

## L'EROGAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI IN FORMA PRIVATISTICA

di FABIO GIUSEPPE ANGELINI

*Direttore Centro Studi e Documentazione Tocqueville-Acton*

**Sommario:** 1. Settore pubblico e privatizzazioni; 2. I servizi pubblici: tra nozione oggettiva e nozione soggettiva; 3. I servizi pubblici nel diritto comunitario e gli organismi di diritto pubblico; 4. Il fenomeno dell'outsourcing nel settore pubblico; 5. Le trasformazioni di enti pubblici in soggetti di diritto comune: il caso del servizio sanitario; 6. Le società e le fondazioni "pubbliche" come enti a geometria variabile; 7. Il regime giuridico applicabile; 8. Conclusioni.

1. Il settore pubblico ha conosciuto, negli ultimi decenni, un lento ma costante processo di cambiamento che riguarda soprattutto i rapporti tra i soggetti pubblici e i privati come i cittadini, le imprese e le formazioni sociali. Tale modificazione ha determinato un progressivo ridimensionamento del principio di legalità a favore di un nuovo modello di pubblica amministrazione: l'amministrazione di risultato, un'amministrazione cioè in cui ciò che conta non è soltanto il formale rispetto della legge ma la coerenza tra l'outcome prodotto e le aspettative dei cittadini/utenti.

Il mutato contesto culturale si rintraccia nei più disparati ambiti dell'azione e dell'organizzazione amministrativa. Si pensi alle riforme degli anni novanta, improntate sull'introduzione nel settore pubblico di valori tipicamente imprenditoriali come l'efficienza, l'efficacia e l'economicità o ancora, alla sostituzione delle forme organizzative tradizionali con quelle innovative di diritto comune, snelle e flessibili come le società di capitali o le fondazioni, alla sostituzione degli strumenti tipici del diritto pubblico con quelli del diritto privato come gli accordi o i contratti e al fenomeno delle privatizzazioni.

L'emersione dell'amministrazione di risultato rappresenta senza dubbio l'elemento centrale di tale evoluzione e, in particolari settori, come i servizi pubblici, la stessa ragion d'essere di tale rinnovamento. L'outcome di tale attività va infatti assumendo sempre più il delicato ruolo di parametro fondamentale per la valutazione stessa del servizio pubblico con la conseguenza che, in ambiti particolarmente delicati come il servizio sanitario, quello farmaceutico ed in generale nei servizi pubblici locali, tale enfasi sul risultato ha condotto ad una sempre maggiore finalizzazione e personalizzazione del servizio pubblico<sup>1</sup> allo scopo di dare effettiva e concreta attuazione ai diritti dei cittadini.

Tuttavia l'attenzione al risultato ha da un lato spinto il settore pubblico a prestare maggiore cura all'efficacia della propria attività ma, dall'altro, ha condotto ad una forte responsabilizzazione sul fronte delle modalità di impiego delle risorse pubbliche e, di conseguenza, al rapporto tra il risultato dell'azione e la quantità di input impiegati.

<sup>1</sup> In merito ai servizi sanitarie e sociali della stessa opinione è G. PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2002, p. 1282 il quale ha rilevato che uno dei fattori di trasformazione dell'organizzazione sanitaria e assistenziale pubblica è proprio la finalizzazione e la personalizzazione del servizio sanitario e del servizio assistenziale.

La ricerca dell'efficienza e dell'efficacia nello svolgimento dell'attività amministrativa ed in particolar modo del servizio pubblico, ha dato il via ad un fenomeno particolarmente complesso e pluriforme: la "privatizzazione" dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, ovvero la sostituzione di una qualificazione giuridica pubblicistica con una privatistica.

Negli anni si sono conosciute privatizzazioni di enti, di beni, di funzioni, di servizi, di controlli e di strumenti i cui effetti però variano sensibilmente a seconda delle esperienze. Alcune hanno condotto alla fuoriuscita di un bene dalla sfera pubblica, altre alla sostituzione di monopoli pubblici con un mercato liberalizzato sul quale operano soggetti pubblici e privati, altre al cambiamento della forma giuridica di alcuni soggetti pubblici, a rilevanti modifiche sostanziali sul loro assetto proprietario o sulla natura dell'attività svolta, altre infine, all'utilizzo di strumenti privatistici da parte di amministrazioni soggettivamente pubbliche<sup>2</sup>.

Le ragioni di un simile fenomeno sono essenzialmente due: da un lato il tentativo di svincolarsi dalla disciplina pubblicistica percepita come inadatta alla flessibilità del contesto economico e sociale contemporaneo e, dall'altro, la maggiore capacità di adattamento e di libertà di azione del regime privatistico rispetto a quello pubblicistico.

In ogni caso, si è da più parti rilevato che si tratta di un uso strumentale del diritto privato e non di una vera e propria fuoriuscita del soggetto, dell'attività, del bene dalla sfera pubblica. Tali privatizzazioni si sono infatti limitate a consentire che la missione pubblica fosse svolta attraverso l'utilizzo dell'armamentario privatistico oltre che di quello pubblicistico, senza peraltro incidere sulla natura dell'attività svolta<sup>3</sup>.

Sembra potersi affermare, alla luce di tali preliminari rilievi, che la tendenza alla "privatizzazione" del settore pubblico quale diretta conseguenza dell'emersione dell'amministrazione di risultato oltre che dei sempre più stringenti vincoli di natura finanziaria abbia prodotto non tanto una riduzione della sfera pubblica, come rilevato da alcuni autori<sup>4</sup>, bensì un contestuale ampliamento dell'ambito oggettivamente pubblico dell'attività amministrativa ed un ridimensionamento di quello soggettivamente pubblico<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> In merito alle tipologie di privatizzazioni realizzate negli anni '90 e agli effetti da queste prodotte C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, p. 464 ss.

<sup>3</sup> Per un approfondimento cfr. V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org); L. TORCHIA, *Privatizzazioni ed azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Rimini, 2004, p. 25 ss.; G. VESPERINI, *Le privatizzazioni e l'organizzazione amministrativa*, *ibidem*, p. 42 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Diritto Pubblico*, 2003, p. 405 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

<sup>4</sup> S. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000. In senso contrario M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, *Dir. Amm.*, 1/2002, p. 169.

<sup>5</sup> In questo senso L. TORCHIA, *cit.*, p. 37. Per un approfondimento sia consentito un rinvio a A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002; V. CERULLI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, S. CASSESE - G. GUARINO (a cura di), Milano, 2000; G. MORBIDELLI, *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, in *Diritto pubblico*, 1997; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Diritto pubblico*, 1998.

2. Si è rilevato in precedenza come il fenomeno dell'adozione degli istituti privatistici per lo svolgimento di attività amministrative sia strettamente connesso all'emersione del modello dell'amministrazione di risultato e al tema dei servizi pubblici i quali rappresentano l'ambito in cui tale tendenza è più evidente.

Il servizio pubblico ha acquisito, con l'evoluzione dei compiti e delle funzioni dello Stato, un rilievo tale da affiancarsi a pieno titolo all'attività provvedimentale o autoritativa della pubblica amministrazione<sup>6</sup>. Dal punto di vista dell'attività amministrativa esso si caratterizza per il fatto di non essere in contrapposizione con la così detta attività di "pubblica funzione" ma, al contrario, di integrarla<sup>7</sup> venendo a configurarsi come un contesto organizzativo all'interno del quale sono presenti, oltre ad attività materiali (che tuttavia sono prevalenti), anche momenti provvedimentali<sup>8</sup>. Dal punto di vista degli utenti invece, esso di configura come una relazione complessa che si instaura tra il soggetto pubblico che organizza una offerta di prestazioni, rendendola doverosa, e gli utenti<sup>9</sup>. Si tratta di una relazione che ha ad oggetto prestazioni di cui l'amministrazione da un lato predefinisce i caratteri e, dall'altro, garantisce, direttamente o indirettamente, l'erogazione soddisfacendo i bisogni della collettività di riferimento in capo alla quale sorge una aspettativa giuridicamente rilevante<sup>10</sup>.

La nozione di "servizio pubblico" è oggetto di un ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza alimentato dall'assenza di una definizione normativa sia nel diritto interno che in quello comunitario che, al contrario, preferisce fare riferimento ad espressioni come "servizi di interesse economico generale" o "servizi universali"<sup>11</sup>. Tuttavia la complessità e la frammentarietà degli ambiti in cui è ravvisabile il servizio pubblico rende quanto mai arduo una ricostruzione unitaria.

La nozione "soggettiva", che tende ad identificare il servizio pubblico con l'attività non autoritativa svolta dalla pubblica amministrazione<sup>12</sup>, si contrappone con quella "oggettiva" che tende a ravvisare il servizio pubblico nello svolgimento di qualsiasi attività di prestazione di servizi che sia di interesse collettivo indipendentemente da un ruolo istitutivo/organizzativo della pubblica amministrazione<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005.

<sup>7</sup> S. LORUSSO, *Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico*, in I succedanei dell'ente pubblico, A. CATRICALA' (a cura di), Rivista trim. app., 2000.

<sup>8</sup> Come rilevato da G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), Bologna, 1998, p. 917, nella predefinizione e attuazione del rapporto tra utente ed ente vengono in evidenza atti e fatti di varia natura: legislativi, amministrativi autoritativi, operazioni materiali e contratti di diritto comune.

