

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La partecipazione pubblica agli Enti del Libro I del codice civile nella normativa recente*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Segue. Partecipazioni pubbliche e D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. – 3. Il rapporto associativo dell'amministrazione pubblica in società mista come strumento di gestione di un rapporto corrispettivo. – 4. Segue. Tipologie e funzione della partecipazione pubblica. – 5. Natura degli enti e qualifica di «organismi di diritto pubblico». – 6. Il codice del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. – 7. Conclusioni.

1. L'interesse della letteratura e della pratica civilistiche verso la partecipazione della P.A. a enti del Libro primo del codice civile ha conservato per lungo tempo dimensioni assai ridotte: limitato al tema non esattamente centrale della natura e della disciplina delle c.dd. fondazioni di partecipazione, da un lato, e, dall'altro lato, a quello della qualificazione strutturale e sostanziale degli enti tra diritto privato e diritto pubblico. Le relative discussioni sono state a lungo parimenti circoscritte. Su un piano generale, limitate nella sostanza al confronto tra la posizione strutturalista, orientata a guadagnare libertà e diritti all'ombra dell'abusata formula della «persona giuridica di diritto privato» e la posizione sostanzialista, orientata a conservare lo statuto pubblicistico e i relativi controlli ogni qual volta l'interesse perseguito e il patrimonio siano riferibili all'area pubblicistica. In via specifica, poi, discussioni frammentarie connesse all'analisi di singole figure direttamente prevista dalla legge, dotate di proprie funzioni e proprie discipline, come tali in buona misura emarginate sia rispetto alle tematiche generali degli enti del Libro primo, sia rispetto a quelle, parimenti generali, del partenariato pubblico/privato.

La tematica si presta ad assumere tuttavia diversa luce in conseguenza delle previsioni contenute in alcuni provvedimenti normativi recenti, tra loro sostanzialmente coevi e forse riferibili a una complessiva idea di riforma dell'iniziativa economica ascrivibile ai settori primo (quello pubblico) e terzo (quello privato non lucrativo)

* È, con qualche opportuno aggiornamento e poche note essenziali, la relazione al convegno *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche* svoltosi nei giorni 29 e 30 giugno 2016 presso l'Università della Magna Graecia di Catanzaro.

dell'economia. Tali previsioni, in particolare, inducono una riflessione in ordine alle modalità e alle potenzialità della collaborazione pubblico privato in un contesto oggi fortemente condizionato dalla crisi economica qual è quello delle istituzioni del *welfare* nella prospettiva dell'efficienza nella produzione di beni e servizi sociali.

Primo dei detti provvedimenti è il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il «testo unico in materia di società a partecipazione pubblica». In particolare, la lettera b) dell'art. 1, comma 4, precisa che l'entrata in vigore della nuova disciplina tiene ferme «le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni». Non granché rilevante: si tratta soltanto di una esclusione. Potrebbe venir da pensare. Tuttavia, la logica delle esclusioni nel nostro specifico caso produce un risultato affermativo importante.

Il quadro degli obiettivi delineato fin dalla delega (nella specie, attribuita con l'art. 18 della L. 124/2015 sul riordino delle amministrazioni pubbliche) è chiaro, come pure lo è quello risultante dalla sua recezione da parte del legislatore delegato: razionalizzare l'impegno della P.A. nella gestione partecipata di attività economiche, correlandone la tipologia alle finalità. Vi è, in tal senso, una corretta scelta di metodo: centrale è l'attività; rispetto a essa il «soggetto», ovvero la forma organizzativa dell'attività medesima, assume rilievo esclusivamente strumentale. In questa logica rientrano a monte, concettualmente, anche gli enti associativi diversi dalle società e le fondazioni esattamente per ciò, che il legislatore ne ha espressamente disposto l'esclusione. In altre parole, l'espressa esclusione, a valle, di un fenomeno manifesta una delimitazione di campo operata a monte la quale invece quel fenomeno ricomprendeva.

Secondo provvedimento è il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 recante il «Codice del terzo settore», emanato in esecuzione della delega conferita dalla legge 6 giugno 2016, n. 106. È innanzitutto da segnalare, in questo provvedimento, la presenza di un paio di disposizioni dal contenuto speculare rispetto al menzionato art. 1, comma 4, del d.lgs. 175/2016. Una è l'esplicita inclusione dettata dall'art. 3: «Le disposizioni del presente codice si applicano, ove non derogate e in quanto compatibili, anche alle categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare». Esplicita inclusione dunque degli enti a partecipazione pubblica dotati di un proprio statuto normativo

speciale. L'altra (art. 4) è un'esclusione: «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore». La disposizione, pur all'esito della problematica interpretazione di un testo, a dire poco, sconnesso, esclude le società di natura privata costituite con scopo di lucro.

Numerose disposizioni sono poi, opportunamente, dedicate alla collaborazione programmatica e al coordinamento tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione.

