

ROBERTO CAVALLO PERIN

**LA STRUTTURA
DELLA CONCESSIONE
DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

LA STRUTTURA DELLA CONCESSIONE
DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

ROBERTO CAVALLO PERIN

LA STRUTTURA
DELLA CONCESSIONE
DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 1998 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN 88-348-8046-3

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

pag.

CAPITOLO I

LA DELIMITAZIONE DELLA TRATTAZIONE ALLA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

1. Le radici della concessione pubblica ed i precedenti storici della concessione di servizio pubblico: le concessioni coloniali e le concessioni di acqua e strade “ai privati” 1
2. La costruzione e l’esercizio di impianti a rete: illuminazione pubblica ed acquedotti. Dal contratto tra amministrazione e concessionario derivano benefici per i terzi 12
3. Le analisi dedicate alla concessione di servizio pubblico locale. La progressiva rilevanza dei «diritti degli utenti», tra atto di assunzione, programmi di servizio pubblico locale e scelta della forma di gestione 18
4. Il vincolo giuridico della continuazione del servizio pubblico e le sovvenzioni o le certificazioni di qualità o altri benefici condizionati all’erogazione di determinati servizi di interesse per comuni e province 26
5. I contratti di servizio pubblico locale: appalto, accollo, *franchising* e la disciplina del contratto a favore di terzo. Possibili evoluzioni relative ad un’altra ipotesi di ricerca 32

CAPITOLO II

I RAPPORTI GIURIDICI NELLA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO

1. Scelta della forma di gestione tra atto di assunzione, direttive e programmi di gestione: le differenze dalla costituzione di un ente strumentale 39
2. Il «rapporto trilatero» di concessione di servizio pubblico: il prevalere del rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario 45
3. Il riemergere del rapporto con i destinatari. Struttura dualistica e diritto di credito ad essere ammessi al servizio pubblico 54
4. La crisi della struttura dualistica della concessione di servizio pubbli-

	<i>pag.</i>
co. Il programma di gestione e i diritti di credito dei destinatari alle prestazioni di servizio pubblico	62
<p>CAPITOLO III</p> <p>CARATTERI ESSENZIALI DELLA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE</p>	
1. Oggetto essenziale ed effetti giuridici del provvedimento di concessione a terzi: la qualità giuridica di concessionario e la soddisfazione della domanda di servizio pubblico	69
2. La struttura essenziale della concessione a terzi: individuazione dell' esercente e definizione della sua posizione giuridica <i>per relationem</i> alle norme e al programma di servizio pubblico	79
3. L'iniziativa pubblica dell'organizzazione di una domanda di servizi e la possibilità di conseguire il fine pubblico con il solo controllo sui risultati del processo produttivo. Potere di indirizzo e vigilanza dell'amministrazione pubblica ed autonomia giuridica del concessionario. Asimmetrie informative e possibilità per i destinatari del servizio di valutare la qualità del prodotto. Servizi sociali ed autonomie giuridiche	85
4. I presupposti della concessione di servizio pubblico locale: le ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale. I requisiti soggettivi del concessionario ed il programma di gestione come oggetto essenziale delle procedure di scelta dei concessionari	95
<p>CAPITOLO IV</p> <p>NEGOZI ED ELEMENTI ACCIDENTALI NEL RAPPORTO DI CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE</p>	
1. Gli elementi accidentali della concessione di servizio pubblico. In particolare le "concessioni" aventi ad oggetto beni o poteri dell'amministrazione pubblica. La "concessione" d'esercizio di attività sottoposte a monopolio pubblico. La "concessione" di costruzione e gestione di opera pubblica	105
2. I «contratti all'industria privata» e gli accordi sull'esercizio di poteri pubblici. Ricognizioni o "interpretazioni" della gestione del servizio pubblico nei rapporti patrimoniali tra pubblica amministrazione e concessionario. Contratti che accedono alla concessione ed accordi esecutivi della disciplina del servizio pubblico	113

pag.

3. Efficacia *inter partes* dei patti tra amministrazione e concessionario ed intangibilità dei diritti di credito dei destinatari. I rapporti tra provvedimento di concessione ed accordi tra causa e presupposti. I normali rimedi avverso la turbativa dell'equilibrio patrimoniale del rapporto di concessione 121
4. Il monopolio come carattere eccezionale della concessione. La disciplina sulla concorrenza nei servizi pubblici: organizzazione della domanda e scelta dei destinatari del servizio tra una pluralità di produttori 128

al Professor Elio Casetta

CAPITOLO I

LA DELIMITAZIONE DELLA TRATTAZIONE ALLA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

SOMMARIO: 1. Le radici della concessione pubblica ed i precedenti storici della concessione di servizio pubblico: le concessioni coloniali e le concessioni di acqua e strade “ai privati”. – 2. La costruzione e l’esercizio di impianti a rete: illuminazione pubblica ed acquedotti. Dal contratto tra amministrazione e concessionario derivano benefici per i terzi. – 3. Le analisi dedicate alla concessione di servizio pubblico locale. La progressiva rilevanza dei «diritti degli utenti», tra atto di assunzione, programmi di servizio pubblico locale e scelta della forma di gestione. – 4. Il vincolo giuridico della continuazione del servizio pubblico e le sovvenzioni o le certificazioni di qualità o altri benefici condizionati all’erogazione di determinati servizi di interesse per comuni e province. – 5. I contratti di servizio pubblico locale: appalto, accollo, *franchising* e la disciplina del contratto a favore di terzo. Possibili evoluzioni relative ad un’altra ipotesi di ricerca.

1. *Le radici della concessione pubblica ed i precedenti storici della concessione di servizio pubblico: le concessioni coloniali e le concessioni di acqua e strade “ai privati”*

La concessione a terzi della gestione di un servizio pubblico è nella disciplina della legge sulle autonomie locali e nelle trattazioni intorno ad essa una delle possibili forme che l’ordinamento attribuisce all’autonomia di comuni e province, in alternativa alla gestione in economia, alla azienda speciale, alla istituzione, o alla società di capitali nelle due forme della società per azioni o della società a responsabilità limitata¹.

L’interesse può essere rivolto ad evidenziare i caratteri che la relativa di-

¹ L. 8 giugno 1990, n. 142, art. 22 modificato dalla l. 15 maggio 1997, n. 127, art. 17, comma LVIII, *misure urgenti per lo snellimento dell’attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*.

disciplina giuridica riserva a tale forma allo scopo di individuare la peculiarità della gestione in concessione di un servizio pubblico, che la distinguono da quella in economia, o in azienda speciale o istituzione, ovvero da quella che è disponibile secondo la disciplina giuridica delle società di capitali (s.p.a., s.r.l.).

Si comprende come lo studio della indicata forma di gestione sia stata l'oggetto preferenziale e sia tutt'ora di interesse per approfondire la nozione giuridica di servizio pubblico, per i caratteri storici di contrapposizione che la stessa ha sempre mantenuto rispetto alle gestioni realizzate con strutture d'organizzazione integralmente disciplinate dal diritto pubblico.

Il confronto tra opposti costrutti giuridici, tra le diverse forme di gestione di servizio pubblico locale, pare favorire l'analisi e la selezione di ciò appartiene al rapporto giuridico instaurato dall'amministrazione con gli "utenti", proseguendo così un filone di indagine che ha consentito di distinguere quest'ultimo dalla disciplina delle prime, che può tutt'ora enucleare elementi essenziali della nozione di servizio pubblico che nell'una o nell'altra forma non emergono chiaramente.

Fuori dal dibattito strettamente giuridico la concessione di servizio pubblico ritorna ad assumere nuovo interesse come «area di produzione» ove occorre assicurare la «concorrenza tra i produttori», siano essi pubblici o privati. Alcune riflessioni di più ampio respiro pervengono a prescegliere la concessione di servizio pubblico come ambito di definizione dei confini tra area di intervento pubblico e quello di intrapresa privata, concentrando sull'istituto in esame, e per conseguenza sui servizi pubblici, le diverse conclusioni che risultano prevalenti nell'avvicinarsi di tendenze che appartengono alle diverse epoche storiche di riferimento.

Nell'analisi della concessione di servizio pubblico locale confluisce talvolta altra questione che invece dovrebbe rimanere distinta, poiché non attiene ai confini d'azione che sono di interesse per i soggetti pubblici o privati, ma regola piuttosto la diversa disciplina giuridica cui deve riferirsi l'amministrazione pubblica, più precisamente quali principi di diritto positivo definiscono l'attività giuridica di quest'ultimo particolare soggetto dell'ordinamento giuridico.

Si è ricordato infatti² che l'analisi sulla natura giuridica della concessio-

² È l'analisi condotta da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, Jovene, 1981, ove si ritiene che gli impianti teorici di inizio fine secolo intorno ai provvedimenti amministrativi abbiano contribuito a nascondere un diverso percorso giurisprudenziale, che era ed è stato quasi sempre a favore di una ricostruzione contrattuale dell'azione amministrativa, soprattutto in consi-

ne di servizio pubblico è stato il campo di elezione delle teorie che in fine inizio del secolo scorso hanno contribuito alla classificazione degli atti amministrativi, di quelli fra essi che sono detti “autoritativi”, cui si è inteso riferire una disciplina speciale di diritto pubblico, in deroga a quella offerta dal codice civile e che nel tempo si è ad essa tradizionalmente contrapposta. Non a caso si è rilevato che il dibattito intorno alla natura giuridica delle concessioni di servizio pubblico ha eccessivamente mortificato l’analisi ed impedito talvolta una dedizione alla relativa disciplina giuridica, alterandone le conclusioni, o rallentandone i possibili progressi.

Indagine critica che ha avuto il merito di evidenziare le eccessive generalizzazioni di risultati che riguardavano solo alcuni atti giuridici, talvolta un’influenza preconcepita di ricerche di settore volte a fornire sostegno a conclusioni generali sugli atti amministrativi. Analisi che ha indicato un percorso critico il cui esito pone un forte richiamo ad un rigore su cui non è consentito indugiare oltre, riservando sin d’ora alle trattazioni generali ogni possibile conclusione sulla disciplina degli atti amministrativi e sull’attività giuridica dell’amministrazione pubblica, verso la quale è pur tuttavia sempre possibile l’eccezione.

Si distinguono dalla disciplina della concessione di servizio pubblico locale la concessione di beni demaniali, anche ove entrambe sono state sottoposte ad analisi unitaria in occasione di indagini più ampie dedicate alle *concessioni amministrative*. Differisce dalla concessione in esame la disciplina della «concessione di servizi all’amministrazione pubblica», nonché quella più complessa che è denominata «concessione di costruzione e gestione di opera pubblica», anche ove la prima sia ricompresa, per interesse della trattazione, nella più ampia categoria dell’esercizio privato di pubbliche funzioni.

Non risulta di interesse negare gli stretti legami storici tra le indicate tipologie di rapporti giuridici, né che l’indistinzione iniziale abbia consentito di ricondurre molte delle concessioni indicate ad un tipo comune che ha giustificato nel tempo la denominazione «concessioni amministrative», costruendo una disciplina giuridica unitaria con riferimento ad alcuni principi il cui dettaglio non pareva recare eccessivo disagio.

Appare piuttosto singolare che proprio una classe di provvedimenti di favore per i destinatari («concessioni amministrative»), la stessa distinzione tra queste e le autorizzazioni, abbiano favorito la nascita della teoria gene-

derazione dei principi ad esso relativi che fondano un rapporto tra eguali, i cui principali istituti erano ormai tradizionali nelle elaborazioni di diritto privato.

rale, della classificazione e l'individuazione del nucleo essenziale della disciplina dell'«atto amministrativo autoritativo». Forse il riferimento ad alcuni caratteri della struttura giuridica ed alla particolare efficacia che era propria di taluni atti sovrani di epoche anteriori può avere influenzato la ricerca di una categoria unitaria detta concessione amministrativa.

È di qualche interesse per la presente trattazione rileggere le indicate radici storiche, con attenzione esclusiva a come sono state intese dagli autori che hanno dedicato alla concessione di servizio pubblico approfondite disamine, o trattazioni accidentali, non tanto per verificare la fondatezza storica di prospettazioni o collegamenti, quanto per rintracciare l'influenza che alcune soluzioni giuridiche di epoche anteriori possono avere avuto sulla ricostruzione giuridica dell'istituto in esame.

Pochi autori si dichiarano consapevoli dei rapporti con gli istituti di un tempo, solo alcuni si preoccupano di delineare i caratteri distintivi delle concessioni di servizio pubblico dalle «concessioni coloniali»³, o di precisare le relazioni delle moderne concessioni di beni pubblici, con le antiche «regalie minori»⁴.

Sotto la denominazione «concessioni coloniali» è parso possibile ricondurre l'esperienza giuridica iniziata dalle repubbliche marinare e sul loro esempio più tardi l'Olanda, l'Inghilterra e il Portogallo portarono alla definizione di un assetto giuridico essenziale, di cui ci si occupa fuggacemente, poiché ogni approfondimento è ritenuto di pertinenza di altre discipline (il diritto coloniale).

Se sotto le repubbliche marinare le concessioni hanno ad oggetto il diritto esclusivo di esercitare il commercio e la navigazione fra la madrepatria e una località dell'Africa o d'Oriente, o in una determinata zona costiera di quest'ultimi territori (gli empori), con attenzione si rileva che il «reggimento politico di terre comprese nel privilegio» si afferma solo come mezzo al fine, fondando formalmente un diritto avente ad oggetto un monopolio commerciale, mentre l'attribuzione di poteri pubblici resta volutamente indeterminata, «sicché l'azione delle compagnie sotto il pretesto delle neces-

³ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, pt. III, Milano, Società Editrice Libreria, 1920, 557 e s.

⁴ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche e dei corpi morali*, vol. I, Firenze, Casa Ed. Libreria F.lli Cammelli, 1899, 369 e s., ove il riferimento è al solaro e al pedaggio stradale, alle concessioni di acque a scopo di irrigazione, bonificazione o di usi industriali, caccia e pesca, miniere, nonché ai monopoli del gioco del lotto, poste e telegrafi; cfr. inoltre pt. spec. VI, 49 e s., vol. III, n. 3 e s., n. 32 e s.

sità del commercio poteva spingersi, anche politicamente, in ogni senso».

L'«imposizione di tributi, l'emanazione di leggi, l'amministrazione della giustizia e perfino il diritto di guerra erano esercitati dalle compagnie privilegiate in nome proprio, con sovrano arbitrio e spesso con felice successo». Società come il Banco di S. Giorgio, o l'Istituto Commerciale di Maonesi, esercitarono in fatto tutti i «diritti di sovranità», conducendo più volte guerre contro i «Musulmani e contro i Turchi, conquistando talora le loro terre alle quali imponevano i propri governatori»⁵.

La costruzione giuridica riceve nuovo impulso con le grandi «Compagnie delle Indie» cui Olanda ed Inghilterra conferiscono, con la concessione di esclusiva a carattere commerciale, i più ampi poteri pubblici: la stessa attribuzione alle compagnie di una sovranità circoscritta ad un determinato ambito territoriale è talvolta ricordata dagli studiosi della materia come primo nucleo essenziale di una disciplina cui alcuni riconducono i primordi della personalità giuridica delle moderne società di capitali intesa come autonomia patrimoniale perfetta, ove i debiti dell'attività commerciale non divengono debiti personali delle famiglie dei compagni d'intrapresa⁶.

La concessione si confonde in Inghilterra con l'attribuzione statutaria di un diritto speciale, conferito ad una organizzazione mercantile per la realizzazione di interessi anche patrimoniali dello Stato, che garantisce al beneficiario l'esclusiva dello sfruttamento economico delle risorse ivi ricomprese, con utilizzazione a tal fine dei poteri tipici che normalmente definiscono la «sovranità».

Alle colonie statutarie si contrappone la *Proprietary colony* con la quale in Inghilterra la Corona concede in proprietà ai *Lords* i territori delle colonie del Nordamerica; anche in questo caso, seppure secondo un diverso schema giuridico, si affermano in capo ai *Lords* concessionari i pieni poteri di disporre delle terre, di definire tributi, di istituire baroni, di concedere la grazia, di dichiarare la guerra, nonché il potere di nomina a tutti gli uffici pubblici.

Le successive attività coloniali del nuovo secolo sono ritenute diverse

⁵ In forza di concessioni commerciali ottenute dalla Repubblica di Genova rispettivamente per tutte le colonie del Mar Nero, ovvero per l'Isola di Chio, poi estesa ad altre parti dell'Oriente: G. ZANOBINI, *op. cit.*, 588-599, e nota 1.

⁶ Si vedano i riferimenti in: G. COTTINO, *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Padova, Cedam, 1976, 326 e s., spec. 329; A.A. BERLE jr., G.C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932, trad. it. a cura di G.M. UGHI, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, Einaudi, 1966, 13; cfr. G. LUZZATO, *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, pt. I, IV^a ed., Padova, Cedam, 1955, 221 e s., spec. 227.

dalle precedenti per il carattere eminentemente politico delle concessioni più recenti, le quali consentono di rivelare in modo esplicito i poteri di “sovranià”, con la conseguenza che il mutato scopo riduce in talune ipotesi i grandi profitti delle società private e compaiono così le sovvenzioni statali che arricchiscono, ma non alterano lo schema essenziale del rapporto giuridico.

Altri autori alcuni anni più tardi offrono una comparazione e si occupano specificatamente delle concessioni che le “Potenze occidentali” ottengono dalla Cina imperiale⁷, ove appare chiaro che parti del territorio dell’Impero Celeste sono sottratti al diritto ivi vigente e sottoposto per tutta la durata del rapporto giuridico ad una disciplina speciale, derivata dalla cultura giuridica dello Stato concessionario. Le concessioni sono viste dallo Stato Imperiale d’Oriente come il mezzo per acquisire tecnologie occidentali e con esse la conseguente forza anche militare, ma al tempo stesso consentono di circoscrivere nel tempo e a determinati territori la inevitabile contaminazione occidentale di una cultura millenaria.

Nelle descrizioni degli autori della prima metà del secolo pare delinearsi una struttura che indica un rapporto giuridico principale, talvolta aleatorio, avente ad oggetto lo sfruttamento in esclusiva da parte del concessionario di un bene ritenuto nell’insieme economicamente rilevante, rapporto, che necessita comunque ogni qualvolta dell’introduzione di infrastrutture, di abitudini e culture, ovvero di preparazione o riduzione di terre straniere alla “civiltà” che è propria del concessionario, quella in cui questi è cresciuto e si è sviluppato.

In seguito si parla di “civilizzazione” come presupposto economico necessario, o mezzo indispensabile per una sempre più fruttuosa speculazione delle società private degli affari che sono possibili in terre straniere, le quali richiedono trasformazioni che sono essenziali all’intrapresa, la cui rilevanza è tale da distinguere l’attività del concessionario da ogni altro imprenditore, ma al tempo stesso giustifica la richiesta dell’attribuzione dei poteri che sono tipici della “sovranià”. Rapporto principale cui parrebbe partecipare il “sovrano” in ragione prima di un interesse a prevalente carattere patrimoniale e poi politico; in quest’ultima compaiono le sovvenzioni pubbliche che consentono di ristabilire la convenienza economica dell’impresa-stato, ove i richiesti interventi pubblici (a motivo politico) definirebbero le concessioni come scarsamente remunerative nel breve o medio termine.

La descrizione dello strumento concessorio già delinea una sottoposizio-

⁷ C.E. BALOSSINI, *Le concessioni in Cina*, Firenze, Sansoni, 1936.

ne delle società commerciali ad un diritto obiettivo speciale, con istituti di maggiore favore rispetto alla disciplina prevista per gli altri imprenditori, che trova ragione nelle differenti condizioni imposte da terre lontane, che sono prive di infrastrutture e della cultura necessaria alla produzione o al consumo.

Diritto obbiettivo nei confronti dello Stato verso il quale il concessionario è un suddito speciale, diritto la cui efficacia involge in varia guisa una pluralità di soggetti: sia le sfere giuridiche degli altri imprenditori cui può opporre quanto meno un'esclusiva, sia i popoli oggetto di conquista che sono assoggettati alla "sovranità" il cui esercizio è demandato alle società commerciali.

Al di là della natura «statutaria, proprietaria, o per accordo internazionale», nelle analisi⁸ si intravede una particolare efficacia dell'atto di concessione tra Stato e concessionario, che non è *inter partes*, ma che involge soggetti che rispetto ai primi sono sicuramente terzi (altri imprenditori, sudditi coloniali).

Efficacia che è derivata direttamente dalla sovranità⁹, *dall'imperium*, dal fondamento dell'ordinamento che a tutti si impone, secondo un costrutto giuridico che si è visto ricordato da altri come introduzione della limitazione della responsabilità patrimoniale delle stesse società commerciali che intraprendevano in terre lontane.

Il fondamento proprietario, o il prevalente carattere patrimoniale della concessione, sono rilevanti per altro fenomeno che taluno ritiene necessario ricordare ancora a fine del secolo scorso ove ci si accinge a descrivere come diritto vigente i "privilegi regali", o "regalie".

La "colleganza" tra diritto pubblico e regime economico apre l'analisi «ai diritti di proprietà e delle obbligazioni pubbliche», che subito sono distinti dalla gestione patrimoniale che anche gli «enti collettivi di pubblica ragione» hanno in comune con i privati, perché sottoposti a discipline pubbliche di cui occorre descrivere le principali differenze e gli eventuali aspetti di comunanza, riconoscendo ciò che appare residuo di un'epoca anteriore e non più compatibile con il diritto moderno.

⁸ Si vedano i riferimenti alle note che precedono.

⁹ È singolare notare a distanza di anni la radice storica: le concessioni di servizi qualificate concessioni-contratto si ritengono caratterizzate da un rapporto bilaterale consensuale avente natura contrattuale, a differenza delle concessioni conferenti *status* che invece sono espressione di un potere sovrano autoritativo: Corte Conti, sez. contr., 1 giugno 1995, 73, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1998.

In particolare se ai tempi medievali il demanio pubblico, in forza di rescritti sovrani, poteva cadere in mani private ed essere oggetto di “contratti venali”, nel diritto moderno tale soluzione è considerata eccezionale, poiché normalmente «le usurpazioni del suolo pubblico, quantunque abusivamente tollerate, non conferiscono diritti all’usurpatore: e le stesse concessioni legittime sono, come dirò fra poco, precarie»¹⁰.

«Fra i diritti maiestatici, che ebbero titolo e regola nella pace di Costanza, i pubblicisti distinguono le regalie maggiori e le minori» le prime, come «il far le leggi» e il «rendere giustizia», che sono «inseparabili dall’alta sovranità nell’origine e nell’esercizio, scevre da ogni elemento venale e non cedibili», le seconde invece «di carattere redditizio, radicate sì frontalmente nella sovranità, ma suscettive di cessione a scopo venale ed esercitabili nelle forme del diritto privato: per es. concessioni di acqua, di caccia, di pesca, di miniere, e simili diritti ...».

Le prime sono veri atti di impero, «le seconde sono piuttosto da chiamarsi atti di sovranità indirizzati al godimento venale, che dall’*imperium* prendono più o meno largamente la precarietà e l’imprescrittibilità della concessione; ma finché questa dura, conferiscono privilegi utili a pro dei concessionari privati. E tanto più si avvicinano al diritto contrattuale, quanto più vengono ordinate a scopo redditizio, trascurato e dismesso il concetto di autorità»¹¹.

Queste regalie minori, che si ritiene presero nome dalle convenzioni negoziate tra Federigo Barbarossa e i Comuni italiani, sono ritenuti strascichi del Medio Evo, sicché «declinano e si trasformano all’aura della civiltà moderna purificatrice di ogni esiziale miscela del diritto pubblico col privato. Spariscono tra esse regalie quelle prive di fondamento nell’interesse generale, e tornano nel campo del mero diritto privato: si convertono in imposte le rimanenti»¹², secondo una trasformazione che tuttavia si afferma ancora incompiuta all’ultimo anno del secolo scorso¹³.

¹⁰ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali ...*, cit., vol. I, 368-369. Diritti privati sul suolo pubblico, anche contro la destinazione del medesimo, sono stati mantenuti «quando abbiano avuto a loro favore la *vetustas*, la quale faceva presumere qualcuna di quelle concessioni sovrane, *quae erant* (a quei tempi) *titulus et lex*: per modo che, chi n’è ora nel godimento non ha potuto restarne privo senza l’indennità».

¹¹ G. GIORGI, *op. cit.*, vol. I, 369-370.

¹² G. GIORGI, *op. cit.*, vol. I, 370.

¹³ Si veda G. GIORGI, *op. cit.*; nonché L. VIGNA e V. ALIBERTI, *Dizionario di diritto amministrativo*, Torino, Tipografia F.lli Favale, 1840, la voce Concessioni rinvia alle voci Ac-

Così le concessioni di suolo pubblico ai privati, se per i Regalisti era quasi una prestazione privata contrattuale, ove il suolo pubblico poteva essere oggetto di commercio ed i privati si obbligavano al pagamento di un corrispettivo detto *solario*, si deve riconoscere che nel diritto moderno «l'appropriazione privata non è più compatibile con il rivendicato esercizio dell'autorità pubblica amministrativa» e si afferma la regola delle concessioni precarie, compensate da un «corrispettivo in forma di tassa per occupazione di suolo pubblico», concessioni dello Stato e del Comune, che sono precarie, dunque «revocabili quando divengono intollerabili all'uso pubblico».

Analogamente si ricorda che le concessioni di acque pubbliche aventi ad oggetto le derivazioni a scopo d'irrigazione, di bonifica o di usi industriali, sono nate anch'esse nell'età di mezzo, quando il diritto sovrano di regolare i corsi delle acque si convertì in fonte di lucro fiscale con l'intento di comporre tutela e carattere redditizio delle acque; si sono poi affermate nei tempi moderni invece come concessione dell'"autorità" amministrativa che ha il presidio della regimazione delle acque, di cui la legge stabilisce il canone a seconda degli usi.

I diritti dei privati sono sottoposti alle esigenze della tutela delle acque: «se il regime del fiume reclama nell'interesse pubblico la morte della concessione già fatta al privato, questa deve inesorabilmente finire senza indennità». «Non sono concessioni contrattuali, tutti ad una voce ci diranno dal Pecchio al Dufour, al Laurent e al Mantellini: sono tutti atti di autorità, i quali hanno connotata la precarietà. Non certo arbitraria e irragionevole, ma sottoposta al prudente apprezzamento del pubblico interesse»¹⁴.

La conclusione cui si perviene pare discendere direttamente dalla disciplina che definisce la proprietà pubblica, che si distingue dalla privata ove, come è noto, il diritto di disporre e di godere del bene si afferma nella maniera più assoluta.

«Tutto all'incontro accade nel demanio pubblico. L'*abuti* invero svanisce totalmente; l'*uti* e il *frui* cambiano soggetto, e pertengono non all'*universitas* proprietaria, bensì ai singoli, *iure scilicet civitatis*, che sotto alcun rispetto si estende anche agli stranieri: e non sono godimenti venali come nell'uso

que, Beni demaniali e Miniere; alla voce Acque, 101, si afferma che «il diritto dei concessionari deve misurarsi dietro la facoltà che avevano i concedenti, i quali non rare volte facevano concessioni che non erano in diritto di fare», di qui le discussioni sulla legittimità dei titoli che consentivano la derivazione di acque. Si descrive il complesso procedimento per ottenere un nuovo titolo che sfocia nella «R. patente di concessione» firmata da S.M.

¹⁴ G. GIORGI, *op. cit.*, 372-374, ed *ivi* alla nota 1 di p. 374, i riferimenti agli autori citati in testo.

o nell'usufrutto ordinario, ma conformi alla destinazione della strada, del fiume, del lido marino. Sono per dirlo in breve, diritti dei cittadini *uti singuli* al godimento della cosa pubblica secondo la sua destinazione», ad eccezione di quei vantaggi pecuniari che possono prendere carattere di regalia come il solario, i canoni per le concessioni di acqua, ma che sono «profitti accidentali, perché la destinazione al comodo pubblico prevale sulla fiscalità, e la distrugge, quando sia incompatibile con l'uso»¹⁵.

Il punto è di interesse poiché appare sempre più chiaro agli autori della fine del secolo scorso che il venire meno delle ragioni patrimoniali ("fiscalità") e l'affermarsi dell'interesse pubblico interrompe ogni analogia con la proprietà privata disciplinata dal diritto civile, sicché per la sensibilità degli autori del tempo risulta difficile utilizzare il contratto come atto giuridico di definizione dei rapporti aventi ad oggetto la disposizione del bene pubblico.

La disciplina di diritto civile della proprietà privata, in quanto diritto reale, indica infatti un potere di disporre e godere della cosa *erga omnes* che vale di per sé ad escludere i terzi, verso la quale appare consona un'utilizzazione del contratto di compravendita, o di locazione, i quali permettono senz'altro al proprietario di trasferire ad altri tale potere sul bene: rispettivamente la titolarità, ovvero la sola facoltà di godimento ad essa pertinente, come nel caso in cui il proprietario intenda consentire ad altri l'uso esclusivo del bene di cui purtuttavia voglia permanere titolare.

Eguale vicenda giuridica non pare possa scaturire dal contratto di compravendita o da quello di locazione ove abbia ad oggetto l'uso di acque demaniali o di strade pubbliche, poiché è la stessa definizione di demanio che non contempla un uso esclusivo del suo titolare, al contrario è proprio il godimento di ciascuno («*iure scilicet civitatis*») a costituire elemento caratterizzante della relativa disciplina, sicché appare del tutto insufficiente un contratto, che è efficace *inter partes*, a trasferire il godimento in esclusiva del bene stesso.

Il riferimento all'*imperium* dell'amministrazione, alla concessione come atto che partecipa della sovranità, appare così nella ricostruzione come un rinvio alla necessità di pervenire ad una eccezionale ridefinizione dell'uso del bene che è consentito a tutti, il richiamo ad una efficacia *erga omnes* che appare indispensabile al fine di affermare verso le sfere giuridiche di tutti un determinato uso del bene che la concessione intende riservare a taluno.

Nel demanio il potere dell'amministrazione pubblica di attribuire l'esclusiva dell'uso del bene non è potere connaturato, ma d'eccezione alla de-

¹⁵ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali ...*, cit., vol. I, 365-366.

finizione della relativa disciplina, che perciò deve trovare fondamento nell'*imperium*, cioè nell'ordinamento che è a tutti comune, l'unico idoneo a ridefinire le relazioni che normalmente tutti hanno con il bene stesso.

Se la legge definisce la disciplina del demanio pubblico, l'affermazione di un potere dell'amministrazione che della stessa sia eccezione non può essere derivato naturalmente dalla norme che disciplinano le vicende della proprietà privata, ma è potere che esiste in capo all'amministrazione pubblica unicamente in quanto disposizioni di legge speciale lo prevedano come eccezione alla disciplina generale del bene demaniale preso in considerazione.