<sup>9</sup> Così E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986; ID., *I servizi pubblici a rete*, Milano, 2000

<sup>10</sup> Si veda E. CASETTA, *op. cit.*

<sup>11</sup> Per un approfondimento sul tema dei servizi pubblici in ambito comunitario cfr. A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004.

<sup>12</sup> Si tratta della impostazione seguita dalla dottrina tradizionale e su tutti da G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 138 ss.

<sup>13</sup> Cfr. U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, p. 44 ss e 152 ss. Per una panoramica sulle diverse declinazioni della nozione oggettiva di servizio pubblico si rinvia a R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 493 ove si da conto, in senso critico dell'orientamento di L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001. La nozione oggettiva ha trovato nuovo vigore in ragione di alcune pronunce giurisprudenziali: Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998, n. 30, in *Foro It.*, 1998, III, p. 350 ss, con nota di A. ROMANO e Cons. Stato, Ad. Plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro It.*, 2000, III, p. 368, con nota di F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*.

In particolare la nozione soggettiva, che intende il servizio pubblico quale modulo organizzativo dell'amministrazione o ad essa pertinente affonda le sue radici nel fenomeno della municipalizzazione, ossia dell'assunzione da parte degli enti locali della gestione di determinate attività di interesse collettivo (L. 103/1903 e TU 2576/1925) e nella successiva assunzione da parte dello Stato di servizi pubblici a carattere nazionale quali le poste, la telefonia, le ferrovie e l'energia. La nozione oggettiva ha iniziato a farsi strada in ragione del progressivo disancoramento della gestione del servizio pubblico dal dato soggettivo pubblicistico sulla base dell'idea che il servizio pubblico comprendesse "tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di una amministrazione pubblica"<sup>14</sup>.

Si tratta tuttavia di due nozioni che, singolarmente considerate, non colgono la complessità del fenomeno<sup>15</sup>. Come rilevato da autorevole parte della dottrina<sup>16</sup>, oggi, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale (sentenza 6 luglio 2004, n. 204<sup>17</sup> e sentenza 27 luglio 2004, n. 272<sup>18</sup>), il servizio pubblico "si viene a disegnare come attività o insieme di attività che presuppongono la presenza della pubblica amministrazione che agisce come autorità, in funzione dell'istituzione e/o organizzazione del pubblico servizio" (fermo restando che esso può essere espletato anche da soggetti privati) e, sotto un secondo profilo, esso è contraddistinto "da elementi ulteriori rispetto ai programmi e controlli amministrativi nei confronti delle (normali) attività economiche" la cui coincidenza rappresentava invece il punto di partenza della nozione oggettiva. Inoltre, i servizi pubblico "non sembrano essere identificati con qualsivoglia attività economia sottoposta a programmi pubblici o autorizzazioni amministrative, bensì con prestazioni alla collettività e agli utenti per le quali è centrale il ruolo istitutivo-organizzativo e/o di affidamento da parte della pubblica amministrazione".

In altri termini si fa strada una nozione di servizio pubblico che, integrando il profilo soggettivo con quello oggettivo, tende ad identificare come tale quel particolare contesto organizzativo, volto a soddisfare interessi collettivi, in cui l'amministrazione è comunque coinvolta come "autorità" provvedendo essa stessa all'espletamento dell'attività, oppure limitandosi ad istituire-organizzare il servizio delegandone l'espletamento a soggetti privati<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998, n. 30, in Foro It., 1998, III, p. 350 ss, con nota di A. ROMANO.

<sup>15</sup> Cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in Serv. Pubb. App., 2005, p. 139 ss.

<sup>16</sup> In particolare G. CAIA, *op. cit.*, p. 144.

<sup>17</sup> Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, Il Foro It., 2004, I, 2594, con nota di S. BENINI e commenti di A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204* e di F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*.

<sup>18</sup> In Servizi Pub. App., 2004, p. 831 ss., con nota di A. POLICE - W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato*.

<sup>19</sup> Come ha rilevato I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; ID., *Le privatizzazioni tra servizio e impresa*, Relazione al 3° Convegno di Studi di diritto amministrativo su L'impresa e la pubblica amministrazione: le forme e gli strumenti della concertazione, Torino, 28 maggio 1999, la partecipazione del privato nell'erogazione del servizio non fa venir meno il carattere pubblico dell'attività che è tale in quanto oggetto di un atto di assunzione da parte di un soggetto pubblico, persino nell'ipotesi in cui l'unica forma di gestione prevista fosse l'affidamento ad un privato. Cfr. anche E. CASETTA, *op. cit.*, il quale ha rilevato come d'altro canto, il privato che eroga il servizio deve rispettare gli stessi limiti e gli stessi criteri predefiniti in sede di assunzione del servizio.

La necessaria presenza dell'amministrazione nella sua veste di autorità nell'ambito della relazione di servizio pubblico è la diretta conseguenza dell'assunzione dell'attività come doverosa da parte del soggetto pubblico che, insieme alla finalizzazione al soddisfacimento dei bisogni della collettività, qualifica il servizio come "pubblico.

In merito all'erogazione del servizio pubblico, l'ordinamento prevede diverse forme tipizzate di gestione tra cui è compreso anche il ricorso a soggetti privati come l'affidamento dell'attività a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato viene scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, oppure ancora, a fondazioni di partecipazione aperte a soggetti pubblici e privati.

3. L'ordinamento comunitario ha profondamente inciso sul fenomeno della privatizzazione dei soggetti gestori dei servizi pubblici i cui tratti essenziali sono stati sinteticamente tracciati nelle pagine precedenti.

Nell'ordinamento europeo il concetto di servizio pubblico si pone essenzialmente quale eccezione alla regola di concorrenzialità prevista dal Trattato comunitario. Infatti, l'affermazione del principio di libertà economica quale elemento cardine dell'ordinamento comunitario fa sì che il servizio pubblico non solo non si configuri come strettamente connesso al settore pubblico ma non giustifichi alcuna posizione di privilegio, in termini di affidamento della gestione del servizio oppure in materia fiscale o finanziaria, per gli organismi partecipati dal potere pubblico o comunque espressione di questo.

Una tale posizione di parità tra operatori economici pubblici e privati ha prodotto numerosi effetti tra cui l'avvio dei processi di privatizzazione delle imprese pubbliche e degli enti pubblici economici che hanno indotto gli Stati ad assumere un diverso ruolo nell'economia, da quello di gestori diretti a quello di regolatori dei servizi pubblici.

In altri termini l'ordinamento UE ha prodotto numerose modifiche negli ordinamenti interni soprattutto in termini di eliminazione delle forme, anche indirette, di privilegio e di sostentamento a favore di soggetti pubblici e privati non finalizzati alla tutela di interessi collettivi, attraverso l'eliminazione di numerose posizioni di monopolio, la differenziazione tra attività di gestione e attività di regolazione del servizio pubblico, le liberalizzazioni, la separazione tra l'attività di erogazione dei servizi e quella di gestione delle relative reti ed infrastrutture.

Tra gli interventi più significativi del diritto comunitario a tutela della concorrenza e del mercato c'è senza dubbio quello legato al settore degli appalti con l'introduzione della nozione di organismo di diritto pubblico. Si tratta di organismi particolari che, rientrando nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici, sono assoggettati, al pari dei soggetti formalmente pubblici, alla specifica disciplina ispirata ai principi della concorrenza.

L'art. 1, lett. b) della direttiva 89/440/CEE considera organismi di diritto pubblico quei soggetti "istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere

non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione è sottoposta al controllo di questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico”.

La qualificazione di una soggetto come organismo di diritto pubblico, in ragione della sua vocazione al soddisfacimento di interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale, del fatto di avere personalità giuridica nonché della presenza di una influenza (sia questa realizzata attraverso una relazione di tipo finanziario, di controllo, di vigilanza o di gestione) di soggetto pubblico<sup>20</sup>, comporta sotto il profilo sostanziale, il doveroso rispetto delle direttive comunitarie in materia di appalti e, sotto quello processuale, il radicarsi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quanto al contenzioso non afferente alla fase contrattuale<sup>21</sup>.

In questo senso può affermarsi che si tratta di una nozione che assume rilievo esclusivamente in sede di delimitazione dell'ambito soggettivo di operatività della disciplina comunitaria e, quindi, nazionale di recepimento, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti comunemente detti “sopra soglia” e, invece, di una nuova soggettività giuridica a cavallo tra l'ente pubblico e l'ente privato<sup>22</sup>.

La nozione ha tuttavia prodotto effetti dirompenti nel diritto amministrativo poiché essa ha esteso il regime dell'evidenza pubblica ben oltre i confini tradizionali degli enti pubblici, facendo strada ad una nozione di pubblica amministrazione sempre più oggettivizzata. Non va altresì taciuto che, a più di dieci anni dall'introduzione della nozione, vi è una tendenza della giurisprudenza amministrativa ed in particolare del Consiglio di Stato che, in risposta al fenomeno delle privatizzazioni, tende sempre più ad identificare il termine organismo di diritto pubblico come sinonimo di ente pubblico o meglio, come un genus ente pubblico da cui discendono una serie di conseguenze spesso incompatibili con l'intento legislativo di privatizzare parte dell'organizzazione amministrativa<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> È opportuno ricordare che le tre condizioni citate hanno carattere cumulativo come affermato in giurisprudenza Corte Giustizia CE, 20 settembre 1998, causa 31-87; in senso conforme anche Corte Cass., sez. un., n. 97/2000 che nega la qualificabilità come organismo di diritto pubblico dell'Ente Fiera di Milano in quanto svolgenti attività di natura commerciale. In ambito nazionale Cons. Stato, sez. VI, n. 1206/2001 e n. 4711/2002 hanno qualificato come organismi di diritto pubblico rispettivamente Poste Italiane S.p.A. ed Enel S.p.A.