Terzo e ultimo provvedimento è il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 – attuativo della medesima delega conferita dalla legge 6 giugno 2016, n. 106 – recante la revisione della disciplina dell'impresa sociale. Premesso, all'art. 1, comma 1, che «(P)ossono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, incluse quelle costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile, che, in conformità alle disposizioni del presente decreto, esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività», è in prima battuta, al comma 2 del medesimo articolo, espressa una netta esclusione: «(N)on possono acquisire la qualifica di impresa sociale le amministrazioni pubbliche». Esclusione perfezionata dalle precisazioni del comma 3 dell'art. 4 che «(G)li enti con scopo di lucro e le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un'impresa sociale ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile» nonché dell'art. 7 comma 2, che «(N)on possono assumere la presidenza

dell'impresa sociale rappresentanti degli enti di cui all'articolo 4, comma 3». Sulla medesima linea assume altresì rilievo la precedente disposizione del comma 1 dell'art. 7, che «(Q)ualora l'atto costitutivo o lo statuto riservino a soggetti esterni all'impresa sociale la nomina di componenti degli organi sociali, la nomina della maggioranza dei componenti dell'organo di amministrazione deve in ogni caso essere riservata all'assemblea degli associati o dei soci dell'impresa sociale».

2. Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, si è detto, reca un'assimilazione e un'esclusione. L'una a monte, l'altra a valle della posizione dei confini della materia da regolare. È scontato perciò sollevare da principio due interrogativi: a) perché l'assimilazione a monte? b) perché l'esclusione a valle?

Per rispondere alla prima domanda occorre inquadrare funzionalmente la partecipazione dell'amministrazione pubblica a enti non lucrativi. Come noto, la P.A. ha tradizionalmente due modi per svolgere il proprio ruolo di assistenza a servizi non economici rientranti nell'attività di promozione del *welfare*: il finanziamento diretto o indiretto (tramite sconti fiscali o privilegi di vario genere) di enti del c.d. terzo settore; lo strumento contrattuale, ovvero la completa esternalizzazione, anche finanziaria, della produzione e, invece, il commissionamento e l'acquisto *a posteriori* del prodotto.

Il modello dell'ente misto trova allo stato applicazioni assai circoscritte. A ben guardare, esse si collocano per lo più in settori dove la scelta in ordine alla modalità di produzione dei servizi profila un'alternativa radicalmente differente rispetto a quella testé evocata: alternativa non già tra finanziamento ed esternalizzazione e invece tra gestione partecipata ed esternalizzazione. In sostanza, la medesima alternativa che si pone con riguardo ai servizi di interesse economico, dove il sostegno finanziario esterno non è consentito dalle regole di tutela della concorrenza. Più in particolare, soltanto il metodo della esternalizzazione, che si traduce nella contrattazione per l'acquisto di servizi prodotti dal settore privato («secondo» o «terzo» che sia), è sempre compatibile con la natura propria della P.A. quali che siano i caratteri dell'attività e la finalità perseguita ed è perciò generalmente impiegabile, salva ovviamente la necessità di rispettare la disciplina dei contratti pubblici.

Le altre due modalità di intervento sono invece di principio collegate

ai caratteri dell'attività e/o alle relative finalità. Se, come detto, il sostegno finanziario, che sia diretto o indiretto, è incompatibile con attività di interesse economico, parimenti incompatibile è, sull'altra sponda, l'intervento nella gestione di attività le cui finalità ideali sono per definizione incompromissibili e, per ciò spesso, incontrollabili dai poteri pubblici. Questo per dire che la partecipazione dell'amministrazione pubblica a enti non lucrativi non può essere reputata in sé generalmente compatibile con i relativi profili funzionali e deve invece necessariamente trovare una propria specifica ragione d'essere nei caratteri delle attività e/o delle finalità volta per volta perseguite.

La struttura, in sintesi, e la forma degli enti nonché la modalità della partecipazione a essi della P.A. sono legittimi in ragione della loro utilità rispetto alle funzioni volta per volta perseguite. Occorre allora fare un passo indietro per anzitutto chiarire, in via ancora preliminare, quale significato assuma la partecipazione a enti da parte della P.A. nella logica del menzionato decreto 175/2016 e più ampiamente nel sistema di regole italo-comunitarie stratificate a far capo dalla legge n. 142 del 1990.

Procedendo molto sinteticamente: i menzionati interventi normativi facenti capo alla legge 142 del 1990 – come noto seguita dalla legge 498 del 1992 e dal D.P.R. 533 del 1996 – hanno delineato figure fortemente ibride, connotate da una notevole incidenza, ma diremmo pure dalla prevalenza, del “parasociale” sul “sociale” e perciò dell'elemento puramente contrattuale su quello propriamente societario o, ancora, della prevalenza degli strumenti di governo del rapporto negoziale tra le parti (pubblica e privata) in quanto tali sul modello organizzativo dei poteri di governo dell'attività¹.

