

La difficile arte del governo dell'acqua

Negli ordinamenti giuridici positivi dell'Europa continentale, come è noto, vale il principio che può così sintetizzarsi: «la forma è sostanza» ovvero la forma caratterizza la fattispecie concreta.

Le recenti vicende dell'acquedotto pugliese, concluse con le dimissioni del presidente Riccardo Petrella, hanno origine proprio dalla dicotomia forma-sostanza e dall'erronea convinzione di chi sostiene che tale dicotomia sia alla base di una sterile disputa tra tecnici del diritto, priva di effettive conseguenze sul piano giuridico-economico. Secondo tale orientamento la società a capitale interamente pubblico e l'ente pubblico rappresenterebbero due forme giuridiche del tutto interscambiabili e utilizzabili entrambe a discrezione della pubblica amministrazione. Coloro che sostengono tale tesi ritengono poi che si possa legittimamente sostenere che la gestione dell'acqua resterebbe pubblica tanto nel caso di utilizzo dell'ente pubblico quanto nel caso di utilizzo della Spa a capitale interamente pubblico. Non mi sento di condividere tale impostazione, credo che la società interamente pubblica configuri un *monstrum* difficilmente gestibile e orientabile nel tempo al perseguimento degli interessi pubblici. Proverò a spiegarne i motivi.

In Italia, la legislazione vigente è stata condizionata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, trovandosi a decidere su casi concreti, ha legittimato l'affidamento del servizio senza gara solamente nel caso del cosiddetto *in house providing*, ovvero di affidamento diretto ad una Spa a capitale interamente pubblico. L'esclusione della gara ritenuta legittima dalla Corte non influisce in nessun modo sulla natura giuridica delle società a capitale interamente pubblico: si tratta, in ogni caso, di società di capitali sottoposte alle regole del diritto commerciale, per quanto attiene agli scopi, agli organi di governo, ai controlli; di strutture che, proprio per la loro natura privatistica, orientano l'efficienza verso la produzione di profitti piuttosto che verso la coesione economico-sociale.

Uno dei presupposti richiesti dalla Corte di giustizia per poter ricorrere a questa forma di gestione è che tra l'ente locale e la Spa pubblica ci sia un rapporto di dipendenza, nel quale la società si ponga quale ente strumentale della pubblica amministrazione. Tuttavia, di fatto, ciò non si realizza mai: è difficile immaginare che tra pubblica amministrazione e società concessionaria non sorga un rapporto di netta e sostanziale alterità, nel quale il controllo si ri-

duce a profili di carattere esclusivamente formale. Con il tempo tende a consolidarsi un rapporto fondato sull'autonomia, la società può ampliare progressivamente il proprio oggetto sociale estendendolo a altri servizi. Si pensi poi alla possibile apertura della società ai mercati finanziari, all'espansione territoriale delle attività in Italia e anche all'estero, ai poteri conferiti al consiglio di amministrazione senza alcuna verifica sulla gestione da parte della pubblica amministrazione. Le strade si separano e la società tende, per sua natura, a esercitare poteri che evidenziano la sua autonomia nei confronti degli azionisti.

Il controllo esercitabile dall'amministrazione si limiterebbe ai provvedimenti consentiti dal diritto societario alla maggioranza dei soci. Una siffatta articolazione organizzativa e strutturale della società *in house providing*, oltre a eludere la regola generale dell'affidamento a un soggetto terzo mediante gara pubblica, finisce anche per non attribuire all'ente proprietario il necessario potere di ingerenza e di effettivo condizionamento delle attività di organizzazione e erogazione del servizio. Il modello societario, secondo le previsioni dell'ordinamento giuridico, non si presta a essere utilizzato ai fini della realizzazione di una società *in house*; a presenza di vincoli di incedibilità delle quote di proprietà pubblica e l'aggiunta di patti paracompatibili non costituiscono una sufficiente garanzia di controllo. La recente riforma del diritto societario ha rafforzato ulteriormente la relativa vocazione imprenditoriale e lucrativa.

L'esistenza di alcune leggi speciali che prevedono la costituzione di società senza scopo di lucro non fa altro che confermare al contrario i principi codicistici. Inoltre, la Spa interamente pubblica contiene in sé una forte contraddizio-

ne, infatti, l'affidamento *in house*, come è noto, si giustifica soltanto se l'ente pubblico, attraverso la Spa, possa perseguire i propri obiettivi pubblicistici; tuttavia ciò non è verificabile nel nostro ordinamento, nel quale l'istituto societario non ammette scopo diverso da quello speculativo. Il codice civile attribuisce inderogabilmente la gestione dell'impresa agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.

In conclusione la forma della Spa configura un modello molto distante da quello della gestione pubblica; con il modello societario chi gestisce l'acqua ne diviene il vero proprietario, riproponendo la vecchia disputa tra proprietà formale e proprietà sostanziale.

Il legislatore italiano, dunque, per evitare la frammentazione dell'istituto proprietario, con un'immediata ricaduta sulla tutela dei diritti fondamentali, ripensi al più presto alla reintroduzione dell'azienda speciale, esca dall'ipocrisia proprietà-gestione e dal *tunnel* di mostruosità giuridiche. Occorre un ente in grado di governare l'acqua e non semplicemente di gestirla, consapevole di governare un servizio non orientato al mercato; un ente che pensi anche alle «perdite delle condutture», ma non solo, la cui azione si ispiri, tra l'altro, ai principi di efficienza, efficacia e economicità, finanziato attraverso meccanismi di fiscalità generale, oltre che attraverso i normali meccanismi tariffari. Si compirebbe un grave errore di prospettiva se si volesse sopperire al fallimento delle riforme della pubblica amministrazione, tentate negli anni novanta, con un uso improprio della società di capitali, nell'illusione che ciò possa realizzare qualità, sviluppo e efficienza.

* *ordinario di diritto pubblico
alla Federico II di Napoli*