<sup>21</sup> In questo senso anche R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2004, p. 37.

<sup>22</sup> Per un approfondimento sul tema si fa rinvio a M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2004, p. 69 il quale ha rilevato che “con la nozione di organismo di diritto pubblico il diritto comunitario non ha voluto introdurre nuove soggettività giuridiche, ma indicare i casi di necessaria applicazione del diritto comunitario, quale che sia la formale qualificazione giuridica dei soggetti agenti secondo il diritto degli Stati membri”.

<sup>23</sup> Per una critica a tale atteggiamento della giurisprudenza si rinvia a G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2004, p. 96 il quale afferma che, mentre il diritto comunitario, parlando di organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche mira esclusivamente ad aprire al mercato l'attività di contrattazione degli enti pubblici, “quando il giurista italiano parla di organismo di diritto pubblico aggiunge un nuovo capitolo alla dottrina dell'ente pubblico anche se utilizza i vecchi materiali (fini pubblici, poteri pubblicistici, provvedimenti

4. Le "privatizzazioni" intese come outsourcing di attività o trasformazione di soggetti pubblici in soggetti privati, specialmente nell'ambito dei servizi pubblici, rappresentano lo strumento privilegiato sia per l'avvio dei processi di esternalizzazione, ovvero di fuoriuscita di moduli organizzativi dall'alveo pubblicistico, che per la liberalizzazione dei mercati.

Quella dell'outsourcing è una tendenza in netta espansione, dettata essenzialmente dall'esigenza di sperimentare e ricercare strumenti gestionali ed organizzativi più efficienti, capaci di avvicinare il servizio pubblico al mercato e alle sue logiche. Piuttosto che un istituto giuridico si tratta di una tecnica aziendale utilizzata dalle strutture produttive private al fin di gestire con maggiore efficienza ed economicità compiti e servizi ausiliari o strumentali al core business dell'impresa.

In particolare, l'outsourcing è il principale strumento per la costituzione di rapporti di collaborazione o partnership tra soggetti pubblici e privati poiché, al pari di qualsiasi impresa privata, all'ente pubblico è data la possibilità di portar fuori attività prima svolte internamente. Tale fuoriuscita, che si realizza sia attraverso strumenti contrattuali che mediante con la nascita di nuovi soggetti, permette al privato di svolgere attività direttamente o indirettamente connesse all'attività di servizio pubblico.

L'outsourcing si concretizza pertanto nell'esternalizzazione di attività e modelli organizzativi precedentemente rientranti nella sfera pubblicistica e dalla quale deriva un nuovo equilibrio tra pubblico e privato che, posti sullo stesso piano sono in grado di dialogare attraverso un linguaggio comune qual è appunto il diritto privato, concorrendo alla realizzazione di finalità di interesse collettivo.

La legislazione nazionale, in accordo con gli input comunitari<sup>24</sup>, presenta oggi numerose disposizioni volta a legittimare e a favorire lo sviluppo di tale fenomeno in altri ambiti tipicamente pubblicistici, dall'assistenza alla cultura, fino alla sanità. Si tratta, nella maggior parte dei casi, di discipline particolari e settoriali, inserite spesso all'interno delle leggi finanziarie e, quindi, finalizzate al recupero di ambiti di efficienza attraverso il ricorso alla collaborazione con il privato e al mercato.

Il richiamato complesso normativo mostra come con il termine outsourcing possano intendersi due tipologie differenti di fuoriuscita di attività e modelli organizzativi dal settore pubblico: un'esternalizzazione oggettiva ed una soggettiva<sup>25</sup>. In senso oggettivo dovrà intendersi per esternalizzazione la totale fuoriuscita dall'ambito pubblicistico non solo della gestione dell'attività, ma un declassamento dell'attività stessa da pubblica a privata. Al contrario, in senso soggettivo, si dovrà intendere l'esternalizzazione come la collocazione al di fuori dell'ambito pubblicistico della mera gestione dell'attività che, pertanto, continuerà a mantenere il proprio rilievo pubblicistico e collettivo.

In altri termini, nell'accezione oggettiva, per esternalizzazione si intende la fuoriuscita dall'ambito pubblicistico di un'attività che, di conseguenza, andrà classificata come privata

---

amministrativi): impiega cioè il linguaggio dei principi generali del diritto, evocando un principio generale che in realtà non esiste. Il principio secondo cui fine pubblico e soggetto pubblico combaciano così che se c'è l'uno c'è anche l'altro".

<sup>24</sup> Per un approfondimenti in tema di partenariato pubblico privato nel diritto comunitario v. M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in [www.uisa.it](http://www.uisa.it).

<sup>25</sup> M. DUGATO, *op. cit.*, p. 169 ss.

anzicchè pubblica. Al contrario, per esternalizzazione in senso soggettivo si intende la ricollocazione all'esterno di un'attività che, pur non perdendo la propria connotazione pubblicistica, vedrà modificarsi le sue modalità di svolgimento in ragione dell'adozione del modulo privatistico in luogo di quello pubblicistico.

Le ragioni fondanti del ricorso all'outsourcing nella pubblica amministrazione sono principalmente tre. La prima motivazione è a metà tra ragione ed illusione. L'illusione è pensare che il passaggio dallo strumento pubblicistico allo strumento privatistico determini l'abbandono dei lacci e delle regole pubblicistiche. Seppure è inconfutabile che tale passaggio comporti l'accantonamento di uno strumento pesante per uno più dinamico, svincolato e, quindi, più efficiente ed in linea con il modello dell'amministrazione di risultato è tuttavia fuorviante, proprio perché si tratta di esternalizzazione soggettiva, pensare che sostituire l'ente pubblico con un soggetto privato comporti automaticamente il superamento di quelle forme di garanzia che impongono ai soggetti pubblici determinate regole di funzionamento come ad esempio l'evidenza pubblica<sup>26</sup>. Sono in realtà rarissimi i casi in cui il passaggio dalle forme pubblicistiche a quelle privatistiche ha determinato l'abbandono delle pesanti regole del diritto pubblico.

La seconda motivazione, quella della maggiore dinamicità degli strumenti privatistici rispetto a quelli normalmente in dote ad un soggetto pubblico come, appunto, un'azienda sanitaria appare invece totalmente condivisibile. È facilmente intuibile il vantaggio rinvenibile dall'adozione di modelli organizzativi privatistici ove si pensi alla differenza intercorrente tra una società e un ente pubblico. Infatti mentre il secondo, nonostante le riforme degli anni '90, vede ancora la regola del diritto come principio dominante della sua attività, una società o una fondazione impegnate nell'espletamento di servizi pubblici, rappresentano due esempi di forme organizzative meno ingessate, capaci di automodellarsi costantemente e di adattare con maggiore efficacia la propria struttura al cambiamento e al mercato.

La terza motivazione, che è probabilmente quella determinante, risiede nella capacità degli strumenti privatistici di essere catalizzatori di risorse non solo finanziarie ma anche professionali. Infatti, mentre un soggetto pubblico deve bastare a se stesso, in quanto forma organizzativa chiusa, le società o le fondazioni di partecipazione, proprio per via della loro struttura partecipata, multipla ed aperta, riescono a modellare la propria composizione strutturale e finanziaria al variare dei bisogni.

In merito poi agli strumenti di esternalizzazione questi si dividono in strumenti istituzionali e strumenti contrattuali. La differenza principale tra tali tipologie rappresentata dal fatto che, mentre nel primo caso la collaborazione tra pubblico e privato si realizza all'interno di un nuovo soggetto (ad esempio in una società di capitali), nel secondo, la collaborazione seguirà le classiche regole dei contratti senza dar vita ad un nuovo soggetto.

Esempi di esternalizzazioni istituzionali sono quelle che si realizzano mediante la costituzione di società miste, associazioni in partecipazione, fondazioni di partecipazione, consorzi e, più in generale, mediante la costituzione di nuovi soggetti in cui pubblico e privato si confrontano secondo le regole proprie dello strumento adottato. Al contrario, esempi di esternalizzazioni di tipo contrattuale sono i contratti di concessione, gli appalti di servizi, i project financing, gli accordi di sponsorizzazione e di collaborazione, tutti

<sup>26</sup> M. DUGATO, *op. cit.*, p. 169 ss.



strumenti accomunati dal fatto che dalla collaborazione non scaturisce la formazione di un nuovo soggetto destinato a svolgere l'attività oggetto di esternalizzazione.