Una cospicua esperienza applicativa ha profilato tali figure, soprattutto in una prima fase, secondo le linee della partizione tra società costituite per la gestione di una pluralità di servizi, ovvero a oggetto aperto, e società, a oggetto esclusivo, costituite unicamente per la gestione di uno specifico servizio. Le prime, conosciute nelle numerose esperienze di società cdd. multiservizi, somigliano

¹ Un'ampia ricostruzione in tal senso in R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta dei servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, Napoli, 2000, *passim*.

maggiormente – quantomeno guardandone l'attività nei suoi profili esterni – a società di diritto privato: come gli operatori privati, e in concorrenza con questi, agiscono sul mercato (dei servizi) senza possibilità di trattamento differenziato; problema in questo caso è la stessa ammissibilità della partecipazione pubblica. La direzione presa dal sistema e decisamente confermata dalla giurisprudenza e dal legislatore più recenti è quella di una progressiva erosione degli spazi disponibili per questa tipologia².

Le seconde sono costituite, si diceva, nella prospettiva dell'affidamento di un servizio soltanto, del quale è titolare il socio pubblico. Il rapporto è connotato dagli specifici apporti dei due soci: il socio pubblico conferisce il servizio e i beni a esso strumentali e il socio privato conferisce conoscenze tecniche e capacità operative oltre a

² Le restrizioni trovano causa, tra le altre, nei rischi di abuso, qual è l'elusione dei vincoli di finanza pubblica connessi all'utilizzazione, nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, delle società miste, di quelle strumentali e di quelle *in house*. Cfr. V. PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, in G. FALCON e B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa* (Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012), Padova, 2013, 199 ss.

In giurisprudenza, può essere reputata significativa Cons. Stato, 13 febbraio 2009, n. 824, in *Giur. it.*, 2009, 2793, ove, con riguardo a un bando per la selezione del socio operativo in funzione della costituzione di una società mista per la gestione del servizio rifiuti, si è reputato che l'indicazione dell'oggetto dell'attività da affidare, come «attività di raccolta dei rifiuti di tutti i comuni ricompresi nell'ambito territoriale ottimale [...] e di quegli altri che ne avessero fatta richiesta», fosse generica. Allo stesso modo generica è stata valutata (da Cons. Stato, 23 settembre 2008, n. 4603, in *Urb. app.*, 2009, 183) l'indicazione dell'attività da esercitare come «realizzazione di tutti quei lavori [...] che l'ATO della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali», contenuta in un bando per la selezione di socio operativo cui affidare lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria del sistema infrastrutturale per lo svolgimento del servizio idrico integrato. Ha infine decisamente negato che la società mista, costituita con gara relativamente a un servizio, possa ottenere l'affidamento di servizi ulteriori, non previsti dal bando, o il rinnovo degli appalti già affidati Cons. Stato, 4 agosto 2010, n. 5214, in *www.ildirittoamministrativo.it*; Cons. Stato, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Foro amm.* CDS, 2009, p. 789, ove in particolare: «[...] è infatti evidente che la scelta di assumere l'incarico operativo per l'esecuzione di servizi indeterminati [...] e per una durata esorbitante (...) è di per sé discriminante in danno delle imprese di settore che ben potrebbero, invece, concorrere per singoli lotti, di portata più limitata e ben precisata». V. anche Parere ANAC sulla Normativa del 19/05/2011 - rif. AG 3/2011, e sentenze del CdS ivi citate).

condividere gli oneri economico-finanziari. Il rapporto tra i due soci, pubblico e privato, è regolato prevalentemente sul piano parasociale.

A fronte di una risalente e, possiamo certamente dire, superata tendenza a ricondurre questo fenomeno al modello delle società di capitali di diritto privato comune, parte della dottrina seguita dalla giurisprudenza che si può reputare più significativa lo assimila invece al partenariato di tipo contrattuale ovvero ai rapporti costituiti principalmente tramite appalti e concessioni. In questo senso assai significativa è altresì la posizione della Commissione europea espressa nel Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM/2004/327 definitivo).

Rilevante ai fini della qualificazione del rapporto tra parte pubblica e parte privata è perciò anzitutto la disciplina applicabile all'affidamento del servizio. In altre parole, per comprendere a fondo i rapporti correnti tra pubblico e privato in quanto soci occorre capovolgere la prospettiva muovendo non già dai caratteri generali dell'ente da essi costituito e affidatario della gestione bensì dalle condizioni dell'affidamento ovvero dai requisiti che esso, ente, deve possedere specificamente per poterlo ottenere: dunque, dalle forme di gestione ammesse dal sistema.

Ebbene, dato che si può reputare da tempo acquisito³ è che i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica possono essere gestiti in tre diverse maniere: a) mediante il ricorso al mercato; b) attraverso il partenariato pubblico-privato (nel quale è ricompresa la fattispecie della società mista); c) attraverso l'affidamento diretto secondo il modello dell'*in house providing* (o delegazione interorganica), unica ipotesi a base soggettiva di deroga agli obblighi di evidenza pubblica⁴.