La discussione sulla natura giuridica dell'atto di concessione, il riferimento all'*imperium* o ai contratti che disciplinano le vicende dei diritti soggettivi disciplinati dal diritto privato, segnano dunque l'evoluzione dell'affermazione dell'ente pubblico come persona giuridica affatto differenziata rispetto alle altre. La pubblica amministrazione è ritenuta titolare di poteri che non conseguono alla definizione dei diritti soggettivi di cui possono divenire titolari i "privati", né che appaiono consueti nei negozi ad essi relativi per le differenti vicende giuridiche cui sono preordinati, secondo una ricostruzione che giustifica inoltre l'assoggettamento della pubblica amministrazione ad una disciplina particolare, che maggiormente limita la relativa autonomia giuridica.

Il contratto avente ad oggetto beni pubblici, che tutti ritengono utilizzato dall'amministrazione quanto meno sino alla fine della prima metà dell'altro secolo, pare limitare l'attenzione al rapporto bilaterale che la stessa instaura con il privato che con essa ha stipulato, oscurando le ulteriori ed inevitabili relazioni con gli appartenenti alla comunità locale, di cui i relativi rappresentanti istituzionali non possono non tenere conto, prima forse unicamente per effetto di un condizionamento politico, poi sempre più in forza di principi e norme che assumono rilevanza giuridica e ne limitano la relativa azione.

Non è possibile qui richiamare il dibattito che nella seconda metà del secolo scorso ha portato dalla legge sulla giurisdizione unica alla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, agli eventi successivi che la hanno caratterizzata come giudice ulteriore, a garanzia di un esercizio legittimo dei poteri attribuiti all'amministrazione pubblica, a tutela di quelli che verranno denominati interessi legittimi, e al tempo stesso dei limiti d'esercizio della autonomia giuridica della stessa amministrazione¹⁶.

¹⁶ Per tutti: A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Atti del Convegno celebrativo Cento anni di giurisdizione amministrativa*, (To-

È dibattito noto, sicuramente anche a coloro che alla fine e all'inizio del secolo scorso analizzavano le evoluzioni intorno alle diverse vicende che la pubblica amministrazione andava instaurando con i soggetti ad essa estranei ed aventi ad oggetto i beni pubblici, i servizi all'amministrazione come l'illuminazione delle strade, o la realizzazione di opere pubbliche, ovvero i rapporti di lavoro¹⁷.

Un dibattito sulle insufficienze del diritto e della giurisdizione civile, della stessa costruzione del diritto soggettivo come tutela delle libertà che si rivela un limite insufficiente all'azione della pubblica amministrazione, alle sue scelte per antonomasia, cioè quelle discrezionali, ora come allora a favore di taluno tra i molti, ora come allora concedendo ad un privato ciò che si è al tempo stesso negato ad altri.

Dibattito che come è noto, sotto le polisemose definizioni d'autorità, degli atti d'impero, della supremazia dell'amministrazione pubblica, stava in verità sottoponendo a limiti giuridici «l'arbitrio delle politiche del governo del re» e delle maggioranze sociali che amministravano le altre istituzioni pubbliche¹⁸.

2. La costruzione e l'esercizio di impianti a rete: illuminazione pubblica ed acquedotti. Dal contratto tra amministrazione e concessionario derivano benefici per i terzi

Non pare agevole indagare intorno ai motivi di interesse pubblico che hanno nel tempo caratterizzato le concessioni di beni al precipuo fine di incrementare le entrate fiscali¹⁹, rispetto a quelle che prevalgono successiva-

rino 10-12 novembre 1989), Napoli, Jovene, 1996, 57 e s.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983; F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 549 e s.

¹⁷ Particolare può essere il riferimento a Giorgio Giorgi che nella seconda edizione della sua *Dottrina del 1899*, è qualificato, oltretutto senatore del Regno, Presidente di sezione del Consiglio di Stato.

¹⁸ Se ne veda per tutti la vicenda in L. MAROTTA, *Stato di diritto e pubblica amministrazione nel pensiero di Silvio Spaventa*, Napoli, 1979, spec. 116-120, 126 e s., cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, 1995, 506-507, 509, 510, 514.

¹⁹ Oltre al Giorgi citato alle note che precedono, si vedano: G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, Barbera, 1882, 105 e s.; TIEPOLO, *Le acque pubbliche nelle legislazione italiana*, Torino, 1889, 59 e s.; V. SCIALOJA, *Della revocabilità del precario in materia di*

mente ove la concessione è rilasciata anzitutto in favore dello sviluppo economico e sociale di una comunità, o di talune categorie produttive tra i suoi componenti.

Tra quest'ultime le concessioni per la navigazione dei fiumi volte a favorire i commerci, le derivazioni d'acqua per i "molini" e per l'irrigazione in agricoltura, poi per fornire energia alle industrie, in particolare a quella meccanica, prima che si pervenisse alla fornitura diffusa di elettricità²⁰.

Le ricerche intorno ai precedenti storici dell'istituto segnalano che le concessioni hanno trovato inizialmente fondamento in contratti "interamente" disciplinati dal diritto privato²¹, anche se in una disamina dedicata alle concessioni di servizio pubblico locale non si può non riconoscere che l'oggetto del rapporto giuridico tra pubblica amministrazione e concessionario non è rimasto eguale nel tempo, ma appare mutato rispetto all'originario, secondo uno sviluppo che può dirsi all'incirca coevo alle diverse ridefinizioni della natura giuridica dell'atto da cui traeva fondamento.

La vicenda della costruzione e gestione della illuminazione pubblica di strade e piazze, nonché di taluni acquedotti comunali, può essere ritenuta paradigmatica di una evoluzione della struttura dei rapporti giuridici tra

acque, *La Legge*, 1880, III, 226 L. RATO, *Concessione delle acque pubbliche*, in *La Legge*, 1893, 136 e s. e gli autori *ivi* citati; per una interpretazione della legge abolitrice dei privilegi feudali: Corte di Cassazione di Torino, 23 dicembre 1902, *Ferrovie Mediterranee c. Durazzo*, in *Giur. torin.*, 1903, 747.

²⁰ Paradigmatico è l'esempio di Torino, ove dopo il 1870 il Comune, seppure con scarsi risultati, afferma un impegno per nuovi incentivi all'industria locale, tra i quali 950 cv supplementari di forza motrice idraulica: V. CASTRONOVO, *Storia delle Regioni dall'unità ad oggi, Il Piemonte*, Torino, Einaudi, 1977, 90. Per il riferimento all'apporto del capitale finanziario dei "banchieri d'oltralpe" nella costruzione di acquedotti, ferrovie e illuminazione pubblica, *ivi*, 61. Occorre tuttavia superare il declino della lunga depressione di fine ottocento con il fallimento di alcune banche (per effetto delle disastrose intraprese finanziarie romane), per avere con il municipalismo giolittiano il decollo economico di inizio secolo, cui si deve l'impegno del Comune in scuole professionali, comunicazioni ferroviarie, fonti di energia, edilizia popolare, organizzazione assistenziale, *ivi*, 165 e s., nonché il riscatto della concessione della Società Alta Italia di fornitura di energia elettrica controllata da uomini d'affari tedeschi e svizzeri che sino al 1905 avevano giovato di un monopolio che consentiva loro di praticare alti canoni di erogazione: riscatto che consentì invece di fornire energia a prezzi di costo da parte dell'Azienda Elettrica Municipale, cui seguì il riscatto delle tramvie sempre esercitate dalla stessa concessionaria, *ivi*, 170; *Storia dell'industria elettrica in Italia, le origini 1882-1914*, vol. I, Bari, Laterza, 199

²¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 11 e s., nonché 51 e s.; lo segnala già C. VITTA, *La revoca delle concessioni di pubblici servizi*, in *Foro it.*, 1953, IV, 193-194.

amministrazione pubblica e concessionario, la cui attività assume nel tempo rilevanza per una collettività.

Ancora sul finire del secolo, sotto il vigore della legge comunale e provinciale del 1898²², l'obbligo dei comuni di provvedere alla illuminazione di strade e piazze è da taluno considerato un compito finalizzato a mantenere la sicurezza pubblica²³, che i comuni da alcuni anni assolvono affidandone normalmente la realizzazione ad imprese terze.

Imprese, controllate in prevalenza da capitali d'oltralpe, stipulano con i comuni italiani contratti aventi ad oggetto l'erogazione del gas come mezzo di illuminazione pubblica, secondo clausole che a ben vedere rivelano una pluralità di oggetti, che sono accomunati da un unico affare che consente di ritenerli partecipi di una stessa causa giuridica.

Anzitutto la concessione di strade e piazze vale affermazione della legittimità di un «uso speciale» del bene, necessario all'impresa per l'erogazione del servizio di illuminazione pubblica²⁴, con soluzione che forse inizialmente si definisce senza rivelare soverchie preoccupazioni sul regime giuridico della proprietà delle opere realizzate dall'impresa concessionaria.

Il «servizio di illuminazione pubblica» poteva avere ad oggetto la vendita del gas, oppure anche la costruzione della rete di distribuzione unitamente alla collocazione in strade e piazze dei lampioni con relativa manutenzione,

²² R.d. 4 maggio 1898, n. 164, *che approva il nuovo testo unico della Legge comunale e provinciale*.

²³ Lo rileva l'anno successivo con riferimento all'art. 175, n. 13 del testo unico: U. FORTI, *Due speciali forme di concessione amministrativa (riscossione di imposte e teatri comunali)*, in *Il Filangeri*, 1899, poi in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Roma, 1937, 338; in tal senso per l'illuminazione dei portici e degli anditi si veda già Cass. Torino, (pen.), 23 maggio 1877, ric. Broccardo, in *Riv. Amm. del Regno*, 1877, 514.

²⁴ La questione di un diritto speciale del concessionario talvolta appare confusa con quella del monopolio naturale; se quest'ultima attiene ai rapporti tra coloro che intendono affermare un uso speciale del bene (su cui si veda *infra* l'ultimo capitolo del presente lavoro), la prima è la relazione tra uso speciale e generale dei beni pubblici, cioè tra diritto del concessionario e «diritti civili dei cittadini». Affermano che la concessione non può impedire il diritto collettivo dell'*universitas*: Corte di Cassazione Torino, 27 marzo 1895, Binelli c. Min. Lavori pubblici, in *Giur. torin.*, 1895, 490; Corte di Appello di Venezia, 10 aprile 1895, Comune di Treviso c. Società Civica di Illuminazione a gas, in *Giur. it. (Bettini)*, 1895, 305; Corte di Appello Napoli, 25 giugno 1910, Item c. Matrone, in *Diritto e giur.*, 1910, 1011; qualifica come diritto soggettivo l'uso dell'acqua: Corte di Appello di Palermo, 9 marzo 1891, Min. Lavori Pubblici, Ferrovie Sicule c. Eredità Lo Bue Petise, *Circ. giur.*, 1891, 156; la concessione attribuisce un diritto reale esclusivo di pesca al concessionario: Cass. del Regno, 27 luglio 1933, Loche c. Corrias, in *Riv. Demani*, 1933, 416.

nonché «l'accensione e lo spengimento» delle lampade; la principale, o tutte le prestazioni, venivano definite contrattualmente per un corrispettivo in danaro che diveniva oggetto di un reciproco obbligo del Comune.

L'individuazione del valore del corrispettivo in danaro teneva conto della possibilità, più o meno vasta, per le imprese produttrici di procedere allo «sfruttamento della condotta per la vendita del gas ai particolari», cioè ad altre imprese come fonte di energia alternativa all'acqua, ad altri enti morali, ovvero ai proprietari di immobili di civile abitazione.

Non si è in grado di indicare quando nella «vendita del gas» la crescente importanza di questa opportunità economica influenzi sempre più l'oggetto principale del contratto, certo è che già nella seconda metà del secolo scorso al rinnovo delle convenzioni si avverte una riduzione del corrispettivo dovuto dai Comuni in ragione delle maggiori richieste di utenze private²⁵.

Tale ragione di riduzione del corrispettivo pare contrastare l'idea di una obbligazione dei concessionari di vendita del gas a favore di chiunque lo richieda nel comune, o quanto meno di chi è sito in una zona prescelta dall'ente pubblico, secondo una ricostruzione che pare rinviare ad un periodo successivo la possibilità di considerare come servizio pubblico l'indicata prestazione.

L'erogazione ad utenti diversi dal comune concedente pare infatti scelta lasciata all'autonomia del concessionario, secondo un giudizio di convenienza economica proprio della sua attività imprenditoriale²⁶.

Analoga questione pare delineata dalla costruzione e gestione di acquedotti nella evoluzione che porta a selezionare nel tempo il servizio di acqua

²⁵ Si vedano i contratti citati in Corte di Appello di Firenze, 24 novembre 1891, Comune di Firenze c. Città di Firenze, in *Foro it.*, 1892, I, 394, e la vicenda *ivi* raccontata nella nota di E. BIANCHI; nonché in quella di A. CODACCI PISANELLI, in *Giur. it.*, 1892, I, 2, 53. La questione pare riproporsi per la concessione delle strade ferrate: Cassazione di Roma, 4 dicembre 1879, in *La Legge*, 1880, II, 120; Corte di Appello di Milano, 28 aprile 1890, Ferrovie Parma-Suzzara c. Min. Finanze, in *Mon. Trib. Milano*, 1890, 519; Corte di Appello Roma 17 maggio 1890, Ferrovie Sarde c. Min. Finanze, in *Temi romana*, 1890, 462; Corte di Appello Genova, 13 marzo 1891, Comune di Bagnasco c. Min. Lav. Pubbl., in *Temi genovese*, 1891, 297.

²⁶ Con il sopravvento dell'energia elettrica l'evoluzione può dirsi ormai conclusa: l'illuminazione pubblica delle strade e piazze si distingue dal servizio pubblico di erogazione di energia ad imprese e cittadini, se mantenuta insieme diviene accessoria di quest'ultima principale attività, secondo un costrutto che con la gestione delle aziende municipalizzate è pervenuta sino ad oggi come onere improprio di servizio pubblico.

potabile e di acque reflue a partire dalla struttura della concessione di bene demaniale²⁷.

La vicenda è stata ricostruita talvolta con riferimento a casi specifici che hanno rivelato con dovizia di particolari il processo in esame, ma che trova conferma anche nelle ricostruzioni di carattere generale dedicate alle funzioni dei comuni²⁸.

In particolare si è chiarito che la gestione del servizio di erogazione dell'acqua ha trovato fondamento a partire dalla seconda metà del secolo scorso in due tipi di concessione di beni: l'una di derivazione d'acqua e l'altra avente ad oggetto l'installazione di tubazioni nel sottosuolo delle strade cittadine.

Le società concessionarie si presentavano all'esordio del secolo secondo uno schema giuridico che non involge alcun obbligo di servizio pubblico, al contrario secondo la tradizione delle concessioni, in verità contratti, le stesse si sono unicamente «obbligate a cedere quantitativi d'acqua al Comune, in corrispettivo della facoltà di occupare il suolo pubblico, così come, in talune occasioni, hanno stipulato contratti per la provvista d'acqua al medesimo Comune o all'azienda municipalizzata per lo svolgimento di pubblici servizi; ma si sono astenute dal formulare impegni riguardo alla prosecuzione ed alle modalità del servizio di erogazione a favore della collettività insediata nel territorio comunale»²⁹.

Talvolta «una regolamentazione convenzionale sorta conforme al modello di concessione di suolo pubblico parrebbe essere stata in seguito trasformata in concessione di servizio di distribuzione idrica ed integrata con disposizioni corrispondenti alle indicazioni legislative» (r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, t.u. della finanza locale, art. 265).

In altri casi la disciplina convenzionale è rimasta incompleta «poiché dei tre profili giuridicamente rilevanti che vi pertengono, ossia quelli della cap-

²⁷ Per riferimenti al servizio di acqua potabile: Cons. Stato, 2 aprile 1897, Comune di S. Donato in Val di Comino c. Min. Lavori Pubbl., in *Giust. Amm.*, 1897, 73, ma la si veda pubbl. anche in *La Legge*, 1897, I, 710; Corte di Appello di Genova, 19 marzo 1897, Natta c. Marsaglia, in *Gazz. giur. it.*, 1897, 92; per le acque reflue: Corte di Appello di Milano, 1 luglio 1932, Campari c. Gabbioneta, in *Foro Lomb.*, 1932, 324.

²⁸ G. PERICU, E. ROPPO, *Concessioni di derivazione, acquedotti privati e pubblico servizio di distribuzione di acqua potabile, A proposito di una vicenda genovese*, in *Quad. regionali*, 1982, 1317 e s.; per una trattazione di carattere generale: U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Soc. ed. italiana, 1915, 141 e s.

²⁹ G. PERICU, E. ROPPO, *Concessioni di derivazione ...*, cit., 1320.

tazione dell'acqua, della sistemazione della rete distributiva e dello svolgimento del servizio, solo i primi due hanno ottenuto regolamentazione, mentre il terzo ha seguito sino ad oggi ad essere ignorato»³⁰.

Si è ancora lontani dalla nozione di pubblico servizio, poiché la struttura è ancora quella propria delle concessioni d'uso di bene demaniale; certo ci si avvicina nei casi di finanziamento di opera pubblica attraverso l'attribuzione al concessionario degli importi derivanti dalla riscossione delle tasse pagate dagli utenti, o nelle ipotesi in cui l'impresa utilizza gli impianti per erogare servizi a terzi che la stessa ha reputato lucrativi.

Finanziamento di opere attraverso la cessione della gestione di esse, la cui utilizzazione consente di fornire servizi agli "utenti": il finanziamento si pone come soluzione alternativa al mutuo ordinario o a quello agevolato dall'erario, ovvero a quelle tendenze che di recente ritornano all'azionariato diffuso dei titoli di una società in mano pubblica che ha ad oggetto statutario la realizzazione dell'opera, o al prestito pubblico comunale³¹.

Trattasi come è noto di modalità alternative di definizione del compenso dell'imprenditore, o se si preferisce della individuazione di un assetto tra le parti volto a stabilire un equilibrio patrimoniale in ragione dell'obbligazione assunta dall'imprenditore verso l'amministrazione pubblica che ha ad oggetto prestazioni onerose.

Equilibrio atipico, ogni qualvolta ricercato dalle parti secondo le opportunità e necessità del caso preso in considerazione, delle peculiarità che ciascun contraente può offrire per contribuire alla sua definizione, seguendo schemi ormai noti, ma che di recente paiono ritornare di attualità³².

In tale struttura giuridica non si esclude che benefici ai terzi possano derivare dal rapporto giuridico tra amministrazione e concessionario, ciò che si esclude è che l'assetto giuridico del rapporto definito dalle parti, che ha oggetto tali benefici, possa essere giuridicamente fatto valere dagli "utenti" terzi.

³⁰ G. PERICU, E. ROPPO, *Concessioni di derivazione ...*, cit., 1332-1333.

³¹ Già in Cons. di Stato, 7 maggio 1897, Cassa dep. e prestiti, in *Riv. Amm.*, 1897, 542; ancora prima, in attuazione della l. 15 gennaio 1885, n. 2892, per il risanamento della Città di Napoli, si vedano: r.d. 30 dicembre 1886, n. 4257; r.d. 4 agosto 1887, n. 4867; r.d. 13 gennaio 1889, n. 5907 (quest'ultimo in *G.U.* 28 gennaio 1889, n. 24) aventi ad oggetto l'autorizzazione al Comune della «emissione di obbligazioni per provvedere alle opere di risanamento della Città di Napoli».

³² Equilibrio patrimoniale definito anche dai finanziamenti che il comune o la provincia sono legittimati ad ottenere dallo Stato o dalla Comunità europea. Sulla questione in generale e da ultimo per i *project financing*, si veda *infra*.

Gli utenti non traggono dal rapporto tra amministrazione pubblica e concessionario alcuna legittimazione a pretendere la prestazione di servizi, proprio perché la stessa è ideata sin dall'inizio come possibilità per il concessionario di ritrarre un corrispettivo della prestazione onerosa cui quest'ultimo si è obbligato.

In tale costruzione appare coerente ricondurre ai successivi contratti di utenza la legittimazione giuridica dei terzi a pretendere quelle prestazioni che il concessionario ha reputato idonee ad offrire lo sperato ristoro, poiché tali contratti potranno essere conclusi nei limiti di contenuto e secondo i termini che il concessionario reputa necessari a garantire il riequilibrio economico del rapporto instaurato con l'amministrazione, in ragione del permanere nel tempo di una convenienza economica del concessionario imprenditore a ritrarre il compenso dell'obbligo oneroso contratto con l'amministrazione pubblica.

In tale contesto strutturale può forse non stupire che la progressiva elaborazione della nozione di servizio pubblico sia preceduta dalla crisi della fonte contrattuale, né che alla stessa la dottrina francese tenti di porre inizialmente rimedio con il contratto a favore di terzo, o che quella italiana segua il fascino delle classificazioni degli atti di diritto amministrativo.

3. Le analisi dedicate alla concessione di servizio pubblico locale. La progressiva rilevanza dei «diritti degli utenti», tra atto di assunzione, programmi di servizio pubblico locale e scelta della forma di gestione

Gli studi più recenti paiono caratterizzati da una analitica disamina degli elementi della concessione di servizio pubblico in Italia, con minuziose indagini sulle norme giuridiche, anche di derivazione europea, che si ritiene disciplinino l'istituto in esame³³.

È possibile rilevare un maggiore distacco da quei profili di indagine che hanno come oggetto preferenziale l'evoluzione verso una pubblica ammini-

³³ AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna-Villa Monastero 21-23 settembre 1995), Milano, Giuffrè, 1997; G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La Concessione di servizio pubblico*, Atti del Convegno tenuto a S. Margherita Ligure 26-27 marzo 1993, Milano, Giuffrè, 1995, 83 e s., spec. 92; F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di pubblici servizi*, Atti della giornata di studio organizzata dall'Università di Bologna – Scuola di Specializzazione in *Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione*, Roma 3 dicembre 1987, Rimini, Maggioli, 1988.

strazione per atti consensuali e non d'autorità, poiché molte analisi sono senz'altro dedicate alla concessione di servizi pubblici non come parte della generale categoria delle concessioni amministrative, ma sono rivolte alla disciplina dei servizi locali³⁴, o a taluni tra i nazionali.

Le analisi appaiono più puntuali e le distinzioni sono operate entro la classe delle concessioni di servizio pubblico, anzitutto tra quelle che importano l'esercizio di una impresa rispetto ad altre cui tale carattere non appartiene, ovvero ci si interroga espressamente sull'indirizzo dell'indagine cui si vuole attendere, se descrittivo o di classificazione degli atti dell'amministrazione pubblica, ovvero come definizione di una o più fattispecie giuridiche che si affermano come disciplina del diritto positivo vigente³⁵.

Maggiore attenzione è rivolta alla struttura giuridica della concessione di servizio pubblico e pare emergere come questione principale l'analisi delle posizioni soggettive che dalla concessione scaturiscono o sono ad essa correlate, o presupposte, con un crescente interesse per la disciplina che definisce la consistenza di ciascuna di esse nel «rapporto giuridico» che sinora si è ritenuto unitario tra pubblica amministrazione, concessionario e destinatari del servizio pubblico.

Si assiste infine ad uno scostamento del punto di riflessione che pare offrire nuovo vigore: il rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario non si presenta più come l'oggetto esclusivo o principale delle riflessioni, ma si avverte una tensione crescente al ripensamento dell'intera vicenda indicando i destinatari di servizio pubblico come soggetto che appare centrale nell'analisi³⁶, sino ad ipotesi che rileggono noti stu-

³⁴ Per tutti G. PERICU, E. ROPPO, *Concessioni di derivazione...*, cit., 1982, 1317; G. CAIA, *Legislazione sui servizi pubblici, attività energetiche e ordinamento delle autonomie locali*, in *Diritto della Regione*, 1990, 539 e s.; ID., *L'approvvigionamento idrico e la gestione degli acquedotti*, in *T.A.R.*, 1992, 165.

³⁵ G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La Concessione di servizio pubblico*, Atti del Convegno tenuto a S. Margherita Ligure, cit., 83 s.; ancora per una netta distinzione della disciplina delle concessioni relative ad esercizio di impresa da quelle prive di tale carattere G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, cit., 30 e s.

³⁶ Un evidente punto di svolta della generale impostazione sui servizi pubblici può essere ritrovato in E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 1986; poi ID., *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità* (Nota a Corte costit., 16 ottobre 1990, n. 455, *Com. Trento c. Prov. auton. Trento*), in *Regioni*, 1991, 1513; B. TONOLETTI, *Attività sociale della pubblica amministrazione e situazioni soggettive*, in *Dir. Amm.*, 1993, 231; Atti del Convegno *I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritti dell'utente* (Porte

di³⁷ per volgerne il ragionamento: in luogo dei produttori pubblici o privati si elevano “gli utenti” a ragione di nuovo centro vitale della nozione (“oggettiva”) di pubblico servizio³⁸.

La concessione di servizio pubblico, più di altre forme di gestione, ha nel tempo evidenziato i caratteri di una particolare vicenda giuridica determinata normalmente da atti o fatti giuridici cui non è estranea l'amministrazione pubblica, che a partire dai bisogni sociali dei componenti di una comunità perviene a garantirne la soddisfazione con quella che è ritenuta la «massima protezione giuridica individuale» accordata dall'ordinamento.

Riconosciuto³⁹ che il rapporto tra “utenti” ed esercenti di un servizio pubblico è disciplinato da «contratti d'utenza», pare emergere all'evidenza che i primi siano creditori verso i secondi dell'adempimento di definite prestazioni di servizio pubblico.

La qualifica di creditore segna un punto di evoluzione del diritto positivo in materia di servizi pubblici che non pare sia stata ancora revocata in dubbio: l'affermazione di un «diritto condizionato degli utenti»⁴⁰, è definizione che in sede teorica, pur rivelando un atteggiamento di cautela nell'apposizione di un limite all'efficacia della tutela soggettiva, nulla toglie al ri-

Conte, autunno 1988), in *Quaderni della Rass. giur. en. el.*, n. 5, *Energia e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 1989; M. COCCONI, *Le prestazioni sanitarie fra esigenze di normalizzazione della spesa e diritti fondamentali della persona* (Nota a Corte costit., 27 luglio 1989, n. 452, Reg. Emilia-Romagna c. Pres. Cons.), in *Le Regioni*, 1990, 1755; P. MORABITO, *Brevi osservazioni sull'art. 28 l. 20 maggio 1970, n. 300, così come novellato dall'art. 6 della l. 12 giugno 1990, n. 146, dettante norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti pubblici della persona costituzionalmente tutelati*, in *Riv. Amm.*, 1990, 1375.

³⁷ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964.

³⁸ F. SPANTIGATI, *Il giudice dei servizi pubblici*, (comunicazione al XLI Congresso di Varenna), *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, cit. «Oggi c'è servizio pubblico dove c'è scelta politica del cittadino, sia essa determinata dal rapporto politico con un ente o dalla presenza economica sul mercato. La scelta non viene offerta e legittimata dal potere, ma espressa dal cittadino nel comportamento».

³⁹ G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ.*, 1986, II, 107; Cass. 1949; Cass. 20 luglio 1983, n. 4992, in *Giust. civ.*, 1984, I, 202; per una configurazione di clausole generali di contratto si veda Corte Conti, sez. contr., 17 settembre 1992, n. 55, in *Cons. Stato*, 1992, II, 1952; F. GALGANO, *Relazione al convegno Poteri privati*, tenutosi a Torino, (Villa Gualino, 3-4 aprile 1997), in *Atti ancora in corso di pubblicazione*.

⁴⁰ F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, 28 s.

conoscimento della posizione di diritto soggettivo che si accorda ai destinatari delle prestazioni di servizio pubblico.

Non sempre le trattazioni in materia di servizi pubblici hanno offerto alla conclusione il rilievo necessario, sia perché non è frequente vederlo esplicitamente dichiarato, sia perché il «diritto di credito degli utenti» è normalmente collegato «ai contratti di utenza» in ordine ai quali non tutti gli aspetti sono chiariti; è parso infatti difficile indicare i «contratti di utenza» come strumento coesistente ad ogni struttura giuridica di erogazione di servizio pubblico⁴¹, o non piuttosto elemento imprescindibile di solo alcuni tra essi e segnatamente di quelli in cui il concessionario imprenditore richieda in corrispettivo il pagamento di un “prezzo” a tutti coloro che fruiscano del servizio pubblico.

Le indicate incertezze sulla generale estensione ed applicazione dell’istituto «dei contratti di utenza» spiegano forse le cautele e le reticenze nelle trattazioni, ma non pare tuttavia che la conclusione dell’esistenza di un «credito degli utenti» alle prestazioni di servizio pubblico debba per ciò essere revocata in dubbio anche nei casi, non certo di poco conto di cui si è riferito, ove la questione ha ormai trovato conferme nel diritto positivo⁴²; né pare si possa escludere che altra direzione di ricerca consenta di ritrovare un diverso fondamento al «diritto soggettivo degli utenti» idoneo anche a fugare le perplessità riferite ai casi in cui non pare vi sia traccia di «contratti di utenza».

In ragione della prima ipotesi di indiscussa rilevanza dei «contratti di utenza» appare invece di interesse verificare in quale modo la struttura del rapporto di concessione influisca sulla definizione dell’obbligazione del concessionario verso una pluralità di “utenti”, cui è normalmente correlato il diritto di credito di quest’ultimi a determinate prestazioni di servizio pubblico.

Se appare agevole affermare che da un contratto tra concessionario e “utenti” possa nascere una obbligazione (1173 c.c.), meno ovvio è se la individuazione delle categorie di “utenti” e la definizione delle prestazioni di servizio pubblico, da cui il diritto di credito trae la propria affermazione,

⁴¹ È noto che l’alternativa al contratto di utenza è sempre stata offerta dagli atti amministrativi di ammissione al servizio pubblico, su cui già SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, 73-75; 297 e s.; poi A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. I, pt. I, Milano, Società Editrice Libreria, 1930, 610 e s.

⁴² Da ultimo per tutti: Corte cost. 28 luglio 1995, n. 416 con riferimento alle cliniche convenzionate e alla successiva disciplina sull’«accreditamento». Si vedano i riferimenti *supra* alle note che precedono.

siano oggetto di libera contrattazione tra le parti, ovvero se al contrario molto si trovi già definito in atti giuridici che necessariamente precedono l'indicato momento.

Assunzione e programma di servizio pubblico, nonché scelta della forma di gestione e del concessionario, paiono infatti porsi come atti preliminari che sequenzialmente delimitano le categorie di destinatari e le prestazioni di servizio pubblico.

