

Note a margine del dibattito sulla erronea contrapposizione fra Pubblico e Privato nella gestione dei servizi pubblici locali

di Riccardo Bianchini

avvocato del Foro di Prato

Parole chiave: Servizi Pubblici – Pubblico-Privato - Appartenenza comunitaria – Utente-consumatore – Democrazia partecipativa

ABSTRACT: Questo breve scritto vuol porre l'accento sulla scarsa attitudine del contrasto fra gestione privata e gestione pubblica dei servizi pubblici - tema estremamente sentito in campo politico e politico-giuridico – a porsi come effettiva leva di risoluzione delle profonde problematiche connesse alla gestione dei servizi pubblici. Problematiche derivanti non tanto dall'efficienza del servizio stesso, quanto dalla mancanza di partecipazione e responsabilità dell'utente-cittadino in ordine all'assunzione di responsabilità in ordine all'uso di beni comuni e, dunque, all'efficienza del servizio.

Quello della contrapposizione fra Pubblico e Privato nella gestione dei servizi pubblici è un tema politico, di politica del diritto e, in fin dei conti, stante le rilevanti conseguenze concrete delle scelte assunte, giuridico. E in quest'ultimo senso la giuridicità del tema si declina in una serie molteplice di piani, investendo l'intero spettro della pubblicistica dal diritto costituzionale al diritto degli enti locali (per sfociare poi in tematiche di stretta natura civilistica in relazione al contratto che regola l'erogazione del servizio). In questo scenario, continua a dominare la scena la contrapposizione fra moduli gestori privatistici e modulo pubblicistici. A contrapporsi sembrerebbero due visioni completamente diverse. Diverse sul piano politico e di politica del diritto e, quindi, diverse nelle ripercussioni sul terreno giuridico (che si presume eterogeneo alla politica, almeno nella interpretazione *main stream* del fenomeno giuridico¹).

Il titolo di questo breve scritto mette già in chiaro la posizione di partenza affermando che tale contrapposizione, quella fra Pubblico e Privato, appare del tutto fuori fuoco. Essa sembra non cogliere l'effettiva posta che si gioca – o meglio, oramai, che potrebbe tentarsi di rimettere in gioco

1 Contro tale versione del rapporto fra politica e diritto – ossia la versione che segna una solida e netta distinzione teoretica fra politica e diritto - militano numerosi fronti, fra i quali possono annoverarsi tanto i movimenti antiformalistici, quali il giusrealismo nord-americano e scandinavo, quanto ali appartenenti al cosiddetto neocostituzionalismo. Sul primo fronte, per una panoramica generale, può rinviarsi diffusamente a G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, 1962, Milano: Giuffrè, S. Castignone, C. Faralli, M Ripoli, *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, 2002, Torino:Giappichelli, e S. Castignone, *Diritto, Linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, 1995, Torino: Giappichelli, oltre che, nell'illustrare una panoramica del contesto Nordamericano degli ultimi anni, G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it. C. Colli, Bologna:Il Mulino, 2001; sul secondo, fra gli altri, C. S. Nino, *Diritto come morale applicata*, 1994, Milano:Giuffrè.

– nel momento di determinare le scelte sul piano della programmazione e della gestione dei servizi pubblici.

Certo, apparentemente, vi sono delle marcate differenze se a prendersi in carico l'erogazione dei servizi pubblici sia un soggetto Privato o uno Pubblico. È facile associare a “Privato” altri concetti fortemente evocativi come quelli di “mercato”, “lucro”, “liberismo”, “efficienza” “concorrenza” così come a “Pubblico” altri come “uguaglianza”, “politica”, “inefficienza”, “solidarietà”. Ovviamente, i detrattori di quel portato politico-giuridico collegato al primo termine tenderanno ad associare ad esso solo quelli negativi, e analogamente faranno i detrattori del secondo. È un *leitmotiv* quello dell'atavica inefficienza della pubblica amministrazione (reale o percepita che sia), anche se il tema della scarsa produttività dei lavoratori italiani in genere (nel settore privato come in quello pubblico) non viene mai affrontato in modo politicamente spregiudicato. Altro *leitmotiv* è quello secondo cui il Privato farebbe solo il “proprio” interesse senza curarsi dell’“interesse” della collettività (ossia delle persone che costituiscono la collettività), come se l'organizzazione Pubblica fosse in grado di strutturarsi proprio in tal modo e per perseguire tali finalità collettive (ossia delle persone che costituiscono la collettività) e non semplicemente un “interesse pubblico” astrattamente inteso².