³ Una presa d'atto, ove necessaria, si trova nella nota decisione Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199, in G.U., 25 luglio 2012, n. 30, la quale, in specie, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 138 del 2011 – convertito nella L. 148 del 2011 – il quale, nel regolamentare le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, ribadiva quanto già contenuto nel vecchio art. 23 *bis*, L. 133 del 2008, colpito dal referendum abrogativo del 13 giugno 2011.

⁴ Le due condizioni che integrano i requisiti costitutivi della nozione *in house* sono quello strutturale del c.dd. "controllo analogo" e quello funzionale del prevalente esercizio da parte del soggetto affidatario della propria attività in favore o per conto della stessa Amministrazione affidante. E' appena il caso di ricordare che tale figura trova un riferimento giurisprudenziale nell'orientamento della Corte di Giustizia

Su questa premessa, dottrina e giurisprudenza hanno maturato opinioni ordinabili come segue:

a) un primo orientamento, piuttosto datato, fondandosi sull'assunto che il contratto sociale ha una funzione radicalmente diversa da quella del contratto di appalto, afferma la possibilità per la società mista di essere destinataria di affidamenti diretti, purché il socio privato sia stato scelto tramite procedura competitiva;

b) un secondo orientamento è basato invece sull'idea di una rigida bipartizione delle modalità di affidamento dei servizi pubblici: da un lato la gara, da svolgersi in conformità alle regole e ai principi comunitari; dall'altro lato l'assegnazione diretta *in house* ove, naturalmente, ne ricorrano le condizioni. In questa prospettiva non sarebbero mai consentiti gli affidamenti diretti a società miste, neanche se a prevalente partecipazione pubblica e la scelta del socio privato sia stata effettuata mediante gara. Conseguenza è l'affermazione della necessità di svolgere in ogni caso una seconda gara per l'affidamento del servizio⁵;

c) un terzo e ultimo orientamento profila una via intermedia tra i primi due. La sua prima elaborazione fa capo a un celebre parere reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva⁶. Punto di partenza è anche qui una netta distinzione tra l'ipotesi di affidamento *in house* e quella di affidamento alla società mista. Ma soprattutto, alla base dell'opinione

inaugurato dalla nota sentenza Teckal (18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal Srl c Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, in *Urb. app.*, 2000, 227, la quale proponeva una interpretazione estensiva dall'articolo 6 della direttiva comunitaria 92/50 del 18 giugno 1992, concernente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) e che la medesima Corte di giustizia ha, di seguito, drasticamente ristretto i confini dell'istituto: affermando talvolta l'incompatibilità dell'interesse del socio privato ai fini della rappresentazione del legame interorganico e, conseguentemente, restringendo le ipotesi di *in house* alle sole società interamente pubbliche (Corte giust., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *Urb. app.*, 2005, 288; Corte giust. 6 aprile 2006, causa C-410/04, in *Giur. it.*, 2173, meglio conosciuta come Anav); altre volte, giungendo a negare la compatibilità dell'organizzazione della s.p.a. anche quando a capitale interamente pubblico (Corte giust. 13 ottobre 2005, causa C- 458/03 Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 1915).

⁵ Esempio di questo indirizzo la sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589.

⁶ Cons. Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustiziaamministrativa.it.

espressa si trova la decisa negazione delle premesse adottate dalla risalente dottrina fautrice del menzionato primo orientamento, ovvero la negazione della netta diversità funzionale tra contratto di società mista e contratto di appalto. Al contrario, è ravvisata un'ampia fungibilità tra lo schema formale della società mista e quello dell'appalto per il perseguimento di funzioni analoghe⁷. Di conseguenza, si reputa che il modulo societario possa essere utilizzato soltanto assicurando il rispetto dei medesimi limiti rigorosi disposti dalla normativa e dai principi comunitari⁸.

A questa stregua può risultare ammissibile il ricorso alla figura della società mista «(quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un “affidamento diretto”, ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al “socio operativo” della società»⁹.

Espressione compiuta di questo orientamento si trova in una importante decisione dell'Adunanza Plenaria dello stesso Consiglio di Stato¹⁰: «[...] la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto o, con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto. Nel caso del “socio di lavoro”, “socio industriale” o “socio operativo” (come contrapposti al “socio finanziario”), si è affermato che l'attività che si ritiene “affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio. Ne risulta che, qualora si ritenga di non procedere ad un affidamento totalmente esterno, si debbano rispettare due garanzie:

1) “una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello

⁷ R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta*, cit., pp. 63 ss.

⁸ Importante in questo senso Cons. Stato, 23 ottobre 2008, n. 5587, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁹ Cons. Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, cit.; cfr. R. DI RAIMO, cit., p. 131 ss.

¹⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Urb. app.*, 2008, 1008.

stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione del socio “alla scadenza del periodo di affidamento”, evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso».