Traendo le somme, il ricorso all'outsourcing si fonda su ragioni di efficienza e, pertanto, è riconducibile al dettato dell'art. 97 della costituzione. Allo stesso tempo, esso, permettendo il coinvolgimento del privato, è funzionale all'attuazione della sussidiarietà di tipo orizzontale poiché, sostituendo l'ente pubblico con l'ente privato attua una decisione di favore per quest'ultimo. Infine, l'outsourcing, specialmente quello di tipo soggettivo, garantisce il pluralismo delle istituzioni in quanto rende possibile l'attribuzione a soggetti privati dello svolgimento di attività aventi rilevanza pubblica, elemento questo che provoca una rottura del binomio persona giuridica pubblica-interesse pubblico, ammettendo anche i privati nella gestione di attività coinvolgenti interessi collettivi.

5. Le trasformazioni di enti pubblici in soggetti di diritto comune, come si è detto, insieme come l'outsourcing, costituiscono gli strumenti attraverso cui in concreto può realizzarsi la privatizzazione (forte o debole a seconda dei casi) di servizi ed attività pubbliche. Esse rappresentano un importante aspetto di quel processo di differenziazione e di frammentazione del settore pubblico che sta progressivamente incidendo sul rapporto tra soggetti pubblici e soggetti privati nonché sulle modalità di tutela di interessi pubblici e collettivi.

L'effetto più immediato delle privatizzazioni, realizzato mediante l'outsourcing o la trasformazioni di enti, è la "pluralizzazione delle forme giuridiche utilizzate dalla normazione amministrativa"<sup>27</sup> che conduce gli enti pubblici a ricercare nuove forme organizzative che diano più spazio ai privati e al diritto privato senza per questo ritrarsi ma, semplicemente, passando al ruolo di regolatori piuttosto che di gestori diretti.

Il fenomeno della trasformazione di soggetti pubblici in soggetti privati rientra a pieno titolo all'interno di quei processi di riorganizzazione del settore pubblico che, tuttavia, pongono non pochi problemi in merito ai regimi giuridici applicabili ai soggetti risultanti e alla loro natura, a cavallo tra pubblico e privato.

Un esempio particolarmente interessante è quello offerto dall'adozione dei modelli fondazionali o societari da parte degli enti pubblici del servizio sanitario. Esso può dar luogo, a seconda delle modalità in cui in concreto viene effettuata, ad una forma di sperimentazione gestionale ex art. 9-bis, D.Lgs. 502/1992 o di trasformazione, nell'ipotesi in cui enti precedentemente pubblici, deputati allo svolgimento di attività sanitarie, vengono trasformati, per scelta autonoma o legislativa, in soggetti privati. Si tratta dell'ipotesi disciplinata dal D.Lgs. 288/2003 che permette agli Istituti di Ricovero e Cura a carattere Scientifico di diritto pubblico di trasformarsi in fondazioni IRCCS ma non solo. Altri esempi sono le sempre più frequenti trasformazioni di presidi ospedalieri pubblici, dipartimenti o strutture complesse, in fondazioni o società di diritto privato o, ancora, la trasformazione di strutture interne agli enti sanitari svolgenti attività indirettamente connesse con la funzione di tutela della salute, in soggetti privati posti in posizione strumentale o di supporto.

<sup>27</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nell'amministrazione*, Milano, 2003, p. 23, in cui l'autore evidenzia come la dicotomia tra pubblico e privato sia stata sostituita da intrecci e sovrapposizioni tra discipline privatistiche e discipline pubblicistiche.

In tutti questi casi emerge chiaramente un dato. La trasformazione delle figure soggettive pubbliche, o di parti di esse, in soggetti privati, almeno relativamente al settore sanitario, può definirsi come la sostituzione dell'ente sanitario con una persona giuridica privata in cui però, pur modificandosi la struttura organizzativa, lo scopo o, entrambi questi elementi, l'identità ed il patrimonio del soggetto originario viene conservata<sup>28</sup>. Va però chiarito che non sempre alla trasformazione formale dell'ente pubblico in soggetto privato segue il trasferimento della titolarità dell'attività precedentemente svolta, specie nell'ipotesi in cui la sostituzione riguarda non l'intero soggetto pubblico ma parte di esso e quando l'attività ha rilievo pubblicistico.

Conferma di ciò si rinviene nell'ipotesi di trasformazione di un presidio ospedaliero in fondazione in cui, l'ente originario, non solo continua ad esistere ma ad essere titolare del servizio pubblico espletato però dal nuovo soggetto. In tale situazione, la fondazione o la società risultante gestisce il servizio esternalizzato senza per altro assumere direttamente la titolarità dello stesso che, invece, rimane in capo all'azienda sanitaria oppure alla Regione. Si deve parlare più correttamente di trasformazione formale e non sostanziale non avendo questa comportato alcun declassamento dell'attività da pubblica a privata.

Nel caso invece di trasformazione di IRCCS in fondazioni IRCCS, si assiste ad un fenomeno di trasformazione sostanziale che però, in questa particolare ipotesi, non si concretizza nella sostituzione di un soggetto pubblico con uno privato ma, piuttosto, di uno pubblico con un altro, altrettanto pubblico, a struttura fondazionale<sup>29</sup>.

Non sempre quindi, in aderenza alle considerazioni svolte relativamente alle tipologie di outsourcing, alla trasformazione di figure pubbliche corrisponde la riclassificazione delle attività istituzionali dell'ente da pubbliche a private e, pertanto, non è affatto detto che, per effetto di questa, si produca l'automatica sostituzione della disciplina amministrativa con quella propria del diritto privato, o almeno, non in parte.

Più realisticamente, come avviene nel caso delle fondazioni o società svolgenti attività diretta di tutela della salute, la trasformazione conduce alla creazione di soggetti che, pur qualificandosi come privati, vedono convivere al proprio interno diritto privato e diritto amministrativo in ragione dell'attrazione di un'attività di rilevanza pubblica in una forma privatistica.

Il fenomeno della presenza nell'ordinamento di figure soggettive in cui disciplina pubblicistica e privatistica convivono è conosciuto già da diversi anni<sup>30</sup>. Si pensi alle società di diritto speciale in cui, accanto alle regole privatistiche proprie del modello societario in materia di lavoro e bilanci, convivono regole e strumenti tipici del diritto amministrativo tra cui le regole dell'evidenza pubblica.

<sup>28</sup> Per una ricostruzione unitaria della fattispecie trasformazione di enti pubblici si veda E. FRENI, *La trasformazione degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>29</sup> M. OCCHIENA, *Le fondazioni istituti di ricovero e cura a carattere scientifico*, in Mecosan, 2006, in corso di pubblicazione.

<sup>30</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in Riv. Soc., 1958, p. 227; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia, La sovranità tra Costituzione ed Istituzioni comunitarie*, in Quad. Cost., 1992, p. 21 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com., 2001, p. 1013 ss.; G. NAPOLITANO, *op. cit.*; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, p. 179 ss.

Dall'impiego dell'outsourcing e delle trasformazioni di soggetti pubblici deriva sempre più l'affermarsi di un sistema complesso nel quale tra l'area riservata al diritto privato e quella riservata al diritto pubblico vi è una zona sempre più estesa in cui si collocano quei soggetti regolati per taluni aspetti dal diritto privato e per altri dal diritto amministrativo<sup>31</sup>.

In ambito sanitario, le trasformazioni a cui si è accennato possono realizzarsi ex lege, come nel caso delle fondazioni IRCCS oppure, per decisione autonoma dell'ente nelle forme e nei modi di cui all'art. 9-bis, come avviene nel caso in cui oggetto dell'attività del soggetto risultante sia la tutela diretta della salute.

La trasformazione in soggetti privati degli enti sanitari pubblici o di parti di essi, presenta tuttavia un profilo problematico relativamente alla reversibilità di tale scelta ovvero alla possibilità di operare una ripubblicizzazione di tali soggetti una volta avvenuto il coinvolgimento dei privati. Infatti, mentre per le attività imprenditoriali l'art. 43 cost. legittima interventi di ripubblicizzazione fondati sull'esproprio, dietro pagamento di un indennizzo, dell'iniziativa privata, per le attività che non hanno natura di impresa non esiste alcuna legittimazione, anzi, come avvenuto per le IPAB<sup>32</sup>, sembra che tale operazione sia preclusa dall'art. 38 cost. che, sancendo la libertà dell'assistenza, prevede in capo allo Stato solo un obbligo di garanzia delle prestazioni assistenziali e previdenziali da soddisfare anche mediante il ricorso ad organismi privati da esso predisposti o integrati.

Sembrerebbe doversi affermare che l'amministrazione sanitaria, una volta privatizzata la gestione del servizio, non possa più sopprimere l'iniziativa privata o sostituirsi ad essa ma, esclusivamente, intervenire con strumenti di regolazione e di controllo tali però da non comprimere in misura eccessiva e non proporzionata l'autonomia privata. Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali in tema di soggetti privati pubblicizzati ex lege, parrebbe che le trasformazioni di soggetti sanitari pubblici in privati o le esternalizzazioni soggettive a favore di soggetti privati si atteggiino come scelte tendenzialmente definitive in quanto la reversibilità, intesa come ritorno al pubblico dei soggetti privati appositamente istituiti per svolgere attività di tutela diretta della salute o di supporto a questa, potrebbe presentare, in ragione del più o meno ampio coinvolgimento dei soggetti privati, profili di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 118, 3 e 38 della costituzione oltre che con i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

6. Il ricorso al diritto privato quale strumento dinamico e flessibile per lo svolgimento dell'attività di servizio pubblico rappresenta una costante nell'ultimo decennio. Quello delle privatizzazioni è un fenomeno molto evidente sul fronte dell'organizzazione pubblica ove si riscontra, in quasi tutti gli ambiti del servizio pubblico, la tendenza a sostituire all'intervento diretto, realizzato mediante le figure giuridiche di diritto pubblico, quello indiretto realizzato sia attraverso l'adozione di forme organizzative di diritto privato sia attraverso il mutamento del ruolo dell'amministrazione da gestore del servizio a regolatore.