Risalendo nella sequenza degli atti amministrativi parrebbe logico ritenere che il parametro di gara per la scelta dei candidati alla concessione, quanto meno nell'asta o nella licitazione privata, contenga già la definizione delle prestazioni con le categorie di destinatari del servizio pubblico, ancor più che tali definizioni siano conformi al programma di servizio pubblico, sicché in definitiva non è da escludere che quest'ultimo contenga già quanto giuridicamente necessario all'individuazione di ciò che per l'amministrazione pubblica è dovuto dal concessionario "agli utenti", o reciprocamente "il credito" che agli stessi l'amministrazione pubblica riconosce nei confronti del concessionario.

Le definizioni di diritto positivo che prevedono verso gli "utenti" prestazioni di servizio pubblico possono essere ritrovate nelle discipline di settore dedicate al servizio idrico integrato, ovvero al servizio di raccolta rifiuti; per quelli a carattere non industriale nelle disposizioni dedicate agli asili, o all'assistenza sociale, e così via, anche se è indiscusso che comuni e province possano pervenire a individuare altre prestazioni di servizio pubblico in conformità alla norma generale in materia.

«Comuni e province, nell'ambito della rispettiva competenza, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» (art. 22, comma I, l. 8 giugno 1990, n. 142).

L'aspetto forse più singolare della indicata norma è che nella stessa manca ogni espresso riferimento agli "utenti", ma anche sotto la vigenza dei precedenti storici della disposizione in esame⁴³ non si è mai dubitato che il servizio pubblico è definizione di un rapporto tra ente pubblico titolare del servizio e «categorie di utenti», sia per il carattere esponenziale del primo,

⁴³ Per A. DE VALLES, *I servizi pubblici ...*, cit., 379 i destinatari di un servizio pubblico sono i cittadini "uti singuli", tesi criticata da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 18 e s.; vol. V, 1959, 345 e s. che li individua nei cittadini "uti universi".

sia perché è parso inconcepibile un servizio pubblico se non in ragione dei relativi destinatari⁴⁴.

Nella struttura della disposizione della legge sull'ordinamento delle autonomie locali all'esplicita attribuzione della titolarità dei servizi pubblici locali di comuni e province⁴⁵, corrisponde, forse proprio perché indiscussa, un'implicita affermazione dell'altro elemento essenziale del rapporto di servizio pubblico, non importa ora se con la denominazione di utenti, beneficiari o destinatari del servizio stesso.

La concreta attuazione delle disposizioni che attribuiscono la titolarità dei servizi pubblici locali ai comuni è stata da tempo ricostruita negli atti di volontà che decidono dell'assunzione⁴⁶ di un servizio pubblico secondo il relativo programma.

Anzitutto l'attribuzione agli indicati enti territoriali del potere di disporre dell'assunzione di un servizio pubblico è strettamente correlata al carattere dei primi di rappresentare la popolazione di riferimento e conseguentemente di essere titolari del «governo degli interessi» che alle stesse fanno capo.

⁴⁴ Per tutti cfr. E. FERRARI, *I servizi sociali ...*, cit., 223. Il servizio è pubblico in quanto «è reso al pubblico»: F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, cit., 34, ove si afferma che trattasi di una concessione economica di cui non se ne può fare completamente a meno. Nella elaborazione della nozione di servizio pubblico che è stata denominata "oggettiva", non meno delle sue seppure articolate interpretazioni, l'analisi critica si è sempre appuntata sull'apertura ai privati produttori del ruolo che si ritiene riservato all'amministrazione pubblica, mentre è indiscusso che il servizio pubblico instaura un rapporto che intercorre pur sempre con i relativi "utenti". La rilevanza del ruolo degli utenti appare così sostanzialmente invariato rispetto alle precedenti elaborazioni.

⁴⁵ Secondo le rispettive competenze, con locuzione dell'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142 che parrebbe rinviare agli artt. 9 e 14 della legge stessa. Il primo (art. 9) è noto che offre la definizione di competenza residuale del comune cui spettano «tutte le funzioni che riguardano la popolazione comunale ed il territorio comunale ..., salvo quanto ("non sia" sic!) espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale e regionale, secondo le rispettive competenze», tra i quali le comunità montane, i consorzi tra comuni e province ed altri enti pubblici, le camere di commercio, le scuole statali e le università. In tal modo inteso il rinvio alle rispettive competenze dei comuni e delle province operato dall'art. 22 pare conferire alla sua rubrica, dedicata ai «Servizi pubblici locali», un significato normativo e non puramente didascalico, riconducendo alla categoria dei servizi pubblici locali anche i servizi attribuiti dalle leggi statali e regionali ad altri soggetti, secondo le rispettive competenze.

⁴⁶ Per tutti se ne veda l'elaborazione in I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, Giuffrè, 1986.

Se l'atto di assunzione rappresenta, nella sintesi degli interessi generali di una comunità, l'individuazione dei fini sociali che in un determinato periodo appaiono maggiormente meritevoli di tutela, il programma di servizio pubblico è invece l'atto generale che definisce il mezzo ritenuto più opportuno a raggiungere l'indicato fine, che individua al contempo il grado di soddisfazione dei bisogni sociali; programma che nella lettera della legge sull'ordinamento delle autonomie locali si risolve nella scelta della «produzione di beni o attività rivolta a realizzare» la soddisfazione dei bisogni sociali della comunità locale (art. 22, comma I).

Se con riferimento agli enti titolari che assumono il servizio pubblico i programmi sono il modo, dunque il grado di soddisfazione dei bisogni sociali di una comunità, dal punto di vista dei destinatari del programma assumono rilievo i beni o attività che sono agli stessi accordati per soddisfare i loro bisogni sociali; «beni o attività» che nella tradizione sono stati denominati prestazioni⁴⁷ ad oggetto sociale⁴⁸.

Gli indicati elementi essenziali del programma di servizio pubblico risultano necessari anche per dare corso alla scelta della forma di gestione del servizio pubblico, poiché l'individuazione dello strumento d'organizzazione dipende dall'obbiettivo di produzione, cioè l'organizzazione è prescelta in ragione di determinate prestazioni che si intendono erogare a definite categorie di destinatari.

Si instaura perciò una correlazione tra atto di assunzione, programma di servizio pubblico e scelta della forma di gestione⁴⁹, ove in fine risultano essenziali sia l'individuazione dei destinatari, sia la determinazione delle prestazioni che agli stessi sono indirizzate.

⁴⁷ SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, 290 e s.

⁴⁸ La consapevolezza del carattere sociale delle prestazioni di servizio pubblico è piuttosto risalente nel tempo, per tutti: U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, V, 378 «Una seconda categoria è quella delle concessioni concernenti un pubblico servizio. Esse corrispondono ad uno dei lati più importanti dell'attività sociale ...».

⁴⁹ I destinatari dei programmi di servizi pubblico appaiono perciò legittimati a provocare un sindacato sulla correlazione tra mezzi e fini sociali voluti perseguire dall'amministrazione pubblica, tra lo strumento della forma di gestione e il relativo fine (attuazione del programma), con legittimazione alla partecipazione al relativo procedimento nei limiti e secondo le modalità accordate dall'autonomia statutaria di comuni e province. I programmi di servizio pubblico in quanto atti generali o normativi non impongono l'applicazione della disciplina sulla partecipazione prevista dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 (art. 13), partecipazione che trova fondamento nell'art. 6, comma II e III, l. 8 giugno 1990, n. 142, indipendentemente da quanto prescritto dal d.p.c.m. 27 gennaio 1994.

Non pare costituisca un limite alla indicata ricostruzione la circostanza che in taluni casi la definizione degli elementi essenziali del programma assuma contenuto tecnico o finanziario preponderante, proprio in ragione del tipo di prestazioni che si intendono erogare agli utenti come nel caso di un programma di acquedotto, o di servizio di trasporto urbano, o di raccolta e smaltimento rifiuti.

Può trovare applicazione anche nel caso in esame il riparto di competenza tra organi di governo e dirigenti, inizialmente posto con norme principio e di recente ribadito proprio con riferimento alla legge sull'ordinamento delle autonomie locali⁵⁰, che attribuisce ai secondi tutti i compiti di gestione tecnica, finanziaria ed amministrativa⁵¹.

Principio che vale sia con riferimento all'atto programma, sia all'atto di scelta della forma di gestione, scindendo ove necessario le direttive di indirizzo politico amministrativo dalla definizione del programma di gestione tecnica e finanziaria, comprensivo del piano finanziario o degli investimenti all'uopo necessari, cui segue la scelta della forma di gestione in conformità alle direttive stesse⁵².

Se anteriormente alla definizione del programma e della conseguente scelta della forma di gestione era parso corretto affermare la presenza in capo agli "utenti" di un diritto condizionato alle disponibilità finanziarie⁵³ ed organizzative dell'amministrazione pubblica, occorre riconoscere che l'adozione di tali atti pare sciogliere le indicate questioni, lasciando aperta la via all'affermazione di un diritto di credito dei destinatari del programma a

⁵⁰ D.lg. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 3, l. 8 giugno 1990, n. 142, art. 51, nella versione originaria e in quella di più recente modificazione per effetto della l. 15 maggio 1997, n. 127, artt. 6 e 8.

⁵¹ Il carattere tecnico di molte deliberazioni di concessione dei comuni era già segnalato da U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, 2, Milano, Società Editrice Libreria, 1915, 155: «Dato il suo carattere tecnico, difficilmente il capitolato è opera esclusiva del Consiglio o della Giunta; di solito questi corpi si limitano a discutere in modo sommario e ad approvare gli schemi redatti dai competenti funzionari municipali. Talvolta, stabilite nella deliberazione di concessione le linee principali delle condizioni a cui quella è subordinata, viene delegato al sindaco la redazione di un capitolato che maggiormente le svolga e le dettagli». Ma sul contenuto dei capitolati ed i rapporti di questi con il programma si veda *infra*.

⁵² La soluzione pare assumere a norma di diritto positivo una prassi diffusa negli enti locali, che riservava al consiglio il solo atto di indirizzo, cui era data esecuzione con successive deliberazioni della giunta che definivano il vero e proprio programma di gestione del servizio.

⁵³ F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, cit., 28 s.

pretendere le prestazioni in esso indicate direttamente dall'organizzazione che a tal fine sarà prescelta dall'amministrazione pubblica: la stessa amministrazione impersonata dai dirigenti nella gestione in economia, o l'ente azienda, l'istituzione, o la società a prevalente capitale pubblico, ovvero il concessionario.

Diritto che non necessariamente deve essere condizionato all'individuazione dell'organizzazione di erogazione del servizio pubblico, essendo alternativamente possibile individuare nel programma un termine oltre il quale, salvo revoca, l'amministrazione pubblica può considerarsi inadempiente per non avere eseguito «esattamente la prestazione dovuta»⁵⁴, rinviando al generale problema interpretativo i casi in cui un termine all'esecuzione del programma non sia stato espressamente posto.

4. *Il vincolo giuridico della continuazione del servizio pubblico e le sovvenzioni o le certificazioni di qualità o altri benefici condizionati all'erogazione di determinati servizi di interesse per comuni e province*

La concreta definizione della rilevanza giuridica verso gli "utenti" dell'assunzione di un servizio pubblico si ha con l'individuazione nel programma di gestione della categoria di destinatari e delle prestazioni sociali ritenute necessarie a soddisfare i bisogni di una comunità, ivi compresi i "ritmi" di erogazione che danno concreta attuazione al principio di continuità dei servizi pubblici.

⁵⁴ Per un approfondimento degli spunti offerti dal diritto comunitario a seguito della nota vicenda sul caso Francovich (Corte giust. CEE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a. in *Raccolta*, 1991, I 5357; Corte giust. CEE, sentenza 5 marzo 1996, cause riunite e C 46/93 e C48/93, Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri, in *Raccolta*, 1996, I 1029; Corte giust. CEE, sentenza 23 maggio 1996, cause riunite e C 5/94, The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland) Ltd., in *Raccolta*, 1996, I 1029). Interessanti rilievi sul diritto europeo che pare configurare la sanzione del risarcimento del danno come *iniuria*, poiché in esso assume rilevanza la violazione del diritto obiettivo più che la lesione della posizione soggettiva: A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, 55, 82; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli stati membri dell'Unione europea*, in *Potere discrezionale ed interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, Atti del Convegno di Varenna 1992, Milano, Giuffrè, 1994, 178; cfr. R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1993, 326.

È noto che il carattere della *continuité des services publics* è stato tradotto con preferenza come “misura” o “ritmo” che è peculiare ad ogni attività, poiché diversamente si atteggia la “continuità” di un servizio di trasporto urbano rispetto alle prestazioni erogate da un istituto di previdenza. Si è escluso che possa sussistere una continuità diversa da quanto è stabilito nel programma di un determinato servizio pubblico, poiché sono i “ritmi” indicati da quest’ultimo a poter essere violati, con la conseguenza che ogni violazione della continuità è giuridicamente rilevante solo ove sia violazione di questo “ritmo”⁵⁵.

Il servizio pubblico pare caratterizzato da un vincolo che «non richiede solo il rispetto di talune condizioni di funzionalità e di prezzo, ma anche l’impegno a soddisfare ... tutta la domanda espressa dai consumatori anche in presenza di situazioni in cui il calcolo delle convenienze imprenditoriali condurrebbe invece a servire solo una parte del mercato»⁵⁶.

Le due affermazioni rivelano un tratto comune nella individuazione di un vincolo giuridico alla prestazione di servizi, ma se ne distinguono ove la seconda parrebbe aprire ad interpretazioni di favore verso la riproposizione di altro e diverso enunciato, che ha di recente ottenuto nuovi consensi anche in sede di riforma istituzionale⁵⁷; sicché pare doveroso affrontare partitamente le due questioni.

L’attività di soggetti privati rivolta a realizzare fini sociali in conformità a programmi che definiscano i destinatari, l’oggetto delle prestazioni a questi, nonché il ritmo o la misura delle stesse, può essere ottenuta dall’ente pubblico anche con sovvenzioni ai privati condizionate ad una positiva verifica dell’osservanza del programma di servizio (controllo).

La parola continuità tuttavia si è affermata nel tempo come parola di sintesi del tratto caratteristico delle prestazioni di servizio pubblico, che ha distinto quest’ultime dall’analogo attività svolta dai soggetti privati, eviden-

⁵⁵ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 291-294.

⁵⁶ A. MONTEBUGNOLI, *Sulla nozione di servizio pubblico*, in *Econ. pubbl.*, 1992, 5, 8; ma cfr. B. ANDREATTA, *Stato del benessere. Interventi statali e servizi sociali*, in *Il Dir. econ.*, 1988, 127 s.; S. LOMBARDINI, *Piano economico e impresa pubblica*, Torino, 1963, 25 s.; G. FORNENGO, M. REY, *I servizi locali tra pubblico e privato*, in *Quaderni della Fondazione A. Olivetti*, n. 41, 1995, 26 e s.

⁵⁷ Trattasi del così detto principio sussidiarietà applicato al rapporto tra attività pubblica e privata: Atti della Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, D. SORACE, *Note sui “servizi pubblici locali” dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 1149; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, cit. e 32 e *passim*.

ziando vincoli e benefici che rivelano una disciplina giuridica che è peculiare a tali prestazioni. Il servizio pubblico si distinguerebbe dall'analoga attività svolta dai privati per il vincolo giuridico della «continuità nel tempo e la sistematicità nell'offerta delle prestazioni»⁵⁸.

Comuni e province possono sempre accordare un finanziamento ai terzi, siano essi soggetti pubblici o privati, condizionando l'erogazione al compimento di un determinato comportamento, se del caso anche al soddisfacimento integrale di una domanda di consumatori conforme a determinate tipologie: in tali casi i terzi produttori sono liberi di adeguare il proprio comportamento al programma e vantare così un credito al pagamento del finanziamento promesso dall'amministrazione.

Comuni e province possono sempre selezionare un interesse pubblico e porlo come obiettivo, anche secondario, della libera attività di produzione di terzi favorendola con sovvenzioni, certificazioni di qualità dei relativi prodotti, sino al limite di condizionare tali benefici all'adempimento di un programma predisposto dall'amministrazione a soddisfazione di una determinata domanda di "utenti".

Una linea di demarcazione tra servizio pubblico e sovvenzioni o certificazioni di qualità di prodotti o di produzioni, al pari di ogni altro genere di benefici o trattamenti di favore anche normativi per determinate categorie di produttori, si è avvertita proprio nella circostanza che nella prima è presente e nella seconda è assente un vincolo giuridico dei terzi produttori di procedere a svolgere l'attività e a soddisfare la domanda futura, poiché giuridicamente permane nella libera disponibilità dei questi la facoltà di cessare la propria attività⁵⁹.

Vincolo che invece da tempo si è visto affermato come obbligo giuridico⁶⁰ del concessionario ad erogare il servizio pubblico, cui consegue in caso di inadempimento, oltre all'eventuale decadenza dal servizio per fatti gravi o ripetuti, anche un diritto al risarcimento del danno del quale agli

⁵⁸ R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati, teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1956, 17-18; M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica*, in *I lavori pubblici*, a cura di A.M. Sandulli, Neri Pozza Editore, 1967, 496; BUTTEMBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Ed. Larcier, 1952, 78 s., 423 s.; G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1980, 1025; cfr. A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., 1984, 643 s.

⁵⁹ Con precisione da ultimo: A. ROMANO, *Profili della concessione di servizio pubblico*, cit., 499.

⁶⁰ Così tutti gli autori dallo scritto di O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 32 e s.

esordi⁶¹ si è ritenuta titolare l'amministrazione pubblica, ma che poi ha visto gradualmente affermarsi il diritto al risarcimento del danno degli "utenti" per i "disservizi" del concessionario⁶².

Un servizio senza l'obbligo del concessionario di erogare agli "utenti" prestazioni conformi al programma non è un servizio pubblico, più correttamente pare possibile affermare che un programma di servizio pubblico a favore dei destinatari ivi indicati che non preveda un obbligo del concessionario di erogare le prestazioni secondo i "ritmi", la "misura" e l'oggetto dallo stesso parimenti indicati, non è un programma di servizio pubblico.

Si può ritenere che tale obbligo non sia peculiare del concessionario di servizio pubblico locale, poiché è possibile riscontrare anche nell'appaltatore di eguali servizi un obbligo giuridico di prestazione conforme ad un programma predisposto a favore dei destinatari ivi indicati. Tuttavia, per quanto è ora qui di interesse, occorre ricordare che la distinzione tra le indicate figure di appalto e concessione si è gradualmente affermata proprio come diversità di struttura⁶³ e conseguentemente di soggetto attivo del rapporto nell'uno e nell'altro caso.

Si ritiene normalmente che l'appaltatore instauri un rapporto giuridico unicamente con comuni e province, sicché correlato all'obbligo del primo si afferma un diritto di credito di quest'ultimi; nella concessione invece il rapporto giuridico è diretto con gli "utenti", con la conseguenza che l'obbligo di prestazione non può non essere correlato al credito dei destinatari del programma di servizio pubblico locale di pretendere dal concessionario la prestazione ivi indicata.

Se ciò è vero occorre riconoscere che un programma di servizio pubbli-

⁶¹ Il codice civile del 1865 non prevedeva la proposta irrevocabile e neppure che un vincolo obbligatorio potesse nascere da una dichiarazione unilaterale di volontà. Il silenzio del codice civile del tempo sulle dichiarazioni unilaterali di volontà deriva da tutto il sistema del nostro diritto positivo e dalla tradizione romanistica che sta alla base. Tuttavia se già nel diritto romano la dichiarazione unilaterale di volontà non era sufficiente a creare obbligazioni, eccezionalmente la *pollicitatio* poteva determinare tale effetto quando rivolta allo Stato o ad un comune per giusta causa. Cfr. per tutti: DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., vol. III, 261; L. BOLAFFIO, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Torino, 1919, 84 e s., *sub* art. 36 del codice di commercio del 1882, il quale singolarmente ritiene che le promesse che trovano fonte nel contratto unilaterale siano irrevocabili, ma non obbligatorie.

⁶² Soprattutto i servizi pubblici relativi all'area dei contratti di utenza Corte cost., 8 luglio 1992, n. 317, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1647; Cass. 2 aprile 1981, n. 1868, in *Arch. civ.*, 1981, 640; nonché per tutti: G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, cit., 107.

⁶³ Trilatera o bilatera, su cui *infra*, cap. II.

co locale che non preveda un diritto di credito dei destinatari dello stesso ad ottenere dal concessionario le prestazioni secondo i “ritmi”, la “misura” e l’oggetto in esso indicati, non è un programma di servizio pubblico, proprio perché manca l’indicato vincolo giuridico di prestazione.

In tale quadro ricostruttivo non si può negare che il diritto di credito dei destinatari di un programma di servizio pubblico emanato da comuni e province si affermi come elemento essenziale della nozione stessa, distinguendo il servizio pubblico locale e la concessione con tale oggetto dagli altri rapporti giuridici instaurati dall’amministrazione pubblica con i terzi produttori, come le sovvenzioni, le certificazioni di qualità ed altri vantaggi, anche ove l’erogazione dei benefici è da comuni e province condizionata ad un esito favorevole del controllo sull’attuazione dei terzi produttori di veri e propri programmi di attività che l’amministrazione ha considerato idonei a soddisfare i bisogni sociali della comunità di riferimento.

Non è possibile ora approfondire se tale «diritto degli utenti» si affermi incondizionatamente con l’emanazione da parte di comuni e province del programma di servizio pubblico, se inoltre tale diritto, che trova fondamento nelle norme costituzionali, sia con il programma ulteriormente definito in attuazione delle prime con atto delle autonomie locali, ovvero infine quali elementi integrativi determini l’atto di concessione. È parso sufficiente avere individuato un diritto dei destinatari del programma di servizio pubblico locale come un elemento essenziale del rapporto giuridico che intercorre con l’organizzazione (concessionario) che è prescelta da comuni e province per adempiere all’obbligo di erogare il servizio indicato dal programma stesso.

Pare ora possibile comprendere l’esatto significato della ricorrente locuzione secondo la quale il servizio pubblico è caratterizzato dal principio di continuità, cioè da un vincolo che «non richiede solo il rispetto di talune condizioni di funzionalità e di prezzo», ma inoltre «l’impegno a soddisfare ... tutta la domanda espressa dai consumatori», anche ove «il calcolo delle convenienze imprenditoriali condurrebbe invece a servire solo una parte del mercato»⁶⁴.

Se un’idonea sovvenzione può indurre un produttore a soddisfare l’intera domanda anche nella parte di disinteresse per i titolari della libertà di iniziativa economica privata, pare si possa concludere che il diritto di credito

⁶⁴ A. MONTEBUGNOLI, *Sulla nozione di servizio pubblico*, cit., 5, 8; ma cfr. B. ANDREATTA, *Stato del benessere. Interventi statali e servizi sociali*, cit., 127 s.; S. LOMBARDINI, *Piano economico e impresa pubblica*, cit., 25 s.

dei destinatari del programma di servizio pubblico è la definizione giuridica reciproca all'obbligo del produttore chiamato dall'amministrazione a soddisfare la relativa domanda.

La nozione di servizio pubblico è legata ad uno specifico intervento dei poteri pubblici di organizzazione di una domanda di "utenti", poiché il programma, ove affermi un diritto di credito dei destinatari ad ottenere le prestazioni ivi indicate, offre giuridicamente ed in tali limiti quella che economicamente è stata considerata una «garanzia della domanda»; cioè il programma di servizio pubblico produce un effetto giuridico di rilievo economico: i pubblici poteri con il programma assicurano che una certa domanda rimanga nel tempo, consentendo così «ad un'offerta di svilupparsi»⁶⁵.

Il «principio di sussidiarietà» non è invece elemento essenziale della nozione di servizio pubblico⁶⁶, poiché il principio, un tempo positivamente posto⁶⁷, disciplinava l'ambito giuridicamente ammesso dell'«azione sociale» degli enti pubblici in via residuale a quella svolta dai privati produttori⁶⁸, escludendo l'intervento dei primi in ragione degli interessi dei secondi⁶⁹.

⁶⁵ F. FORTE, *Ricerca sulle partecipazioni statali*, a cura di G. Cottino, Torino, Einaudi, vol. I, 1978, 284.

⁶⁶ Con la conseguenza che l'indicato principio non trova fondamento e dunque non può essere ritenuto vigente in ragione della nozione giuridica di servizio pubblico.

⁶⁷ L'enunciazione chiara di un principio di separazione tra ambiti di produzione economica dell'ente pubblico e quella dei privati imprenditori la si poteva trovare, come è noto, nella IX dichiarazione della *Carta del Lavoro del Gran Consiglio del Fascismo*, 21 aprile 1927 (in *G.U.* 30 aprile 1927, n. 100): «L'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta». Il principio pare già anteriormente enunciato, seppure diversamente: Cons. di Stato, sez. IV, 10 dicembre 1915, Com. di Cerce Maggiore c. Provincia di Benevento, in *Cons. dei Comuni*, 1916, 19; Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 1916, Comune di Cerce Maggiore c. Congregazione di Carità Cerce Maggiore, in *Foro it.*, 1916, III, 210; Cons. di Stato, sez. IV, 11 aprile 1916, Comune di Arona c. Ospedale di Arona, *Foro it.*, 1916, III, 212.

⁶⁸ In tal senso U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici ed attività produttive*, in *Dir. econ.*, 1990, 41, ove prende le distanze dal principio enunciato nella IX dichiarazione della Carta del lavoro.

⁶⁹ Sulla cui compatibilità con il principio di concorrenza di derivazione europea non è qui possibile soffermarsi.

5. *I contratti di servizio pubblico locale: appalto, accollo, franchising e la disciplina del contratto a favore di terzo. Possibili evoluzioni relative ad un'altra ipotesi di ricerca*

Si è detto che comuni e province possono provvedere allo sviluppo economico e civile delle comunità locali anche con atti il cui effetto giuridico non è rivolto a definire un servizio pubblico, poiché la struttura giuridica di tali atti condiziona ma non obbliga i terzi alla produzione di servizi: così le sovvenzioni, o certificazioni di qualità, o altri benefici la cui erogazione è sottoposta alla condizione che l'attività dei terzi produttori sia di interesse per l'amministrazione pubblica.

Si è detto invece che ove l'amministrazione pubblica voglia assicurarsi un vero e proprio obbligo del terzo produttore ad adempiere al programma di servizi pubblici si apre nella tradizione giuridica italiana l'alternativa tra appalto e concessione.

Si conclude normalmente un contratto di appalto ove comuni e province intendano permanere titolari del diritto di credito alla prestazione di servizi ai destinatari, poiché in tal modo essi si affermano come interlocutore unico del produttore e come soggetto di «mediazione giuridica» necessaria tra questi e i destinatari del programma.

La concessione è invece tradizionalmente prescelta ove comuni e province intendano instaurare un rapporto giuridico che intercorre direttamente tra produttore e destinatari del programma di servizi pubblici, attribuendo a quest'ultimi la posizione giuridica necessaria ad ottenere dal concessionario l'adempimento del programma di servizio pubblico locale.

In tal modo comuni e province ottengono il risultato non indifferente di porsi in una posizione che non è quella di debitore del principale rapporto di credito che intercorre direttamente tra concessionario e destinatari del servizio pubblico locale, cioè in una posizione che in larga sintesi e in certo qual modo può dirsi defilata rispetto all'esercizio del servizio pubblico, che forse ha sedimentato l'idea che nella concessione a terzi si affermino i caratteri di un'«amministrazione regolatrice» e non «di intervento o di gestione», o ancora che la stessa definisca una struttura giuridica in cui l'amministrazione pubblica si assume la cura che il servizio pubblico sia comunque garantito, ma non assume la veste del produttore, con soluzione che consente di affermare una scissione tra controllore e controllato, di una responsabilità pubblica separata dalla produzione privata.

Affermazioni sulle quali si può ampiamente convenire, fermo restando che la scissione tra controllore e controllato è posta dall'ordinamento per ogni forma di gestione del servizio pubblico locale nei limiti dettati dalla di-

disciplina giuridica ad esse relative⁷⁰. Norme in ragione delle quali anche la gestione in economia può contemplare la scissione tra controllore pubblico e produttore privato, ove si ritenga che nella stessa rientri l'appalto di servizi pubblici ed all'opposto si deve constatare che la stessa disciplina della concessione non esclude ipotesi note di concessionari controllati dall'ente pubblico⁷¹.

In prima approssimazione è possibile affermare che la concessione consente a comuni e province di ergersi a controllori di un terzo, anzitutto assoggettando un libero produttore ad una disciplina d'attività tutt'affatto particolare, cui non era sottoposto nell'esercizio della propria attività prima di divenire concessionario, consentendo alla amministrazione pubblica di giovare di una struttura che è ad essa estranea in ragione di una cultura (anche giuridica) che non le appartiene istituzionalmente.

L'affermazione di una «responsabilità pubblica»⁷² nel rapporto di concessione non pare revocare in dubbio che la responsabilità giuridica per l'inadempimento del servizio (“disservizio”) sia anzitutto del concessionario e non dell'amministrazione pubblica, anche se pare utile locuzione di sintesi che consente di ricordare che i «diritti degli utenti» trovano fondamento nel programma definito da comuni e province, con la conseguenza che l'amministrazione pubblica non può dirsi estranea all'adempimento del concessionario, poiché in capo ad essa sussistono poteri di vigilanza e controllo che contribuiscono a definire il carattere della struttura giuridica in esame.

La “regolazione” che appare peculiare alla concessione non si avvicina, nella costruzione generalmente accolta, ad un potere che possa dirsi analogo a quello normativo, ma viene affermato generalmente come oggetto di

⁷⁰ Si consenta di rinviare al precedente studio *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993, 96 e s.

⁷¹ Per la legislazione nazionale si veda d.l. 11 luglio 1992, n. 333, *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*, conv. l. 8 agosto 1992, n. 359, art. 14, comma III, ove si prevede che «Le concessioni di cui al comma 1 avranno la durata massima prevista dalle norme vigenti, comunque non inferiore a venti anni, con decorrenza dalla data di entrata in vigore del presente decreto». Il d.m. 28 dicembre 1995, *Attribuzione all'ENEL S.p.a., ai sensi dell'art. 14 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992, n. 359, della concessione delle attività per l'esercizio del pubblico servizio di fornitura dell'energia elettrica nel territorio nazionale*, all'art. 22 ha determinato la durata della concessione all'ENEL s.p.a. in quarant'anni.

⁷² G. CORSO, *La gestione dei servizi locali ...*, cit., 34 e s., ove si patrocinia la distinzione tra *provider* e *producer*.

un contratto, accordo, o convenzione particolare tra amministrazione pubblica e produttore verso la quale gli “utenti” sono configurati come terzi beneficiari.

È tuttavia possibile affermare che, oltre all’indicato fenomeno di sottoposizione dell’attività del concessionario ad una particolare disciplina, ogni programma di gestione di un servizio pubblico è anzitutto organizzazione di una domanda di “utenti”, nel senso che i bisogni sociali paiono subire una ridefinizione che è nota agli analisti di mercato: dalla rilevazione politica o sociologica di un bisogno sociale si perviene, per precisazioni successive, al primo atto rilevante di un processo produttivo che è dato dalla definizione di una domanda di rilievo economico.

