

## **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E L'IMPIEGO DEL DIRITTO PRIVATO DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA**

di Francesca TRIMARCHI BANFI

Quando stabiliamo una relazione tra il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica, noi ci chiediamo se i due termini della relazione siano in accordo tra loro, e quindi ci prospettiamo la possibilità che la risposta non sia positiva, o che lo sia soltanto a certe condizioni.

L'impiego del diritto privato si può avere sia nell'azione che nell'organizzazione. Per dare una dimensione accettabile al mio tema, lo prenderò in esame alla luce di due disposizioni di legge che, oggi, pongono l'impiego del diritto privato *come regola generale*, rispettivamente, per l'azione e per l'organizzazione. Mi riferisco, naturalmente, all'art.1, comma 1bis della legge sul procedimento amministrativo, ed all'art.113 del Testo Unico degli enti locali; questo articolo prescrive l'impiego della coppia società di capitali e contratto, per la provvista dei servizi pubblici a rilevanza economica.

Comincerò dall'impiego del diritto privato nell'azione.

Dicevo che l'accostamento che dà il titolo alla mia relazione sottintende un dubbio. Ma aggiungo subito che è anche possibile negare l'esistenza di una relazione tra l'agire secondo il diritto privato nel senso della legge 241 ed il principio di legalità e, così, negare anche la problematicità della disposizione, quanto meno sotto il profilo che qui interessa.

Secondo la lettura prevalente, l'impiego del diritto amministrativo dovrebbe costituire la regola per atti dell'amministrazione che richiedono la limitazione unilaterale della sfera giuridica altrui: cioè per quegli atti che sono anche detti imperativi. Se è così, e se il principio di legalità è garanzia che il fondamento dell'imperatività stia nella legge, non c'è motivo per chiamare in causa il principio di legalità, quando l'amministrazione non emana atti imperativi.

In questo ordine di idee, la disposizione viene presentata come la riduzione di un'area di privilegio dell'amministrazione. La speciale forza del provvedimento verrebbe riportata a quanto è necessario. Questo si legge nei manuali recenti.

La mia esposizione della lettura prevalente è ridotta all'essenziale; naturalmente ci sono poi altre cose importanti che andrebbero precisate: in primo luogo quali siano gli atti riconducibili al concetto di autoritatività nel

senso, classico, di imperatività e come sia da intendere l'eccezione alla regola, che la norma prevede per i casi nei quali la legge disponga diversamente.

Secondo la lettura che ho esposto, nell'ordinamento vi sarebbe un'autoritatività dell'atto amministrativo che è –per così dire- l'autoritatività originaria, quella che è funzionale allo scopo e che è legittimata dallo scopo (perchè lo scopo non sarebbe altrimenti garantito); vi sarebbe, poi, un'autoritatività usurpata, che assiste manifestazioni di volontà dell'amministrazione che non ne hanno bisogno, e che per questo si risolve in ingiustificato privilegio. L'art.1, comma 1bis ci sbarazzerebbe dell'autoritatività impropria; e questo risultato verrebbe conseguito prescrivendo il regime privatistico per gli atti che non sono manifestazione della vera autoritatività, cioè dell'autoritatività che è necessaria nel senso che dicevo prima.

Se è così, la disposizione della quale ci occupiamo non direbbe soltanto all'amministrazione "agisci con atti di diritto privato" (in ipotesi, mediante contratti) ma direbbe anche: "gli atti dell'amministrazione che non sono esercizio di autorità nel senso classico, sono atti di diritto privato"; in ipotesi, atti unilaterali di diritto privato.

La norma avrebbe quindi una portata anche qualificatoria, che si rivolge al giudice. Infatti è il giudice che spesso conferisce l'attributo dell'autoritatività e qualifica come provvedimenti gli atti che intende sottoporre allo scrutinio di legittimità. Parlo di cose note, ma vorrei fare un esempio recente, tratto, appunto, dalla giurisprudenza.