<sup>31</sup> Si veda al riguardo S. PUGLIATTI, *v. Diritto Pubblico e privato*, in Enc. Dir., Milano, 1964, Vol. XII, p. 720 ss. e U. FORTI, *Amministrazione pubblica e attività privata*, in Studi di diritto pubblico, I, Roma, 1937, p. 279 ss.

<sup>32</sup> Si ricorda in proposito la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di IPAB ed in particolare la decisione n. 369/88 pubblicata su *Foro It.*, 1989, I, 46 con commento di SARACCO, recentemente ripresa da Corte Cass., sez. lav., 19 maggio 2003, n. 7843, *ID.*, Rep. 2003, voce Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza, n. 9.

In questo contesto di modificazione dei confini dell'articolazione amministrativa pubblica si vanno sempre più diffondendo forme di intervento pubblico realizzate attraverso il ricorso a figure soggettive privatistiche ed in particolare, a società<sup>33</sup> e fondazioni di partecipazione.

Entrambi i modelli si caratterizzano per il fatto di realizzare l'attrazione di un interesse pubblico in un'organizzazione formalmente privata, circostanza questa che pone non pochi problemi ove si tenti di ricostruirne la vera natura, pubblica o privata.

In particolare il problema si pone in relazione alla possibile riconduzione di tale soggetto alla stregua di un ente pubblico piuttosto che di uno privato stante il particolare regime giuridico a cui l'interesse oggetto della sua attività è assoggettato.

Il diritto sostanziale prevede che "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge" (art. 97 della carta costituzionale) e che "nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge" (art. 4 della L. 70/1975).

La giurisprudenza, al fine di risolvere il problema della soggettività pubblica, ha elaborato una serie di indici esteriori<sup>34</sup> che, valutati nel loro complesso, avevano il pregio di risolvere la complessa questione dell'individuazione degli enti pubblici. La dottrina ha, dal canto suo, elaborato diverse teorie basate sul criterio dell'imperium<sup>35</sup>, del rapporto di servizio<sup>36</sup>, dell'inquadramento nell'organizzazione dello Stato<sup>37</sup> e sul criterio del fine<sup>38</sup>.

L'evoluzione storica degli enti pubblici e la loro detipicizzazione<sup>39</sup> ha poi condotto alcuni autori<sup>40</sup> a rinunciare al tentativo di ricondurre i diversi tipi di enti pubblici in un unico involucro definitorio preferendo invece individuarne il minimo comune denominatore, ovvero quel criterio base sottostante alle diverse qualificazioni di ente pubblico. In particolare, tali autori hanno inteso ricondurre la qualificazione pubblica di tali enti ad una valutazione di necessità della loro esistenza in vita svolta dai pubblici poteri<sup>41</sup> ed esternata attraverso un atto avente forza di legge, un provvedimento amministrativo oppure un atto di alta amministrazione posto in essere sulla base di una previsione di legge.

<sup>33</sup> Per un approfondimento in tema di costituzione di società pubbliche e modelli societari nell'organizzazione amministrativa si rinvia a F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il Diritto dell'economia*, 2004.

<sup>34</sup> Tra questi indici possono essere annoverati la costituzione dell'ente ad opera di un soggetto pubblico, la nomina degli organi direttivi in tutto o in parte di competenza dello Stato o di altro ente pubblico, l'esistenza di controlli o di finanziamenti pubblici, l'attribuzione di poteri autorizzativi, l'indisponibilità della propria esistenza, l'impiego di denaro pubblico. Si veda al riguardo G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 259 ss.

<sup>35</sup> Al riguardo si vedano G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912, p. 290 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1915 p. 199 ss.; F. FERRARA SR., *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, p. 748 ss.

<sup>36</sup> Tale tesi è stata sostenuta da G. MIELI, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, Milano, 1943.

<sup>37</sup> U. FORTI, *Gli enti parastatali*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, p. 308.

<sup>38</sup> La teoria finalistica è stata sostenuta da O. RANELETTI, *Concetto delle persone giuridiche amministrative*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1916, I, p. 337 ss.; V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1921, p. 146 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, p. 87 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, p. 118 ss.

<sup>39</sup> In tema si veda M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avanguardie*, Napoli, 1974, p. 73 ss.

<sup>40</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 177 ss.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit.

<sup>41</sup> G. ROSSI, *cit.*, 1991, p. 259 ss.

In una situazione come quella attuale, caratterizzata dalla crisi irreversibile della nozione di ente pubblico, molti autori<sup>42</sup> sostengono che il carattere di pubblicità di un soggetto non ha alcuna importanza operativa bensì un significato meramente conoscitivo poiché l'ente pubblico è ormai diventato un "istituto proteiforme, le cui frontiere sono imprecise e le cui classificazioni sono multiple ed imperfette. O meglio, non è neppure un istituto, ma la somma di un'insieme di istituti"<sup>43</sup>.

Alla base di tale opinione c'è la considerazione che l'ordinamento comunitario, a partire dalla direttiva n. 89/440/CEE, ha condotto ad un ribaltamento di prospettiva in ragione del diverso approccio seguito dal legislatore comunitario in materia. In particolare, a livello europeo<sup>44</sup> si è da sempre preferita l'adozione di una nozione sostanzialistica di ente pubblico in ragione, in primo luogo delle profonde differenze esistenti tra i diversi ordinamenti interni e, in secondo luogo, per una serie di altri fattori di natura empirica quali ad esempio il progressivo attenuarsi della contrapposizione tra pubblico e privato nel perseguimento di finalità pubbliche e la maggiore applicabilità di regole privatistiche alle amministrazioni pubbliche e di regole pubblicistiche a soggetti privati.

L'emersione di una nozione sostanziale di ente pubblico è principalmente il risultato del nuovo rapporto tra pubblico e privato nonché dall'assenza, nel nostro ordinamento, di una netta linea di confine tra il diritto privato ed il diritto amministrativo<sup>45</sup> all'origine del fenomeno, sempre più evidente, dell'emersione di una zona grigia<sup>46</sup>, sempre più estesa, in cui convivono istituti di diritto privato e di diritto amministrativo<sup>47</sup>.

Tale nozione sostanzialistica attribuisce la natura pubblica ad organismi che, seppur qualificati come privati dagli ordinamenti nazionali, esercitano attività di interesse generale, di rilievo pubblicistico, subendo tuttavia una forte influenza da parte dei pubblici poteri perché finanziati da questi, perché soggetti al loro controllo, perché amministrati da soggetti designati da altri enti pubblici oppure perché frutto di processi di privatizzazione o di esternalizzazione puramente formali.

Dal particolare approccio seguito dall'ordinamento comunitario scaturisce una valenza ormai meramente descrittiva della nozione di ente pubblico, tale da non incidere

<sup>42</sup> S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, p. 96.

<sup>43</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000, p. 197 ss.

<sup>44</sup> Al riguardo si veda D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in Studi in memoria di F. PIGA, Milano, 1992, I, p. 915 ss. Si vedano anche G.F. FERRARI, *L'ente pubblico nel diritto comparato*, in Studi in onore di V. OTTAVIANO, Milano, 1993, I, p. 395 ss.; la decisione della Corte di Giustizia del 16/06/1987, causa n. 118/95, in Raccolta giur. Corte di Giustizia, 1987, p. 2599 ss.; M. RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in Dir. Amm., 1993, p. 573 ss.

<sup>45</sup> In questo senso E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, 2004, p. 232, riprendendo M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, ult. ed. 1995; M.S. GIANNI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in Riv. Soc., 1958, p. 227 ss.

<sup>46</sup> Tale fenomeno era stato notato per la prima volta da U. FORTI, *Amministrazione pubblica e attività economica privata*, in Studi di diritto pubblico, I, Roma, 1937, p. 279 ss.

<sup>47</sup> In questo senso, M.S. GIANNINI, *v. Diritto Amministrativo*, in Enc. Dir., vol. XII, Milano, 1964, p. 855 ss.; S. PUGLIATTI, *v. Diritto pubblico e privato*, in Enc. Dir., Milano, 1964, vol. XII, p. 720 ss. Per avere un riscontro pratico basti pensare alla costituzione di società di diritto speciale, all'aziendalizzazione nella sanità, al ricorso ad accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi o, al contrario, ai casi di sottoposizione di soggetti privati a regole pubblicistiche come ad esempio avviene per gli esercenti di attività sanitarie accreditate con il SSN e per i farmacisti nello svolgimento di attività di dispensazione di farmaci a carico del SSN.

sull'individuazione delle norme applicabili al soggetto di volta in volta considerato<sup>48</sup>. Si tratta in altri termini di un'impostazione che pone l'accento sull'attività svolta e sui suoi caratteri intrinseci piuttosto che sul soggetto, rinvenibile nell'art. 86 del Trattato<sup>49</sup> e nelle nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico<sup>50</sup>.