L’analisi del rapporto di servizio, che in senso lato l’amministrazione pubblica instaura con i terzi, attiene appunto alla particolare vicenda giuridica in forza della quale costoro sono chiamati a soddisfare una determinata domanda di prodotti, siano essi «beni o attività rivolti a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Rapporto con un produttore che la pubblica amministrazione può diversamente configurare, utilizzando le differenti discipline giuridiche offerte dall’ordinamento con particolare attenzione alla struttura e agli effetti cui le stesse sono preordinate.

Si è detto che l’appalto può avere ad oggetto l’erogazione delle prestazioni di servizio pubblico definite dal programma a favore dei suoi destinatari, e che l’amministrazione pubblica è normalmente interessata a utilizzare tale struttura giuridica ogni qualvolta appaia preferibile escludere un rapporto giuridico diretto tra produttore ed “utenti”, affermando invece la necessaria mediazione dell’amministrazione pubblica nell’adempimento del servizio.

La vicenda può divenire di interesse soprattutto con riferimento a quelle prestazioni in cui non sia possibile una standardizzazione che è normale nell’attività industriale, cioè quella che si è caratterizzata nel tempo per le «produzioni indifferenziate di massa», ove una stessa unità di prodotto⁷³ è rivolta secondo le quantità richieste ad una platea di consumatori.

⁷³ È il caso del servizio di acquedotto, di metanizzazione, di trasporto, ecc. ove la prestazione agli “utenti” è differenziata per quantità della stessa unità di prodotto (metri cubi di acqua, di gas, ovvero determinazione del numero delle fermate di una linea di trasporto, ecc.), per tutti in punto T. MOE, *La nuova economia dell’organizzazione*, in G. BROSIO (a cura di), *La teoria economica dell’organizzazione*, in *Quaderni del Formez*, n. 13, Bologna, Il Mulino, 1989, 25 e s.

Il rilievo indicato trova conferma nella correlazione tra attività industriale e concessione di servizi pubblici che è stata giuridicamente assunta come necessaria dalla l. 29 marzo 1903, n. 103, *Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*, ove espressamente si considerava la sola «concessione all'industria privata»⁷⁴.

L'opzione assume rilievo anche per i servizi pubblici senza carattere imprenditoriale, ove si ritenga che gli stessi possano divenire oggetto di concessione a terzi⁷⁵, poiché anche in tal caso l'eventuale scelta dell'amministrazione pubblica verso la concessione ovvero l'appalto può essere ricondotta a taluni caratteri che si vuole impressi all'erogazione del servizio pubblico.

L'utilizzazione di associazioni, fondazioni o cooperative con determinati vincoli statutari può costituire la ragione essenziale della scelta della forma di concessione a terzi ove si ritenga che solo tali autonomie giuridiche consentano di interpretare le sensibilità⁷⁶, o le culture necessarie a soddisfare correttamente una particolare domanda di servizio pubblico, o che solo la contestuale pluralità di tali interpretazioni riferite alle autonomie di diverse nazionalità od abitudini degli "utenti" possano consentire di pervenire ad un corretto rapporto di servizio pubblico⁷⁷. Al contrario ove si ritenga che solo la "mediazione" degli organi dell'amministrazione pubblica consenta di raggiungere un utile risultato diviene preferibile optare per la struttura giuridica dell'appalto di servizio pubblico.

Il confronto tra concessione ed appalto potrebbe essere riproposto con altre forme di rapporti contrattuali tra pubblica amministrazione e terzi produttori anche al fine di verificare la giuridica ammissibilità di una determinata prestazione come servizio pubblico.

Il franchising, l'accollo⁷⁸, o la delegazione cumulativa possono essere

⁷⁴ Artt. 27 e 25, confermati poi dal r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, agli artt. 26 e 24.

⁷⁵ Su punto si veda *infra*, cap. IV.

⁷⁶ Per una analisi della disciplina si veda il recente lavoro di P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Profili dell'organizzazione pubblica del volontariato, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1997; per la partecipazione a titolo onorario delle associazioni si veda l'art. 6, l. n. 142 del 1990, cit.

⁷⁷ In tali casi l'amministrazione pubblica deduce determinati vincoli statutari come requisito soggettivo essenziale della qualità di concessionario, pena la decadenza dal rapporto di concessione.

⁷⁸ Configura un «contratto di accollo» F. CAMMEO, in nota a Corte di Appello di Torino 10 febbraio 1894, De Thierry c. Comune d'Intra, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 2, 504; nonché cfr. Cass. Firenze 22 dicembre 1902, Comune di Venezia c. Società civile per la illuminazione a gas di Venezia, in *Giur. it.*, 1903, I, 1, 172.

strumenti che l'ordinamento giuridico pone in disponibilità dall'amministrazione pubblica affinché una produzione di servizi affidata a terzi sia svolta con beneficio dei destinatari di un programma.

Ancora la compravendita, la locazione, il *leasing*, o il comodato, possono assumere interesse per servizi il cui prodotto sia individuato nel godimento di beni mobili, o immobili, che l'amministrazione con proprio atto giuridico pone nella disponibilità degli "utenti", mantenendo così quell'intermediazione giuridica tra produttore e destinatario di un servizio pubblico che si è vista talvolta necessaria. L'analisi potrebbe proseguire verificando la possibilità di applicare, a taluni rapporti di servizio pubblico l'ulteriore disciplina del contratto a favore di terzi⁷⁹.

Non è qui tuttavia possibile procedere oltre; è parso sufficiente indicare una prospettiva di indagine che non si vuole escludere possa avere ad oggetto i servizi pubblici, secondo soluzioni giuridiche che potrebbero nel tempo relegare ad ipotesi marginali, o definitivamente sostituire, la tradizionale disciplina giuridica della concessione di servizio pubblico. La sola prospettazione di altri settori di ricerca come alternative utili ad affiancare quello tradizionale della concessione di servizio pubblico, consente di acquisire all'analisi un risultato che non pare irrilevante per l'oggetto della trattazione.

Appare necessario approfondire lo studio degli esatti limiti imposti dall'ordinamento con ciascuna disciplina giuridica e differenziare le analisi che in ragione di essi indicano la possibilità che a fianco dell'appalto compaia l'accollo, la delegazione, il *leasing*, il comodato ovvero il *franchising di servizio pubblico*, di cui la concessione di diritto pubblico di fine inizio secolo pare, per taluni elementi, costituire un'anticipazione.

L'analisi di ciascuna ipotesi consentirebbe di evitare i non pochi equivoci che talvolta ridondano in una confusione delle stesse discipline giuridiche cui si ritiene di ricorrere per attribuire a terzi l'esercizio di un servizio pubblico.

Confusione delle discipline giuridiche che forse più di ogni altra questione intorno alla consensualità, o unilateralità, dell'atto di concessione di servizio pubblico hanno consentito di ritagliare capitoli o disciplinari del-

⁷⁹ La soluzione è stata già oggetto di critiche nella dottrina francese ad opera dell'HAURIU, in nota *Sirey*, 1907, III, 37; e dal DUGUIT, *De la situations des particuliers à l'égard des services publics*, in *Revue de droit public*, 1907, 430. A favore in Italia parrebbe G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, Casa ed. Libr. F.lli Cammelli, 1899, II, n. 195, IV, n. 157.

le concessioni-contratto le cui omissioni, o indeterminatezze, ogni qualvolta desiderate dall'una o dall'altra parte del rapporto, hanno contribuito non poco a mantenere i concessionari in una «posizione di sudditanza» verso l'amministrazione pubblica, o viceversa di quest'ultima ai privati imprenditori come nel noto caso del servizio di illuminazione a gas sul finire del secolo scorso⁸⁰.

⁸⁰ Ove – con buona pace dei «diritti degli utenti», siano altre imprese o individui – le stipulazioni dell'altro secolo aventi ad oggetto l'attribuzione delle relative concessioni comprensive del sottosuolo stradale sono stata ritenute dalle Cassazioni del Regno valide ad escludere per molti anni che i comuni disponessero quanto necessario all'installazione del nuovo servizio di erogazione di energia elettrica. Per un caso di validità settantennale sino al 1940: Corte di Appello di Firenze, 24 novembre 1891, Comune di Firenze c. Soc. Illumin. gas della Città di Firenze, in *Foro it.*, 1892, I, 394; per un commento critico, oltre a F. Cammeo, si veda: A. CODACCI PISANELLI, in *Giur. it.*, 1892, I, 2, 53. Per tutte: Cass. Firenze 22 settembre 1875, in *La Legge*, XV, I, 224; Cass. Firenze, 25 giugno 1895, in *Foro it.*, 1895, I, 1038. Dalla lettura del testo dei contratti riportati dalla giurisprudenza si intende l'equivocità del testo delle concessioni: il contratto aveva ad oggetto anzitutto l'uso del bene demaniale per erogare il servizio pubblico di illuminazione delle strade, nonché lo sfruttamento della rete così installata «per la vendita del gas ai particolari», ma anche se nel tempo quest'ultimo si rivela il servizio pubblico di maggiore interesse le parti, neanche ove sono previsti rinnovi contrattuali, non procedono alle necessarie integrazioni o revisioni dei patti, forse nella speranza di «tirare» a proprio vantaggio il non univoco testo contrattuale. La questione pare poi in parte risolta con lo istituzione nel 1894 della servitù legale di elettrodotto e l'istituzione di una autorizzazione del prefetto: Cass. Torino, 29 novembre 1901, Comune di Alba c. Ditta De Bartolomeis e Moreno, in *Foro it.*, 1902, I, 448; Cass. Firenze 30 giugno 1902, Soc. Elettr. Schuckert c. Soc. Lionese del Gas, in *Foro it.*, 1902, I, 1070; Corte di Appello di Lucca, 27 marzo 1903, Soc. Gas Firenze c. Schuckert e Soc. Toscana per le imprese elettriche e Comune di Firenze, *Foro it.*, 1903, I, 1479; Cass. Torino, 22 maggio 1903, Soc. Anonima Albinese c. Comune di Desenzano, in *Riv. Amm.* 1903, 829; Corte di Appello di Roma, 15 ottobre 1904, Reinacher e Officine Torresi c. Comune di Macerata, in *Giur. it.*, 1904, I, 2, 724. Contrari all'impossibilità per il comune di opporsi alla servitù legale Cass. Torino 8 giugno 1899, *Foro it.*, 1900, I, 166; Corte di Appello di Torino, 27 dicembre 1901, De Bernardi c. Comune di Ivrea e Soc. Cooperativa di consumo per la distribuzione della luce elettrica, in *Annali*, 1901, 97; Corte di Appello di Firenze, 22 dicembre 1906, *Foro it.*, 1907, I, 378.

CAPITOLO II

I RAPPORTI GIURIDICI NELLA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Scelta della forma di gestione tra atto di assunzione, direttive e programmi di gestione: le differenze dalla costituzione di un ente strumentale. – 2. Il «rapporto trilatero» di concessione di servizio pubblico: il prevalere del rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario. – 3. Il riemergere del rapporto con i destinatari. Struttura dualistica e diritto di credito ad essere ammessi al servizio pubblico. – 4. La crisi della struttura dualistica della concessione di servizio pubblico. Il programma di gestione e i diritti di credito dei destinatari alle prestazioni di servizio pubblico.

1. *Scelta della forma di gestione tra atto di assunzione, direttive e programmi di gestione: le differenze dalla costituzione di un ente strumentale*

Si è ritenuto normale considerare il programma di gestione di un servizio pubblico come atto di competenza dell'amministrazione locale titolare del servizio, con affermazione che può apparire ovvia nel caso della gestione in economia, ma che non pare incontrovertibile per altre ipotesi di gestione dei servizi pubblici locali.

La questione si pone anzitutto per gli enti pubblici ove la gestione del servizio è assunta come definizione dei relativi scopi istituzionali¹, come la ragione giuridica (causa) della sua costituzione, sicché molto dipende dalla

¹ È nozione che attiene alla definizione di qualsiasi ente strumentale, ma con riferimento ai servizi pubblici: G. MIELE, *Ente pubblico e concessioni di servizi pubblici*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, 359, 362; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 516 e s., spec. 510, poi in *La concessione di pubblico servizio*, cit., 37 e s.

configurazione istituzionale conferita all'ente dalla legge che direttamente lo istituisce, o che ne prevede la costituzione con successivo atto amministrativo.

Si è ritenuto in generale che la differenza tra concessionario ed ente pubblico consista proprio nella peculiarità che quest'ultimo, a differenza del primo, è configurato come titolare del servizio pubblico², fermo restando che altre ragioni ritenute prevalenti dal legislatore possono indurre a limitare in varia guisa l'indicata attribuzione di competenza; così era parso di potere affermare con riferimento alle aziende speciali di comuni e province³, la cui disciplina, così fortemente caratterizzata dall'«autonomia imprenditoriale» dell'ente azienda, imponeva una applicazione di rigore del principio di separazione tra funzioni di programmazione e controllo dell'ente territoriale e compiti di gestione dell'azienda.

Una successiva legge integrativa di quella sull'ordinamento delle autonomie locali⁴ ha mutato in parte i rapporti tra azienda speciale ed ente locale, attribuendo alla prima anche la definizione del programma di gestione da sottoporre all'approvazione dell'ente locale⁵, con conseguente ampliamento della sfera di autonomia imprenditoriale delle aziende speciali la cui disciplina è così riavvicinata alla norma tradizionale degli enti strumentali aventi ad oggetto l'erogazione di servizi pubblici.

L'analisi della disciplina delle aziende speciali di comuni e province non può essere qui proseguita, è sufficiente rilevare che le aziende speciali trovano normalmente delimitato *ex lege* il proprio oggetto istituzionale nell'attività di erogazione di servizi pubblici locali⁶, cioè ritrovano la propria cau-

² G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico ed ente privato*, in *Dir. comm.*, 1942, I, fasc. 1-2; 3-4.

³ Si consenta il rinvio a: *Comuni e province nella gestione di servizi pubblici*, cit., 96 e s., spec. 104, 105, 108.

⁴ D.l. 31 gennaio 1995, n. 26, conv. in l. 1 aprile 1995, n. 95, *Disposizioni urgenti per la ripresa delle attività imprenditoriali*, art. 4, comma V, ove espressamente comprende tra gli atti fondamentali, soggetti all'approvazione dell'ente locale *ex art. 23*, comma VI, l. n. 142 del 1990, cit., «il piano-programma», comprensivo della individuazione degli oneri sociali e dei relativi costi («contratto di servizio pubblico» sulla cui nozione di derivazione comunitaria da ultima G.M. RACCA, *Atti del convegno di S. Margherita Ligure 26, 27 marzo 1993*, cit.), risultati dei costi sociali che l'ente locale è tenuto a verificare secondo quanto enunciato dallo stesso art. 23, comma VI.

⁵ Ai sensi dell'art. 23, comma VI, l. 8 giugno 1990, n. 142.

⁶ Art. 22, comma III, l. n. 142 del 1990, cit.; per un'ampliamento dell'oggetto ad attività diverse dall'erogazione di servizi pubblici, si veda l'art. 14, comma II e III, della legge stessa.

sa giuridica istitutiva nella soddisfazione dei bisogni sociali, così come definita dall'atto di assunzione del servizio pubblico emanato dall'ente locale.

La soddisfazione di tali bisogni è dall'ente locale perseguita «a mezzo di azienda speciale»⁷, in conformità agli indirizzi (direttive) dallo stesso dettati⁸, con la peculiarità che all'autonomia imprenditoriale («finanziaria, tecnica e amministrativa») dell'azienda speciale verrebbe demandata la definizione del programma di gestione da sottoporre all'approvazione dell'ente locale⁹. La disposizione non appare casuale, poiché la definizione del contenuto delle prestazioni di servizio pubblico e le correlate pretese dei destinatari si affermano così solo con l'approvazione da parte dell'ente locale del programma di gestione che è stato definito dall'azienda in ragione della propria «autonomia imprenditoriale».

Il programma di gestione del servizio e le conseguenti pretese dei destinatari dipendono così dagli elementi costitutivi dell'azienda speciale: dal capitale di dotazione, dalle potenzialità tecniche e amministrative dell'organizzazione così istituita, nonché dalla conseguente capacità finanziaria acquisita soprattutto in ragione «della valutazione economica della massa di utenti» assicurati dal programma di servizio pubblico e per la conseguente fiducia che l'azienda riesce ad ottenere dal sistema creditizio.

Il rafforzamento del «ruolo aziendale» nel procedimento di definizione del programma di servizio pubblico affidato alle «municipalizzate» parrebbe volto ad ottenere uno spostamento del relativo peso finanziario dalla fiscalità comunale alle finanze aziendali¹⁰, in conformità ad un indirizzo di razionalizzazione della spesa pubblica che appare oggi prevalente.

La scelta del legislatore ordinario tuttavia, affermando la competenza dell'azienda speciale nel procedimento di definizione del programma di gestione dei servizi pubblici locali, esalta gli aspetti di carattere patrimoniale, con effetti che si ripercuotono sulla definizione dell'eventuale diritto dei destinatari di un servizio pubblico, secondo un'impostazione che può legitti-

⁷ Art. 22, comma III, lett. c; art. 32, comma II, lett. f, l. n. 142 del 1990, cit.

⁸ Art. 23, comma VI, l'ente locale «determina le finalità e gli indirizzi».

⁹ D.l. n. 26 del 1995, cit.; art. 23, comma VI, l. n. 142 del 1990.

¹⁰ Spostamento tuttavia che potrebbe favorire uno snaturamento della stessa nozione di costo sociale o «di contratto di servizio pubblico», ove la ragione giuridica di porre una compensazione degli oneri di servizio pubblico definiti per motivi politico-amministrativi può essere assorbita dalla finalità aziendale di configurare con un determinato programma di gestione una fonte legittima di finanziamento all'impresa (conforme all'art. 92 Trattato istitutivo CE).

mare soluzioni che si spingono sino al limite di rottura con la disciplina costituzionale dei diritti sociali, in ragione del relativo carattere non patrimoniale che ancora di recente ha ricevuto conferma¹¹.

La scelta del legislatore ordinario è espressamente limitata alle aziende di comuni e province, né dalla norma speciale pare si possa procedere per analogia, sicché con riferimento alla concessione a terzi la soluzione va ricercata nell'analisi della relativa struttura giuridica, cioè della disciplina stabilita per essa dall'ordinamento.

In una ricostruzione dell'istituto dedicata alla concessione come strumento di gestione del servizio pubblico¹² si individua il carattere peculiare del concessionario nella sua posizione di rilievo pubblico. Tale posizione è delineata con precisione nel dovere del concessionario di darsi «carico della interpretazione e della valutazione dell'interesse pubblico», poiché nella concessione «un privato viene posto nella posizione di interprete dell'interesse pubblico. Il concessionario in altri termini si sostituisce all'Amministrazione concedente, apprezza in vece e per conto di quest'ultima l'interesse pubblico connesso con il servizio»¹³.

In riferimento alla sola concessione di servizi pubblici locali non è chiaro se l'impostazione intenda conferire al concessionario solo l'attuazione-interpretazione del programma di gestione del servizio pubblico, ovvero pervenga ad attribuire a questi anche il compito di definire con la propria organizzazione il modo di perseguire il fine di interesse pubblico indicato dall'amministrazione con l'atto di assunzione del servizio.

Le due ipotesi sono alternative, poiché la prima conferendo unicamente un compito di attuazione mantiene all'autonomia dell'amministrazione pubblica locale la definizione del programma di gestione del servizio pubblico; al contrario la seconda che invece attribuisce all'autonomia giuridica del concessionario la definizione del modo di perseguire il fine indicato dall'atto di assunzione, cioè in questo ultimo caso è lasciata alla disponibilità giuridica del concessionario la definizione del programma di gestione del servizio pubblico.

La questione è di interesse poiché l'una o l'altra ipotesi ricostruttiva di-

¹¹ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza materiale*, Torino, Giappichelli, 1997, 73 s.

¹² F.G. COCA, *La concessione come strumento di gestione ...*, cit., 31 e s.

¹³ F.G. COCA, *op. cit.*, 36; critico sul punto: A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., 510.

versamente configurano la struttura della concessione a terzi di un servizio pubblico locale in un aspetto che appare essenziale: decidere il programma di gestione significa infatti definire il grado di soddisfazione dei bisogni sociali di una popolazione di riferimento e al tempo stesso la rilevanza giuridica delle pretese dei destinatari ad ottenere dall'esercente le prestazioni di servizio pubblico locale.

Non è in questione la legittimità del comportamento dell'amministrazione pubblica che inviti i produttori di servizi a partecipare alla definizione di un programma di gestione, anche se ciò dovrebbe avvenire ammettendo contestualmente le associazioni di consumatori, o di quant'altri altri siano legittimati a rappresentare i bisogni sociali di settore degli individui che appartengono alla comunità locale.

La partecipazione di produttori e «associazioni di utenti» al procedimento di definizione del programma di servizio pubblico non pare revocare in dubbio la competenza di comuni e province ad emanare il provvedimento finale, né tale competenza è posta in discussione da un eventuale bando di concorso di idee, o di una "concessione-concorso", avente ad oggetto la scelta da parte dell'amministrazione pubblica del migliore programma di gestione del servizio pubblico.

Ciò che occorre precisare è se appartengano all'autonomia giuridica del concessionario, oltre alle scelte d'organizzazione necessarie all'erogazione del servizio, anche la stessa definizione del programma di gestione, di quell'atto che definisce il modo di soddisfare i bisogni sociali dei destinatari di un servizio, poiché è decisione che normalmente appartiene all'autonomia giuridica di ogni produttore di servizi e ne caratterizza l'iniziativa¹⁴.

Se si vuole mantenere ferma l'idea che la nozione di servizio pubblico corre sul discrimine della definizione pubblica di programmi e controlli di un'attività svolta da organizzazioni anche private che erogano servizi alla collettività, si deve riconoscere che diviene elemento necessario del carattere del concessionario la sua subordinazione ad un programma definito dall'amministrazione pubblica, con la conseguenza che tale definizione non appartiene all'autonomia giuridica dei privati produttori, anche ove sia da questi proposto. La definizione pubblica di programmi e controlli sull'attività di organizzazioni private, esterne all'amministrazione pubblica, è stata

¹⁴ Considera i servizi pubblici come produzioni che rientrano nell'iniziativa pubblica e non in quella economica privata: F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata ed organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Cost.*, in *Pol. dir.*, 1992, 5, 17, 18, 26.

infatti da tempo affermata come la peculiarità giuridica del produttore concessionario di un pubblico servizio.

Ciò che si è visto possibile con la costituzione di un ente pubblico, anche a carattere di impresa, appare incompatibile per il concessionario, il quale trova definito e non determina il programma di gestione di un servizio pubblico, poiché lo stesso non appartiene alla sua autonomia giuridica, ma a quella di comuni e province.

Non sono di ostacolo all'indicata soluzione le diverse ricostruzioni consensuali dell'atto fonte del rapporto di concessione, perché la parte pubblica della contrattazione si sostanzia proprio ritenendo che spetti all'autonomia pubblica la definizione del programma di gestione del servizio.

Nelle indicate ricostruzioni ciò che suscita perplessità è ritenere che il servizio pubblico, il relativo programma di gestione, possa propriamente costituire oggetto di "contrattazione" tra pubblica amministrazione e concessionario, ammettendo così che due sole parti del rapporto possano disporre del servizio pubblico semplicemente stipulando un contratto di diritto privato, o di diritto pubblico tra amministrazione e concessionario.

Minori questioni teoriche pone invece la possibilità che il programma di gestione del servizio pubblico possa essere l'oggetto di una partecipazione al procedimento oltre i limiti indicati dalla l. 7 agosto 1990, n. 241¹⁵, sia dei produttori candidati alla concessione, sia di altri interessati, non ultimi i possibili destinatari, quanto meno rappresentati dalle relative associazioni, o comitati.

È noto tuttavia che di frequente il programma di gestione diviene oggetto della proposta che nella procedura di scelta del contraente i candidati concessionari rivolgono all'amministrazione pubblica, seppure nei limiti dettati dalle direttive dei consigli comunali e provinciali.

Vero è piuttosto che in tali casi o si afferma una presunzione, o una "presupposizione", del programma dell'amministrazione pubblica in ragione del quale il candidato avanza la sua proposta di gestione, ovvero si configura una partecipazione alla definizione del programma che illegittimamente esclude la partecipazione degli "utenti" e di quant'altri nel procedimento abbiano interessi contrapposti¹⁶.

¹⁵ Art. 13, l. 7 agosto 1990, n. 241, ove si esclude che la disciplina sulla partecipazione al procedimento debba trovare applicazione per i programmi, gli atti normativi e generali.

¹⁶ Proprio in ragione di tali proposte che riguardano il programma di servizio pubblico cioè il rapporto tra amministrazione pubblica e destinatari del programma, di cui il concessionario è esercente, sono avanzate le altre proposte relative al rapporto patrimoniale tra amministrazione pubblica e concessionario.

Non pare possibile infatti revocare in dubbio che nel rapporto di concessione spetti all'autonomia giuridica di comuni e province la definizione del programma di gestione, cioè di quegli elementi tecnici, finanziari e amministrativi necessari ad individuare le prestazioni di servizio pubblico oggetto di un possibile credito dei destinatari, quelle definizioni che consentono ai destinatari stessi di pretenderne il pagamento da chi assume la veste di concessionario.

2. Il «rapporto trilatero» di concessione di servizio pubblico: il prevalere del rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario

È idea piuttosto risalente che la concessione «legittimi gli utenti» a far valere nei confronti del concessionario gli obblighi che questo ha assunto verso la pubblica amministrazione, sicché i primi possono agire direttamente nei confronti del secondo per ottenere l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico¹⁷.

Al di là di una invidiata, ma forse inutile, responsabilità penale che nella seconda metà del secolo scorso colpiva il direttore di una ferrovia per l'eventuale ritardo dei treni, cui poteva seguire la richiesta di risarcimento danni per responsabilità civile, ovvero della interessante configurazione di una responsabilità incolpevole dell'ente ferrovie che oggi si direbbe per inadempimento¹⁸, occorre rilevare che l'individuazione di un diritto di credito dei destinatari di un servizio pubblico a pretendere le prestazioni diret-

¹⁷ Cass. Torino, 25 maggio 1892, Società del gas Torino c. Ramella, in *Riv. Amm.*, 1892, 606; la legittimazione non deriva dalla conduzione o esercizio poiché si ha cura di precisare che tale rapporto giuridico non si afferma in capo al conduttore nell'interesse della Società concessionaria: Cass. Roma 15 aprile 1880, Ferr. Sarde c. Martinez, *Giur. it. (Bettini)*, 1880, 789; Corte di Appello di Genova 6 maggio 1889, Ditta Figaro e Bixio c. Ferrovie Mediterranee e Impresa Rossi, in *Temi genovesi*, 1889, 407; Cass. Roma, sez. un. 7 febbraio 1922, Puglisi c. Scrofina in *Riv. Amm.*, 1922, 246. Per una azione diretta verso il concessionario: Corte di Appello di Genova, 14 aprile 1932, Corsi c. Ferrovia Marmifera, in *Giur. torin.*, 1932, 1435; esclude un rapporto institorio tra pubblica amministrazione e concessionario: Corte di Appello di Milano, 24 giugno 1932, Comune di Milano c. Soc. italiana servizi pubblici, *Temi Lombardia*, 1932, 863.

¹⁸ Cass. Torino, 27 febbraio 1877, Ferrovie Alta Italia, in *Giur. it. (Bettini)*, 1877, 554; per responsabilità senza colpa: Cass. Firenze, 31 maggio 1876, Direzione Ferrovie Alta Italia, in *La Legge*, 1871, I, 301.

tamente dal concessionario è affermato dalla giurisprudenza come naturale ed indubitabile conseguenza delle seppure diverse costruzioni intorno alla natura della concessione di servizio pubblico¹⁹.

Affermazione di un diritto soggettivo dei destinatari ancora di recente contornato da incertezze sull'atto o fatto che possa essere fonte dell'indicata posizione soggettiva «degli utenti»²⁰, anche se talvolta è ricondotta con sicurezza non tanto ai «contratti di utenza», ma ad momento anteriore definito dal «titolo di diritto pubblico precostituito dall'amministrazione a favore di ciascuno» dei destinatari²¹, cui l'analisi qui condotta ha riservato la denominazione di programma di gestione del servizio pubblico.

Si è detto che la legittimazione del concessionario ad un rapporto diretto con i destinatari del servizio pubblico è inoltre considerato elemento essenziale della distinzione di questo dal contratto di appalto²², sicché nor-

¹⁹ La violazione del regolamento del servizio pubblico da parte del concessionario determina una responsabilità contrattuale: Cass. Napoli, 21 marzo 1905, Imbellone c. Società Trams di Napoli, in *Monitore Trib. Milano*, 1905, 966; espressamente affermano il diritto soggettivo degli «utenti»: Cass. 6 dicembre 1933, Ambrosi c. Società Ferrovie Appennino Centrale, in *Foro it.*, 1934, I, 410; P. Napoli, 22 marzo 1933, Cammarata c. Società generale elettricità napol., in *Foro it.*, 1933, I, 1291; afferma un diritto contrattuale degli utenti di un servizio in gestione in economia: Cass., sez. un., 17 aprile 1936, n. 1299, in *Foro it.*, 1936, I, 658; afferma una responsabilità contrattuale dell'azienda municipalizzata verso gli «utenti»: Cass. 5 agosto 1947, Comune di Milano c. Mari, in *Foro padano*, 1948, I, 4.

²⁰ Cass., sez. un., 25 gennaio 1985, n. 353, in *Rass. giur. en. el.*, 1985, 675: certo gli utenti non potrebbero vantare un diritto soggettivo ad ottenere l'ampliamento dell'acquedotto o una diversa ripartizione dei quantitativi di acqua disponibile, sicché di conseguenza il «privato non potrebbe dolersi dinnanzi al giudice ordinario dei criteri adottati dall'ente per tali atti e comportamenti», ma «una volta che l'acquedotto sia costruito, che i quantitativi d'acqua disponibili siano stati ripartiti fra i vari comuni interessati e siano state determinate le necessità al soddisfacimento delle quali l'acqua debba essere destinata e si tratta soltanto di gestire ... la fornitura dell'acqua agli utenti privati che ne abbiano fatto richiesta nel debito rispetto delle condizioni generali normalmente predeterminate, l'ente si trova ad agire nella sfera del diritto privato e ad essere del tutto privo dei poteri di supremazia».

²¹ Già SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 298, riconosce un diritto soggettivo dei singoli ove sussista una obbligazione *ex lege*, nonché ove questa manchi «può darsi che sorga la figura dell'*offerta* o anche della *promessa al pubblico*, fatta con semplici atti amministrativi» (il corsivo è dell'autore). Si veda inoltre Corte di Appello di Venezia, 29 settembre 1956, Consorzio Acqua Bigontina c. Negri, in *Giust. civ.*, 1956, 92.