L'art.113 del Testo Unico degli enti locali introduce un congegno per la provvista dei servizi pubblici nel quale non compare più il provvedimento di concessione; la concessione è sostituita da un atto di affidamento del servizio. Il giudice amministrativo, di fronte al ricorso dell'impresa che denuncia l'affidamento in via di fatto di un servizio pubblico, cerca il provvedimento "sul quale incentrare il giudizio di legittimità" e se non lo trova come atto a se stante, lo individua nell'atto che approva il contratto di servizio (CS, 2380/03). Qui, come in altri casi, il giudice intende per provvedimento l'atto che è manifestazione di un potere pubblicistico e che per questa ragione è soggetto allo scrutinio di legittimità. Provvedimento è atto autoritativo per definizione, ma affermazioni come quella che ho riferito non considerano la forza dell'atto: esse ci dicono che l'atto è espressione di un potere pubblicistico e che quindi deve essere trattato in un certo modo.

Questo ragionamento può lasciare perplessi. Ma ciò che lascia perplessi è l'argomento che viene usato, piuttosto che la sostanza dell'operazione che viene compiuta. Più precisamente può lasciare perplessi l'identificazione del potere pubblicistico con il potere di produrre provvedimenti, cioè atti autoritativi. Se, però, noi consideriamo la sostanza del ragionamento, ci rendiamo conto che esso procede dalla premessa che dove c'è compito pubblicistico e poteri pubblicistici, gli atti che sono manifestazione di poteri di questa natura sono necessariamente soggetti al controllo giudiziale che è

proprio del provvedimento, cioè che essi sono sottoposti al regime pubblicistico.

Quando parlo di regime pubblicistico mi riferisco ai principi che si applicano agli atti ed al tipo di tutela giurisdizionale che ne segue.

Se la nuova disposizione della legge 241 venisse presa sul serio, cadrebbe la generalizzazione del regime pubblicistico per ogni atto che l'A. emana per l'adempimento dei propri compiti ?

Torno allora al principio di legalità. Si usa distinguere la legalità-garanzia e la legalità- indirizzo.

La distinzione è superata, o meglio assorbita in un'unica funzione, se noi consideriamo il principio di legalità come principio che realizza la legittimazione dell'amministrazione. E' la legge che conferisce all'amministrazione la legittimazione della quale l'amministrazione ha bisogno, sia quando essa interviene nella sfera giuridica dei cittadini, sia quando essa impiega le risorse della collettività, a cominciare dal proprio stesso apparato, per questo o quello scopo. Per questa ragione il principio di legalità riguarda non la sola autorità nel senso classico, ma in generale i poteri che sono assegnati per compiti dell'amministrazione.

Il concetto stesso di compito richiama l'idea di un'investitura esterna, che nella specie deve provenire da una sede politicamente legittimata. Lo ripete la legge 241, quando dice che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge.

Si potrebbe osservare che il principio di legalità richiede che i fini siano determinati dalla legge e non altro: ma non è proprio così.

All'idea di compito si connette logicamente la finalizzazione dei poteri preordinati al compito. La finalizzazione comporta quindi il controllo giudiziale dell'uso del potere e la finalizzazione comporta anche la tutela costitutiva –cioè la reintegrazione del diritto, fin dove questo è possibile. E la doverosità del compito comporta, infine, la possibilità di posizioni giuridiche protette, anche se situate al di fuori dei confini del rapporto particolare dell'amministrazione con i destinatari dell'atto. Insomma, al compito ed al potere pubblicistico si addice un tipo di trattamento dei relativi atti che non è quello degli atti di diritto privato.

Mi pare, allora, che il regime degli atti dell'amministrazione, anche se non autoritativi nel senso della legge 241, non possa dirsi estraneo al tema della legalità.

La polemica che viene condotta contro il ricorso ingiustificato alla categoria dell'autoritatività, riguarda la forza dell'atto, ma se si intende rimediare all'uso ingiustificato dell'autoritatività disponendo l'uscita dal diritto amministrativo, si sovrappongono questioni che riguardano la forza dell'atto e questioni che riguardano il regime giuridico dell'atto. Il carattere pubblicistico del potere non implica che questo potere produca necessariamente atti dotati di autoritatività. Il carattere pubblicistico del

potere implica, invece, che gli atti che ne sono espressione siano sottoposti al regime amministrativo.

