno peraltro l'oggetto principale del contratto di servizio, destinato a regolare il rapporto ente-società di gestione.

Non è difficile immaginare che, all'insorgere di contrasti in merito all'esecuzione delle prestazioni, possano aprirsi differenti vie di loro risoluzione: da un lato, quella giudiziaria o quella arbitrale tipica dei contratti di servizio; dall'altro, quella (giudiziaria ordinaria o dell'arbitrato societario) propria della risoluzione dei conflitti endosocietari. Nulla esclude, in astratto, che le due vicende si risolvano in modo differente, con un sostanziale *impasse* nella gestione dei rapporti ente-socio e, cosa che più rileva, nella conduzione del servizio pubblico. La via dell'ibridazione, della contaminazione dei diritti è stata percorsa per troppo tempo fingendo che il problema stesse nella definizione del conflitto dogmatico tra sostenitori e avversari del diritto speciale delle società pubbliche. Ora, stanno invece emergendo con drammatica evidenza i problemi pratici a cui essa conduce; problemi, questi, che spesso non possono trovare soluzioni giuridiche di compromesso. Merusi e Clarich hanno da tempo avvertito che l'argine sta nella valutazione preventiva di ciò che può essere affidato al diritto privato ed ai suoi modelli e di ciò che deve continuare ad essere regolato

dal diritto amministrativo, non nella forzatura *a posteriori* dei confini degli istituti del diritto privato.

Nel quadro attuale, caratterizzato dall'acquisita e provvisoria centralità delle miste e dall'incerta residualità delle *in house*, le società a partecipazione pubblica vagano per il regno di Logres, come il Cavaliere verde o come Parsifal, in un'apparente ricerca del Graal e nella sola consapevolezza dell'incertezza del futuro. Loro, degli enti territoriali e degli utenti.

Marco Dugato