²² *Supra* cap. I, § 5, per giurisprudenza meno recente: Cass. 2 luglio 1957, n. 2557, in *Foro it.*, 1958, I, 77; Corte di Appello di Messina 21 dicembre 1957, Chiorchiaro c. Min. Fi-

malmente l'amministrazione pubblica adotta quest'ultimo ove intenda porsi come intermedio necessario nel rapporto con i destinatari del servizio pubblico, proprio perché difetta tra gli "utenti" e l'appaltatore ogni rapporto giuridico avente ad oggetto la prestazione di pubblico servizio²³.

Le più ricordate analisi teoriche della fine del secolo scorso hanno invece avuto ad oggetto preferenziale il rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario, più precisamente la difesa dei diritti del "privato", o "cittadino imprenditore" contro l'amministrazione pubblica, secondo una linea di ragionamento che nel breve volgere di alcuni anni pare offuscare prima gli obblighi del concessionario e poi, come singolare fenomeno di resistenza ultima, negare i correlati diritti degli "utenti". Fenomeno interpretativo forse dovuto alla circostanza che la concessione di pubblico servizio si è intrecciata, è stata l'occasione, o l'oggetto incidentale, dell'elaborazione della teoria generale del provvedimento amministrativo²⁴.

A distanza di anni dalla storica distinzione tra concessione e autorizzazione amministrativa, percepita sin dall'inizio nella creazione in capo ai destinatari di posizioni di diritto soggettivo²⁵, ciò che appare singolare è il persistente riferimento al solo diritto del "privato concessionario", con scarsa considerazione per le posizioni di ogni destinatario delle prestazioni di servizio pubblico, nonostante fosse ormai chiaro che la concessione producesse effetti anche con riferimento a quest'ultimi. Nel primo anno del secolo un accenno preciso, seppure incidentale, consente di affermare che l'analisi

nanze, in *Giur. sic.*, 1958, 787; Trib. Napoli, 17 ottobre 1969, in *Foro it.*, 1970, I, 1264; per la dottrina si vedano gli autori citati al capitolo precedente.

²³ Per la qualificazione degli atti dell'evidenza pubblica come atti amministrativi negoziali: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986, 95 e s. Correttamente si è dubitato che in diritto positivo sia possibile individuare la figura dell'appalto di servizio pubblico: F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, cit., 31. La questione è di interesse poiché non è agevole comprendere sino a che punto si possa trattare di prestazioni all'amministrazione pubblica e quando le stesse si possano atteggiare a vero e proprio appalto di servizio pubblico.

²⁴ Espressamente F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, cit., 30.

²⁵ Affermata come è noto per le concessioni amministrative nell'opera di O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 32 e s. (il riferimento alle strade ferrate è nell'opera un breve cenno subito dopo i lavori pubblici (col. 55) che ricorda più la costruzione ed esercizio di opera pubblica che la struttura della concessione di servizi pubblici); la creazione di diritti è invece chiaramente espressa con specifico riferimento alla concessioni di servizi pubblici da U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, V, 382 e s.

indica come destinatari di una concessione di servizio pubblico oltre ai “privati imprenditori”, anche il “pubblico” o la “totalità dei cittadini” fruitori del servizio stesso.

«Seguendo anche qui come filo conduttore le varie manifestazioni di volontà che possono riscontrarsi in quegli atti che precedono ed accompagnano il sorgere della concessione, e la loro rispettiva efficacia, non si riscontra nulla di diverso da quanto abbiamo visto finora per ciò che riguarda l'ente pubblico²⁶; perché normalmente non esiste concessione di pubblico servizio senza l'emanazione di un atto amministrativo analogo, che pone il fondamento del rapporto. Soltanto è opportuno notare sin d'ora che in genere questo atto amministrativo ha una duplice efficacia; perché mentre da un lato regola i rapporti tra concedente e concessionario, dall'altro si riferisce a quelli tra il concessionario e la totalità dei cittadini: in questo secondo caso siamo indubbiamente di fronte ad un regolamento vero e proprio. Non diversa è infatti la funzione di un atto che nel concedere, ad es., una linea di *tramways* ne stabilisce il prezzo d'uso per pubblico; e così dicasi per tutte le altre specie di pubblici servizi»²⁷.

Riconoscimento della qualità di destinatari subito volontariamente accantonato, poiché l'interesse principale pare catturato da altro elemento ritenuto di maggiore importanza: la manifestazione di volontà del privato come fondamento dell'obbligazione del concessionario di erogare il servizio pubblico, sufficiente a richiamare la nozione di «concessione bilaterale²⁸», che pare consentire di raggiungere infine la nota tesi del «contratto di diritto pubblico».

«Ma prendendo invece ad esaminare la manifestazione di volontà del privato, appare subito un elemento di più grande importanza. È noto che nelle concessioni di pubblico servizio si riscontra normalmente un capitolato d'appalto, mediante il quale il concessionario accetta tutti gli obblighi ai quali l'amministrazione crede di subordinare la concessione».

«Tra gli obblighi cui il privato si sottopone per mezzo del capitolato, ve n'ha uno che non manca mai, un obbligo di fare che si concreta nel pubblico servizio oggetto del rapporto». «Ora, quest'obbligo di fare non può essere imposto dall'Amministrazione per mezzo dell'*imperium*, sia pure sotto forma di condizione

²⁶ Il riferimento è soprattutto alle concessioni di beni.

²⁷ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., 392.

²⁸ Enunciata già da G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. II, Firenze, Barbera, 1882, 505 e s.; non molto diversamente, ma con la denominazione di concessione-contratto pervenuta ai giorni nostri: G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, Casa ed. Libreria F.lli Cammelli, 1899, vol. II, 358, 462, vol. III, *passim*.

del diritto concesso». «Non è insomma concepibile un atto dell'Amministrazione che imponga al singolo di esercitare una linea ferroviaria o di costruire un ponte a pedaggio, *se non è intervenuto da parte di questo un atto con cui volontariamente tale obbligazione veniva assunta*; che se un tale atto amministrativo venisse emanato senza il concorso di siffatta condizione esso avrebbe a ritenersi *nullo*; perché verrebbe a mancare nell'amministrazione il potere di emanarlo»²⁹.

Obbligo di prestazione che non si afferma verso ai destinatari come parrebbe naturale, secondo una soluzione che avrebbe agevolato l'analisi verso l'individuazione di un correlato diritto di credito, ma è rivolto all'amministrazione pubblica secondo una soluzione che consente di raggiungere l'obiettivo dichiarato dalla trattazione: la definizione di un rapporto contrattuale e non di "impero" tra amministrazione e concessionario.

La «volontà del privato che per mezzo di esso (capitolato) si manifesta, vale a conferire a quell'Amministrazione quel diritto che per virtù propria non le apparterebbe nemmeno in potenza, il diritto cioè di pretendere da lui la prestazione del pubblico servizio»³⁰.

Il ragionamento giunto a compimento per il concessionario non è riproposto per i destinatari delle prestazioni di servizio pubblico, per i quali non è nemmeno il caso di ipotizzare posizioni di diritto soggettivo nei confronti dell'esercente; la concessione proprio perché affermata come contratto bilaterale erge l'imprenditore concessionario, ma lascia ogni altro soggetto, seppure ritenuto parte del rapporto, nella posizione di semplice suddito della potestà di impero.

«V'è una parte puramente convenzionale, che riguarda i soli rapporti tra l'amministrazione ed il concessionario, ed una parte che concerne in modo diretto il pubblico servizio e le relazioni tra le due parti contraenti ed il pubblico. Mentre da un lato lo Stato stabilisce con il privato una relazione a cui mi è parso che debba attribuirsi un carattere contrattuale, dall'altra esso, compiendo una funzione amministrativa, sottopone i cittadini a certe norme, ponendo in essere un rapporto che ha tutti i caratteri dell'impero, e che non si è *mai* cercato di considerare diversamente»³¹.

²⁹ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., 392-394, i corsivi sono dell'autore.

³⁰ U. FORTI, *op. cit.*, 395, i corsivi sono dell'autore.

³¹ U. FORTI, *op. cit.*, 418, il corsivo è dell'autore.

Rapporto giuridico «complesso, che consta a sua volta di due rapporti di natura ben diversa», l'uno "convenzionale" con il concessionario ed un altro verso il pubblico di "utenti", definito senz'altro dall'amministrazione "regolatrice" che «sottopone i cittadini a certe norme», da cui consegue un diverso «rapporto che ha tutti i caratteri dell'impero». La dimostrazione del fondamento dell'indicato "rapporto" giuridico, che pure contempla la definizione delle prestazioni di servizio al "pubblico", una volta ricondotto al potere regolamentare dell'amministrazione pubblica, è dettata in poche righe, in una sincera quanto apodittica definizione:

«Qui è bene ripeterlo, la teoria contrattuale sarebbe un assurdo che non è mai passato per la mente di nessuno fra coloro che accettarono l'idea di un contratto. E non mi pare sia difficile concepire come si comportino tra di loro questi due diversi rapporti: l'Amministrazione si obbliga verso il singolo, stabilendo un vincolo alla propria attività discrezionale; poi esercitando l'impero sopra i cittadini, esplica questa volontà entro i limiti che essa stessa si è posta, e tutto quanto deve, per natura, rientrare nelle sue funzioni di impero rappresenta l'esecuzione del contratto di diritto pubblico»³².

Una sintetica definizione che rivela tuttavia il vero interesse riservato dall'analisi al secondo rapporto, quello con i "cittadini", che è di completamento della costruzione principale, con un carattere che appare strumentale al rapporto che intercorre tra amministrazione pubblica e concessionario.

Non difficile appare conciliare l'atto d'impero, che regola le prestazioni al pubblico, ed il contratto da cui scaturisce l'obbligo del privato concessionario di erogare tali prestazioni, poiché è sufficiente rovesciarne la connessione logica.

Anzitutto il contratto tra amministrazione pubblica e concessionario, ove si definiscono tra le parti gli elementi essenziali del rapporto, poi i "cittadini", e al contratto di diritto pubblico³³ si conferisce l'efficacia *erga omnes*, dandovi *esecuzione*³⁴ con le tradizionali «funzioni d'impero».

³² U. FORTI, *op. cit.*, 418-419.

³³ Contratto di diritto pubblico poiché «parte almeno di diritti che sono oggetto del contratto è anche di natura pubblica. È dunque da escludere l'ipotesi di un contratto di diritto privato» U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., 398.

³⁴ Che l'atto di impero (regolamento) sia configurato come attività di esecuzione contrattuale in senso proprio è confermato dall'autore oltre quarant'anni dopo, commentando positivamente la soluzione di Cass., sez. un., 27 febbraio 1942, n. 580, in *Foro it.*, 1942, I, 428, che afferma la giurisdizione ordinaria sulla domanda di risarcimento danni conse-

Al di là di una corretta interpretazione di costruzioni che appartengono ad una cultura giuridica ormai lontana, l'analisi riconosce che la vicenda giuridica della concessione di servizio pubblico è dalla pubblica amministrazione espressa in due rapporti giuridici distinti: l'uno verso il concessionario, l'altro verso il "pubblico", il quale ultimo è ritenuto destinatario proprio di quelle prestazioni di servizio che sono l'oggetto dell'obbligo giuridico del concessionario.

L'esclusiva attenzione riservata all'analisi sulla natura convenzionale, o autoritativa dell'atto che instaura il rapporto con il concessionario, turba la naturale conclusione di un rapporto obbligatorio verso il pubblico (di "utenti"), ma occorre riconoscere che ciò nonostante rivela un aspetto che appare di singolare importanza per l'analisi della concessione di servizio pubblico.

Il rapporto con i destinatari del pubblico servizio è instaurato dall'amministrazione e non in via derivata dal concessionario, riaffermando così che la definizione delle relative prestazioni, non appartiene al concessionario, ma all'autonomia giuridica della prima, alla sua discrezionalità amministrativa che si esprime nell'atto di *imperio* dell'amministrazione che ha come destinatari i "cittadini".

Al di là dell'enfasi e dello spazio prevalente che la trattazione riserva alla natura consensuale dell'atto che disciplina i rapporti tra pubblica amministrazione e concessionario, emerge chiaramente che nella struttura della concessione di servizio pubblico è riservato all'atto consensuale l'effetto di delimitare la discrezionalità dell'amministrazione nella definizione del servizio pubblico, con descrizione che pare anticipare di novant'anni l'applicazione alla concessione di pubblico servizio degli accordi amministrativi disciplinati dalla legge sul procedimento amministrativo³⁵.

guente a revoca che si afferma in violazione degli obblighi assunti dall'amministrazione pubblica con la concessione-contratto. La revoca della concessione era stata disposta dal Podestà di Como a seguito di inadempienze del Comune, quest'ultimo eccepisce invece per l'illegittimità della concessione a suo tempo emanata. La Corte, considerando irrilevante la questione della legittimità della revoca, afferma la giurisdizione ordinaria in ragione del diritto della parte adempiente al risarcimento del danno recato dall'Amministrazione, «la quale per fatto proprio, qual è la revoca della concessione, si è messa in condizione di non poter più adempiere l'obbligazione assunta col contratto» che a seguito della revoca è divenuto "inefficace".

³⁵ Cfr. G. PERICU, *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, Bologna, Monduzzi editore, 1993, 1390; al di là del riferimento ad un potere regolamentare rivolto ai "cittadini" il descritto «contratto di diritto

L'amministrazione pubblica, obbligandosi con il concessionario («contratto di diritto pubblico»), pone unicamente «un vincolo alla propria volontà discrezionale», che poi la stessa amministrazione esprime verso tutti i «cittadini» con l'emanazione del regolamento che definisce le prestazioni di servizio al pubblico, seppure entro i limiti dell'obbligazione che essa stessa si è posta³⁶.

Altri³⁷ in conformità alla generale classificazione dei provvedimenti amministrativi di qualche anno precedente³⁸ negano la natura contrattuale della concessione di servizio pubblico, secondo un costrutto tuttavia che non impedisce di configurare vere e proprie posizioni di diritto soggettivo del concessionario, di cui questi può ottenere tutela giudiziaria e amministrativa secondo le leggi vigenti. A più attenta lettura infatti la soluzione, a favore dell'«atto unilaterale d'impero», pare prescelta per tutt'altra ragione.

«I rapporti con i terzi che da un contratto di regola non si avvantaggiano, né possono essere danneggiati non sono quelli ordinari: i terzi approfittano delle clausole loro favorevoli, che spesso costituiscono la sostanza dell'atto e sono obbligati anche colla forza a sottostare a quelle che limitano la loro libertà; in altri termini, di fronte ai cittadini le concessioni appaiono come atti d'impero, manifestazioni dell'unica e sola volontà sovrana, dello Stato o dei comuni». (...) Per chi «consideri gli atti di concessione per il gas, come l'emanazione di una sola volontà sovrana da cui sorgono tutti i diritti e gli obblighi, il compito dell'interpretazione è assai semplificato. Si risparmiano così tutte le logomachie

pubblico» di inizio secolo potrebbe vedersi oggi classificato tra gli «accordi infra procedurali»: R. FERRARA, *Gli accordi di programma: potere, poteri pubblici e modelli della amministrazione concertata*, Padova, Cedam, 1993, 25; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione ...*, cit., 95 e s.

³⁶ La sintesi è tratta dai seguenti testi dell'autore. Del rapporto complesso instaurato dall'amministrazione «vi è una parte puramente convenzionale che riguarda i soli rapporti tra l'amministrazione ed il concessionario, ed una parte che concerne in modo diretto il pubblico servizio e le relazioni tra le due parti contraenti ed il pubblico» (col. 418). L'amministrazione pubblica «compiendo una funzione amministrativa, sottopone i cittadini a certe norme, ponendo in essere un rapporto che ha tutti i caratteri dell'impero» (col. 418). L'Amministrazione «si obbliga verso il singolo (n.d.r. concessionario), stabilendo un vincolo alla propria volontà discrezionale; poi, esercitando l'imperio sopra i cittadini, esplica questa volontà entro i limiti che essa stessa si è posta, e tutto quanto deve, per natura, rientrare nelle sue funzioni di impero rappresenta l'esecuzione del contratto di diritto pubblico» U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., 419.

³⁷ F. CAMMEO (col. 514) in nota ad Appello Torino, 10 febbraio 1894, De Thierry c. Comune d'Intra, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 1, 504; ma vedasi note *infra*.

³⁸ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit. del 1894.

sulla comune intenzione delle parti e si deve tener conto soltanto dell'intenzione dell'amministrazione, e del motivo che deve sempre averla guidata, dell'interesse pubblico; il tutto si intende senza violare i diritti pubblici soggettivi dei concessionari cui non mancherebbe la piena tutela giudiziaria ed amministrativa secondo le leggi vigenti. La interpretazione restrittiva delle clausole importanti una limitazione alle libertà dell'autorità concedente e in particolare di quelle relative al privilegio riceverebbe da questa dottrina una nuova e più sicura conferma»³⁹.

Nell'enunciazione della concessione come atto unilaterale pare emergere con forza la preoccupazione per i destinatari del servizio, per un fondamento unitario di tutti i diritti ed obblighi che definiscono il servizio pubblico, secondo una definizione valida sia per il gestore sia per gli "utenti".

L'atto unilaterale è prescelto poiché consente di escludere che il rapporto tra amministrazione e concessionario prevarichi gli interessi degli altri "cittadini", anche in ragione della disciplina giuridica dei contratti, in particolare di quella che rinvia all'interpretazione della volontà delle parti, che aveva condotto la giurisprudenza di fine inizio secolo ad affermare che i Comuni si erano vincolati per lungo tempo a garantire ad alcune società del gas il monopolio della utilizzazione della rete posta nelle strade pubbliche necessaria per la fornitura del servizio di illuminazione pubblica e per le case di civile abitazione.

Forse non a caso, in alcuni passi che precedono la citazione, il rifiuto dello schema contrattuale è motivato affermando che i servizi pubblici sono oggetti incommerciabili ed imprescrittibili⁴⁰, poiché si tratta di discrezionalità amministrativa, cioè dell'esercizio di quelle funzioni che non sono disponibili neppure all'amministrazione pubblica, se non nei limiti e nelle forme stabilite dall'ordinamento per il provvedimento unilaterale.

Alla volontà dell'amministrazione espressa nel provvedimento occorre dunque fare riferimento, seguendo l'unico parametro (oggettivo) di valuta-

³⁹ F. CAMMEO (col. 514) in nota ad Appello Torino, 10 febbraio 1894, De Thierry c. Comune d'Intra, cit.; la difesa dei Comuni da parte di Federico Cammeo, ritorna più volte: *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it. (Bettini)*, 1903, I, 1, 473, in calce a Cass. Firenze, 22 dicembre 1902, Comune di Venezia c. Società civile per la Illuminazione a gas di Venezia; nonché *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, *Giur. it. (Bettini)*, 1900, IV, 1; già prima in *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, 1895, vol. LIV, 296; vol. LV, 94, 304, 562; 1896, LVI, 71, 362, 521.

⁴⁰ Art. 1116 dell'allora vigente codice civile del 1865: «Le sole cose che sono in commercio possono formare oggetto di contratto».

zione ammesso per i provvedimenti d'autorità: il perseguimento dell'interesse pubblico.

L'idea pare ripresa da altri⁴¹ che insiste sulla «natura pubblica dell'intrapresa concessa» e sulla «natura pubblica del diritto di esercitarlo», poiché l'affermazione è già volta a definire il fondamento di una funzionalizzazione dell'obbligazione del concessionario di esercitare il pubblico servizio in conformità al fine per il quale è stata emanata la concessione unilaterale dell'amministrazione pubblica.

Lo spunto non è portato oltre, né si richiama l'interesse pubblico a tutela degli interessi dei destinatari del servizio, ma al di là di un equivoco omaggio alla classificazione delle concessioni amministrative («diritto ad esercitare il servizio»), si afferma che l'effetto tipico della concessione è la creazione fra concedente e concessionario di un «rapporto giuridico», cioè essenzialmente di «diritti ed obbligazioni reciproche, a favore e contro rispettivamente la persona pubblica titolare del servizio e il privato» concessionario⁴², richiudendo tra quelle due parti «diritti ed obblighi reciproci».

Con l'enunciata obbligazione di servizio pubblico verso l'amministrazione concedente si oscurano nuovamente le posizioni giuridiche dei destinatari, poiché correlato all'obbligo del concessionario si afferma invece il diritto soggettivo dell'amministrazione pubblica.

3. *Il riemergere del rapporto con i destinatari. Struttura dualistica e diritto di credito ad essere ammessi al servizio pubblico*

I destinatari delle prestazioni di servizio pubblico riemergono alcuni anni più tardi sia in una trattazione istituzionale di inizio secolo⁴³, sia in chiusura di una delle analisi più note in materia di servizi pubblici⁴⁴, secondo una sequenza logica che appare ridestare l'interesse del lettore dopo anni in cui l'analisi era stata impegnata quasi esclusivamente sull'atto di concessio-

⁴¹ F. D'ALESSIO, *La concessione a privati della gestione di servizi pubblici*, in *Giur. it. (Bettoni)*, 1917, I, 2, 8; più di recente ma in altra prospettiva si confronti: A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., spec. 511.

⁴² F. D'ALESSIO, *La concessione a privati ...*, cit., 7, 11.

⁴³ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 2^a ed., Roma, Athenaeum, 1920, vol. I, 368.

⁴⁴ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. VI, pt. I, Milano, Società Editrice Libreria, 1930, 567 e s.

ne come fondamento del rapporto tra pubblica amministrazione e privato imprenditore.

Anzitutto nella trattazione istituzionale di diritto amministrativo si ricorda la qualificazione dei diritti pubblici soggettivi degli “utenti” come diritti civici⁴⁵, distinti da quelli di libertà, il cui fondamento è posto in norme di diritto pubblico, anche se il riferimento è relativo ad un servizio pubblico per il quale è normale la stipulazione di contratti di utenza.

«Viceversa di veri e propri diritti pubblici subbiettivi dei cittadini occorre parlare nel caso in cui l’ordinamento giuridico li ammette ad usufruire *uti singuli* di servizi pubblici».

«Ma tali diritti, essendo ad essi correlative non delle mere obbligazioni di *pati* o di *non facere*, ma delle obbligazioni aventi per oggetto un *facere* o un *dare*, abbiamo dovuto qualificare non come meri diritti pubblici subbiettivi di libertà come sono quelli all’uso sì generale che speciale dei beni demaniali; viceversa abbiamo dovuto qualificarli come diritti *civici*».

«Anche questi diritti derivano immediatamente dalla norma giuridica; onde, abrogata la norma che concede ai cittadini di usufruire *uti singuli* di un servizio pubblico, o abrogata la norma che istituisce il servizio pubblico, viene meno il diritto civico del singolo, anche se esso aveva cominciato ad usufruirne sotto l’impero della norma precedente. Però non per questo si risolve il rapporto giuridico sorto fra l’amministrazione ed il singolo in conseguenza di ciò che il cittadino aveva usufruito del diritto civico concessogli sotto l’impero dell’antica norma. Così, supposta una norma che faccia cessare il carattere pubblico di una ferrovia chi la esercita deve portare ad esecuzione i contratti di trasporto fatti sotto l’impero della vecchia legge»⁴⁶.

Della nota analisi successiva dedicata al servizio pubblico occorre invece rilevare che il «contratto di diritto pubblico» non è ritenuto di ostacolo all’idea di un diritto soggettivo del concessionario «subordinato all’interesse

⁴⁵ Sulla nozione di diritto civico cfr. SANTI ROMANO, *I diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, vol. XXX, Milano, Soc. Ed. Libreria, s.d. (ma 1897), 171; nonché O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Luigi Pierro, 1912, vol. I, 469, ove si afferma che i diritti civici sono una figura dei diritti subbiettivi pubblici «in tali diritti, quindi, non vi è conflitto d’interessi fra lo Stato e l’individuo, perché questi domanda allo Stato, ciò che questo, secondo la sua finalità, ha assunto di prestare; e lo Stato soddisfacendo il diritto del singolo, adempie ad un suo compito e soddisfa ad un proprio interesse».

⁴⁶ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, cit., 368, 369.

pubblico»⁴⁷, ma al contrario la configurazione consente quasi naturalmente di pervenire alla conclusione che dalla concessione nascono «diritti del concedente ed obblighi del concessionario», con una affermazione che mantiene un evidente omaggio alla ormai divenuta tradizionale classificazione degli atti amministrativi. Dall'enunciato obbligo si passa a riconoscere alla concessione l'effetto di creare un «diritto all'esercizio del pubblico servizio nei limiti che nell'atto stesso sono fissati».

Di tale unico diritto del concessionario si enumerano le facoltà, accennando all'esclusività, all'espropriazione, alla pretesa del pagamento delle prestazioni, talvolta con potere di coazione diretta; si ricorda inoltre l'esercizio dei non pochi poteri di polizia, nonché la facoltà di esigere il pagamento delle sovvenzioni garantite dall'amministrazione o da terzi, o del compenso dovuto per le speciali prestazioni imposte dall'amministrazione concedente⁴⁸.

Nel trattare dei "doveri" del concessionario si afferma serenamente che tutti si riassumono nell'«obbligazione di provvedere all'esercizio del servizio» secondo la legge e la concessione; principale tra essi è l'adempimento del servizio, di cui gli altri sono modi o accessori, si descrive la soggezione del concessionario al potere di vigilanza e di direttiva dell'amministrazione pubblica, si enunciano gli obblighi minori e la trattazione parrebbe volgere al termine con la consueta ricerca sulla "natura" dei diritti del concessionario e del concedente⁴⁹.

L'omaggio alla tradizione, che vede nella concessione la creazione di un diritto del concessionario ad esercitare il servizio, è enunciato unitamente al suo opposto, sicché all'indicato diritto si sostituisce o si affianca, senza soverchie preoccupazioni, l'obbligo del concessionario di provvedere all'esercizio stesso.

«Fondamentale tra i diritti creati dall'atto di concessione è il *diritto all'esercizio del pubblico servizio*, nei modi e nei limiti che nell'atto stesso sono fissati».

⁴⁷ Così A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 567, 580 e *passim*.

⁴⁸ Cioè il pagamento dei costi sociali correlati agli oneri di servizio pubblico; per la forma giuridica dell'azienda speciale si veda oggi l'art. 23, comma VI, l. 8 giugno 1990, n. 142.

⁴⁹ Volta a dare soluzione al problema dei limiti entro i quali può esercitarsi la "revoca", se alla stessa corrisponda un indennizzo per il concessionario, le differenze che intercorrono con il riscatto che è ricondotto all'espropriazione.

«In questo diritto possono essere comprese certe facoltà che ne costituiscono il contenuto; alcune delle quali si ritrovano in quasi tutte le concessioni; mentre altre si presentano più raramente»⁵⁰.

«Tutti i doveri del concessionario si riassumono nell'*obbligazione di provvedere all'esercizio del servizio*, nei modi, condizioni e termini stabiliti dalla legge e dall'atto di concessione, obbligazione evidentemente complessa il cui contenuto varia, secondo la natura del servizio per il quale la concessione è stata accordata. Principale è il dovere di adempiere il servizio, accanto ad esso se ne pongono degli altri, che sono ora modi, ora accessori del primo»⁵¹.

La questione dei diritti del concessionario è ripresa inoltre analizzando il potere di revoca dell'amministrazione pubblica, ove correttamente è separato il diritto all'esercizio del servizio pubblico dal diritto d'uso dei beni demaniali, cui è normalmente correlato il monopolio naturale.

La precisazione non è irrilevante, poiché il diritto all'esercizio del servizio pubblico era comunemente affermato come attribuzione di un diritto del concessionario a svolgere un'attività di impresa ad esso altrimenti preclusa dall'ordinamento, il cui fondamento era offerto in via d'esempio con riferimento a servizi che necessitano dell'uso di beni demaniali (ferrovie, tramvie, servizio di illuminazione pubblica, servizio di distribuzione dell'acqua potabile, ecc.).

Separato il diritto d'uso del bene demaniale dal diritto all'esercizio del servizio pubblico, appare evidente che al primo e non al secondo è riconducibile l'effetto di un'esclusiva. Venuta meno l'idea che di per sé l'esercizio di un servizio pubblico sia una attività d'impresa riservata all'ente pubblico, non è chiaro in cosa consista il «diritto del concessionario all'esercizio del servizio», fermo restando che per quest'ultimo vi è un obbligo di uguale oggetto.

Eliminato l'equivoco sull'oggetto della concessione e chiariti i rapporti con la concessione d'uso dei beni demaniali, si affaccia così l'idea di un concessionario che è strumento dell'amministrazione pubblica, per conto della quale egli esercita funzioni e diritti di natura pubblica, secondo una prospettiva che già delinea quanto sarà poi ripreso e compiutamente definito con la nota teoria della sostituzione⁵².

⁵⁰ A. DE VALLES, *op. cit.*, 569, il corsivo non è nell'originale.

⁵¹ A. DE VALLES, *op. cit.*, 575, il corsivo non è nell'originale.

⁵² G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizio pubblico*, in *Foro Amm.*, 1942, poi in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, 359.

«E questo diritto non può mai considerarsi come compreso in un diritto reale di proprietà degli impianti o in un diritto reale di godimento, simile alla superficie, dal quale irradia, perché questi diritti reali sono il presupposto, non la sostanza del diritto di esercitare il pubblico servizio. Questo diritto è, invece, nella sua sostanza, il diritto a rendersi strumento dell'amministrazione pubblica; cioè ad esercitare per conto di questa funzioni e diritti»⁵³.

L'analisi prosegue esaminando i diritti del concedente ed enunciando la natura giuridica pubblica dei diritti del concessionario a fondamento del potere di revoca dell'amministrazione, natura pubblica dei primi cui tuttavia non sono estranee facoltà di natura privata a carattere patrimoniale⁵⁴.

In chiusura del ragionamento, al fondo della trattazione, quasi in addenda, una parte è dedicata a ciò che «concerne i rapporti con i privati ai quali il servizio viene diretto»⁵⁵ e nel volgere di poche pagine si entra in una sequenza ricca di asserzioni che conduce repentinamente ad affermare negli «utenti» la titolarità di un «diritto subbietivo perfetto», ancora più di un «diritto privato ad ottenere la prestazione», dunque ciò che si può oggi definire un «diritto di credito» dei destinatari del servizio.

Diritto degli «utenti» verso il concessionario che tuttavia parrebbe circoscritto ad un credito d'«ammissione» al servizio, «ossia alla stipulazione» quasi certamente del contratto di utenza, da cui sorge il vero diritto di credito alle prestazioni di servizio pubblico. Un diritto di credito dunque limitato nell'oggetto, forse perché mancavano all'autore della concezione «soggettiva» del servizio pubblico quella chiarezza di considerazioni che solo molto più tardi hanno incluso tra i caratteri essenziali della nozione stessa la definizione del programma di servizio pubblico.