La disposizione della legge 241 sembra dividere l'universo degli atti dell'amministrazione in atti autoritativi ed atti non autoritativi. Diritto amministrativo e diritto privato si applicherebbero secondo l'appartenenza degli atti all'una o all'altra categoria. Ma il regime dell'atto amministrativo non è richiesto dalla forza degli atti ma piuttosto dal carattere del potere in quanto potere finalizzato ed è questo carattere del potere che è espressione del principio di legalità.

La difficoltà di interpretare la disposizione in modo conforme al principio di legalità nasce dalla mancanza di coerenza tra il criterio assunto per identificare l'oggetto ( che è il criterio della forza degli atti) e la conseguenza che se ne dovrebbe trarre (che è la sottoposizione degli atti all'uno o all'altro diritto).

La contraddizione è avvertita anche da coloro che vedono con favore la disposizione della legge 241 ed è per questo che questi studiosi prospettano la possibilità di mantenere l'essenziale del regime pubblicistico, nonostante l'impiego del diritto privato.

Le strade proposte in questa prospettiva sono due: una ricava dalla Costituzione alcuni precetti che non sarebbero eludibili da parte dell'Amministrazione, qualunque sia la forma nella quale essa operi. Il precetto dell'imparzialità è il più citato ed è anche il meno controverso, dato che, in una certa versione, l'imparzialità si presenta come applicazione del principio di eguaglianza. Ma il principio di imparzialità, nel nostro diritto amministrativo, non è solo questo. L'imparzialità nel senso che il termine assume nel diritto amministrativo è canone d'azione che procede dalla funzionalizzazione del potere e, per questa ragione, esso è estraneo al sistema del diritto privato.

L'altra strada è quella che utilizza, invece, le categorie del diritto privato, ma le modifica in modo tale da ottenere risultati più o meno equivalenti a quelli che sarebbero assicurati dal regime pubblicistico: si procede così quando, ad esempio, si ipotizza la nullità degli atti dell'amministrazione per impossibilità giuridica dell'oggetto, dove l'impossibilità consisterebbe nel fatto che l'oggetto (ad esempio il denaro pubblico) è stato attribuito in misura diversa da quella stabilita dalla legge. Per questa via il terzo interessato sarebbe legittimato all'azione, senza bisogno del provvedimento e del correlato interesse legittimo.

Nelle due operazioni si impiegano materiali diversi: categorie pubblicistiche nella prima, categorie privatistiche nella seconda. Peraltro le due operazioni non si escludono a vicenda. Così trasformato il diritto privato dell'amministrazione pubblica non susciterebbe dubbi nella sua relazione con il principio di legalità.

Dicevo prima che l'imparzialità, come altri parametri pubblicistici, è estranea al sistema del diritto privato: mi spiego. Vi è una certa corrispondenza tra la

struttura dei precetti e la struttura delle sanzioni che assistono i precetti nei due sistemi. Nel diritto amministrativo la tutela è di tipo correttivo: la categoria dell'illegittimità e l'azione di annullamento (con l'effetto anche conformativo della sentenza) assicura la corrispondenza dell'azione amministrativa al diritto. La reazione di tipo correttivo è normale in un sistema che è predisposto per l'attuazione di interessi pubblici. Nel diritto privato non è così. Non sarebbe pensabile una regola generale che prevedesse una tutela di tipo correttivo in un sistema ( com'è quello del diritto privato ) che si basa sull'autoregolazione degli interessi.

Il modo stesso in cui la legge formula le disposizioni che si rivolgono alle amministrazioni pubbliche si collega allo speciale regime degli atti che dovranno attuare quelle disposizioni. Intendo dire che i precetti delle leggi amministrative sono formulati in termini diversi da quelli che si impiegherebbero per norme di diritto privato. Il tenore delle leggi amministrative non di rado presuppone la posizione dell'amministrazione come apparato funzionalizzato alla cura di interessi pubblici e che per questa ragione è investito di decisioni che saranno soggette a quello speciale tipo di controllo giudiziale che riguarda la discrezionalità, e che saranno soggette al potere correttivo del giudice della legittimità. E' per questa ragione che la legge talora non definisce in via normativa la posizione rispettiva degli interessi in gioco e, per dirla in breve, configura il potere discrezionale dell'amministrazione.