3. A mente del terzo tra i menzionati orientamenti, il legame societario pubblico privato deve sempre e comunque essere trattato come una modalità di governo di un rapporto corrispettivo. Esso si mostra preferibile rispetto agli altri due per ragioni sia strutturali che funzionali e appare altresì l'unico idoneo a soddisfare appieno la centralità assunta nel sistema europeo dalla disciplina dei contratti pubblici quale modello esclusivo e mai derogabile di tutela della concorrenza.

Il d.lgs 175/2016 fornisce ora un solido riferimento normativo a tale orientamento. Segnatamente, il decreto disciplina l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni pubbliche nell'ambito di società a totale o parziale partecipazione pubblica con il «fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza» e, a tal fine, è espressamente applicabile anche alle partecipazioni già in essere. Mostra dunque l'attitudine a determinare un riordino generale delle partecipazioni pubbliche.

Per ciò che qui più interessa, l'art. 17, che si occupa analiticamente delle società a partecipazione mista pubblico-privata:

- rinvia alle procedure di evidenza pubblica delineate dal Codice dei contratti pubblici, specificando che la loro applicazione ha «ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista». E sancisce così l'obbligo della gara c.d. a doppio oggetto, funzionale, da un lato, alla sottoscrizione della partecipazione privata alla società e, dall'altro lato, all'affidamento alla società mista del contratto di appalto;

- dispone che «la durata della partecipazione privata alla società [...] non può essere superiore alla durata dell'appalto o della

concessione», ribadendo la stretta strumentalità e, diremmo, la subordinazione del rapporto associativo rispetto a un tessuto di diritti e obblighi contrattuali a carattere squisitamente corrispettivo.

La società mista costituisce, in definitiva, la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento, disposto con gara nella logica generale del contratto pubblico, al privato c.d. «socio operativo» o anche «socio industriale» della società. Dunque, ciò che si intendeva chiarire – il senso della partecipazione a enti da parte della P.A. nella logica del decreto 175/2016 e più ampiamente nel sistema di regole italo-comunitarie stratificate a far capo dalla legge n. 142 del 1990 – si può esporre nei medesimi termini: il partenariato pubblico-privato non condivide mai la funzione cooperativa, di compartecipazione o cointeressenza propria dei rapporti associativi di diritto privato. Esso invece costituisce, per l'amministrazione pubblica, una modalità di controllo della controparte privata connessa alle dinamiche di un rapporto di scambio il quale, sotto il profilo degli interessi perseguiti dai contraenti, nulla ha di diverso rispetto a un appalto o a una concessione.

Ancora, in altra prospettiva, lo schema corrispettivo evidenzia il fisiologico conflitto di interessi contrapposti e non già, mai, la loro possibile ricomposizione in uno scopo che – pur con tutti i distinguo – si possa definire «comune». Portato alle estreme conseguenze: gli interessi pubblici e privati sono qualitativamente tra loro incompatibili, resta perciò sempre esclusa la possibilità di prospettare un rapporto sorretto da una causa di tipo associativo e condizione affinché il rapporto sia causalmente giustificato è che esprima interessi contrapposti.

Chiarito questo, lo stesso dato strutturale può costituire punto di partenza per delineare la funzione della partecipazione pubblica a enti non lucrativi. Se è vero che l'interesse pubblico si realizza in questi casi a mezzo dell'acquisto dei beni, prodotti finali o, diversamente, del finanziamento dell'attività, anche qui, alternativa all'integrale privatizzazione della medesima attività può esclusivamente essere la produzione soltanto pubblica. Anche qui, in definitiva, la partecipazione a enti misti pubblico-privato è in grado di esprimere (non già una forma organizzativa finalizzata al perseguimento di uno scopo comune metaindividuale ma) una modalità di governo da parte

della amministrazione pubblica di un rapporto contrattuale corrispettivo.

Un buon punto di partenza, si diceva, che intanto consente di rispondere al primo interrogativo posto dal D.lgs 175/2016: l'inclusione a monte dipende dalla unitarietà strutturale e funzionale della partecipazione dell'amministrazione pubblica e enti misti, con scopo di lucro e non di lucro.

4. La risposta al secondo quesito – perché l'esclusione a valle – implica l'individuazione di una importante ragione di differenziazione. Al riguardo, primo indice significativo deve essere ravvisato nell'art. 4 del decreto, ove si trovano declinate le «(F)inalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche», come segue:

«1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;

e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016».

La lettura del richiamato art. 3, che definisce amministrazioni aggiudicatrici, «le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti» conferma la prevalenza della prospettiva dei contratti pubblici e, in tale prospettiva, delinea il confine tra partecipazioni incluse e partecipazioni escluse collocando le prime sul versante della produzione di opere, beni e servizi (anche di committenza) di interesse generale e le seconde, all'opposto, su quello della (titolarità della) committenza; le prime quali partecipazioni a enti del libro V, secondo i paradigmi delle società miste o *in house*; le seconde quali partecipazioni a enti del Libro I.