Era il tempo in cui con la denominazione di «atto di destinazione» si indicava la «dichiarazione di volontà dell'ente concedente sull'estensione del bisogno pubblico, sull'efficienza dell'attività del concessionario a soddisfarlo, sulle cautele e condizioni della sua soddisfazione». A differenza delle altre forme di gestione l'atto di destinazione poteva confondersi con l'atto di concessione, ma ad esso era ricondotta la definizione del contenuto essenziale dell'obbligazione del concessionario di erogare il servizio pubblico.

A seguito dell'atto di destinazione dell'amministrazione concedente e

⁵³ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 580.

⁵⁴ A. DE VALLES, *op. cit.*, 581 e s.

⁵⁵ A. DE VALLES, *op. cit.*, § 59-61; 607-612.

dell'apertura al pubblico del servizio del concessionario iniziano i rapporti diretti tra quest'ultimo e «ciascuno del pubblico che può pretendere di esservi ammesso», essendo questi titolari di un vero e proprio diritto di credito all'ammissione al servizio, o alla stipulazione, di un diritto soggettivo cui è data azione avanti al giudice ordinario.

«La norma giuridica o l'atto amministrativo creano quindi diritti subbiettivi perfetti; eccezionalmente i loro interessi possono godere soltanto di una tutela riflessa ed eccezionale».

«Si possono qui fare alcune ipotesi. Anzitutto che l'imprenditore rifiuti la partecipazione di un privato al servizio, per arbitrio, o per dare una preferenza ad altre prestazioni che gli rendono di più; quel privato potrebbe valersi dei mezzi ordinari a garanzia di un diritto proprio nei confronti di altri privati, e cioè dell'azione civile ordinaria»⁵⁶.

Oltre il diritto all'ammissione o alla stipulazione, che appare individuato come il contenuto imprescindibile del diritto di credito comunque spettante ai destinatari del pubblico servizio, non si esclude che, in ragione dell'interpretazione della volontà dell'amministrazione pubblica e delle norme che regolano il servizio, l'indicata posizione soggettiva degli "utenti" consenta a questi di pretendere giuridicamente dal concessionario le stesse prestazioni di servizio pubblico oggetto dell'obbligo che quest'ultimo ha assunto verso l'amministrazione, sperimentando a tal fine anche un'azione avanti al giudice ordinario.

«Io credo che si debba distinguere secondo che la norma giuridica stabilisca tassativamente o non con efficacia verso i privati l'intensità e le condizioni del servizio. Nel primo caso potrà il privato con il mezzo delle ordinarie sanzioni, richiedere l'osservanza della norma, perché questa gli tutela, oltre che l'interesse, anche il *modo* della sua soddisfazione. Nel secondo invece, che in pratica è il più frequente, il diritto all'ammissione è garantito nella sua esistenza, ma subordinato circa l'intensità, la sollecitudine, la bontà, la comodità, ecc., della prestazione alle condizioni del servizio, che sono considerate piuttosto come di interesse collettivo, e la cui tutela col diritto relativo, spetta piuttosto all'amministrazione concedente (...)»⁵⁷.

⁵⁶ A. DE VALLES, *op. cit.*, 610.

⁵⁷ A. DE VALLES, *op. cit.*, 610-611, il corsivo è in originale.

L'affermazione di un diritto di credito degli "utenti" a pretendere dal concessionario le prestazioni di servizio pubblico appare possibile ogni qualvolta le condizioni e l'intensità delle servizio siano stabilite con effetto verso i privati. Secondo una terminologia più recente si può affermare che il diritto di credito trova definizione nel programma di servizio pubblico che individua le prestazioni da erogare ai destinatari.

La conclusione è acquisita agevolmente per il servizio pubblico già "impiantato", cioè per la quantità e la qualità delle prestazioni di cui risultano capaci le strutture di erogazione del concessionario, ma suscita perplessità per quelle prestazioni dipendenti da un ampliamento, o riconversione delle strutture stesse, per le quali normalmente si nega agli "utenti" l'azione giurisdizionale avente ad oggetto l'obbligo del concessionario di estendere il servizio.

«In terzo luogo può il privato essere impedito dal partecipare al servizio, perché questo non è stato impiantato *nell'estensione stabilita*: per esempio, il concessionario non ha costruito secondo il capitolato una linea tranviaria (...). Anche qui si può fare la distinzione, fatta nell'ipotesi precedente; ma in generale non mi sembra che il privato possa ottenere nei confronti del concessionario una pronuncia giudiziaria che lo obblighi ad estendere il servizio; perché l'interesse leso non è l'interesse suo singolo, ma l'interesse della collettività alla quale egli appartiene, e nel quale il suo è ricompreso.

Così si può concludere che il privato ha, nei confronti del concessionario, di regola un diritto alla stipulazione; il quale è assicurato nella sua esistenza, e quasi sempre nel modo, dalle prescrizioni delle tariffe; *talvolta nell'estensione*; ma è più spesso subordinato alle condizioni ed all'estensione del servizio, quali sono volute e tollerate – la tolleranza è sempre una forma indiretta di manifestazione di volontà – dall'ente concedente»⁵⁸.

Logicamente ci si accorge che può trovare applicazione anche per le prestazioni di servizio pubblico dipendenti dal predefinito «obbligo di ampliamento del servizio», poiché si può affermare un diritto di credito degli utenti ogni qualvolta l'intensità e le condizioni del servizio pubblico siano pre-stabilite dall'amministrazione pubblica con effetto verso di essi, ma il ragionamento è interrotto e, seppure con affermazioni che sono temperate dalle eccezioni che salvano la enunciata regola di principio, si perviene a distinguere l'ipotesi dalla precedente, negando ai privati un'azione giudiziaria volta a far valere l'obbligo del concessionario.

⁵⁸ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 611, il corsivo non è in originale.

La motivazione è di interesse poiché chiarisce il punto di rottura dei ragionamenti che normalmente sono condotti sulla struttura e sugli effetti giuridici della concessione: manca nella prospettazione un'analisi unitaria dei rapporti tra amministrazione, concessionario e destinatari del servizio pubblico, con inevitabili conseguenze sulla definizione delle posizioni giuridiche di ciascuna delle tre parti necessarie.

Il concessionario è quasi subito qualificato in un rapporto con l'amministrazione pubblica che induce alla relazione diritto soggettivo-obbligo («contratto di diritto pubblico»); gli altri, i destinatari, sono invece relegati alla posizione di interesse non individuale, perché la relazione è ricondotta piuttosto alla comunità cui ciascuno appartiene.

La tutela ai destinatari del servizio pubblico è quella offerta dall'amministrazione pubblica e dal diritto obbiettivo che ne disciplina la relativa azione, poiché il riferimento alla comunità così posto non agevola una ricostruzione delle posizioni dei destinatari nella consistenza del «diritto soggettivo perfetto».

Si era al tempo in cui le classificazioni definivano le posizioni soggettive con un carattere strettamente individuale⁵⁹, né si poteva trarre spunto dalla «soggettività» delle organizzazioni giuridiche a tutela di interessi collettivi e non patrimoniali, secondo una prospettazione cui si è giunti come è noto solo molti anni più tardi, con le associazioni sindacali dei lavoratori e quelle a fini ambientali e di tutela dei consumatori⁶⁰.

⁵⁹ Conforme alla tesi di De Valles è alcuni anni più tardi: R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 1955, 323 e s., ove afferma: «di un vero e proprio diritto all'ammissione al godimento del servizio si potrà parlare qualora l'Amministrazione sia totalmente vincolata, sia per quello che riguarda il rendimento del servizio in sé, sia per quello che riguarda la persona del richiedente». Nonostante fondi il diritto degli utenti su un atto unilaterale dell'amministrazione pubblica (ammissione) ne afferma una responsabilità contrattuale per inadempimento: «Ma a conclusione sostanzialmente non diversa si deve giungere anche nel caso che si ritenga la natura unilaterale e pubblicistica del rapporto e dell'atto iniziale: il rapporto ha pur sempre per contenuto una *obbligazione negoziale*, ancorché non propriamente *contrattuale*, obbligazione che nasce nel momento dell'*ammissione* del singolo al godimento del servizio. Onde, pur non potendosi parlare a tutto rigore di una *responsabilità* contrattuale dell'Amministrazione, pure, trattandosi di inadempimento di una specifica obbligazione negoziale, si potranno applicare i medesimi principi che valgono per la responsabilità contrattuale vera e propria, ed in particolare gli artt. 1218 e s. c.c.».

⁶⁰ Il riferimento all'art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300, è qui sufficiente, ma non poche disposizioni (si pensi alla costituzione di parte civile in campo penale) dell'ordinamento hanno da tempo aperto alla tutela avanti al giudice ordinario di posizioni di interesse collettivo,

4. *La crisi della struttura dualistica della concessione di servizio pubblico. Il programma di gestione e i diritti di credito dei destinatari alle prestazioni di servizio pubblico*

Comune alle diverse ricostruzioni della concessione di servizio pubblico è la definizione della sua struttura ed in particolare dei rapporti che si ritengono instaurati dall'amministrazione o dal concessionario, che dal punto di vista dei destinatari del servizio pubblico permangono sostanzialmente eguali, sia nella prospettazione contrattuale, sia in quella unilaterale normalmente ricondotta al provvedimento amministrativo.

Nelle analisi delle vicende giuridiche relative alla concessione in esame si è da tempo giunti a rilevare un'obbligazione del concessionario ad esercitare il servizio pubblico, a riconoscere comunemente che questo consiste in prestazioni ad un pubblico di "utenti", taluno poi ammette un diritto di credito di quest'ultimi, non importa ora se in ragione dei contratti di utenza o di altro atto dell'amministrazione (destinazione), o del concessionario (apertura al pubblico del servizio).

L'opinione più diffusa è relativa ad un elemento strutturale: il vincolo giuridico del concessionario e le pretese dei destinatari del servizio pubblico non sono riconosciuti come il lato passivo e attivo dello stesso rapporto giuridico voluto dall'amministrazione pubblica.

Rotta l'unitarietà, l'analisi procede separando le due vicende giuridiche con l'amministrazione pubblica, quella del concessionario di un servizio pubblico da quella dei destinatari del servizio stesso, sicché appare possibile definire il contenuto degli obblighi del primo senza dovere riconoscere il reciproco diritto soggettivo dei secondi.

La questione principale non è la definizione della posizione soggettiva dei destinatari di un servizio pubblico, come diritto soggettivo o semplice interesse, ma la cura di puntualizzare che tale definizione non è correlata alle posizioni soggettive dell'esercente concessionario, si nega infatti che quest'ultime definiscano le prime proprio perché le stesse non appartengono ad uno stesso rapporto giuridico.

Non è importate affermare che i destinatari di un servizio pubblico siano titolari di un diritto di credito, purché questo non sia il diritto di credito

le quali trovano definizione nella tradizionale nozione di diritto soggettivo, a spiccato carattere patrimoniale. Forse meriterebbe rimeditare sulla definizione di giurisdizione posta dall'art. 2, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, ove si offre l'alternativa «diritti civili e politici». In tal senso si veda E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, cit., 368 e s.

alle prestazioni di servizio pubblico che reciprocamente si è affermato come l'obbligo del concessionario; quel diritto di credito che le analisi sulla concessione hanno invece sempre accordato senz'altro all'amministrazione pubblica.

Proprio il riconoscimento all'amministrazione pubblica del diritto di credito correlato all'obbligo di servizio pubblico del concessionario si è visto quasi sempre tratto comune sia di coloro che sostengono la natura consensuale, sia di chi permane convinto del titolo unilaterale della concessione di servizio pubblico. È singolare notare che in punto non è agevole ritrovare dissonanza alcuna.

Se ciò può apparire una conseguenza naturale della scelta contrattuale, ove il rapporto bilaterale tra amministrazione pubblica e concessionario non raggiunge i destinatari, la soluzione permane tuttavia anche per la costruzione della concessione come provvedimento amministrativo.

Al provvedimento di concessione sono affiancati nell'analisi i contratti di utenza, sicché l'obbligazione del concessionario verso gli "utenti" si distingue dalla principale di servizio pubblico che «l'imprenditore privato» abbia assunto verso l'amministrazione pubblica, invece si afferma come una seconda ed autonoma pluralità di obbligazioni con i destinatari del servizio, anche ove si riconosca che l'oggetto di quest'ultime sia compreso in quello dell'obbligazione principale.

«... il concessionario non è semplicemente l'esecutore di un servizio di fronte al quale la domanda del privato costituisca una condizione della prestazione: egli è un industriale che vende il prodotto del suo servizio, e, se pure per la sua posizione di diritto pubblico non può rifiutarsi dal fare questo contratto, ciò importa che egli abbia l'obbligo di porre in essere quest'ultimo, ma non ha quello di eseguire la richiesta del privato prima che il contratto esista. Perciò il rapporto fra il concessionario e il consumatore per la prestazione del servizio è un rapporto d'origine contrattuale e contrattuale è il diritto (n.d.r. del concessionario) relativo al corrispettivo ...»⁶¹.

Il concessionario con il contratto di utenza diviene titolare di un diritto al corrispettivo in danaro per il servizio reso; rispettivamente ai "consumatori" il contratto attribuisce un diritto di credito ad ottenere la prestazione di servizio pubblico, ma nessuna azione è data ai destinatari del servizio per

⁶¹ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1920, 481.

costringere il concessionario, «privato imprenditore», ad eseguire l'obbligazione assunta verso l'amministrazione pubblica.

«Con tutto questo, i privati non hanno un vero diritto civico alla prestazione del servizio gerito dal concessionario: ma una pretesa che rientra nel novero degli interessi, perché non hanno dei mezzi diretti per costringere il concessionario alla prestazione del servizio»⁶².

Ai «consumatori» è negata azione verso il concessionario, ed in ciò si scorge l'unica differenza di rilievo rispetto al ricordato «diritto alla stipulazione o ammissione» al servizio, che tuttavia trova la sua ragione d'affermazione proprio nella circostanza che la concessione è strutturata in due autonomi rapporti giuridici: l'uno tra amministrazione e concessionario, l'altro tra concessionario e «consumatori»⁶³.

L'affermazione di una obbligazione del concessionario nel primo rapporto non impone affatto un corrispondente diritto di credito dei destinatari ad ottenere le prestazioni di servizio pubblico nel secondo, poiché quest'ultimo è comunque rapporto autonomo rispetto al primo e discende da un diverso titolo giuridico.

Entrambe le soluzioni negano in via generale ai destinatari di un servizio pubblico di essere titolari del diritto di credito ad ottenere dal concessionario il pagamento dell'obbligazione di servizio pubblico che egli ha assunto con l'amministrazione pubblica. Entrambi fondano una obbligazione del concessionario alle prestazioni di servizio al pubblico, alcuni addirittura *ex lege*⁶⁴, ma giuridicamente la stessa è correlata ad un diritto di credito dell'amministrazione concedente.

La struttura non è differente anche nell'unico tentativo di riconoscere ai destinatari del servizio pubblico un diritto di credito generalmente limitato alla «stipulazione di un contratto di utenza», poiché è affermato in luogo della titolarità della posizione attiva che può pretendere l'esecuzione dell'obbligazione di servizio pubblico del concessionario.

Ai destinatari del servizio pubblico si concede un diritto alla stipulazio-

⁶² G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni ...*, cit., 493.

⁶³ Il concessionario assume verso l'amministrazione l'obbligazione di esercitare il servizio, nonché di stipulare con i consumatori un contratto di utenza; da quest'ultimo scaturisce il rapporto tra concessionario e consumatori, in particolare un'obbligazione che in esecuzione della prima ha ad oggetto le prestazioni di servizio pubblico.

⁶⁴ G. ZANOBINI, *op. ult. cit.*

ne dei contratti di utenza proprio perché si nega ad essi la possibilità di divenire titolari del diritto di credito al pagamento dell'obbligo del concessionario, cioè di essere parti dell'obbligazione di servizio pubblico.

La crisi dell'indicata costruzione, che contempla un doppio ed autonomo rapporto giuridico, si affaccia alcuni anni più tardi in un lavoro, forse prodromico a quello più noto in materia che della nozione di pubblico servizio ha definito gli elementi oggettivi, che è di particolare interesse proprio perché dedicato alla struttura giuridica della concessione ed agli elementi che la distinguono dall'appalto.

A differenza dell'appalto nella concessione si esclude che le prestazioni oggetto dell'obbligazione tra amministrazione pubblica e concessionario siano rivolte a quest'ultima, sicché l'analisi riconosce altro e pone le premesse per una riconsiderazione dei destinatari del servizio pubblico affidato in concessione.

«In caso di concessione, viceversa, pur potendo sorgere obbligazioni reciproche tra concedente e concessionario, le obbligazioni dell'amministrazione non si risolvono (...) in una prestazione per il concessionario, bensì sono rivolte al funzionamento del pubblico servizio; ed anzi le stesse obbligazioni del concessionario si determinano in riferimento al pubblico servizio e non si prestano all'amministrazione concedente»⁶⁵.

«Si consideri il diverso potere di controllo, di cui gode l'amministrazione, titolare del servizio, a seconda che questo sia affidato al privato in concessione oppure in appalto. Nella prima ipotesi, poiché è lo stesso servizio pubblico che funge da elemento determinante esclusivo del rapporto, il controllo dell'amministrazione concedente è necessariamente controllo sul servizio (...). Nell'ipotesi dell'appalto, invece, il controllo dell'amministrazione è, e non può che essere, controllo sulla prestazione dell'appaltatore (...)

Se infatti il titolo che abilita il concessionario ad esercitare il pubblico servizio è un provvedimento unilaterale dell'amministrazione di disposizione del servizio, i rapporti tra concedente e concessionario non possono che convergere verso il buon funzionamento del servizio»⁶⁶.

Lo spunto non è abbandonato dall'autore, ma ripreso più volte ad un decennio di distanza con la nota opera in materia cui ci si è più volte riferiti.

⁶⁵ U. POTOTSCHNIG, *Concessione ed appalto di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 393 e s., spec. 407, il passo citato è a p. 411.

⁶⁶ U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 421.

Nonostante si abbandoni il provvedimento e si affermi che la concessione è disciplina dell'attività definita in accordo tra amministrazione e concessionario⁶⁷, si riconosce che talune disposizioni dell'ordinamento di fine-inizio secolo già definiscono il relativo programma di servizio pubblico come obbligazione verso i destinatari del servizio stesso⁶⁸.

Così gli *obblighi* dei ospedali di provvedere alla cura dei poveri affetti da malattie acute, dei feriti e delle donne nell'imminenza del parto; *l'obbligo* delle province di assistenza ai fanciulli illegittimi, abbandonati o esposti all'abbandono; *l'obbligo* per gli asili di maternità di provvedere all'assistenza delle gestanti in determinate condizioni⁶⁹. L'enunciazione non è semplicemente ricognitiva, ma raggiunta dall'analisi proprio per consentire al ragionamento di pervenire al fondo della questione.

«Non si ignora naturalmente che l'opinione comune nega in modo reciso l'esistenza in questi casi di un diritto del singolo a beneficiare dell'attività. Si suole dire infatti che queste norme sono poste esclusivamente a tutela dell'interesse pubblico (più esattamente dei fini sociali) e che pertanto esse non creano per i singoli altrettanti diritti soggettivi. Ma ciò, seppur probabilmente esatto, non sembra cogliere il valore positivo di dette norme. Che esse non costituiscono diritti soggettivi in capo ai singoli scaturisce non tanto dalla presunta mancanza di operatività nei confronti di quelli, quanto invece – e più verosimilmente – dalla loro struttura di norme determinatrici di un programma, ossia di norme concernenti l'attività e non i singoli atti o le singole prestazioni»⁷⁰.

«... la mancata determinazione di una misura verticale inerisce a singoli atti ovvero a una serie di singoli atti ed operazioni, ma non riguarda l'attività (...) la non doverosità dei singoli atti non escluda la doverosità dell'attività. Il che non toglie – lo si dice per inciso – che tale doverosità rimanga sovente priva di sanzione proprio per la mancanza di norme che determinano il ritmo di svolgimento dell'attività, facendo venire meno così anche il presupposto per ogni effettivo controllo»⁷¹.

⁶⁷ In ciò è vista altresì una nuova possibilità di distinzione tra autorizzazioni e concessioni amministrative, la prima unilaterale la seconda convenzionale: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 451, 453.

⁶⁸ Considera l'obbligo *ex lege* correlato ad un diritto soggettivo dei destinatari di servizio pubblico SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 298.

⁶⁹ Rispettivamente si veda: l. 17 luglio 1890, n. 6972, art. 78; r.d.l. 8 maggio 1927, n. 798, artt. 1, 4 e 5; r.d. 24 dicembre 1934, n. 2316, art. 18.

⁷⁰ U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 285-286.

⁷¹ U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 288.

La distinzione tra atti e attività sostiene il filo del ragionamento e consente di chiudere la trattazione, rinviando la ricerca della soluzione dei diritti dei destinatari di un servizio pubblico.

Questione sulla quale l'autore vi ritorna più di recente proprio con riferimento alla disciplina dei servizi pubblici della legge sull'ordinamento delle autonomie locali; pare quasi ripreso il filo del ragionamento a suo tempo incidentalmente aperto per un diverso oggetto di analisi. Si riafferma la nozione di un tempo sull'essenza oggettiva della nozione di servizio pubblico, ma questa volta senza indugio alcuno per i diritti dei destinatari.

Con precisione la sequenza logica riprende dal programma di servizio pubblico rivolto a definire il grado di soddisfazione dei bisogni sociali, cioè dalla oggettiva destinazione del servizio a vantaggio della collettività, ma l'autore non richiude sull'amministrazione pubblica ogni posizione soggettiva avente ad oggetto le prestazioni definite del programma di servizio pubblico, poiché si è ormai giunti a riconoscere ai cittadini "taluni diritti" che sono "l'altra faccia" del servizio pubblico.

«Il riferimento ai fini sociali di cui all'art. 41, comma III, è dunque d'obbligo, come d'obbligo la destinazione del servizio a vantaggio della collettività.

Vero è che ancora oggi quest'ultimo profilo viene il più delle volte trascurato, sul presupposto tipico di una passata concezione dello Stato, che l'azione amministrativa non tiene conto e non cura altro interesse se non quello della pubblica amministrazione.

Senonché oggi siffatto presupposto è da ritenersi inaccettabile specie da quando sono stati riconosciuti al cittadino – a tutti i cittadini – taluni diritti nei confronti della P.A. che costituiscono l'altra faccia del servizio pubblico: così il diritto all'istruzione, il diritto alla salute, il diritto all'ambiente, e così via, anche senza dover citare tutti quei casi in cui l'accesso del cittadino al servizio avviene mediante un contratto (di somministrazione, fornitura o persino trasporto) e per i quali si parla coerentemente e senza difficoltà di un diritto dell'utente ad usufruire del servizio»⁷².

Il programma di servizio pubblico riconosce la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alla comunità non solo più come interesse pubblico, dell'amministrazione, ma come interesse dei destinatari del programma a ricevere le prestazioni di servizio pubblico, interesse giuridico cui l'ordinamento è venuto a riconoscere la tutela propria del diritto soggettivo.

⁷² U. POTOTSCHNIG, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, 273.

Il principale equivoco che è aleggiato intorno alla concessione di servizio pubblico può essere ora affrontato più agevolmente: l'obbligo del concessionario non è un obbligo con l'amministrazione pubblica, ma è l'obbligo che l'amministrazione ha definito nel programma di servizio pubblico verso i relativi destinatari; obbligo che è presupposto della concessione e che dunque non può trovare in essa il proprio fondamento giuridico.

Più esattamente si può affermare che con il programma l'amministrazione assume l'obbligo di erogare un servizio ai destinatari ivi indicati; la concessione non crea dunque l'obbligazione di servizio pubblico, ma unicamente imputa al concessionario quell'obbligazione.

Obbligazione di servizio pubblico nella quale i destinatari sono titolari del relativo diritto di credito alla quale corrisponde la posizione soggettiva di debitore dell'esercente, non importa ora se in qualità di concessionario, ovvero di ente pubblico all'uopo istituito, o della stessa amministrazione pubblica che provveda in economia.

Ricondotto il diritto soggettivo dei destinatari di un servizio pubblico al relativo rapporto definito dall'amministrazione pubblica con il programma, pare possibile ora riprendere l'analisi delle vicende giuridiche che scaturiscono dalla concessione e ancor prima nella descrizione ricercare la definizione dell'oggetto essenziale della concessione di servizio pubblico.

CAPITOLO III

CARATTERI ESSENZIALI DELLA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

SOMMARIO: 1. Oggetto essenziale ed effetti giuridici del provvedimento di concessione a terzi: la qualità giuridica di concessionario e la soddisfazione della domanda di servizio pubblico. – 2. La struttura essenziale della concessione a terzi: individuazione dell'esercente e definizione della sua posizione giuridica *per relationem* alle norme e al programma di servizio pubblico. – 3. L'iniziativa pubblica dell'organizzazione di una domanda di servizi e la possibilità di conseguire il fine pubblico con il solo controllo sui risultati del processo produttivo. Potere di indirizzo e vigilanza dell'amministrazione pubblica ed autonomia giuridica del concessionario. Asimmetrie informative e possibilità per i destinatari del servizio di valutare la qualità del prodotto. Servizi sociali ed autonomie giuridiche. – 4. I presupposti della concessione di servizio pubblico locale: le ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale. I requisiti soggettivi del concessionario ed il programma di gestione come oggetto essenziale delle procedure di scelta dei concessionari.

1. *Oggetto essenziale ed effetti giuridici del provvedimento di concessione a terzi: la qualità giuridica di concessionario e la soddisfazione della domanda di servizio pubblico*

La radice dell'autonoma individuazione di una classe di rapporti giuridici denominata «concessioni di servizio pubblico» si è vista segnata dal distacco dalla categoria delle concessioni di beni demaniali in ragione del diverso oggetto cui le stesse si riferiscono.

Per lungo tempo nella concessione di servizio pubblico si è mantenuta l'idea, speculare alla struttura delle concessioni di beni, secondo la quale oggetto della concessione è un'attività riservata alla pubblica amministrazione, in varia guisa identificata nel monopolio di diritto, o naturale, ovvero in funzioni, poteri, competenze, o compiti attribuiti in esclusiva alla pubblica amministrazione¹. Ciò ha per un certo tempo giustificato la scelta del-

¹ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., 369, poi in *Studi di di-*

la natura di provvedimento amministrativo dell'atto di concessione di servizio pubblico, poiché solo più di recente si è pervenuti a separare definitivamente le due questioni².

La natura dell'atto di concessione perde gradualmente il ruolo di punto di vista preferenziale per l'identificazione dei caratteri giuridici dell'attività concessa a terzi; il ragionamento pare rovesciato e l'analisi dell'oggetto necessario della concessione di servizio pubblico condiziona la successiva ricostruzione della natura giuridica dell'atto di concessione.

Non sempre al concessionario sono trasferiti, o attribuiti poteri pubblici, o compiti che l'ordinamento riserva alla pubblica amministrazione, con la conseguenza che tali poteri pubblici non sono l'oggetto necessario della concessione di servizio pubblico³.

Del pari «eventuale e non essenziale» diviene un carattere monopolistico dell'attività del concessionario di erogazione del servizio pubblico⁴, con affermazione che a contrario conferma il riconoscimento in via generale e astratta della titolarità in capo a tutti della libertà di iniziativa economica privata ed ancor più delle attività cui un carattere imprenditoriale non appartiene, anche nel caso in cui una determinata attività sia erogata dalla pubblica amministrazione come servizio pubblico⁵.

I servizi pubblici possono, nei soli casi stabiliti dalla legge⁶, essere riser-

ritto pubblico, vol. I, Roma, 1937, 362; F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 1, 173; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., 235 e s.; U. REDANO', voce *Servizio pubblico* del *Nuovo dig. it.*, 1940, vol. II, 230. Considera il servizio pubblico come un complesso di funzioni: F. D'ALESSIO, *La concessione ai privati della gestione di servizi pubblici*, in *Giur. it.*, 1917, I, 1.

² Da ultimo: F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 92, 3 e s., spec. 22 e 26.

³ Per tutti: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 436.

⁴ G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, poi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 424; da ultimo: A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. locale*, 1992, 87; D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative* del *Digesto (Disc. pubbl.)*, vol. III, Torino, Utet, 1989, 298; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 334.

⁵ È affermazione ricorrente con riferimento all'art. 41, comma I, Cost., per le attività senza carattere di impresa, si veda l'art. 38, ult. comma, l'art. 33, comma I, Cost.; per tutti da ultimo: G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, cit.

⁶ È del pari affermazione ricorrente con riferimento all'art. 43 Cost.; nonché all'art. 22, comma II, l. 8 giugno 1990, n. 142. Da ultimo sui servizi sociali: G. CORSO, *La gestione dei*

vati in via esclusiva alla mano pubblica, ma proprio per ciò un carattere monopolistico dell'attività del concessionario non assurge ad elemento essenziale della definizione stessa, né del relativo atto di concessione.

Seppure in sede di sintesi si è affermato comunemente che l'amministrazione concede a terzi la gestione di un servizio pubblico, occorre riconoscere che giuridicamente l'amministrazione non "concede" a terzi una attività volta alla produzione di beni e servizi, poiché in assenza di monopolio ai terzi l'ordinamento già riconosce tale libertà in via generale e astratta.

Escluso che l'oggetto necessario della concessione sia l'attribuzione a terzi di una attività riservata alla pubblica amministrazione (servizio, o funzione pubblica), ripresa e radicatasi l'idea che dalla concessione sorge un'obbligazione alla prestazione del servizio, più precisamente diritti ed obblighi tra amministrazione pubblica e concessionario, si impone agevolmente la nozione di concessione-contratto⁷, con successive evoluzioni che si spingono sino alla definitiva configurazione di un contratto di diritto privato⁸.

Le vicende giuridiche dell'atto di concessione di servizio pubblico non si distinguono così dagli effetti tipici di un contratto stipulato dalla pubblica amministrazione con soggetti ad essa estranei. Si indicano tasse e sovvenzioni come corrispettivo delle prestazioni erogate dal concessionario e l'analisi ritorna all'eccessiva onerosità sopravvenuta, nonché al fondamento del potere di revoca della concessione con interesse quasi esclusivo delle trattazioni in materia.

In tale quadro ricostruttivo ogni aspetto di specialità della vicenda giuri-

servizi locali fra pubblico e privato, cit.; nonché D. SORACE, *Note sui "servizi pubblici locali" dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, Giuffrè, 1993, 1154.

⁷ Da ultimo contrari alla configurazione della concessione come atto autoritativo: D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative* del *Digesto (discipl. pubbl.)*, cit., 288-293; cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 257-261.