Queste sembrano tuttavia considerazioni più consone ad uno sguardo di tipo politico, che a uno giuridico. Sul piano giuridico il tema sembra invece declinarsi nel discorso sul ruolo che si vuol far assumere alla Pubblica Amministrazione (ed agli enti locali in particolare) in rapporto alla possibilità di operare attraverso formule privatistiche nel segmento dell'erogazione del servizio (rimanendo ovvia la titolarità del compito di “controllore” della sfera pubblica e rimanendo invece ambigua l'attribuzione dei ruoli sul tema della programmazione degli interventi strutturali).

Con quanto appena detto ci siamo già avvicinati molto al tema centrale di questo scritto. Ma, prima di fare un ulteriore passo in avanti in questa direzione, occorre soffermarsi su di un elemento preliminare: ossia il modo con cui la sfera del Pubblico sovrintende alla gestione di servizi pubblici locali. Nell'attuale scenario (normativo e insieme - al di là di tale elemento formale - fattuale) quando ad occuparsi di un servizio pubblico è la sfera del Pubblico ciò avviene attraverso modelli ricavati in modo indiretto dal mondo Privato. In altri termini, dNell'erogazione e Nella gestione dei servizi pubblici (così come della loro organizzazione) intervengono strutture formalmente autonome sul piano giuridico ed economico (società, per lo più, o altre persone giuridiche) mentre la gestione diretta da parte di una amministrazione locale risulta sempre più residuale. Certo, la circostanza che

2 La contrapposizione fra “interesse pubblico” e “interesse dei membri della collettività” qui viene solo accennata, essendo evidente che una chiarificazione di tale rapporto necessita una netta presa di posizione sul piano del rapporto fra individuo-persona e comunità-popolo: tema questo che porterebbe troppo lontano dal più modesto intento di questo scritto.

i proprietari di questi enti (i loro azionisti, per banalizzarlo) siano ad esempio enti locali non è irrilevante: come notano soprattutto i detrattori del modello Pubblico tale assetto proprietario porta la politica ad influire pesantemente sulle nomine dei vertici societari e dunque, ad influirne sulle scelte strategiche. Ora, al di là del fatto che in tale compromissione con il Pubblico stia un vizio o una virtù, quello che qui rileva è che la mancata erogazione diretta di un servizio da parte di un ente locale costituisce uno degli elementi (non unico, ma assai rilevante) che rende del tutto fuori fuoco la contrapposizione fra Pubblico e Privato.

A questo punto occorre sottolineare che si è assunto l'espedito di utilizzare la locuzione di "Privato" e quella di "Pubblico", scrivendo le due parole con la maiuscola, per semplificare decisamente i termini della questione, nella consapevolezza che invece un confine normativo fra i due concetti risulta del tutto sfuggente, frastagliato e denso di intrinseche contraddizioni (come chi si occupa di "società partecipate" ben è costretto a sapere³). E proprio questa difficoltà di tracciare un confine mostra le difficoltà teoriche di assumere proprio quel confine come dirimente ai fini politici e di politica del diritto e, al contempo, mostra come l'unico modo di perpetuare un dibattito fondato su la contrapposizione fra Pubblico e Privato non possa fare a meno di reificare tali due modelli elevandoli ad una concretezza che in realtà, nella loro reciproca sfuggevolezza, non hanno. Giungendo finalmente al punto centrale, ed ampliando decisamente gli orizzonti di riflessione, vorrei sottolineare alcuni elementi di carattere generale per poi trarne alcune conseguenze di tipo non strettamente giuridico ma rispetto alle quali il diritto non può non fare i conti: (i) esistono Privati che hanno bilanci la cui entità è paragonabile a quella dei bilanci di Stati; (ii) l'erogazione del servizio pubblico, anche quando avviene attraverso moduli pubblicistici, fuoriesce completamente dalla sfera di "responsabilità" della comunità di riferimento su cui il servizio stesso insiste; (iii) per il singolo utente del servizio pubblico, avere a che fare con una società di capitali di grandi dimensioni, un Regione o anche solo un Comune di grandi dimensioni, o una "società pubblica" (qualunque cosa si voglia intendere con ciò) di grandi dimensioni, non ha alcuna differenza sul piano dell'appartenenza e del rapporto che si crea fra gestore del servizio e utente-consumatore.