L'esclusione risponde dunque a una chiara partizione funzionale. Alla base del rinvio alle «altre disposizioni di legge» operato dall'art. 4 si trova la medesima *ratio* che nel codice dei lavori pubblici distingue e regola soggetti aggiudicatori e soggetti aggiudicatari e, nei rispettivi

ambiti, distingue altresì tra «organismi di diritto pubblico»¹¹ e «imprese pubbliche»¹².

In sintesi estrema, il decreto 175/2016 ha operato un riordino delle partecipazioni secondo linee che si mostrano comprensibili e coerenti, modellate in buona parte sull'approccio proprio del diritto dell'Unione Europea: poco attento alle forme soggettive e sensibile invece alla sostanza delle attività e degli interessi.

¹¹ Originariamente previsto all'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), e ora, con testo immutato, all'art. 3, comma 1, lett., d), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, a mente della quale è tale «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

Il richiamato Allegato IV reca il seguente elenco («Elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari»).

Organismi: Mostra d'oltremare S.p.A.; Ente nazionale per l'aviazione civile – ENAC; Società nazionale per l'assistenza al volo S.p.A. – ENAV; ANAS S.p.A.; Consip S.p.A. (quando agisce in qualità di centrale di committenza per la autorità sub-centrali).

Categorie: Consorzi per le opere idrauliche; Università statali, istituti universitari statali, consorzi per i lavori interessanti le Università; Istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza; Istituti superiori scientifici e culturali, osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologici; Enti di ricerca e sperimentazione; Enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza; Consorzi di bonifica; Enti di sviluppo e di irrigazione; Consorzi per le aree industriali; Comunità montane; Enti preposti a servizi di pubblico interesse; Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero; Enti culturali e di promozione artistica.

¹² Lettera t) del medesimo comma 1 dell'art. 3. Sono tali «le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

Costante strutturale di qualsiasi forma di partecipazione è la sua stretta inerenza a un rapporto corrispettivo. È evidente la centralità della disciplina dei contratti pubblici, attorno alla quale ruotano le normative sui «soggetti»: quella sulla partecipazione all'impresa organizzata nelle forme del libro V, dedotta dal medesimo decreto 175/2016, e quelle riferibili alla partecipazione a enti del libro I. In entrambi i casi è profilata l'alternativa tra struttura integralmente pubblica e struttura mista dell'ente partecipato. Nel caso dell'impresa, l'alternativa si sostanzia con l'affiancamento alla società mista di quella c.d. *in house*; ciò, a ricomposizione del quadro dei (tre) possibili assetti strutturali del soggetto aggiudicatario: privato, misto, integralmente pubblico. Nel caso degli enti del libro primo, il panorama è meno limpido. Struttura integralmente pubblica hanno certamente gli enti costituiti per legge e singolarmente disciplinati ovvero quelli a statuto speciale ove (tant'è) ciò sia previsto dalle relative discipline; come pure hanno struttura mista gli enti espressamente regolati in tal senso. Anche qui il quadro si ricomponne con l'ipotesi degli enti a struttura puramente privatistica.

5. L'illustrata tripartizione della struttura assume un proprio rilievo assorbente principalmente con riguardo alla modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici e, per ciò stesso, si mostra decisiva in particolare per gli enti aggiudicatari, per i quali la qualifica di società *in house* consente l'affidamento diretto, determinando una modalità di gestione dei relativi rapporti radicalmente diversa da quella consentita rispetto alle altre due strutture (privata e mista). Non è invece sufficiente per determinare la natura pubblica o privata degli enti e, con essa, la disciplina applicabile. Per tale finalità – scontata la natura degli enti integralmente in mano pubblica o privata – problema è quello della qualificazione degli enti misti.

Al riguardo, è noto che per un tempo piuttosto lungo, a far capo dagli anni ottanta dello scorso secolo, la letteratura sia civilistica che amministrativistica e con essa gli altri formanti hanno coltivato la moda della privatizzazione degli statuti. Di là dalla sostanza degli assetti proprietari, è stata a lungo dominante l'idea che l'affermazione della natura privatistica e la conseguente applicazione del diritto comune degli enti implicasse un elevato grado di autonomia e garantisse un livello assai maggiore di efficienza. Radicata sul (neo)liberismo risorto e dominante negli ultimi decenni dello scorso secolo, questa idea si è

infine rivelata per lo più strumentale alla fuga dai controlli propri degli statuti pubblicistici e a correlativi abusi.

La sua opportuna revisione ha condotto a ridimensionare progressivamente il rilievo dei modelli formali per adottare criteri sostanziali tagliati sull'osservazione delle finalità perseguite, della provenienza delle risorse finanziarie impiegate e della titolarità dei poteri organizzativi. Notevole in questo senso è stato il contributo della giurisprudenza, a far capo da alcune pronunce della Corte costituzionale in tema di privatizzazioni c.d. formali¹³. Gli ultimi arresti, tuttavia, si mostrano forse eccessivamente condizionati dalla evidente aspirazione a una messa a sistema con le già menzionate definizioni recate dal codice dei lavori pubblici. Segnatamente, tale definizione è stata recentemente ripresa dalla giurisprudenza della Cassazione, la quale non mancando di affermare l'essenzialità dei tre requisiti da essa articolati («personalistico», «teleologico» e «dell'influenza dominante»¹⁴), le ha conferito rilievo generale.