Sul versante dell'ordinamento nazionale invece, la nozione sostanzialistica di ente pubblico ha iniziato a farsi strada per effetto della giurisprudenza della Corte Costituzionale sulle IPAB e della Corte dei Conti sulle società privatizzate che hanno permesso di superare la logica secondo cui lo svolgimento di un'attività di interesse pubblico dovrebbe necessariamente essere condotto da una persona giuridica pubblica<sup>51</sup>.

Le fondazioni e le società a partecipazione pubblica rientrano a pieno titolo nel dibattito sin qui riportato sulla nozione sostanziale di ente pubblico. In particolare, alla luce di quanto detto, dovrebbe ritenersi che tali enti, in ragione della natura pubblica dell'attività svolta e, quindi, per il fatto di rappresentare una particolare forma di intervento pubblico realizzato attraverso una forma organizzativa di diritto comune, siano da ritenersi enti privati sostanzialmente pubblici.

Tale qualificazione equivale a dire che esse sono il frutto di una privatizzazione formale per effetto della quale l'ente pubblico titolare dell'attività ad essi affidata ha modificato il proprio assetto organizzativo realizzando uno spostamento di parte della sua struttura dall'ambito del diritto pubblico a quella che è stata precedentemente indicata come la zona grigia, ovvero quello spazio ideale in cui diritto pubblico e diritto privato convivono all'interno di forme giuridiche neutre.

Si tratta di soggetti giuridici a cavallo tra pubblico e privato la cui natura non è definibile con certezza ed in merito alla quale non è configurabile un tertium genere. Tuttavia, il progressivo ampliamento dei soggetti privati, per così dire, di evidenza pubblica<sup>52</sup>, ovvero

<sup>48</sup> La nozione comunitaria di ente pubblico è stata magistralmente esposta da D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, p. 62 ss.; in argomento si vedano anche E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 141; M. RENNA, *Le società in mano pubblica*, Torino, 1997, p. 220 ss.; G. PERICU, M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in Trattato di diritto amministrativo europeo, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, Parte speciale, p. 795 ss., G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2000, p. 839 ss.. Per una ricostruzione più recente si veda M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente in forma societaria*, Torino, 2004, p. 11 ss.

<sup>49</sup> L'articolo prevede l'applicabilità alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, delle disposizioni in materia di concorrenza, nei limiti in cui ciò non osti all'adempimento della "specifica missione" ad esse affidate.

<sup>50</sup> M. RENNA, *Le società in mano pubblica*, Torino, 1997, p. 220-221, in cui l'autore, riprendendo le tesi precedentemente esposte da D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1993, p. 357 ss., ha evidenziato come la soggettività pubblica nel diritto comunitario debba essere ricostruita attorno a due nozioni distinte: l'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica.

<sup>51</sup> Per un approfondimento si vedano V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, atti del convegno "Le fondazioni come modello di gestione per la pubblica amministrazione", Palermo, 13 maggio 2005, [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org), p. 8-12 e E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, 2004, p. 244-246.

<sup>52</sup> La qualificazione di soggetti "di evidenza pubblica" riprende una provocazione lanciata da G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, Riv. Dir. Civ., 2005, p. 167, ove l'autore propendendo per una qualificazione privatistica delle società a partecipazione pubblica, ha rilevato che "la confluenza dell'interesse pubblico nell'interesse sociale qualifica il tipo senza snaturarlo e giustifica la disciplina" di tali società. Inoltre, proponendo un confronto tra contratti conclusi dalle amministrazioni pubbliche e società a partecipazione pubblica, ha parlato di società ad evidenza pubblica ovvero di soggetti che restano società al pari dei contratti che, pur se conclusi da soggetti pubblici secondo regole particolari, restano pur sempre contratti.

di quei soggetti in cui l'interesse pubblico è attratto in una forma organizzativa privata, insieme alla crescente tendenza del legislatore nazionale e comunitario ad adottare nozioni sostanzialistiche di ente pubblico, pone in evidenza come l'individuazione della natura giuridica abbia una valenza meramente descrittiva.

In altri termini, in virtù dell'accoglimento della nozione sostanzialistica di soggetti pubblici, conferire a tali soggetti svolgenti attività di servizio pubblico la natura privata piuttosto che quella pubblica non significa automaticamente sottrarre alle regole e agli istituti del diritto amministrativo. Questo in ragione del fatto che l'individuazione della disciplina applicabile a tali soggetti dovrà effettuarsi alla luce di criteri di tipo sostanziale e non più con esclusivo riferimento alla forma soggettiva adottata. Diventa pertanto decisivo, piuttosto che l'individuazione della natura del soggetto, la ricerca del complesso di norme applicabili in ragione dei diversi regimi cui sono sottoposti l'attività e l'assetto organizzativo del soggetto<sup>53</sup>.

La dottrina<sup>54</sup>, in proposito, ha parlato di soggetti a "geometria variabile" ovvero di soggetti incaricati della cura di interessi generali che, proprio perché collocati nella zona grigia tra pubblico e privato, sono sottoposti ad un regime giuridico per effetto del quale, relativamente ad ambiti ben determinati, come ad esempio in materia di appalti, controlli e diritto di accesso, sono assoggettabili alle stesse norme cui è soggetta un'amministrazione pubblica, mentre per altri, proprio in ragione della loro forma privata, saranno assoggettabili agli istituti e alle regole tipicamente privatistiche.

Così, rinunciando definitivamente all'individuazione dell'esatta natura dei soggetti privati strumentali all'amministrazione ed esercenti attività di servizio pubblico, oggetto di questa analisi, sembrerebbe potersi propendere per una loro qualificazione in termini di enti a geometria variabile, ovvero di enti in cui il pubblico ed il privato convivono senza che questo conduca ad uno stravolgimento del secondo per effetto del primo e viceversa.

7. Nella maggior parte dei casi di penetrazione dei moduli privatistici nell'organizzazione amministrativa<sup>55</sup>, la natura sostanzialmente pubblica dell'attività di servizio pubblico ha condotto all'estensione delle discipline pubblicistiche a soggetti formalmente privati<sup>56</sup> come nel caso delle fondazioni e delle società oggetto della presente analisi.

L'applicazione di regole e vincoli pubblicistici ai soggetti privati di origine pubblica e svolgenti attività di interesse generale, trova la propria ragione d'essere nell'intento dell'ordinamento di tutelare interessi che potrebbero venir compromessi dall'applicazione delle sole regole privatistiche<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> In questa direzione G. NAPOLETANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, Riv. Trim. Dir. Amm., 2003, p. 827.

<sup>54</sup> G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, Riv. Trim. Dir. Amm., 2003, p. 801 ss.; ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, si veda anche E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, 2004. In G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, Riv. Dir. Civ., 2005, p. 157 ss. l'autore, pur non parlando di enti a geometria variabile ha sostenuto la tesi sin qui avanzata secondo cui, la compresenza del pubblico nel privato non conduce all'automatica pubblicizzazione del soggetto, bensì alla creazione di soggetti che, pur restando privati sono sottoposti ad una disciplina in cui diritto pubblico e privato di intrecciano.

<sup>55</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003

<sup>56</sup> In questo senso si vedano in particolare le relazioni di G. NAPOLITANO, V. CERULLI IRELLI, A. ROMANO-TASSONE tenute al convegno "Le fondazioni come modello di gestione per la pubblica amministrazione", tenutosi a Palermo il 13 maggio 2005, reperibili su [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org).

<sup>57</sup> G. NAPOLITANO, *Soggetti privati enti pubblici*, cit., p. 801 ss., G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela dei diritti*, in Dir. Pubbl., 1998, p. 661 ss.; C.

In aderenza alle conclusioni della dottrina riportate nelle pagine precedenti, sembrerebbe oggi più corretto, piuttosto che indagare la natura giuridica degli enti privati svolgenti attività di interesse generale, verificare, caso per caso, quali regole pubblicistiche risultano essere applicabili, ed in che misura, alle società e alle fondazioni "pubbliche", valutando le finalità di volta in volta perseguite e gli interessi protetti<sup>58</sup> e da realizzarsi attraverso un'attenta analisi della ratio delle diverse norme applicabili alle amministrazioni e agli enti pubblici.

In questa sede, non essendo possibile indicare in astratto tale complesso di regole pubblicistiche suscettibili di applicazione, alcune considerazioni possono farsi in merito al regime degli atti giuridici, dell'organizzazione e del personale, al controllo della corte dei conti e alla responsabilità degli amministratori delle società e delle fondazioni partecipate dagli enti pubblici aventi ad oggetto attività di servizio pubblico.

In merito al regime giuridico degli atti deve ritenersi che si tratti di atti di diritto privato a carattere negoziale in ragione della "privatezza formale" del soggetto che li pone in essere e del fatto che, nel perseguimento delle proprie finalità, tali enti non esercitano poteri amministrativi in senso tecnico, ovvero poteri e prerogative capaci di incidere sulle posizioni giuridiche altrui<sup>59</sup>. Tuttavia, almeno con riferimento ai contratti soggetti alla normativa comunitaria non può dubitarsi che le particolari regole relative all'evidenza pubblica debbano essere rispettate<sup>60</sup>.