Più in dettaglio, sul primo punto, è facile constatare come alcune società "multinazionali" (come si sarebbe detto alcuni anni fa, ai tempi in cui *No Logo* era un testo di culto, con un termine che oggi sembra oramai desueto stante – nonostante il forte ritorno della valenza dello Stato-Nazione che si sta consumando sul piano politico – l'assoluta inidoneità del diritto nazionale a regolare fenomeni economici e finanziari globalizzati) abbiano una potenza economica, comunque la si voglia

3 Non è qui la sede per entrare in un terreno di stretto diritto positivo, ma solo occorre notare come, ad esempio, la definizione di "società pubblica" sia frantumata in una serie di sottocategorie sistematicamente disorganizzate fra loro che rendono i confini fra pubblico e privato del tutto aleatori.

misurare, superiore a quello di alcuni Stati europei⁴. E che vi sia una potenza economica di “entità private” superiore a quella degli Stati il cui diritto dovrebbe regolamentarne i comportamenti pone ovviamente molti problemi (non ultimo quello drasticamente evocato dal Saggio Anacarsi fin dagli albori della filosofia occidentale, secondo cui le leggi “*non differiscono affatto dalle ragnatele, ma come queste trattengono le prede deboli e piccole, mentre saranno spezzate dai potenti e ricchi*”⁵). Ma, al di là di ciò, si vuol richiamare l'attenzione sul fatto che l'equipotenza economica e dimensionale di Pubblico e Privato, oramai conclamata, non può non esser presa in considerazione come elemento rilevante anche dal diritto per la comparazione dei modelli di erogazione dei servizi, laddove si pretenderebbe di individuare differenze sostanziali fra erogazione pubblica ed erogazione privata: differenze che, filtrate dalla lente del rapporto di (im)possibile identificazione fra gestore e utente risultano del tutto appiattite.

Sul secondo aspetto – riprendendo quanto già accennato – occorre evidenziare come la gestione di un servizio pubblico locale, per quanto l'aggettivazione “locale” dovrebbe rendere ovvio un collegamento pesante fra collettività geografica di riferimento e scelte relative alle modalità di erogazione del servizio stesso, sfugge oramai completamente alla possibilità che la collettività locale si senta minimamente coinvolta nell'assunzione sia delle scelte programmatiche che di quelle concretamente ricadenti sulla propria quotidianità. A guidare le scelte sui servizi pubblici locali sono ragioni non solo di “area vasta” ma, soprattutto, attratte alla logica di decisioni tecnico-economiche e, quindi, allocate ad un livello decisionale “tecnico”. Con ciò non si vuol significare che tali tipologie di ragioni non siano dotati di una rilevanza centrale. Il punto è semmai che tali ragioni non esauriscono la valenza giuridica insita nella organizzazione dei servizi pubblici. Valenza giuridica che pare connessa – oltre ai temi “tecnici” inerenti il rapporto fra enti locali ed erogazione del servizio con i connessi temi della capacità degli enti locali di rendersi soci di enti commerciali e quello dello *status* giuridico di società pubbliche – alla capacità di una comunità geografica di mantenersi in contatto con il proprio interesse pubblico: un interesse pubblico di natura locale che, per essere tale, per essere “locale” non può smarcarsi da un'assunzione diretta di responsabilità da parte della stessa comunità locale.

In terzo luogo, collegando assieme i primi due aspetti, non può non notarsi che il cittadino-utente-consumatore che pur usufruisce di servizi pubblici la cui natura, sotto il profilo dogmatico-giuridico, sarebbe quella di “servizi pubblico locale” (ossia intimamente connessa a un “interesse

4 Uno dei modi che si potrebbero utilizzare per paragonare Stati e società è quello del rapporto fra popolazione attiva di uno Stato e dipendenti occupati direttamente da una società. In tale ottica, che a fine anno 2017 la società Amazon aveva impiegati nel mondo oltre 566.000 lavoratori, paragonabile al numero di abitanti di uno Stato come il Montenegro (comprensivo però degli inoccupati).

5 Massima attribuita ad Anacarsi da Plutarco in *La vita di Solone*, 5,4 (Plutarco, *La vita di Solone*, a cura di Mario Manfredini e Luigi Piccirilli, Milano: Fondazione Lorenzo Valla - A. Mondadori, 2011)

pubblico” inteso come interesse di una comunità locale), risulta in realtà estraniato da un qualsiasi rapporto con l'organizzazione del servizio stesso.