Dubito che sia possibile modificare il trattamento dell'atto, ferma restando la configurazione normativa dei poteri, quando questa configurazione sia del tipo che dicevo prima. Ma dubito anche che sia possibile superare la difficoltà attribuendo al potere pubblicistico un'attitudine a trasformare, in virtù della propria natura, gli strumenti del diritto privato dei quali l'amministrazione si avvalsesse in singoli casi. Del resto, sarebbe paradossale che si prescrivesse l'impiego del diritto privato quale diritto comune a tutti i soggetti e poi si ammettesse un diritto privato confezionato secondo la natura speciale del soggetto amministrazione pubblica.

Negli anni che sono trascorsi da quando è iniziata la gestazione dell'art.1, c.1bis, ci si è interrogati sulle implicazioni che ne sarebbero derivate quanto alla posizione soggettiva dei singoli. Così, quando si pensa all'impiego del contratto, la prima domanda che ci si pone riguarda la posizione dei terzi. Ma il diritto privato dovrebbe applicarsi anche agli atti unilaterali e per questo tipo di atti si può pensare che vengano meno l'inoppugnabilità e l'autotutela amministrativa ( sempre che non siano espressamente previste dalle singole disposizioni di legge). Inoppugnabilità e autotutela sono manifestazioni della forza dell'atto e cadono insieme alla forza dell'atto. Tutto questo riguarda la posizione soggettiva dei singoli.

Ma il punto di vista del principio di legalità non è questo. Certo, il nostro sistema di giustizia si sviluppa a partire dalla convergenza tra l'assicurazione oggettiva dell'ordinamento e la tutela soggettiva; tuttavia, quando ci si

interroga sulle implicazioni della nuova disposizione per il principio di legalità, ciò che interessa sono le implicazioni che ne verrebbero per l'assicurazione della corrispondenza tra uso dei poteri e finalità dei poteri. I principi generali del diritto amministrativo ci interessano in quanto rilevanti per l'assicurazione di questa corrispondenza. Ed è per questa ragione che, quando ci occupiamo dell'impiego del diritto privato, di solito pensiamo a ciò che verrebbe a mancare se venisse meno il regime amministrativo.

Di solito non ci interroghiamo, invece, su ciò che prenderebbe il posto del diritto amministrativo. L'idea è che il diritto amministrativo sia un diritto speciale e che basti togliere quanto c'è di speciale per trovare il diritto applicabile, cioè il diritto privato. Ma questo modo di vedere si addice a quella specialità che riguarda la forza dell'atto, non si addice invece alla specialità che riguarda i principi sostanziali del diritto amministrativo. E così, se mettessimo da parte questi principi, spesso ci troveremmo ad applicare non norme di diritto privato, bensì singole disposizioni delle leggi amministrative, che sono costruite secondo la logica della funzionalizzazione, e che ora si presenterebbero amputate di quella parte di disciplina che discende dal regime amministrativo e che esse presuppongono.

Come interpretare, allora, l'art. 1, comma 1 bis? Non penso di rispondere a questa domanda; per restare nei limiti del tema che mi è stato assegnato, sintetizzo le indicazioni che si potrebbero trarre dalle considerazioni che ho esposto fin qui.

Forza dell'atto e regime dell'atto sono cose diverse. La rinuncia alla forza non ha implicazioni per il principio di legalità, ma le cose stanno diversamente per quanto riguarda l'uscita dal regime dell'atto amministrativo.

L'altra indicazione è che il rinvio al diritto privato non può che essere un rinvio al diritto privato così come esso è, e non al diritto privato come potrebbe risultare dagli adattamenti immaginabili. Se si accettano queste premesse, l'interprete dovrebbe chiedersi se l'uscita dal diritto amministrativo sia possibile, alla luce del tenore delle disposizioni di legge che configurano i singoli poteri dell'amministrazione. Avremmo allora casi nei quali è possibile fare a meno sia della forza che del regime dell'atto amministrativo, e casi nei quali si può fare a meno della forza, ma non del regime.

Vengo, ora, all'impiego del diritto privato nell'organizzazione. Quando si parla di organizzazione nelle forme del diritto privato, si pensa di solito alla costituzione di società di capitali e in particolare alla trasformazione dei vecchi enti pubblici economici in società per azioni.

Come ho anticipato, io vorrei, invece, richiamare l'attenzione sull'impiego delle società di capitali per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, cioè sull'art.113 del T.U. degli enti locali.