V'è da osservare che il requisito c.d. «personalistico», ossia il possesso della personalità giuridica, esprime un elemento della disciplina dell'ente¹⁵ il quale, da un lato, può in quanto tale costituire una conseguenza mentre giammai può essere una premessa della qualificazione e, dall'altro lato, è certo strettamente servente rispetto all'attività di committenza contemplata dal codice dei lavori pubblici e invece non sembra che riesca ad esprimere un qualche rilievo generale per i fini del riconoscimento della natura pubblicistica.

Stesso discorso vale per il requisito «teleologico»: il perseguimento di uno scopo di interesse generale è elevabile a requisito essenziale in conseguenza e non quale premessa dell'affermazione della natura pubblicistica dell'ente. È qui da distinguere tra ente quale «organismo» e attività della quale il medesimo ente è forma organizzativa. L'attività,

¹³ Tra i molti, M. FRANCESCA, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, 173 ss.

¹⁴ Risolvono questioni di riparto di giurisdizione muovendo dalla qualificazione soggettiva Ord. Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8051; ID., 28 maggio 2014, n. 11917. Sul requisito del finanziamento maggioritario, in relazione ai criteri per l'inserimento di enti pubblici nell'elenco ISTAT, TAR Lombardia, 4 febbraio 2013, n. 326.

¹⁵ Per tutti, v. la classica lezione di F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in comm. cod. civ. Scialoja e Branca, Bologna, 1969, p. 1 ss.

come conseguenza della natura dell'interesse specificamente perseguito, può essere certamente *public*, come viene inteso nell'esperienza statunitense. Ma *public* può ben essere, a questa stregua, l'attività di enti dei quali non si possa neanche pensare di revocare in discussione la natura puramente privatistica. Altra cosa è che qualora un ente sia qualificato come «organismo di diritto pubblico» il suo scopo, *conseguentemente*, non possa che essere di interesse generale.

Determinante è, infine, soltanto il terzo requisito: «dell'influenza dominante». Per la verità, la Cassazione nel sintetizzare la definizione dettata dall'art. 3 del decreto 50/2016 ne lascia per strada un pezzo cospicuo. Sono organismi di diritto pubblico, a mente di tale norma, gli enti «la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». Il requisito dell'influenza dominante non è esclusivo ma alternativo con quello del finanziamento pubblico. E appare invero che quest'ultimo si possa reputare prioritario, considerata l'ampia prevalenza, nella pratica, di ipotesi di apporto finanziario maggioritario non accompagnato da controllo rispetto a quelle di controllo senza un corrispondente impegno finanziario.

6. Il decreto 175/2016, si diceva, ha operato un riordino delle partecipazioni pubbliche al quale non si può non riconoscere coerenza. Nelle sue pieghe, lo strumento della partecipazione a enti a struttura mista si mostra complessivamente recessivo. Si diceva altresì che lo scenario razionalizzato dal legislatore della 175 si colloca in un più ampio quadro del quale epicentro è il codice dei lavori pubblici e che si ricomponesse altresì dei due decreti legislativi, esecutivi della delega conferita dalla legge 6 giugno 2016, n. 106, recanti rispettivamente il codice del Terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. In particolare, esclusa dal perimetro del 175/2016, la partecipazione pubblica a enti del Libro I trova in questi ultimi le principali indicazioni normative.

Il «Codice del terzo settore» reca, agli artt. 3 e 4, due disposizioni che, si è già osservato, fanno sostanzialmente da *pendant* all'art. 1,

comma 4, del d.lgs. 175/2016. La prima sancisce l'applicabilità della disciplina agli enti di diritto speciale, i quali sono in larga prevalenza pubblici o a partecipazione pubblica. La seconda limita la qualifica di enti del terzo settore a quelli «diversi dalle società» e traccia, tra due mondi, il confine costituito dalla lucratività dello scopo. Date queste premesse e considerata altresì la compatibilità in astratto dello scopo di questi enti con quello della partecipazione pubblica, l'una e l'altra votate al perseguimento di finalità di interesse generale, ci si potrebbe attendere una disciplina aperta se non incentivante. Così non è. E la scelta si mostra alquanto condivisibile per più di una ragione. È incentivato invece il partenariato esterno, in forma di co-progettazione oltre che di coordinamento e di finanziamento.