Infatti, l'intervento comunitario in materia di appalti pubblici si giustifica in ragione dell'affermazione dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi fatti propri dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea. Al fine di tutelare il libero mercato dai possibili effetti distorsivi derivanti da comportamenti anticoncorrenziali dei soggetti pubblici operanti sul mercato, il legislatore comunitario ha utilizzato un criterio sostanzialistico, qual è quello dell' "organismo di diritto pubblico"<sup>61</sup>, al fine di individuare l'ambito soggettivo di applicabilità dell'evidenza pubblica.

Le fondazioni e le società pubbliche espletanti servizi pubblici, quando istituite per soddisfare interessi generali, aventi personalità giuridica (pubblica o privata), sottoposte al controllo pubblico e nei cui organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la partecipazione pubblica risulti essere maggioritaria, rientreranno a pieno titolo tra gli organismi di diritto pubblico. La sussistenza di tali elementi infatti evidenzia la stretta

---

MARZUOLI, *Tutela del cittadino e privatizzazione dell'amministrazione*, in *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, E. ROZO ACUNA (a cura di), Napoli, 2000, p. 243 ss.

<sup>58</sup> G. NAPOLETANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, cit., p. 801 ss.

<sup>59</sup> In questo senso anche V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, atti del convegno "Le fondazioni come modello di gestione per la pubblica amministrazione", Palermo, 13 maggio 2005, [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org).

<sup>60</sup> Della stessa opinione V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, atti del convegno "Le fondazioni come modello di gestione per la pubblica amministrazione", Palermo, 13 maggio 2005, [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org), p. 5.

<sup>61</sup> Come ha rilevato M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma societaria*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 13, si tratta di un istituto che ha "valenza sostanziale ed empirica in quanto ancora l'individuazione dei soggetti appartenenti alla categoria considerata alla compresenza di tre elementi che, per loro natura, devono essere di volta in volta ricercati e valutati dall'interprete". Per un approfondimento sulla nozione di organismo di diritto pubblico nella giurisprudenza comunitaria e nazionale, nonché nella dottrina, si rimanda alle pagine 16 ss. del citato testo.



interdipendenza tra l'amministrazione, che ha assunto l'attività come servizio pubblico e l'ente privato, strumentale, che materialmente lo svolge. Quest'ultimo del resto, non è altro che una modalità di intervento dell'amministrazione realizzata mediante modelli organizzativi privatistici.

Società e fondazioni pubbliche sono quindi, in presenza dei caratteri prima ricordati, organismi di diritto pubblico e, pertanto, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, in sede di procedure di aggiudicazione di un appalto dovranno comportarsi alla stregua di una qualunque amministrazione aggiudicatrice, adottando cioè le procedure di evidenza pubblica previste dall'ordinamento comunitario.

Tutt'altro che chiusa resta invece la questione relativa alla necessità di adottare le procedure di evidenza pubblica per quei contratti esclusi dall'ambito applicativo della disciplina comunitaria, i così detti contratti sottosoglia<sup>62</sup>. In ogni caso, in ragione della natura dell'attività svolta e del fatto che essa costituisce una forma di intervento pubblico realizzato con strumenti privatistici, deve ritenersi preferibile l'opinione di chi sostiene che debbano applicarsi le medesime regole a cui, in materia di appalti e di scelta del contraente, era soggetto o lo sarebbe stato, l'ente pubblico di riferimento nello svolgimento della medesima attività<sup>63</sup>.

Il discorso sulla responsabilità degli amministratori e degli agenti operanti in tali soggetti formalmente privati conduce a considerazioni pressochè analoghe. In primo luogo occorrerà dare una risposta al problema relativo alla sottoposizione di tali enti alla disciplina prevista dalle leggi sulla Corte dei Conti e, quindi, al regime di responsabilità per danno erariale non previsto nell'ordinamento delle persone giuridiche private.

Nella maggior parte dei casi, i soggetti privati strumentali all'amministrazione e svolgenti attività di servizio pubblico si caratterizzano, almeno nella prima fase della loro istituzione, per la presenza finanziaria dominante dei soggetti pubblici e per il fatto che l'attività esercitata rimane pressochè identica a quella svolta in precedenza dall'ente fondatore.

La Corte di Cassazione<sup>64</sup> ha, tra il 2003 ed il 2004, sancito la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità contabile ed amministrativa<sup>65</sup> anche nei

<sup>62</sup> In proposito V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, atti del convegno "Le fondazioni come modello di gestione per la pubblica amministrazione", Palermo, 13 maggio 2005, [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org), p. 11, ha rilevato come appaia "difficilmente sostenibile una diversa qualificazione di atti assolutamente identici per il solo fatto di avere ad oggetto rapporti giuridici di diversa entità monetaria". Per un approfondimento sul tema degli appalti sottosoglia ed in particolare della questione relativa alla giurisdizione sia consentito il rinvio a Cass. 15 aprile 2005, n. 7800, Foro It., III, 2006 con nota di F.G. ANGELINI, in cui si dà conto dei diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia.

<sup>63</sup> Secondo la Cassazione, sez. un. 22 dicembre 2003, n. 19667, "è necessario accogliere una nozione oggettiva di attività amministrativa e ritenere che essa si qualifichi tale in quanto consista nello svolgimento di una pubblica funzione o di un pubblico servizio, indipendentemente dalla riconducibilità dell'atto all'ambito del diritto privato o del diritto pubblico". In questo senso la suprema corte ha ritenuto che l'attività amministrativa può svolgersi anche mediante strumenti di diritto privato ma pur sempre salvaguardando le esigenze del buon andamento e dell'imparzialità poiché, anche se in forma privata, si tratta pur sempre di una forma di intervento pubblico. Per una panoramica aggiornata in materia di appalti pubblici si rinvia a R. GAROFOLI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>64</sup> Cass. sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667; Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899; Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899.

<sup>65</sup> Secondo gli orientamenti prevalenti in dottrina e giurisprudenza per responsabilità amministrativa deve intendersi quella particolare forma di responsabilità che sorge in capo ad un funzionario pubblico o a

confronti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica rilevando che questa sussiste laddove risulta pubblica la natura dei finanziamenti. La Corte ha in tal modo esteso la giurisdizione contabile anche nei confronti di soggetti privati a partecipazione pubblica facendo leva sull'esistenza di un rapporto di servizio, identificabile nella natura oggettivamente pubblica dell'attività svolta dalle società a partecipazione pubblica in vista del soddisfacimento di interessi pubblici, sulla natura pubblica delle risorse impiegate e sulla conseguente natura pubblica del danno subito dall'ente in via diretta o indiretta.

Non sembrano pertanto poterci essere dubbi sul fatto che alle fondazioni e alle società in esame si estenda la giurisdizione della Corte dei Conti nell'ipotesi in cui il patrimonio risulti composto in maniera prevalente da risorse pubbliche e la sua attività sia finanziata in misura rilevante mediante finanziamenti pubblici. Ne consegue che, con riguardo all'esercizio di funzioni pubbliche finanziate in prevalenza da soggetti pubblici, gli amministratori della fondazione saranno soggetti alla disciplina in materia di responsabilità amministrativa per danno erariale.

Il rapporto di strumentalità tra l'ente pubblico e i soggetti privati strumentali esercenti attività di servizio pubblico è spesso tale da giustificare la presenza di veri e propri atti di indirizzo<sup>66</sup>. Questi di giustificano in ragione del particolare rapporto di dipendenza che sussiste tra i due enti che, nella pratica, si concretizza nella partecipazione agli organi di sorveglianza o di gestione del soggetto privato di amministratori nominati direttamente dall'ente pubblico.

Specialmente nel caso della fondazione pubblica<sup>67</sup>, si tratta di una nomina pubblica a cui consegue anche il riconoscimento all'ente di poteri di revoca in caso di inattuazione degli indirizzi. Tali poteri non sono in contrasto con la fattispecie della fondazione disciplinata dal codice civile ed anzi sono assolutamente fisiologici e coerenti con il modello organizzativo prescelto<sup>68</sup>, in virtù della presenza, negli organi della fondazione strumentale, di veri e propri rappresentanti dell'ente pubblico di riferimento.

Inoltre, nella maggior parte dei casi, il rapporto di strumentalità tra l'ente pubblico e la società o la fondazione, è tale da giustificare la presenza, in capo all'amministrazione di riferimento, un forte controllo sulle vicende modificative ed estintive di tali soggetti privati.

---

qualunque soggetto legato anche di fatto alla pubblica amministrazione da un rapporto di ufficio, quando, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni colposamente o dolosamente un danno economico. Secondo L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001, si tratta di una responsabilità per danno conseguente ad un atto illecito collegato all'esercizio di funzioni o prestazioni d'ufficio che appartiene al genere della responsabilità a contenuto patrimoniale e alla specie della responsabilità contrattuale. Per impostazioni diverse P. MADDALENA, *Le nuove frontiere della responsabilità amministrative nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo*, Roma, 2001; F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti*, Milano, 1998; F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, controlli, pensioni*, Milano, 2004.

<sup>66</sup> G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, atti del convegno "Le fondazioni come modello di gestione per la pubblica amministrazione", Palermo, 13 maggio 2005, [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org), p. 13.