Perché occuparsi proprio delle società locali? Perché, come dicevo prima, è al livello locale che noi troviamo disposizioni di legge che prescrivono in via generale il ricorso a questo tipo di organizzazione per l'assolvimento di compiti locali.

Un'altra possibile domanda: che rapporto c'è tra il principio di legalità e il ricorso necessario degli enti locali a forme di organizzazione privatistiche?

Quando noi consideriamo l'amministrazione locale, constatiamo che il principio di legalità riguarda la posizione degli enti minori nell'ordinamento complessivo, ma non è principio che connota l'amministrazione propria dei comuni e delle province. Questo si deve alla particolare configurazione che l'amministrazione assume nell'ordinamento locale. L'amministrazione comunale e provinciale -Berti lo ha mostrato nel modo più persuasivo- non è (o non è per l'essenziale) attuazione di atti normativi, sia che si pensi all'atto normativo che pone regole generale ed astratte, sia che si pensi all'atto normativo che predetermina gli interessi che dovranno essere concretizzati dall'amministrazione. Quest'ultimo aspetto dell'amministrazione locale è illustrato oggi dall'art.112 del T.U.

L'articolo definisce i servizi pubblici locali come quelle attività che sono "rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". La legge non dice quali sono o possono essere in concreto i servizi pubblici locali. E' agli amministratori che spetta interpretare i bisogni della collettività e, di conseguenza, assumere singole attività come servizi pubblici. E questo sarà fatto con le singole deliberazioni che individuano, appunto, i servizi di interesse locale. Per questo il principio di legalità sembra avere un significato limitato, quando è pensato in relazione alle amministrazioni locali.

Nonostante questo non è fuori di luogo evocare il principio di legalità quando si ragiona dell'impiego del diritto privato da parte degli enti locali, e in particolare del diritto privato che si innesta nell'organizzazione di questi enti.

Come dicevo all'inizio, la relazione tra legge ed amministrazione che viene riassunta nel principio di legalità, esprime il valore che l'ordinamento costituzionale attribuisce alla legge in ragione della sua provenienza dalle assemblee elettive. In questo senso il principio di legalità è la forma immediata nella quale si manifesta quel principio democratico che sta alla base dell'organizzazione dei poteri pubblici.

Ebbene, l'amministrazione locale non è legittimata dalla legge, perché la legittimazione democratica dell'amministrazione procede direttamente

dall'investitura degli organi di amministrazione da parte della collettività di riferimento. Naturalmente vi sono distinzioni che andrebbero fatte, ma si può convenire che, per quanto riguarda la cura degli interessi della collettività, l'amministrazione locale non ha bisogno del principio di legalità perchè la selezione degli interessi e la determinazione del modo in cui soddisfarli è opera di amministratori elettivi. In questo senso si potrebbe dire che la legittimazione democratica degli organi dell'amministrazione è la versione locale del principio di legalità.

In quest'ordine di idee l'impiego della società di capitali a partecipazione pubblica come forma per la provvista dei servizi pubblici locali mi pare meriti attenzione. Intendo dire che ci si può chiedere se e in che misura la provvista dei servizi pubblici economici secondo il modello dell'art.113 T.U. sia coerente con il principio che vuole che gli amministratori elettivi abbiano piena responsabilità per i servizi pubblici locali.

Qui occorre un chiarimento preliminare. L'art.113 elenca ipotesi di impiego della società di capitali che sono diverse tra loro; io prenderò in considerazione l'ipotesi di impiego *della società mista* per la gestione dei servizi pubblici. Perchè questa scelta? perchè si tratta del modello organizzativo oggi favorito, grazie anche all'incoraggiamento che proviene dalle istituzioni comunitarie (penso al Libro Verde della Commissione sul Partenariato pubblico/privato), e perchè si tratta dell'ipotesi che mostra con maggior chiarezza gli aspetti problematici del nuovo modello.

La provvista di servizi pubblici per mezzo di società miste locali si basa su di un assunto: che occorra tenere separati indirizzo politico e gestione.