Il punto – come si è voluto evocare citando elementi così distanti fra loro - è che la contrapposizione che effettivamente ha senso dal punto di vista dell'utente del servizio è quella che riguarda se esso, attraverso la comunità a cui appartiene e di cui si sente membro, abbia determinato o meno i contenuti e le modalità di un servizio pur dichiaratamente rubricato come “locale”. In altri termini, se esso, attraverso una qualche forma di appartenenza e di partecipazione, sia responsabile delle scelte sulla gestione del servizio. Poco importa se a fronteggiare l'utente-consumatore sia uno Stato, la “macchina della pubblica amministrazione” o una società partecipata da essa o una società autenticamente privata: in ogni caso lui, l'utente-consumatore, avrà comunque la percezione (peraltro corretta) di non influire minimamente sulle scelte aziendali che portano ad avere, ad esempio, tariffe più alte e livelli qualitativi di servizio migliori. In ogni caso sentirà (correttamente) di non aver deciso alcunché riguardo al rapporto fra costi e benefici su un tema, quello dell'erogazione dei servizi pubblici, strettamente connesso alla sua quotidianità e a quella di ciò che dovrebbe costituire la sua comunità geografica di riferimento.

Il tema è probabilmente di tipo sociologico, ma il diritto non può non considerarlo proprio perché i meccanismi di partecipazione e appartenenza sono del tutto contigui ai concetti di libertà e democrazia contemporanea⁶.

La questione non è quindi quella di ridurre la contrapposizione fra modelli di gestione dei servizi pubblici locali al momento economico e a quello politico, adducendo ragioni relative all'efficienza, economicità ed equità della gestione dei servizi: cosa che si produce nel momento in cui a guidare la dialettica fra Pubblico e Privato giocano esclusivamente considerazioni inerenti l'efficienza e l'efficacia del servizio stesso. Pur importanti, questi elementi, dimenticano ciò che negli ultimi decenni (ormai molti) ha fatto sì che quella “persona umana” tanto esaltata dai proclami formali delle nostre Costituzioni non sia altro che un appiattito “uomo ad una dimensione” completamente estraniato da ogni forma di appartenenza comunitaria e lasciato in balia di un potere, Pubblico o Privato che sia, centralizzato e sempre più distante. Un “uomo a una dimensione” sempre meno responsabile di ciò che gli accade, sempre meno incluso in un senso di appartenenza ad un entità collettiva fatta di relazioni umane, sempre più isolato e, dunque, sempre più pronto a seguire qualsiasi impulso di una legittima autodifesa che risulta, ormai, l'unico senso da dare alla propria sopravvivenza in un contesto in cui il potere, Pubblico o Privato che sia, è sempre comunque troppo

6 E d'altronde la stessa distinzione fra sociologia del diritto e filosofia del diritto non è altro che la formalizzazione sul piano accademico della predominanza, sul piano teorico, di quei movimenti formalistici (quali, non ultimo, il giuspositivismo moderno) che hanno potuto imporre il proprio modo di definire l'oggetto della propria scienza e che, tuttavia, paiono oggi godere di minor salute rispetto al passato.

lontano.⁷

Il tema allora è quello di una analisi del potere, piuttosto che quello apparentemente politico-giuridico del confronto fra due modelli teorici, quello Privato e quello Pubblico, che si assomigliano tremendamente nel momento applicativo, quando riducono l'utente-consumatore ad un soggetto (pur titolare di diritti di voto da esercitarsi con cadenze prestabilite) totalmente passivo in ordine alle scelte e alle connesse responsabilità relative agli aspetti pratici della propria vita personale e della comunità geografica di cui (anche se non se rende più conto) comunque fa parte. Un utente-consumatore che davanti ad una grande società di capitali, così come davanti ad uno Stato o un ente locale di grandi dimensioni, di fronte alla “macchina amministrativa” rimane sempre lo stesso vulnerabile individuo-singolo privo di quegli enti intermedi (non giuridico formali, ma reali in quanto fenomeno sociale) che potrebbero rappresentarlo facendolo sentire parte di una comunità di riferimento⁸.