<sup>67</sup> In ragione della natura unilaterale dell'atto di fondazione e diversamente da quanto avviene per le società pubbliche per le quali la giurisprudenza della corte di cassazione tende ad attribuire valore negoziale all'atto di nomina diretta degli amministratori.

<sup>68</sup> In questo senso anche G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, atti del convegno "Le fondazioni come modello di gestione per la pubblica amministrazione", Palermo, 13 maggio 2005, [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org), p. 15.

In materia di organizzazione e personale dovrà invece ritenersi che l'adozione del modello privatistico in luogo di quello pubblicistico comporti l'applicazione delle regole proprie del diritto privato. In materia di personale dovrà in linea generale ritenersi che, relativamente al personale già alle dipendenze dell'ente pubblico fondatore e distaccato all'ente strumentale privato continuino ad applicarsi gli istituti del pubblico impiego mentre, per i neo assunti, dovranno applicarsi in toto le regole previste dal codice civile e dalle leggi civili sul lavoro nell'impresa.

Relativamente alle nuove assunzioni, si pone invece una delicata questione in materia di capacità degli enti privati di assumere nuovo personale e alla necessità o meno del pubblico concorso. Al riguardo sembrerebbe potersi rispondere che i soggetti in esame, in quanto formalmente privati, non sono vincolati al regime pubblicistico delle assunzioni e, quindi, non sono obbligati all'assunzione mediante pubblici concorsi<sup>69</sup> in ragione del fatto che esso si riferisce esclusivamente agli impieghi all'interno dell'articolazione organizzativa formalmente pubblica e non anche ai soggetti che, per conto di questa, svolgono attività di servizio pubblico<sup>70</sup>.

Tuttavia, ciò non toglie che tali soggetti, proprio per la loro particolare origine pubblica ed il particolare oggetto dell'attività, dovrebbero in ogni caso, pur senza ricorrere all'istituto del concorso pubblico, orientare la propria attività e le proprie scelte al rispetto del principio di imparzialità previsto dall'art. 97 cost..

8. Dall'analisi sin qui svolta emerge come le privatizzazioni dell'ultimo decennio abbiano inciso in modo significativo sull'organizzazione amministrativa ed in particolare sulle modalità di svolgimento dei servizi pubblici ove vi è traccia di numerose forme di intervento realizzato, piuttosto che con le forme del diritto pubblico, mediante l'adozione di moduli organizzativi privatistici come le società e le fondazioni (in particolare nella sanità, nell'assistenza, nei servizi pubblici locali e nella cultura).

Tuttavia, proprio nell'ambito dei servizi pubblici, più che di vere e proprie privatizzazioni, ovvero di sostituzione del pubblico con il privato, è bene parlare di semplice riconfigurazione dell'intervento pubblico<sup>71</sup>.

Nella maggior parte dei casi infatti, come ad esempio nella sanità, il ricorso a figure giuridiche privatistiche non ha determinato il declassamento dell'attività da pubblica a privata e quindi, un ridimensionamento del pubblico a favore del mercato, bensì una ridefinizione delle forme di intervento dei soggetti pubblici in chiave privatistica, anche attraverso il coinvolgimento dei privati.

---

<sup>69</sup> Per un'opinione contraria si veda V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, atti del convegno "Le fondazioni come modello di gestione per la pubblica amministrazione", Palermo, 13 maggio 2005, in [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org), p. 11

<sup>70</sup> Del resto sono numerosi gli esempi di soggetti privati che, incaricati di svolgere attività amministrative, sono assolutamente liberi nella scelta del personale e nella gestione dello stesso. Si pensi ad esempio alle case di cura private accreditate le quali, pur svolgendo attività per conto della regione e nell'ambito della programmazione sanitaria, attraverso finanziamenti pubblici, non per questo devono indire pubblici concorsi per la scelta dei propri operatori sanitari.

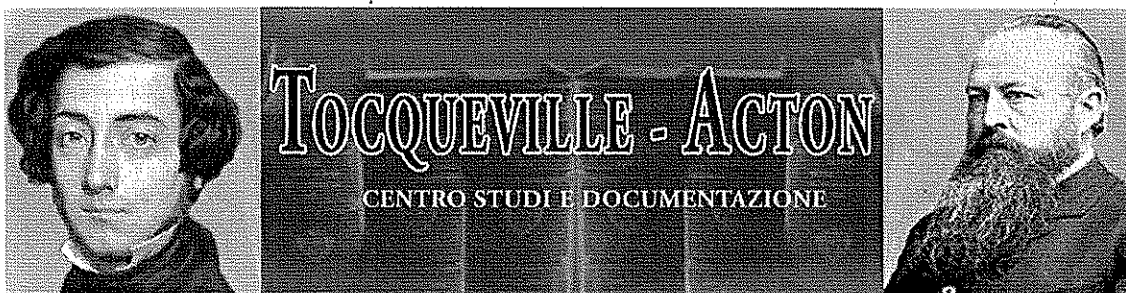
<sup>71</sup> In questa direzione anche G. NAPOLITANO, *Le privatizzazioni dei servizi pubblici nazionali "prese sul serio"*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Rimini, 2004, p. 68 ss. e M. DUGATO, *op. cit.*

In altri termini la mera privatizzazione soggettiva (o debole), che implica solo la sostituzione di modelli organizzativi privatistici a quelli pubblicistici rappresenta non un declassamento dell'interesse perseguito attraverso l'attività di servizio pubblico, bensì un diverso modo del settore pubblico di curare il medesimo interesse, attraverso l'apertura ai privati, la ricerca di modalità organizzative più efficienti, la maggiore partecipazione degli enti locali e dei più disparati portatori di interessi. Ciò è confermato dal fatto che nella maggior parte delle privatizzazioni realizzate nell'ambito dei servizi pubblici il pubblico non è sparito dalla gestione. Esso non è retrocesso ma ha cambiato ruolo, dettando le regole, vigilando, intervenendo e sanzionando. Inoltre, come si è evidenziato, cambiare il soggetto non significa modificare il regime giuridico che, invece, dipende dal tipo di attività concretamente svolta.

Alla luce di tali considerazioni e riprendendo alcune brillanti osservazioni dottrinali<sup>72</sup> sembra potersi affermare che da tali fenomeni di privatizzazione deriva un nuovo diritto amministrativo sempre più, come nel caso delle società e delle fondazioni oggetto di questa analisi, frutto dell'intreccio fra le regole del diritto pubblico e regole del diritto privato che vanno ricostruite, al fine di non vanificare gli intenti di privatizzazione perseguiti dal legislatore, non in termini conflittuali ma di integrazione reciproca rinunciando definitivamente all'indagine sulla natura pubblica o privata del soggetto in ragione della sua valenza sempre più descrittiva e non risolutiva.

---

<sup>72</sup> Cfr. L. TORCHIA, *Privatizzazioni ed azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Rimini, 2004, p. 37 secondo cui "il diritto amministrativo risulta sempre più spesso la risultante della commistione fra regole di diritto pubblico e regole di diritto privato, che devono essere ricostruite nella specificità del loro intreccio in relazione alle diverse fattispecie, di modo che, al contrario di quanto ci si poteva attendere, l'effetto delle privatizzazioni non è l'arretramento del diritto amministrativo ma piuttosto la sua riconfigurazione nel diritto positivo".



## CHI SIAMO

Il Centro Studi e Documentazione Tocqueville-Acton nasce dalla collaborazione tra la **Fondazione Novae Terrae** ed il **Centro Cattolico Liberale** al fine di favorire l'incontro tra studiosi dell'intellettuale francese Alexis de Tocqueville e dello storico inglese Lord Acton, nonché di cultori ed accademici interessati alle tematiche filosofiche, storiografiche, epistemologiche, politiche, economiche, giuridiche e culturali, avendo come riferimento la prospettiva antropologica ed i principi della Dottrina Sociale della Chiesa.

## PERCHÈ TOCQUEVILLE E LORD ACTON

Il riferimento a Tocqueville e Lord Acton non è casuale. Entrambi intellettuali cattolici, hanno perseguito per tutta la vita la possibilità di avviare un fecondo confronto con quella componente del liberalismo che, rinunciando agli eccessi di razionalismo, utilitarismo e materialismo, ha evidenziato la contiguità delle proprie posizioni con quelle tipiche del pensiero occidentale ed in particolar modo con la tradizione ebraico-cristiana.

## MISSION

Il Centro, oltre ad offrire uno spazio dove poter raccogliere e divulgare documentazione sulla vita, il pensiero e le opere di Tocqueville e Lord Acton, vuole favorire e promuovere una discussione pubblica più consapevole ed informata sui temi della concorrenza, dello sviluppo economico, dell'ambiente e dell'energia, delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni, della fiscalità e dei conti pubblici, dell'informazione e dei media, dell'innovazione tecnologica, del welfare e delle riforme politico-istituzionali. A tal fine, il Centro invita chiunque fosse interessato a fornire materiale di riflessione che sarà inserito nelle rispettive aree tematiche del Centro.

Oltre all'attività di ricerca ed approfondimento, al fine di promuovere l'aggiornamento della cultura italiana e l'elaborazione di public policies, il Centro organizza seminari, conferenze e corsi di formazione politica, favorendo l'incontro tra il mondo accademico, quello professionale-impresitoriale e quello politico-istituzionale.