L'assunto è espresso chiaramente da quella disposizione dell'art.113 nella quale si dice che al gestore (cioè alla società) è attribuita la titolarità del servizio. L'espressione non è felice, perchè non c'è dubbio che il servizio resta nella responsabilità dell'ente che lo ha assunto come servizio pubblico. Nell'espressione si può leggere, però, l'intento di sottolineare che, una volta che la gestione è stata assegnata alla società, l'ente locale in quanto tale non può interferire nella gestione del servizio, che diviene affare di esclusiva pertinenza della società. Titolarietà del servizio è l'espressione enfatica del principio di separazione tra indirizzo politico e gestione.

Mi vorrei soffermare un momento sul senso di questa separazione. L'idea della separazione ha la sua base culturale in studi di economia dell'organizzazione applicata alle istituzioni pubbliche, e trova seguito presso una parte degli studiosi di Scienza delle finanze. Al centro di questi studi sta la constatazione che gli eletti (cioè i politici) sono influenzati da quella che viene chiamata la loro "agenda privata", vale a dire da convenienze politiche non rivelate. Il problema posto dall'agenda privata è duplice: in primo luogo essa altera il rapporto fiduciario tra elettori ed eletti; in secondo luogo essa è tendenzialmente portatrice di inefficienza. Poichè il terreno sul quale si producono i guasti dell'agenda privata dei politici è quello della gestione, allora occorre porre un confine tra l'area della politica e l'area della gestione.



La separazione tra indirizzo e gestione vorrebbe neutralizzare l'agenda privata e incrementare l'efficienza.

A noi non interessa ora la fondatezza dell'ipotesi e neppure l'efficacia della soluzione del problema del rapporto tra politici ed amministrazione. Ci interessa, piuttosto, il senso del modello nelle sue implicazioni istituzionali.

Il modello si regge su due elementi: la società mista ed il contratto di servizio. I due elementi sono collegati e devono essere considerati nella loro connessione.

Il contratto di servizio dovrebbe convogliare tutto ciò che spetta all'ente locale di decidere riguardo alla qualità ed alle condizioni di offerta del servizio –in sostanza tutto ciò che appartiene alla sfera del decidere propriamente politico. Il rapporto tra l'ente locale e la società è dunque contrattualizzato. Intendo dire che il contratto di servizio contiene per intero il rapporto tra l'ente responsabile del servizio e la società che ne ha la gestione.

La contrattualizzazione del rapporto è coerente con la posizione del socio pubblico all'interno della società: infatti, la qualità dell'ente locale in quanto socio del soggetto che ha la gestione del servizio non attribuisce all'ente locale stesso alcun potere in ordine alla conduzione del servizio.

Quest'affermazione ha bisogno di qualche precisazione. L'atto costitutivo e lo statuto della singola società possono contenere clausole che attribuiscono all'ente locale particolari poteri, e così pure l'entità della partecipazione pubblica al capitale sociale può di fatto determinare situazioni nelle quali il peso del socio pubblico è preponderante. Ma l'art.113 nulla prescrive –né quanto all'entità della partecipazione, né quanto alle clausole da introdurre nell'atto costitutivo o nello statuto o in altri patti - a salvaguardia degli interessi dell'ente locale. Non mi risultano ricerche che rispondano alle domande che ci si potrebbe fare circa le condizioni alle quali gli enti locali di fatto danno vita alle società miste. Comunque sia, il modello legale non pone prescrizioni intese a salvaguardare gli interessi del socio pubblico, e credo che questo non accada per caso.

Dicevo prima che l'assorbimento nel contratto di tutto ciò che riguarda la gestione del servizio è coerente con la posizione del socio pubblico all'interno della società; con ciò intendevo dire, appunto, che la qualità di socio non è il tramite per l'intervento dell'ente locale nella conduzione del servizio.

Si legge talvolta che attraverso la società mista l'ente pubblico viene posto nella condizione di esercitare “un controllo non solo esterno (come soggetto affidante) ma interno ed organico (come partner societario) sull'operato del soggetto privato selezionato per la gestione” (CS, parere 456/07). Quando, poi, il giudice amministrativo si trova a dover decidere se la società mista possa svolgere attività al di fuori dell'ambito territoriale dell'ente locale, il giudice si chiede se questa attività comporti il rischio che le risorse pubbliche che sono confluite nella società vengano distolte dalla loro destinazione alla collettività di riferimento. Il giudice spiega che la risposta a questa domanda è decisiva per risolvere la questione dell'ambito territoriale di azione della

società mista, dato il rapporto genetico e *funzionale* che lega la società all'ente locale (CS, 2756/05).