Lo scenario del confronto è quello fra monocentrismo e pluricentrismo (e non banalmente fra centro e periferia, che già tale contrapposizione dà per scontata e accettata la centralizzazione del potere e il contrapporsi ad esso di una periferia che, in quanto tale è già connotata in termini a-centrici e, dunque ec-centrici rispetto all'unico centro legittimamente riconosciuto). Il confronto è fra un assetto che prevede centri decisionali così distanti dal cittadino-persona da renderlo estraniato della responsabilità delle decisioni assunte, e un assetto che invece (ovviamente non da solo, ma combinato con altri momenti di valorizzazione dell'appartenenza comunitaria) valorizzi il rapporto singolo-comunità-beni comuni⁹.

Si tratta, ancora una volta, di parlare di democrazia partecipativa¹⁰. O forse, semplicemente, di civiltà democratica, considerando che l'archetipo della nostra idea di democrazia era costituita da comunità-stato (o città-stato, se vogliamo) meno numerose (schiavi esclusi) di molti Municipi dell'attuale Roma Capitale.

Pare ormai evidente come meccanismi formali di democrazia (diretta o indiretta che sia), se applicati ad un contesto in cui manchi completamente l'appartenenza ad una comunità, si traducono

7 I riferimenti contenuti a testi e concetti di vari autori della Scuola di Francoforte credo siano manifesti. Ad ogni modo, si è particolarmente debitori di H. Marcuse, *L' uomo a una dimensione: L'ideologia della società industriale*, Torino : Einaudi, 1989, T. Adorno, *Minima Moralia*, Torino: Einaudi, 2015, M. Horkheimer, T. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo*, Torino: Einaudi, 2010.

8 Credo siano palesi le eco degli scritti del Grossi e i debiti verso l'idea, tante volte espressa, di una modernità giuridica che nasce e si edifica proprio sull'eliminazione delle appartenenze di ceto e sull'esaltazione di un modello astratto di soggetto unico di diritti.

9 Il tema è anche connesso alla ripresa del neo-istituzionalismo. Al riguardo, oltre ai più recenti N. McCormick, O. Weinberg pare sempre immutata la forza suggestiva dell'idea di Deleuze espressa nell'introduzione dell'antologia *Istinti e istituzioni*, secondo cui “*la tirannia e un regime in cui si sono molte leggi e poche istituzioni, mentre la democrazia e un regime in cui molte istituzioni e pochissime leggi.*” (G. Deleuze, *Istinti e istituzioni*, Mimesis, 2014)

10 Sul tema, ampiamente, U. Allegretti, *L' amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa* Milano : Giuffrè, 2009.

in rischiose quanto ovvie derive populiste e anti-sistema, in cui l'interesse comune non consiste in altro che nella ricerca da parte di ciascuno del proprio più immediato e diretto interesse personale, senza la possibilità di costruire alcun concetto di interesse-comune o di bene-comune. (Che poi, tale supposta qualifica di “anti-sistema” non è altro che un “anti-questo-sistema” dotato di una propulsione verso un “altro-sistema” ancor peggiore perché fondato sull'utilitarismo del singolo che ha completamente realizzato la propria estraniamento e rimane, solo com'è, in balia di ogni Potere.) Contro questo stato delle cose non si può lottare se non attraverso una tecnica di “guerriglia”, fronteggiando il nemico, ossia l'estraniamento dal senso di appartenenza, ovunque lo si scovi e, possibilmente, dove lo si trovi più vulnerabile: e quello della sfuocata contrapposizione fra Pubblico e Privato nella gestione dei servizi pubblici locali (stupidamente connivente con lo stato delle cose) sembra proprio uno dei terreni da cui iniziare utilizzando un punto di vista meno legato ad una visione formalistica del diritto e aperto, invece, a quella ripresa di visioni antiformalistiche che sembrano capaci di far recuperare al campo del discorso giuridico un ruolo critico e criticamente attivo rispetto ad un andare delle cose sempre più compromesse con la fattualità, piuttosto che pacificamente disponibili ad essere inquadrare in una gerarchia di valori e norme cartolari. Se continuiamo a declinare il ragionamento in termini economici (vedi efficienza di scala e simili) o ideologici (vedi retorica del confronto Pubblico vs Privato) non facciamo altro che rafforzare il principale nemico di una civiltà autenticamente democratica, l'estraniamento sociale, a vantaggio di un Potere (pubblico o privato che sia) che ha sempre buon gioco contro persone umane ridotte a singoli individui-consumatori e che una visione formalistica del diritto non pare più capace di tutelare dalle proprie derive collettive.