⁸ Per la riduzione della concessione di servizi ad un contratto di appalto: E. SIVESTRI, voce *Concessione amministrativa* dell'*Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961, 376; soluzione del contratto di diritto privato ripresa poi da: M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 306 e s., 316-317. Critici ed a favore di un duplice rapporto giuridico (di concessione e contrattuale); D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative* del *Digesto (Disc. pubbl.)*, cit., 299; cfr. A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi ...*, cit., 87; nonché C. MALINCONCO, *Le concessioni e le convenzioni*, in *Servizi pubblici locali ...*, cit., 111 e s., ove sottolinea che la denominazione tradizionale richiama una «regolamentazione del rapporto tra pubblica amministrazione e concessionario nella quale resta immanente la cura del pubblico interesse e la subordinazione della sua instaurazione, e, successivamente del suo svolgimento all'interesse pubblico».

dica concessoria e dell'atto fonte da cui la stessa scaturisce tendono ad affievolirsi, ma la scelta di ordine teorico non pare rimanere senza conseguenze di rilievo. L'opzione contrattuale è parsa infatti garantire maggiormente la posizione del concessionario nei confronti della pubblica amministrazione per l'essenziale affermazione di un rapporto paritario fra i contraenti che la diversa configurazione pubblica dell'atto di concessione si è ritenuto non potesse contemplare.

La stessa riedizione del contratto ad oggetto pubblico pare un tentativo di soluzione intermedia fra i due opposti, di recente nuovamente prospettata con l'inquadramento della concessione di servizio pubblico nei «contratti amministrativi» o negli accordi in vista dell'emanazione di un provvedimento amministrativo, così come disciplinati dall'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241⁹.

Sul piano teorico si può rilevare che la nozione contrattuale agevola una scissione del rapporto giuridico tra le sue tre parti necessarie, consentendo una "parità" dell'imprenditore con l'amministrazione concedente che non è data ai destinatari, quest'ultimi si vedono riconosciuto un diritto soggettivo solo in ragione e in dipendenza dei contenuti dedotti nel «contratto di utenza» che sono accordati per consenso del contraente imprenditore (concessionario).

Vero è che il concessionario si è obbligato con l'amministrazione pubblica ad erogare il servizio, vero inoltre che il contratto di utenza si pone rispetto a tale obbligazione come sua esecuzione, ma ai destinatari, che sono terzi, non è riconosciuta azione per l'eventuale inadempimento, né in via diretta, né per surrogazione.

Nella struttura dualistica della concessione i destinatari del servizio pubblico non sono i creditori dell'obbligazione definita dall'amministrazione pubblica, né direttamente né per altro titolo; una volta stipulato il contratto d'utenza proposto dal concessionario i destinatari hanno prestato il proprio consenso alla nuova obbligazione di servizio pubblico, quella definita per gli "utenti".

L'affermazione di una inconciliabilità tra poteri d'autorità e rapporti d'obbligazione è continuata anche quando la compatibilità tra provvedimento amministrativo e obbligazione era ormai da tempo considerata nor-

⁹ F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1993, 35; per l'accordo di diritto amministrativo: G. PERICU, *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SOCCA, Bologna, Monduzzi editore, 1993, 1390.

male per gli obblighi tributari ed erano ormai giunti a maturazione gli studi sulle obbligazioni di diritto pubblico¹⁰.

In tale contesto la correlazione tra provvedimento “autoritativo” ed obbligazione non ha mai destato meraviglia, forse proprio per la posizione passiva di debitore del destinatario contribuente; in diritto privato l’atto unilaterale come la promessa al pubblico¹¹, o la ricognizione di debito, pur realizzando vicende giuridiche «favorevoli per i destinatari», non paiono avere destato particolari preoccupazioni, forse unicamente perché si suppone che i rapporti intercorrono tra soggetti «formalmente eguali».

Nella ricostruzione dell’obbligazione di pubblico servizio si è quasi sempre negato il diritto di credito dei destinatari di un programma di servizio pubblico a pretendere le relative prestazioni, proprio perché dell’indicata posizione è stata riconosciuta titolare l’amministrazione pubblica, né l’affermata natura contrattuale della concessione pare avere offerto in punto alcuna osservazione critica. Al contrario è stato rilevato, sin dalla fine della seconda metà del secolo scorso, che ai destinatari del servizio pubblico la configurazione “bilaterale” non può recare alcun danno, né alcun vantaggio¹².

L’attenzione per gli effetti dell’atto di concessione era già parsa evidente¹³ in altre analisi che non hanno assunto come oggetto principale la natura del-

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, Jandi Sapi, 1964; cfr. G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche ...*, cit., vol. I, 380 e s.

¹¹ È la soluzione indicata per i servizi pubblici da SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 298.

¹² Critico in tal senso già F. CAMMEO (col. 514) in nota ad Appello Torino, 10 febbraio 1894, De Thierry c. Comune d’Intra, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 1, 504: «I rapporti con i terzi che da un contratto di regola non si avvantaggiano, né possono essere danneggiati». La configurazione contrattuale apre inoltre la questione delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del contraente, affievolendo non poco gli argini teorici che si oppongono ai tentativi di assimilazione della concessione di servizio pubblico all’appalto di servizi pubblici, secondo quell’evoluzione ormai conclusa che ha subito la materia delle opere pubbliche, sicché la scelta di elevare il concessionario ad una posizione di maggiore favore nei rapporti con la pubblica amministrazione, pare essersi rivolta contro gli stessi operatori che l’hanno auspicata. Si vedano le comunicazioni al convegno di S. Margherita Ligure, 26 e 27 marzo 1993, di G.M. RACCA, M. RAMAJOLI (per la disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici) e F. FRACCHIA (per la distinzione fra concessione di opere e di servizi pubblici), tutti poi in *Dir. Amm.*, rispettivamente 1994, 201 e s.; 1993, 367 e s., 563 e s.

¹³ *Riflessioni sull’oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Atti del convegno di S. Margherita Ligure, 26-27 marzo 1993, Milano, Giuffrè, 1995, 187 e s.

l'atto di concessione; seppure hanno seguito un iter logico ormai noto in esse emerge altra direzione di ricerca che assume una propria rilevanza teorica.

Le concessioni amministrative, come è noto, sono state tradizionalmente distinte in costitutive e traslative in ragione dei caratteri delle vicende giuridiche che dalle stesse scaturiscono. Nel solco delle analisi sopra tratteggiate sulla definizione dell'oggetto della concessione di servizio pubblico, come atto di disposizione a terzi di una attività monopolistica o di funzioni, pare affermarsi precocemente l'idea di una vicenda traslativa dell'erogazione del servizio dalla pubblica amministrazione al terzo concessionario.

Nelle successive analisi l'attenzione pare spostarsi verso la costruzione della concessione di servizio pubblico come «atto organizzatorio», ove non è chiaro se prevalga l'idea di una vicenda traslativa, o al contrario si pendenda per l'individuazione di veri e propri effetti costitutivi in capo al terzo concessionario.

Si afferma che l'atto con il quale l'amministrazione attribuisce al concessionario la qualità di ufficio pubblico realizza una «scissione fra la titolarità dell'attività, che rimane all'ente di direzione, e l'esercizio della stessa che si trasferisce al concessionario»¹⁴; si ha altresì cura di precisare che la concessione di servizio pubblico non produce nessuna imputazione in capo al concedente di atti, di attività, di risultati, o di rischi d'impresa, i quali restano del concessionario. La conclusione teorica, da cui discendono tutte le affermazioni che precedono, è che l'amministrazione pubblica con la concessione non trasferisce ad un soggetto un'attività, ma più semplicemente «si serve dell'attività di quest'ultimo»¹⁵.

Analoghi dubbi sulla qualificazione degli effetti dell'atto di concessione di pubblico servizio permangono con la definizione del sostituto dell'amministrazione¹⁶, ove l'attività è considerata propria del concessionario, anche se si riconosce che questa incide istituzionalmente su interessi di un al-

¹⁴ La tesi come è noto è di M.S. GIANNINI la cui ultima formulazione la si trova in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, 147; ma si veda ID., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953, I, 167, «il concessionario diviene titolare di un ufficio, non già burocratico, bensì convenzionale». Poi F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 1967, 67 e s.

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 131.

¹⁶ G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, in *Foro Amm.*, 1942, I, 2, 235 e s., poi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 359 e s.; nonché secondo diversa prospettiva si veda già G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 235. Da ultimo Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.*, 1991, I, 3405.

tro soggetto (pubblica amministrazione) che proprio l'atto di concessione ha affidato alla cura di un imprenditore terzo.

L'aspetto forse meno ricordato della teoria in esame è che con la stessa si fonda una *legittimazione* del concessionario ad agire «per lo svolgimento di una altrui sfera di competenza» (della pubblica amministrazione)¹⁷. La legittimazione del terzo ad agire per la soddisfazione di interessi che l'ordinamento ha istituzionalmente attribuito alla competenza della pubblica amministrazione pare rivelare anzitutto un effetto costitutivo dell'atto di concessione, con la creazione *ex novo* in capo al terzo delle qualità giuridiche necessarie a consentire «lo svolgimento di un'altrui sfera di competenza»¹⁸.

Le analisi sopra indicate consentono di affermare che la concessione come atto d'organizzazione della pubblica amministrazione, di creazione in capo a terzi della qualità di ufficio pubblico¹⁹, analogamente all'idea della sostituzione come creazione di qualità giuridiche (legittimazione) per lo svolgimento di compiti attribuiti dall'ordinamento all'amministrazione, indicano tutte una vicenda giuridica che pare corretto ritenere di carattere costitutivo.

Costitutiva in capo al terzo di una qualità giuridica²⁰ che vale a legittimarlo nell'ordinamento come destinatario delle posizioni attive e passive dell'esercente un servizio pubblico, sia nei confronti dell'amministrazione, sia direttamente verso coloro che dalla prima sono individuati come beneficiari del servizio stesso.

¹⁷ G. MIELE, *op. loc. cit.* Per le varie accezioni della nozione di legittimazione da ultimo: P. RESCIGNO, voce *Legittimazione*, del *Digesto (Disc. priv.)*, vol. X, 518 e s.; per la tesi della legittimazione come posizione di competenza rispetto alla materia del negozio: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 366; per legittimazione come sostituzione, cioè come esercizio di diritti altrui) F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 186 e s.

¹⁸ Non involge invece alcun trasferimento della competenza, o della attività (servizio) dell'amministrazione, fenomeno che si ritiene distingua la concessione dalla costituzione di un ente strumentale, G. MIELE, *Ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942. La concessione si distingue inoltre dalla delegazione di funzioni amministrative su cui: G. MIELE, voce *Delega (diritto amministrativo)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962, 905 e s.; FRANCHINI, *La delegazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1950; L. AMMANNATI, S. GAMBINO (a cura di), *Deleghe amministrative e riassetto dei poteri locali nel quadro della l. n. 142 del 1990*, Rimini, Maggioli, 1992; F. SEVERO SEVERI, voce *Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici*, del *Digesto (Disc. pubbl.)*, Torino, Utet, 1989, 552 e s.

¹⁹ Il tema è stato poi sviluppato da F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, cit., 95 e s.

²⁰ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Concessione ed appalto ...*, cit., 415.

Destinatario anzitutto delle norme giuridiche anche penali che disciplinano in via generale e astratta la posizione dell'esercente di un servizio pubblico, destinatario inoltre degli obblighi relativi all'attuazione del programma di gestione del servizio pubblico; costitutiva in capo al terzo della qualità di concessionario di un determinato servizio pubblico, che non può non avere effetto verso i destinatari delle relative prestazioni.

Oltre all'indicata vicenda costitutiva la concessione di servizio pubblico parrebbe realizzare altro effetto che prosegue la riflessione aperta dal filone critico sopra ricordato, secondo il quale non necessariamente l'oggetto della concessione è un'attività riservata alla pubblica amministrazione. Occorre infatti riconoscere che il concessionario ottiene qualcosa dalla pubblica amministrazione che lo caratterizza e distingue dagli altri operatori del settore di servizi preso in considerazione.

Nei servizi a carattere imprenditoriale risulta agevole rilevare che al concessionario l'amministrazione pubblica attribuisce un bene economicamente rilevante: per effetto dell'atto di concessione egli ha assunto rispetto ai concorrenti una differente posizione nel "mercato" dei produttori.

Se nell'ipotesi di monopolio il concessionario dal nulla perviene ad assumere la posizione di unico produttore, occorre riconoscere che anche in assenza di un'esclusiva si verifica comunque una mutazione della sua «posizione di mercato» che questi aveva anteriormente all'acquisto della qualità di concessionario, poiché con l'atto di concessione il produttore che ne è beneficiario perviene ad acquisirne altra, che è comprensiva della posizione di produttore nel tempo conquistata dalla pubblica amministrazione.

Non si può non rilevare che all'amministrazione pubblica continua a rivolgersi una parte consistente di "utenti", anche in ragione delle maggiori "garanzie" che la stessa deve osservare verso i destinatari del servizio (continuità, sicurezza, imparzialità, qualità media, trasparenza, ecc.); le norme giuridiche che disciplinano il suo funzionamento e la sua organizzazione impongono modalità di comportamento che da alcuni sono ritenute più gravi rispetto a quelle cui è soggetto qualsiasi operatore privato²¹. Al di là

²¹ In altre parole proprio la diversa disciplina giuridica della pubblica amministrazione che impone di perseguire unicamente interessi pubblici, rispetto a quella prevista per gli operatori privati (fini di lucro, ovvero interessi relativi ad un determinato gruppo di persone), nonché le diverse "garanzie" d'organizzazione e "trasparenza" che sono imposte all'azione della pubblica amministrazione, determinano oggettivamente maggiori vincoli all'operato pubblico che, indipendentemente dalle patologie, forse offrono ciò che comunemente è detta una maggiore "inefficienza media" in ragione di una maggiore "garanzia" nell'erogazione del servizio per qualsiasi utente.

di una esatta interpretazione delle ragioni economiche che garantiscono nel tempo una domanda di servizi rivolta alla pubblica amministrazione è indubbio che la stessa esista e che proprio in ragione di essa gli operatori intendono divenire concessionari.

Gli imprenditori si candidano a divenire concessionari proprio per acquisire la domanda che proviene dai destinatari di servizi pubblici, che l'amministrazione ha aggregato in molti anni di gestione, che ad essa continua a rivolgersi anche in ragione della disciplina che regola in modo affatto peculiare la sua azione. Più precisamente i produttori aspirano a divenire concessionari di un servizio pubblico in considerazione della organizzazione della domanda che la pubblica amministrazione ha definito con il programma di servizio pubblico al fine di soddisfare determinati bisogni sociali della comunità locale.

L'affermazione appare confortata dalla considerazione che giuridicamente la domanda così organizzata dall'amministrazione pubblica non può essere rilasciata alla libera iniziativa degli operatori privati e alle norme che ne regolano l'attività senza un vero e proprio atto di dismissione del pubblico servizio²².

Reciprocamente si può affermare che sin quando la pubblica amministrazione mantiene l'atto di assunzione ed il relativo programma di servizio pubblico la domanda, che spontaneamente ad essa si rivolge, deve trovare soddisfazione secondo le "garanzie" (*rectius*: disciplina) di erogazione che tale qualificazione giuridica comporta, cioè secondo quei limiti dettati dalla disciplina che contraddistingue il servizio pubblico da qualsiasi altra intrapresa nel settore.

A ciò è chiamato ed a ciò aspira il concessionario: divenire produttore di quel servizio che la pubblica amministrazione ha deciso di erogare secondo la disciplina generale ed il programma di gestione che è stato preordinato per la soddisfazione di determinati bisogni sociali della comunità locale.

Inizialmente si era avanzata l'ipotesi²³ che l'atto di concessione determinasse, oltre all'indicata vicenda costitutiva della qualità di concessionario, anche il trasferimento a questi della «posizione di mercato» della pubblica

²² Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ...*, cit., 17-18, ove, in altra prospettiva di ricerca, individua l'atto di concessione come mezzo giuridico di regolazione amministrativa della libertà di accesso al mercato.

²³ *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Atti del convegno di S. Margherita Ligure, 26-27 marzo 1993, cit., 196 e s.

amministrazione relativamente ad un determinato servizio pubblico, unitamente ai vincoli d'attività ad essa relativi che permarrebbero in capo all'amministrazione nel caso di gestione diretta del servizio stesso.

Più precisamente se la concessione produce l'effetto di attribuire al terzo la domanda di servizio pubblico la cui soddisfazione può essere a lui richiesta dai destinatari del servizio secondo i relativi vincoli giuridici, si poteva affermare che l'atto trasferisse la posizione economica e giuridica della pubblica amministrazione con riferimento ad un determinato servizio pubblico.

L'attribuzione al concessionario di tutta o parte della domanda di servizi che si rivolge alla pubblica amministrazione giustifica di per sé l'apposizione di speciali vincoli ed obblighi nell'esercizio di una attività che ai privati, in ogni altro caso, è riconosciuta secondo quella più ampia libertà accordata dall'ordinamento in via generale e astratta (nei limiti stabiliti dalla legge) a tutti gli operatori del settore.

I poteri della pubblica amministrazione, i doveri del concessionario e le pretese degli utenti trovavano così la propria ragione giuridica nell'atto di concessione, cioè in quell'equilibrio economico-giuridico che involge le tre parti di un rapporto voluto anzitutto dall'amministrazione.

Ciò che la forma di gestione della concessione di servizio pubblico pareva trasferire a terzi non era dunque solo la domanda che relativamente ad un determinato servizio spontaneamente si rivolge alla pubblica amministrazione, ma la stessa unitamente ai vincoli d'attività che, nella disciplina normativa e nelle prescrizioni speciali dettate nel programma, sono posti al fine di vedere soddisfatto l'interesse pubblico per il quale l'amministrazione è addivenuta ad assumere il servizio.

La necessità di una analitica ricostruzione dei rapporti tra programma e atto di concessione non aveva consentito di procedere oltre e di pervenire a chiudere il ragionamento intorno alle vicende che sono determinate da tali atti giuridici, secondo una linea di ragionamento che ora può essere condotta compiutamente.

Con esclusivo riferimento agli effetti giuridici è possibile anticipare che l'atto di concessione a terzi vale individuazione dell'esercente del servizio pubblico che l'amministrazione ha scelto di erogare ai destinatari, è definizione della sua posizione giuridica *per relationem* alle norme giuridiche che lo disciplinano e al relativo programma di servizio pubblico.

La prospettazione, senza smentire la circostanza in fatto di una attribuzione al concessionario della domanda economica di servizio pubblico, consente di delimitare la descrizione dell'effetto giuridico essenziale dell'istituto in esame alla costituzione in capo al terzo della qualità giuridica di eser-

cente un pubblico servizio, di cui occorre tuttavia verificarne l'incidenza sul normale modo di intendere il regolamento di confini tra le vicende giuridiche che discendono dal programma di servizio pubblico rispetto a quelle che sono proprie dell'atto di concessione a terzi.

La rilettura dei rapporti tra l'atto dell'amministrazione pubblica che appare essenziale alla definizione del servizio pubblico locale (programma), a qualsiasi sua forma giuridica di gestione, con quello che caratterizza la forma in esame, appare necessario per chiudere l'analisi sulla struttura giuridica della concessione a terzi di un servizio pubblico.

2. *La struttura essenziale della concessione a terzi: individuazione dell'esercente e definizione della sua posizione giuridica per relationem alle norme e al programma di servizio pubblico*

Le norme di legge o di regolamento, nonché l'atto di assunzione, il programma di servizio e la scelta della forma di gestione, definiscono rispettivamente la disciplina generale ed astratta del servizio pubblico, le finalità o i bisogni sociali che l'amministrazione intende soddisfare, le prestazioni che si vogliono erogate ai destinatari, il tipo d'organizzazione a tal fine necessaria.

Norme di legge e regolamento generali o di settore che talvolta disciplinano le condizioni di ammissione e il comportamento cui debbono attenersi i destinatari per continuare a fruire del servizio pubblico, ma che soprattutto regolano l'attività di gestione del servizio stesso, in particolare quella di qualsiasi o di taluno tra gli esercenti nei confronti dei destinatari di servizio pubblico.

Anzitutto l'atto di assunzione degli «organi di governo» degli enti locali, che vale individuazione dei bisogni sociali della comunità che l'amministrazione pubblica intende soddisfare con l'attività di erogazione di un determinato servizio pubblico²⁴.

Programma di gestione con il quale l'amministrazione pubblica definisce contenuto e modalità di erogazione delle prestazioni di servizio pubblico, nonché i relativi destinatari; programma da cui dipende la successiva individuazione della forma di gestione che appare più idonea ad erogare le indicate prestazioni ai destinatari del servizio pubblico.

²⁴ Cui segue l'eventuale precisazione del relativo grado di soddisfazione con l'emana-
zione di direttive; ma su ciò *amplius supra*, § 1 del capitolo precedente.

Programma di servizio pubblico che è presupposto delle forme di gestione in economia, dell'azienda speciale, o dell'istituzione, di una società per azioni, o della concessione a terzi, sicché si determina giuridicamente indipendentemente dalla successiva scelta di queste, condizionandole, ma non essendo da questa condizionato. Programma di gestione che, individuando contenuto e modalità di erogazione delle prestazioni di servizio al pubblico, pare contenere tutti gli elementi essenziali di definizione di un diritto di credito dei destinatari del programma ad ottenere dall'esercente il relativo pagamento.

Al concessionario non spetta alcun potere di valutazione dell'interesse pubblico per il quale è stato assunto il servizio, poiché questo si è anzitutto risolto con la definizione dei modi e dei tempi della sua soddisfazione nell'atto programma dettato dall'amministrazione, cui il concessionario deve corrispondere con la sua attività in forza del rapporto di concessione, che si specifica nei successivi atti di direttiva e di controllo dell'attuazione del programma stesso²⁵.

Se il programma di gestione è atto dell'amministrazione pubblica che vale a costituire un diritto di credito dei destinatari alle prestazioni ivi indicate, si deve riconoscere che reciprocamente l'atto stesso pone per l'esercente l'obbligazione di erogare le prestazioni di servizio pubblico ai destinatari.

Il programma di servizio pubblico non contiene né l'individuazione della forma di gestione, né dell'organizzazione che sarà deputata ad erogare il servizio, poiché si è detto che a tal fine l'amministrazione pubblica vi provvede con atti che teoricamente dal programma si distinguono.

L'obbligazione di servizio pubblico è tuttavia già preesistente alla scelta del concessionario, poiché è il programma di servizio pubblico a definire il diritto di credito dei destinatari in esso indicati a pretendere dall'esercente le prestazioni di servizio pubblico parimenti ivi indicate, dunque reciprocamente l'obbligo del gestore di erogare il servizio pubblico.

Dalla concessione non sorge l'obbligazione dell'esercente di erogare il

²⁵ In tale ragione economico-giuridica di attribuzione della soddisfazione di una domanda unitamente ai relativi limiti giuridici d'azione paiono trovare giustificazione proprio i poteri da ultimo indicati dell'amministrazione concedente di direttiva e di controllo sullo stato (quantitativo e qualitativo) di attuazione del programma da parte del concessionario, nonché il fondamento della stessa cessazione di diritto del rapporto di concessione a seguito di dismissione del servizio. La cessazione del rapporto di concessione infatti consegue alla scelta dell'amministrazione di dismettere il servizio pubblico rilasciando la soddisfazione della domanda di servizi all'iniziativa di qualsiasi soggetto dell'ordinamento, secondo la disciplina d'attività a tutti comune.

servizio pubblico agli utenti; la concessione di servizio pubblico è l'atto dell'amministrazione che, individuando l'esercente, costituisce in capo al terzo la posizione giuridica così come definita dal programma di gestione, con tutti i limiti ed i vantaggi ivi indicati, che sono conseguenti all'attribuzione ai destinatari di un diritto credito di prestazione di servizio pubblico.

L'atto di concessione di pubblico servizio è lo strumento giuridico indicato dall'ordinamento per costituire in capo al terzo quella qualità giuridica da cui conseguono i limiti d'attività posti dalle norme e dal programma di servizio pubblico per l'esercente di quel servizio pubblico che, indipendentemente dalle forme di gestione, ne caratterizzano e distinguono la relativa attività da quella di qualsiasi altro operatore del settore.

Limiti d'attività ed in ragione di essi alcuni vantaggi, anche patrimoniali, che sono definiti dall'amministrazione pubblica con l'organizzazione di una domanda idonea a rappresentare una corretta soddisfazione dei bisogni sociali di una comunità, che il programma di gestione giuridicamente conclude in un diritto di credito dei destinatari, o che è lo stesso in una obbligazione dell'esercente di erogare a questi le definite prestazioni di servizio pubblico. Obbligazione cui è sotteso un bene economicamente rilevante: la domanda dei destinatari cui aspira il candidato al rilascio della concessione.

Il programma definito al tempo dell'assunzione del servizio pubblico può dunque essere svolto a mezzo degli uffici della stessa amministrazione o "valendosi" di quelli di altra amministrazione pubblica (in economia), ovvero attraverso organizzazioni pubbliche o private di cui l'amministrazione abbia il controllo interno²⁶, ovvero a mezzo di un rapporto giuridico che assicuri il controllo dall'esterno delle modalità di soddisfazione della domanda che si rivolge alla pubblica amministrazione (concessione di servizio pubblico).

Dal punto di vista dei destinatari del servizio pubblico il rapporto giuridico con l'amministrazione non muta in ragione delle differenti forme di erogazione del pubblico servizio, questi possono direttamente rivolgersi al concessionario per ottenere l'attuazione del programma, non molto diversamente da come si rivolgono all'amministrazione nel caso di gestione secondo le altre forme: in economia, a mezzo di istituzione, o di persona giuridica pubblica o privata di cui l'amministrazione abbia il controllo interno.

²⁶ Con il potere di nomina degli amministratori, come nel caso delle istituzioni, o delle persone giuridiche, pubbliche o private, come le aziende speciali di cui all'art. 23, l. n. 142 del 1990, cit., o delle società per azioni o a responsabilità limitata, art. 22, comma III, lett. e, l. n. 142 del 1990, cit., e succ. mod.

In tale quadro ricostruttivo non può apparire casuale la denominazione di «concessione a terzi» utilizzata dalla legge²⁷: il concessionario è terzo nel rapporto giuridico instaurato da comuni e province con i destinatari delle prestazioni di servizio pubblico che sono definite dal programma di servizio pubblico, la concessione è la forma giuridica di coinvolgimento del terzo in tale rapporto, poiché l'atto di concessione si limita a costituire in capo al terzo quella posizione giuridica definita in particolare dal programma stesso.

L'affermazione più volte ripetuta secondo la quale la concessione di servizio pubblico instaura un rapporto giuridico trilatero fra pubblica amministrazione, concessionario e destinatari del servizio²⁸, pare correttamente intesa ove si ritenga che l'atto di concessione crei nell'organizzazione terza la qualità di concessionario, cioè quella posizione soggettiva di esercente di quel servizio pubblico indicato dalle norme e dal programma, con effetto giuridico che si produce anzitutto verso i destinatari del servizio pubblico.

Destinatari che vedono così determinata l'organizzazione titolare dell'obbligo di erogare le prestazioni di servizio pubblico indicate dal programma in successivi procedimenti amministrativi.

Con la definizione della qualità di concessionario i destinatari del servizio pubblico possono riconoscere nel terzo il soggetto passivo del proprio diritto di credito ad ottenere le prestazioni di servizio pubblico.

Non si tratta di indeterminatezza del soggetto passivo del diritto di credito dei destinatari: l'amministrazione pubblica con l'emanazione del programma di gestione definisce l'individuazione dell'esercente del servizio pubblico *per relationem* al procedimento di scelta della forma di gestione ed a quello eventualmente successivo di selezione della migliore organizzazione terza che intenda assumere la qualità di concessionario di quel servizio pubblico.

Il programma non nega, al contrario afferma la giuridica esistenza del-

²⁷ L. 8 giugno 1990, n. 142, art. 22, comma III, lett. b: «Comuni e province possono gestire i servizi pubblici ... in concessione a terzi ...».

²⁸ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 393; ID., *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, 269; cfr. F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, Maggioli, 1988, 31, ove si nega che il servizio di tesoreria sia un pubblico servizio perché rivolto unicamente alla pubblica amministrazione; G. PERICU, *La concessione nei servizi pubblici locali*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 1381. Si consenta un rinvio a *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, vol. I, Napoli, Jovene, 1993, 65-66.

l'esercente il servizio pubblico, ne rinvia unicamente l'individuazione ad un momento successivo, cui l'amministrazione deve dare corso secondo le procedure di scelta disciplinate dall'ordinamento²⁹.

Ritenere che l'esercente di un servizio pubblico sia già individuato dal programma, seppure *per relationem* ai necessari successivi procedimenti di scelta, significa dedurre nell'oggetto del rapporto tra amministrazione e destinatari il compimento di tali procedimenti, cioè riaffermare che il diritto di credito dei destinatari è diritto soggettivo perfetto, anche ove all'occasione sia sottoposto a condizione sospensiva ovvero a termine iniziale.

Significa infine riconoscere che nel credito dei destinatari è dedotta anche l'obbligazione dell'amministrazione pubblica a concludere i procedimenti cui rinvia *per relationem* il programma di servizio pubblico.

Credito dei destinatari da cui può derivare il diritto al risarcimento del danno ogni qualvolta l'amministrazione pubblica, emanato il programma di gestione che contiene la definizione di prestazioni non soggette a termine, o condizione, o non altrimenti inesigibili, non abbia concluso (secondo i termini d'uso) le procedure di scelta della forma di gestione e dell'esercente.

Sull'esigibilità del credito dei destinatari, sulla sua natura pubblica o privata, a carattere sociale e non patrimoniale, non è possibile procedere oltre in questa trattazione di settore dedicata alla struttura della concessione di servizio pubblico locale.

In particolare non è possibile spingere l'analisi sui limiti costituzionali che sono posti a tutela dei diritti sociali, poiché è parso sufficiente avere cercato di chiarire che il servizio pubblico è un rapporto giuridico instaurato dall'amministrazione pubblica con i destinatari delle relative prestazioni.

La concessione non è che una delle possibili forme di gestione del servizio pubblico, la cui peculiarità si ritrova nel relativo atto giuridico che ha ad oggetto l'attribuzione a terzi della posizione di esercente il pubblico servizio, con la conseguenza che l'obbligo del concessionario non è un obbligo verso l'amministrazione, ma è il lato passivo dell'obbligazione già definita dall'amministrazione nel programma di gestione a favore dei destinatari ivi indicati, obbligo cui è correlata la posizione attiva di diritto di credito dei destinatari all'erogazione di definite prestazioni di servizio pubblico.

²⁹ Si veda la disposizione dell'art. 22, comma III, l. 8 giugno 1990, n. 142, ove determina i presupposti di ciascuna forma di gestione di servizio pubblico; nonché l'art. 267, r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, t.u. finanza locale, ove si prevede che le concessioni di servizi pubblici debbono essere di regola precedute da asta pubblica, ovvero ove speciali circostanze in rapporto alla natura dei servizi lo consiglino possono procedere a licitazione o trattativa privata.