Sia l'idea di un controllo che l'ente locale eserciterebbe dall'interno, in quanto socio, sia l'idea di un rapporto funzionale tra la società e l'ente locale, muovono dal presupposto che la qualità del socio pubblico imprima una connotazione pubblicistica alla società e che l'ente locale nella veste di socio curi l'interesse pubblico.

Le ragioni di quest'orientamento si possono intuire, dubito, però, che l'orientamento sia giuridicamente giustificato.

Sulla posizione del socio pubblico all'interno delle società di capitali e, in particolare, all'interno della società per azioni si è discusso nel passato; mi limiterò a ricordare alcune conclusioni che possono essere considerate come acquisite.

Anche quando sia prevista la nomina di amministratori da parte del socio pubblico (e non è detto che questo di fatto accada), ciò non cambia gli obblighi dell'amministratore: l'amministratore deve comunque perseguire l'interesse della società, a prescindere dalle direttive eventualmente impartite dal socio; queste direttive rimangono esterne alla gestione della società. La presenza di amministratori di fiducia del socio pubblico può salvaguardare la correttezza dell'attività societaria in relazione all'oggetto sociale ma niente di più.

La provenienza pubblica del capitale sociale ed i motivi di interesse pubblico che hanno condotto alla costituzione della società non assumono rilevanza, per l'attività sociale e per l'interesse che deve essere curato dagli amministratori. L'interesse particolare del socio-ente pubblico, infatti, non coincide con l'interesse lucrativo che i soci perseguono in comune per mezzo della società. Sono possibili clausole statutarie che attribuiscano rilevanza anche all'interesse pubblico all'interno del programma associativo, ma – ripeto- questo non è previsto in via generale dal modello e non potrebbe essere considerato come implicito nel modello, che al contrario concentra nel contratto tutto ciò che riguarda la gestione del servizio pubblico.

In sintesi: la società mista non fornisce al socio pubblico strumenti giuridici per indirizzare la società quanto alla gestione del servizio. E, come dicevo, questo stato di cose si accorda con l'idea che ispira il modello, l'idea, cioè, che debbano essere impedito le ingerenze della politica nella conduzione del servizio.

Dal punto di vista che interessa a noi, il modello che ho descritto presenta due punti critici.

Esso sostituisce al rapporto di concessione un rapporto di diritto privato, ed esclude quindi le modalità di vigilanza e di intervento dell'amministrazione che sono proprie della concessione. Nella concessione il contratto non esaurisce il contenuto del rapporto ed è affiancato da poteri del concedente che sono considerati immanenti alla sua permanente responsabilità per la provvista del servizio.

Ora, il contratto di servizio potrà tendere alla completezza, e potrà prevedere anche le circostanze nelle quali si dovrà procedere alla rinegoziazione di clausole, ma esso non può essere considerato strumento equivalente alla concessione, specie se si considera l'adattabilità che è richiesta dalla natura dell'oggetto. La contrattualizzazione implica che il potere/dovere di provvedere al servizio sia tradotto in clausole contrattuali e sia esercitabile nei modi ed alle scadenze stabilite dal contratto. Ma se l'amministrazione conserva la responsabilità del servizio essa deve anche essere nelle condizioni di valutarne le esigenze in modo permanente e deve avere gli strumenti giuridici per agire di conseguenza. Il modello che ho descritto non è coerente con questa esigenza .

Gli studi di economia dell'organizzazione mostrano i problemi del contratto di scambio quando esso è applicato all'esternalizzazione di funzioni aziendali. Queste difficoltà sono aggravate quando le condizioni del mercato rendono inoperante la prospettiva della sostituzione del gestore quale incentivo all'esatto adempimento del contratto.

Nel caso nostro si deve considerare anche il conflitto che è insito nel doppio ruolo dell'ente locale, il quale è controparte nel contratto di servizio e, allo stesso tempo, essendo socio della società di gestione è interessato ai risultati economici della società, ed anche alla conservazione della società che è stata costituita per la gestione del servizio.