La recessività del fenomeno degli enti misti è infine confermata dalla nuova disciplina dell'impresa sociale. Si è già detto dell'esclusione esplicita della amministrazione pubblica dalla qualificazione in via diretta di impresa sociale e delle inibizioni di essa complementari (di esercitare attività di direzione e coordinamento, di detenere il controllo, di occupare la presidenza con un proprio rappresentante, di avere comunque, anche se non soci, il potere statutario di nomina della maggioranza di componenti di organi sociali). La previsione generale che «(P)ossono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private [...]», contenuta nell'art. 1, comma 1, già più sopra integralmente riportato, esclude altresì gli enti misti appartenenti alla categoria degli organismi di diritto pubblico. Non rimane molto spazio per la pubblica amministrazione.

Terzo settore e impresa sociale occupano terreni strettamente interconnessi, entrambi connotati dal perseguimento di finalità di interesse generale. Con riguardo a entrambi la scelta operata dal legislatore, di escludere l'iniziativa qualificabile come pubblicistica, si mostra per più versi corretta. Innanzitutto, poiché per definizione il terzo settore dell'economia è altro rispetto al primo settore (lo Stato). Poi, poiché terzo settore e impresa sociale costituiscono oggi strumenti di attuazione della sussidiarietà e, in tal senso, è necessario che il dialogo tra amministrazione pubblica e iniziativa privata si istauri in maniera diversa rispetto alla tradizione. I meccanismi tradizionali di partecipazione – finanziamento indiretto tramite il regime tributario, partecipazione diretta nella gestione dell'attività (di enti per lo più di diritto speciale), acquisto dei beni e servizi previa convenzione – infatti

funzionano *top down*, muovono cioè dall'individuazione da parte dell'amministrazione pubblica dell'interesse da perseguire. Non ha questo carattere il finanziamento indiretto, che però consegue a valutazioni generiche di carattere prevalentemente strutturale e non implica invece l'individuazione e la valutazione specifica degli interessi. Le nuove normative si mostrano orientate a promuovere processi di individuazione degli interessi *bottom up* e, in questa prospettiva, contemplan forme di cooperazione fondate sul coordinamento e sulla co-progettazione anziché sulla compartecipazione in enti.

7. Due righe per concludere questa carrellata.

La moda del c.d. diritto privato della pubblica amministrazione, che si è imposta nei decenni a cavallo tra vecchio e nuovo millennio, è stata generata dalla concorrenza di più fattori contingenti: l'affermazione dell'ideologia neoliberista con la relativa teoria dello Stato minimo; la necessità di riequilibrare i rapporti tra cittadini e amministrazione pubblica, squilibrati a causa dei privilegi assicurati a quest'ultima dal nostro sistema pubblicistico; la specifica fase del diritto dell'Unione Europea di contrasto all'intervento diretto degli Stati membri sui mercati tramite l'impresa pubblica e la pratica degli aiuti di Stato.

Oggi: è inevitabile la constatazione del fallimento del neoliberismo, sancito dalla crisi la quale chiede interventi profondi di segno opposto; è a tutti chiaro che la fuga dal diritto pubblico costituisce assai spesso, per la pubblica amministrazione, una fuga dal diritto, punto; che cioè il diritto privato – in quanto fondato su disponibilità delle situazioni, autonomia e autoresponsabilità – garantisce ben maggiori privilegi e consente ben maggiori abusi e sprechi; l'Unione Europea, conclusa la fase di privatizzazione formale degli operatori sui mercati, guarda ora con maggiore attenzione la sostanza delle vicende sensibili ai principi della concorrenza e, in questa prospettiva, non tiene particolare conto della natura privata o pubblica dell'impresa.

Le indicazioni delle discipline recenti si mostrano dunque adeguate ai tempi, quanto alle scelte inerenti alle partecipazioni pubbliche. La pubblica amministrazione, di regola, non partecipa: il modello dell'ente misto è residuale e, comunque, esso non esprime una reale partecipazione di tipo associativo ma una modalità di controllo di un rapporto contrattuale corrispettivo. Non è applicabile quasi mai il diritto

privato comune. Ovunque vi sia impegno finanziario pubblico maggioritario prevale infatti la qualifica di organismo di diritto pubblico. Ma comunque, anche negli altri casi, risulta assorbente la disciplina del codice dei contratti pubblici.

Insomma, si può reputare che la partecipazione della pubblica amministrazione a enti del primo libro continuerà a suscitare un interesse assai ridotto; ancora limitato alle associazioni e fondazioni di diritto speciale. Ciò, vieppiù, considerando che alcuni equivoci del passato possono considerarsi risolti proprio dalle nuove discipline. Si può invece prevedere che occuperà sempre più ampio spazio il tema del sostegno all'attività del Terzo settore da parte delle amministrazioni interessate all'impatto di progetti mirati, giacché il capitolo oggi importante è quello della ricostruzione – anche o soprattutto a mezzo della cooperazione della pubblica amministrazione con enti del terzo settore – di un tessuto socio-economico inclusivo nel contesto della crisi.

In quest'ultima prospettiva occorrerà riflettere criticamente sull'opera più recente del legislatore.