Qualcuno potrebbe osservare che proprio questo è lo scopo del modello: quello di mettere l'ente locale nella condizione di dovere osservare il canone dell'economicità, che è canone d'azione non abbastanza osservato. Ma su questo punto occorre intendersi. La ragione che rende discutibile il modello è che esso sottrae all'amministrazione la possibilità di apprezzare *tutti* i fattori che compongono il calcolo dell'interesse pubblico, ivi incluso quello che riguarda l'economicità; questa possibilità di apprezzamento deve per definizione essere permanente, e non limitata alle scadenze contrattuali.

Il secondo punto critico riguarda le risorse finanziarie che vengono immobilizzate nella società.

Il sistema della contabilità dell'ente locale non dà una rappresentazione adeguata dei risultati della società partecipata, anche in considerazione dei collegamenti che questa può stabilire con altre società, e che sfuggono al controllo dell'ente locale.

Il modello riposa sull'assunto che l'interesse imprenditoriale della società operi a beneficio dell'ente locale che ne è socio. Per il nostro argomento, non importa chiedersi se questo assunto sia confermato dai fatti; il nostro problema è se un assunto del genere possa rimpiazzare le garanzie poste dal sistema della finanza pubblica a tutela delle risorse pubbliche.

Da questo punto di vista, si possono spiegare gli sviluppi recenti della giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione a proposito della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa.

Fino al 1995 le SU erano ferme nell'escludere che gli enti pubblici imprenditori potessero ricadere sotto la giurisdizione della Corte dei conti per fatti di responsabilità amministrativa. Ciò valeva per gli enti pubblici economici. A maggior ragione, non si prospettava la giurisdizione contabile per le società a partecipazione pubblica.

Gli argomenti addotti per il cambiamento intervenuto a questo riguardo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite sono di diverso ordine. Si deve anche tenere presente che i casi decisi presentano caratteri diversi tra loro e le affermazioni del giudice devono essere valutate nel rispettivo contesto. Tuttavia vi è un concetto che compare nelle sentenze in tema di giurisdizione contabile e che pare utilizzabile per dare fondamento generale alla giurisdizione della Corte dei conti. Mi riferisco al concetto di *rapporto di servizio*.

Se la società agisce per un compito dell'ente locale, dice la Cassazione, tra la società e l'ente si stabilisce un rapporto di servizio e questo è sufficiente per radicare la giurisdizione della Corte dei conti per fatti di responsabilità amministrativa. La natura giuridica del soggetto è irrilevante agli effetti della configurazione del rapporto di servizio e così pure è irrilevante la qualificazione dell'atto che affida il compito al soggetto in questione. Ciò che conta è la "relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come partecipante dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo" (Cass., SU 3899/2004).

Per il nostro argomento non importa esaminare la tenuta del ragionamento e la fondatezza delle critiche che sono state espresse dai commentatori. I punti deboli del ragionamento ci interessano, semmai, perchè sono indice dell'urgenza del problema che la Cassazione ha avvertito: il problema della tutela delle risorse pubbliche. Quello che preme al giudice della giurisdizione, è che nell'eventualità di danno alla finanza pubblica il sistema possa contare sull'azione di ufficio del pubblico ministero, piuttosto che sull'iniziativa degli organi sociali.

Per concludere vorrei tornare un momento indietro. Dicevo prima che l'assunto sottostante al modello che ho illustrato è che l'interesse imprenditoriale della società operi a vantaggio dell'ente locale che ne è socio e, quindi, in ultima analisi, a beneficio dell'interesse del quale l'ente è portatore istituzionale.. Direi che questo assunto esprime il senso del recente favore per il diritto privato. Si tratta della fiducia nel mercato come sistema di governo delle transazioni: il contratto è favorito in quanto strumento *self-enforcing* nel senso che l'osservanza di quanto stipulato tra le parti è assicurata dagli incentivi del mercato di concorrenza. Proprio l'opposto del sistema di garanzie tipiche del diritto pubblico che si basa su poteri di intervento permanenti in capo all'amministrazione responsabile. E non è fuori luogo aggiungere che la virtù del contratto come strumento che ha in sé la garanzia della sua attuazione, dipende sia dallo specifico contesto di mercato, sia dalla tecnica con la quale il contratto è costruito.