La concessione non è la fonte dell'obbligazione di servizio pubblico, ma è anzitutto il servizio pubblico nella sua definizione offerta dal programma dell'amministrazione a costituire un'obbligazione in favore dei destinatari, più precisamente un diritto di credito dei destinatari a ricevere le prestazioni dall'esercente il servizio pubblico.

L'atto di concessione è unicamente una delle forme di adempimento del programma, con il quale l'amministrazione pubblica indica l'esercente del servizio stesso, non diversamente da quando procede alla scelta della gestione in economia indicando a tal fine un proprio ufficio, ovvero quando costituisce una società per azioni, o una azienda speciale, o un'istituzione.

La concessione non crea dunque l'obbligazione di servizio pubblico, ma individua in capo al terzo quell'obbligazione, attraverso un unico ed essenziale effetto giuridico: l'attribuzione ad un terzo della qualità di concessionario, cioè della posizione economico – giuridica di esercente che è stata definita dal norme in materia e dal programma dell'amministrazione pubblica. Creazione della qualità di concessionario con effetto non solo verso il candidato, terzo produttore, ma anzitutto verso i destinatari del programma di servizio pubblico, cioè verso i creditori delle prestazioni che sono oggetto dell'obbligazione di servizio pubblico.

L'atto di concessione non ha ad oggetto la creazione dei diritti di credito dei destinatari del servizio pubblico, i quali non sono perciò disponibili nel rapporto che si instaura tra amministrazione e concessionario. In omaggio alla tradizione si può affermare che la concessione di servizio pubblico costituisce nel terzo uno *status*³⁰: la qualità di esercente-concessionario di un determinato pubblico servizio³¹.

Il terzo diviene così destinatario delle disposizioni di legge e di regolamento, generali o speciali, dell'esercente di pubblico servizio, ivi comprese quelle disposizioni di legge che prevedono l'esercizio di poteri pubblici co-

³⁰ Contrario alla nozione di *status* A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 581; cfr. SANTI ROMANO, *I diritti pubblici subbiettivi*, 216-218, per considerazioni sulla cittadinanza; in tal senso riaccosta i diritti soggettivi oggetto di concessione ai diritti politici: O. RANELLETTI, *Diritto amministrativo*, cit., n. 287.

³¹ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Concessione ed appalto ...*, cit., 415, trattando della revoca, decadenza e riscatto della concessione afferma: «Il che avviene, ovviamente, secondo modi tipici diversi, in relazione all'uno o piuttosto ad un altro di quegli istituti; ma produce in ogni caso l'estinguersi, nel privato, della sua qualità di concessionario, in quanto con un nuovo provvedimento l'amministrazione concedente viene a disporre dello stesso servizio pubblico in modo diverso, incompatibile col precedente rapporto di concessione».

me le certificazioni, la riscossione di tributi, nonché quant'altro l'ordinamento ricollega alla posizione di gestore.

Il terzo è dall'atto di concessione perciò legittimato verso i destinatari di servizio pubblico a dare attuazione al programma di pubblico servizio, esercitando le posizioni attive e quelle passive definite per l'esercente di quel servizio pubblico, da cui consegue l'imputazione a questi dell'obbligo di soddisfare il credito dei destinatari e l'acquisizione in fatto della relativa domanda di servizio pubblico.

Domanda economica che potrà risultare finanziariamente insufficiente a remunerare il ciclo produttivo dell'imprenditore divenuto concessionario, sicché al riequilibrio l'amministrazione pubblica dovrà provvedere con l'aggiunta di sovvenzioni, contributi, ovvero uso gratuito di beni, o finanziamenti di opere pubbliche, o quant'altro utile alla bisogna.

Si possono così introdurre altri rapporti giuridici, su cui si avrà modo di ritornare in chiusura del presente lavoro, che tuttavia rispetto a quello sinora descritto come essenziale possono dirsi eventuali, che interessano e perciò intercorrono tra l'amministrazione pubblica e il terzo concessionario.

Rapporti ritenuti *accessori* rispetto a quello principale di concessione, che si distinguono da quest'ultimo poiché in essi, comunque li si intenda configurare, è assente una parte che nel rapporto principale di concessione è essenziale: i destinatari di servizio pubblico.

3. *L'iniziativa pubblica dell'organizzazione di una domanda di servizi e la possibilità di conseguire il fine pubblico con il solo controllo sui risultati del processo produttivo. Potere di indirizzo e vigilanza dell'amministrazione pubblica ed autonomia giuridica del concessionario. Asimmetrie informative e possibilità per i destinatari del servizio di valutare la qualità del prodotto. Servizi sociali ed autonomie giuridiche*

È opinione diffusa, soprattutto tra gli studiosi di scienze economiche, individuare la concessione di servizio pubblico come la forma in cui è evidente «una scissione tra compiti di gestione e funzioni di controllo» del servizio stesso, cioè un elemento strutturale che eleva la concessione ad organizzazione preferenziale nella gestione dei servizi pubblici. Si ritiene che tale carattere d'elezione consenta la «trasparenza, l'efficienza e l'efficacia nella erogazione dei servizi», escludendo ogni «commistione» propria delle forme pubbliche di erogazione.

La critica pare in varia guisa raccolta in capo giuridico ed è specificata verso le aziende speciali, i consorzi, le istituzioni e le gestioni in economia³². Non si può non rilevare che le stesse critiche non sempre coinvolgono le società per azioni a prevalente partecipazione pubblica; appare assente ogni censura verso quelle forme societarie ove la partecipazione dell'ente pubblico consente ai "privati" una posizione di controllo.

Affermazioni che in larga sintesi riflettono un disagio avverso la cattiva amministrazione dei servizi, le cui gestioni «in mano pubblica» paiono essere state nella seconda metà di questo secolo le più evidenti; disagi che non possono non essere avvertiti e non influenzare l'interpretazione di diritto positivo, spingendo ad approfondire ulteriormente l'analisi, tentando di rivelare puntualmente i caratteri istituzionali delle forme di gestione dei servizi pubblici, le innovazioni che l'ordinamento ha apportato nel tempo, correggendo ove possibile indicazioni che appaiono superate.

Si era cercato di chiarire che la disciplina stabilita dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali³³ non pare rivelare una forma paradigmatica di «scissione tra controllo ed erogazione del servizio pubblico», ma forme diverse di gestione dei servizi, cui corrispondono differenti modalità di controllo degli organi titolari dell'amministrazione verso le correlate forme giuridiche di produzione dei servizi.

Si era cercato di precisare entro quali limiti ogni forma di gestione è dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali definita in osservanza del principio di separazione delle funzioni di indirizzo e di controllo dai compiti di produzione delle prestazioni di servizio pubblico. È noto infatti che il riparto di competenza tra controllo e gestione è stato recepito come principio d'organizzazione dell'amministrazione pubblica, ancor prima del d.lg. 3 febbraio 1993, n. 29, proprio nella disciplina dell'attività di comuni e province, che involge, oltre all'esercizio delle funzioni, anche la gestione in economia dei servizi pubblici.

Si è detto che l'analisi di diritto positivo non consente in astratto³⁴ di eleggere come giuridicamente preferibile una determinata forma di gestione, ma unicamente che l'amministrazione pubblica è tenuta a valutare in concreto quale sia la forma giuridica più idonea ad erogare le prestazioni

³² Cfr. D. SORACE, *Relazione di sintesi*, in *Servizi pubblici locali ...*, cit., 355.

³³ *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., 96 e s.

³⁴ Per tutti: A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 91.

definite dal programma di servizio pubblico a favore dei relativi destinatari.

Per ogni prestazione l'amministrazione pubblica è tenuta a definire la forma giuridica concreta di gestione del servizio entro i limiti indicati per ciascuna di esse dall'ordinamento giuridico, sicché in sede descrittiva pare piuttosto consentito affermare che determinate tipologie di prestazioni possono risultare incompatibili con alcune forme giuridiche di gestione.

L'ipotesi più ricorrente è quella dei servizi pubblici a rilevante carattere industriale che sono incompatibili con la gestione in economia, o in genere quelli imprenditoriali che non possono essere gestiti a mezzo di una istituzione; infine è stata ipotizzata l'esclusione della società per azioni, altri della concessione, per i servizi a carattere sociale.

In ogni caso le soluzioni sono dedotte dalla disciplina giuridica di ciascuna forma di gestione, in particolare dai presupposti indicati per ciascuna di esse dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali, su cui si avrà modo di ritornare in chiusura del presente capitolo.

Appare ora sufficiente avere rilevato che l'analisi di diritto positivo può consentire di pervenire ad individuare talune incompatibilità tra la disciplina delle prestazioni di servizio e le forme di erogazione delle stesse, nonché un vizio di eccesso di potere ogni qualvolta la scelta dell'amministrazione di una determinata forma di gestione risulti, rispetto ad altre, meno idonea a realizzare il programma di servizio pubblico.

Oltre le indicate considerazioni di legittimità le analisi economiche³⁵ propongono soluzioni, e considerazioni intorno ad esse, che appartengono alla sfera della autonomia insindacabile dell'amministrazione pubblica, scelte di merito in ordine alle quali può risultare ultronea l'analisi giuridica, poiché ancor prima l'ordinamento si è istituzionalmente precluso di definire una disciplina giuridica di riferimento.

Entro gli indicati limiti di una analisi di diritto positivo, che può essere utile per un sindacato giurisdizionale delle scelte operate dall'amministrazione pubblica, si può osservare che la struttura della concessione di servizio pubblico rivela alcuni caratteri che sono ad essa peculiari, che appartengono alla tradizione storica dell'istituto in esame, che la distinguono da ogni altra forma di gestione dei servizi pubblici locali.

Anteriormente alla legge sull'ordinamento delle autonomie locali si po-

³⁵ Per tutti si vedano gli scritti raccolti in G. BROSIO (a cura di), *La Teoria economica dell'organizzazione*, in *Quaderni del Formez n. 13*, Bologna, Il Mulino, 1989; nonché G. FORNENGO, M. REY, *I servizi locali tra pubblico e privato*, in *Quaderni della Fondazione A. Olivetti n. 41*, 1995.

teva, non senza eccezioni³⁶, affermare che la concessione a terzi era la forma giuridica in cui era consentita una separazione dal patrimonio dell'ente locale dei risultati negativi di gestione del servizio, poiché nella definizione del rapporto giuridico non si è mai revocato in dubbio che unicamente al concessionario spettava correre il rischio dell'intrapresa³⁷, con indicazione strutturale in ordine alla quale la provvista di capitali, o di conoscenze tecniche, paiono semplici corollari, o inevitabili conseguenze.

L'interpretazione trovava conferma nella disciplina sulla finanza locale, di alcuni anni successivi alla riforma della legge di inizio secolo sulle municipalizzate, ove era indicata espressamente la possibilità per l'ente locale di prevedere, in alternativa al canone di concessione, la partecipazione agli utili d'impresa³⁸.

A seguito dell'entrata in vigore della legge sull'ordinamento delle autonomie locali occorre riconoscere che l'indicata separazione dei rischi d'impresa dal patrimonio dell'ente locale appare scarsamente caratterizzante l'istituto della concessione di servizio pubblico, in ragione dell'attribuzione della personalità giuridica alle aziende locali e dell'espresso riconoscimento della società di capitali come forma giuridica di gestione dei servizi locali.

È noto che il riconoscimento della personalità giuridica all'azienda speciale recepisce quelle interpretazioni che da più di trent'anni avevano sostenuto la necessità di una netta separazione patrimoniale fra azienda speciale ed ente territoriale di riferimento³⁹.

³⁶ F. BASSI, *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano, Giuffrè, 1957, 170 e s., 217 e s., ove si riconosce la personalità giuridica delle aziende municipalizzate con riferimento alla disciplina giuridica successiva alla riforma del r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, poi in r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

³⁷ Cfr. gli autori indicati alle precedenti note 13 e 15 del presente capitolo ed in particolare M.S. Giannini e G. Miele.

³⁸ R.d. 14 settembre 1931, n. 1175, t.u. per la finanza locale, art. 265, comma I: «4° il canone dovuto per la concessione, ovvero la partecipazione del comune o della provincia agli utili dell'impresa». Per indicazioni sul processo di riforma della legge del 1903, si veda la nota precedente.

³⁹ In tal senso a favore di un riconoscimento implicito della personalità giuridica F. BASSI, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, Giuffrè, 1957, 170 e s., 217 e s.; G. ROSSI, *Le basi giuridiche della municipalizzazione*, in *Impresa pubblica*, 1958, 112 e s., 244 e s.; entrambi contrari, invece, ad un riconoscimento di tale soggettività con riferimento alla l. 29 marzo 1903, n. 103. Contrari in genere alla personalità giuridica delle aziende municipalizzate, perché ricalcano il modello delle aziende autonome statali: M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953, 621;

Non a caso tali opinioni, un tempo di minoranza, presentavano l'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale unitamente ad interpretazioni che con larga anticipazione hanno negato, o fortemente limitato, i poteri di ingerenza dell'ente territoriale di riferimento, affermando al contrario solo poteri di controllo sulla gestione dell'azienda stessa⁴⁰. L'opinione, un tempo non generalmente accolta, aveva letto la disciplina che devolveva all'ente territoriale gli utili, o che gli accollava le perdite (art. 2, r.d. n. 2578 del 1925, cit.), come norme di tutela del solo interesse legittimo dei creditori dell'azienda e non invece come obbligo di garanzia dei terzi creditori (responsabilità illimitata), perciò come disposizione né favorevole, né contraria, alla personalità giuridica dell'azienda municipalizzata⁴¹.

L'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale chiude il dibattito di un tempo correlando la limitazione dei poteri dell'ente locale ai soli atti di indirizzo e controllo con la definizione di una «autonomia patrimoniale perfetta», cioè dell'affermazione di una disciplina che limita ai valori conferiti (capitale di dotazione) la responsabilità di coloro hanno determinato la costituzione dell'ente, escludendo che l'ente territoriale debba rispondere illimitatamente dei debiti contratti dall'ente controllato.

U. BORSI, *La mancanza di personalità giuridica nelle aziende speciali dei servizi direttamente assunti da comuni e province*, in *Foro it.*, 1931, I, 1168. Cfr. G. FALZONE, *Azienda municipalizzata, ricostruzione a carico dello stato dei relativi beni distrutti o deteriorati da eventi bellici*, C.E.M., Napoli, 1948; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1932, 815 e s.; A.C. PUCHETTI, *La personalità giuridica delle aziende speciali per l'esercizio diretto dei pubblici servizi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, 168 e s.; R. TORRIGIANI, *Le aziende autonome pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1971, 152 e s.; G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, 1977, 363 e s.; A. PIRAS, *La municipalizzazione, problemi delle municipalizzazioni*, in M.S. GIANNINI (a cura di), *Neri Pozza, Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi di unificazione, I Comuni*, Venezia, 1967, 355 e s.

⁴⁰ F. BASSI, *La natura giuridica ...*, cit., 221.

⁴¹ F. BASSI, *op. cit.*, 80 e s., 218. A favore della tesi contraria invece U. BORSI, *La mancanza di personalità giuridica nelle aziende speciali ...*, cit., 1168; ID., *Le funzioni del comune italiano*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, pt. II, Milano, Società editrice libraria, 1915, 13. La tesi di Bassi, ricostruendo la responsabilità patrimoniale del comune per le perdite dell'azienda non come un vero e proprio obbligo di garanzia, ma come un interesse legittimo del creditore, che definisce il dovere dell'amministrazione municipale di adeguarsi al preciso disposto normativo che le impone di far fronte alle perdite del conto di esercizio mediante il trasferimento di fondi già stanziati nel proprio bilancio con conseguente tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 27, n. 4, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, che come è noto consente di ottenere che l'autorità municipale si conformi al giudicato di annullamento sul silenzio rifiuto dell'amministrazione di adempiere ad un dovere previsto per legge: F. BASSI, *La natura giuridica ...*, cit., 83, 85-86.

L'attribuzione della personalità giuridica appare nel disegno di riforma delle autonomie locali una norma necessaria a conferire effettività alla disciplina che limita i poteri dell'ente territoriale sull'azienda speciale, poiché l'esperienza storica aveva dimostrato che la responsabilità giuridica per i debiti aziendali era fonte istituzionale di legittimazione dell'ingerenza nella gestione aziendale degli organi dell'ente locale.

Non pare dunque che la limitazione del rischio d'impresa sia ora elemento peculiare della concessione a terzi del servizio pubblico, potendo ora l'ente territoriale circoscrivere la propria responsabilità ai conferimenti di capitale sia nell'ipotesi della azienda speciale, sia in quella della società per azioni.

Ciò che permane nella tradizione è piuttosto la mancanza nella concessione a terzi di un controllo interno all'organizzazione che nelle altre forme è dato dalla disponibilità delle modalità di nomina e revoca degli organi di amministrazione, che consente ai rappresentanti dell'ente territoriale di partecipare alle sedute degli organi che definiscono l'attuazione del programma di servizio pubblico, cioè di coloro che presiedono al controllo interno del processo produttivo⁴².

Nella concessione a terzi il "controllo" dell'ente territoriale pare invece affermarsi unicamente come controllo esterno, più precisamente su decisioni già assunte in ragione della autonomia imprenditoriale di un soggetto terzo, secondo uno schema organizzativo che appare strutturalmente preordinato ad un "controllo" sui risultati della produzione del servizio e perciò meno adeguato a seguire un processo decisionale in itinere.

Il potere di indirizzo (o di direttiva) ha come destinatario il legale rappresentante dell'ente concessionario ed ha ad oggetto la specificazione del programma di erogazione del pubblico servizio definito al tempo della sua assunzione, ivi compresa la precisazione delle scelte a suo tempo delineate in ragione delle mutate condizioni che hanno atteso alla sua definizione.

La delimitazione indicata nega al potere in esame ogni effetto di intrusione dell'ente territoriale sulla autonomia dell'organizzazione d'impresa

⁴² Nell'azienda speciale il potere di ingerenza dell'ente territoriale è affermato sia per le modalità di nomina e revoca degli amministratori, sia con riferimento al potere di indirizzo, di vigilanza e di verifica degli eventuali costi sociali, nonché dei risultati della gestione (art. 23, comma III, VI e VII, l. n. 142 del 1990, cit.). Per la società per azioni si vedano da ultimo: M. CAMMELLI, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali ...*, cit., 128 e s.; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994.

del concessionario⁴³, poiché il potere di direttiva deve intendersi riferito all'ambito di autonomia pubblica che l'ente territoriale esercita in attuazione del programma di servizio pubblico, perciò è espressamente correlato dalla legge al potere di vigilanza (art. 32, comma II, lett. h, l. n. 142 del 1990).

La vigilanza è dunque denominazione che identifica il potere dell'ente territoriale nei confronti del concessionario che ha ad oggetto la verifica dell'osservanza da parte di quest'ultimo del programma di erogazione del servizio pubblico, nonché degli indirizzi (direttive) impartiti dall'ente a sua precisazione⁴⁴.

Controllo esterno, definito dai poteri di indirizzo e di vigilanza, nonché autonomia giuridica del terzo chiamato ad assumere la veste di concessionario appaiono disposizioni inscindibili di una unica realtà istituzionale, che la caratterizzano rispetto ad ogni altra forma di gestione del servizio pubblico locale, nel senso che in questa è precluso un controllo interno sul processo produttivo delle prestazioni di servizio pubblico.

La concessione a terzi si è delineata come controllo esterno sui risultati della produzione, poiché storicamente si afferma nel diritto positivo come forma di gestione dei servizi a carattere industriale⁴⁵, cioè di prestazioni indifferenziate di massa verso le quali istituzionalmente i poteri di controllo possono utilmente esplicarsi sulla qualità e quantità standard dei prodotti, secondo una delimitazione dell'ingerenza dell'ente territoriale che ha salvaguardato l'autonomia imprenditoriale del concessionario, che in autonomia esprime le decisioni relative al processo produttivo.

La struttura della concessione a terzi è dunque la forma giuridica che

⁴³ Cfr. G. PERICU, *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, cit., 1386.

⁴⁴ Al fine di una tutela dalle ingerenze dell'ente territoriale le modalità (procedimento) di esercizio del potere di vigilanza debbono essere oggetto dell'accordo tra amministrazione e concessionario (art. 265, comma I, n. 3, r.d. n. 1175 del 1931, cit.). Il mancato esercizio del potere di vigilanza può importare per gli organi competenti una responsabilità per i danni ad esso conseguenti ed in taluni casi (immissioni provenienti da discarica) si è giunti ad affermare una responsabilità *solidale* del concessionario con la pubblica amministrazione ove l'attività del primo, conforme alle modalità di erogazione del servizio indicate nell'atto di concessione, abbia causato un danno risarcibile: Cass. 10 dicembre, 1984, n. 6476.

⁴⁵ Cfr. la l. 29 marzo 1903, n. 103: «I Comuni possono valersi delle facoltà consentite dall'art 1 pei servizi che siano già affidati all'industria privata, quando dall'effettivo cominciamento ...» (art. 25); «I Comuni, che intendono concedere all'industria privata qualcuno dei servizi indicati all'art. 1 ...» (art. 27); rispettivamente artt. 24 e 26 del successivo r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

storicamente ha realizzato la separazione tra l'organizzazione della domanda di servizi ad opera dell'ente territoriale e la soddisfazione della stessa a mezzo di un terzo, ove l'essere terzo indica che i poteri di ingerenza dell'ente territoriale sono limitati a poteri di controllo esterno sull'attuazione del programma di servizio pubblico.

Nella struttura della forma di gestione della concessione si può affermare che il fine pubblico può essere conseguito dall'ente territoriale senza ingerire nella autonomia imprenditoriale del terzo che si esplica nelle decisioni relative al processo produttivo, ma unicamente con una verifica della conformità dei risultati al programma di gestione definito dall'amministrazione pubblica⁴⁶.

Iniziativa pubblica nella definizione della domanda di servizi⁴⁷, cioè indicazione nel programma delle prestazioni idonee a soddisfare i bisogni sociali della comunità di riferimento, di contro ad una produzione terza, cioè un'autonoma determinazione del processo produttivo che appare idoneo ad attuare il programma, con soluzione che non contempla un controllo interno, o partecipazione, dei rappresentanti dell'ente territoriale, alle decisioni che hanno ad oggetto il processo produttivo.

L'attribuzione al terzo della domanda di servizi che si rivolge alla pubblica amministrazione giustifica di per sé l'apposizione di speciali vincoli ed obblighi (poteri di indirizzo e vigilanza)⁴⁸ nell'esercizio di una attività che

⁴⁶ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi ...*, cit., 89, ove considera rilevante per la definizione di servizio pubblico i risultati della attività e non solo l'attività in quanto tale.

⁴⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata ed organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Cost.*, in *Pol. dir.*, 1992, 5, 17, 18, 26.

⁴⁸ Per il fondamento giuridico del potere di indirizzo e vigilanza per tutti si vedano: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 294, spec. 322 e s., 349 e s.; E. CASSETTA, *Vigilanza e tutela dello Stato sulle società concessionarie di pubblici servizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, 306, che nega il carattere eccezionale del potere di vigilanza; F. D'ALESSIO, *La concessione a privati della gestione di servizi pubblici*, in *Giur. it.*, 1917, I, 8, ove si anticipa ad inizio secolo il concetto di direttiva distinguendo tra istruzioni generali ed ingiunzioni; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 576; Corte di Appello di Firenze 7 aprile 1925, Zanboni c. Comune di Pisa, in *Riv. Amm.*, 1925, 657; Cass. civ., sez. I, 27 aprile 1979, 2436, in *Foro it.*, 1978, I, 1772; nonché con riferimento agli enti locali si vedano le disposizioni di cui all'art. 32, comma II, lett. h, l. n. 142 del 1990, cit. («gli indirizzi da osservare da parte ... degli enti ... sottoposti a vigilanza» dell'ente territoriale, fra i quali ultimi rientra da tempo il concessionario); del potere di potere di vigilanza ne accenna inoltre l'art. 265, n. 3, d.lg. n. 1175 del 1931, cit., ove si prevede quale oggetto necessario dei accordi la disciplina delle modalità di esercizio della vigilanza sul funzionamento del servizio; da ultimo in argomento Corte cost. 13 dicembre 1985, n. 337, in *Giur. cost.*, 1985, fasc. 12.

ai privati, in ogni altro caso, è riconosciuta secondo quella più ampia libertà accordata dall'ordinamento in via generale e astratta (nei limiti stabiliti dalla legge) a tutti gli operatori del settore⁴⁹.

Il concessionario deve conformare la propria attività ai risultati indicati dal programma, poiché non gli è dato di definire in autonomia la domanda di servizi che proviene dalla comunità, ancora prima nella qualità di concessionario non può, diversamente da ogni altro produttore, interpretare la soddisfazione dei bisogni sociali dei "consumatori" in modo difforme da quanto indicato dal programma dell'amministrazione pubblica.

L'indicata struttura della concessione di servizio pubblico preordinata a salvaguardare l'autonomia giuridica del concessionario nella definizione del processo produttivo pare trovare conferma anche con riferimento ai diritti di coloro che sono destinatari del servizio pubblico.

Alcune attività di produzione di servizi si distinguono da altre poiché vi è una scarsa possibilità per i creditori di "controllare" la qualità del prodotto offerto, con la conseguenza di rendere difficile una comparazione ed ancora più una concorrenza riconoscibile tra i produttori.

La questione involge ad esempio l'istruzione o alcune prestazioni dei servizi sanitari⁵⁰, quelle in cui è assente un carattere industriale⁵¹, ove la valutazione della qualità non è correttamente apprezzabile dai destinatari per la presenza di fenomeni che gli studi economici racchiudono talvolta sotto la denominazione di «asimmetrie informative»⁵².

L'impossibilità per gli "utenti" di verificare direttamente la qualità del

⁴⁹ Ai sensi e nei limiti indicati dall'art. 41, comma I e II, Cost., ma si veda *supra*, § 2 di questo capitolo, nonché il paragrafo di chiusura del presente lavoro.

⁵⁰ In tal senso E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1920, 332: «Non per tutti i servizi pubblici (...) è possibile ricorrere al sistema di gestione per concessione. Ciò è possibile soltanto nel caso dei servizi pubblici, nei quali concorrano i seguenti caratteri: a) che abbiano carattere economico (...). Non si ricorrerà mai alla gestione per concessione riguardo al servizio pubblico della pubblica istruzione, a quello della sanità pubblica, ecc.».

⁵¹ Sono a carattere industriale la gran parte delle attività dei laboratori di analisi, più in genere le prestazioni che si caratterizzano per la semplicità e la ripetitività dell'esecuzione.

⁵² T. MOE, *La nuova economia dell'organizzazione*, cit., 49 e s., spec. 59-60; per una interessante analisi critica delle strutture produttive non a fondamento contrattuale e patrimoniale si veda R. DORE, *Taking Japan Seriously. A Confucian Perspective on Leading Economic Issue*, London, The Athlone Press, 1987, trad. it., a cura di PIERLUIGI SACCO, *Bisogna prendere il Giappone sul serio. Saggio sulla varietà dei capitalismi*, Bologna, Il Mulino, 1990, 129, 215.

servizio si correlano ad eguale difficoltà per l'amministrazione di riconoscere nella concessione a terzi la forma idonea per la gestione di determinati servizi a carattere non industriale.

I caratteri strutturali della concessione di servizi pubblici non paiono tuttavia sempre incompatibili con l'attribuzione a terzi della gestione dei servizi sociali, anche se privi del carattere imprenditoriale, ogni qualvolta il coinvolgimento gestionale di organizzazioni terze, dell'autonomia giuridica ad esse riconosciuta, sia essenziale per la realizzazione di un determinato programma di servizio pubblico.

Vi sono prestazioni per le quali appare essenziale che l'erogazione sia affidata ad organizzazioni rappresentative di una determinata comunità sociale, poiché ciò che assume rilievo per i destinatari non è tanto la scienza o la tecnica di esecuzione, ma l'appartenenza alla comunità ove allignano e si sviluppano determinate abitudini, particolari sensibilità, o culture di riferimento.

Si pensi al tradizionale servizio di conforto religioso offerto nelle strutture sanitarie pubbliche, la cui generalizzazione a tutte le confessioni potrebbe divenire oggetto di una carta di servizi e richiamare l'attenzione delle analisi in materia; né si può escludere che analoghe ragioni di rispetto della persona e di aiuto alle terapie mediche possano richiedere eguale sollievo ad opera di associazioni etniche, o uffici consolari. In tali casi è evidente che l'erogazione delle prestazioni non potrebbe trovare congrua esecuzione se non utilizzando l'organizzazione delle relative comunità di appartenenza.

Se appare di interesse in una determinata comunità locale l'insegnamento, o il mantenimento, di determinate tradizioni culturali, appare probabile che l'eventuale indicazione di un programma di servizio pubblico non potrebbe trovare idonea attuazione se non attraverso il coinvolgimento delle organizzazioni sociali che assumono tali scopi come fine istituzionale.

La questione appare giuridicamente rilevante e di ordine generale ogni qualvolta un programma di servizio pubblico abbia ad oggetto la realizzazione di prestazioni la cui erogazione necessita dell'attuazione dei fini sociali (statutari) di un determinato tipo di organizzazione, con la conseguenza che la definizione delle prestazioni può rendere necessaria la forma della concessione di servizio pubblico.

In tali casi è essenziale all'ente pubblico assicurare l'erogazione del servizio garantendo l'autonomia giuridica di determinate organizzazioni, cioè utilizzando le autonomie che sono giuridicamente terze rispetto all'amministrazione pubblica titolare del servizio.

Bisogni della comunità, anche culturalmente divergenti, che l'ente territoriale può ritenere essenziale soddisfare per lo sviluppo civile economico e

sociale della comunità; a tal fine li assume come propri e ne determina un programma di erogazione che ne assicura la periodicità e la composizione degli interessi, infine ne affida l'esecuzione all'autonomia giuridica delle organizzazioni che per tali fini sono state istituite.

Sia nel caso dei servizi a carattere industriale, sia in quelli a carattere sociale non imprenditoriale, appare possibile concludere che la struttura giuridica della concessione a terzi si caratterizza per la necessità dell'amministrazione pubblica di fruire dell'esercizio dell'autonomia giuridica di un'organizzazione ad essa estranea per dare attuazione del programma di servizio pubblico, autonomia che l'amministrazione intende garantire come strumento giuridico necessario al raggiungimento dei propri fini.

Autonomia giuridica del terzo che pare dunque elemento essenziale della struttura giuridica della concessione di servizio pubblico, sia essa storicamente individuata nelle attività con carattere industriale che consentono all'ente pubblico di limitare i suoi controlli ai soli risultati della produzione, ovvero come riconoscimento della necessità del coinvolgimento delle organizzazioni sociali nella erogazione di determinati servizi alla comunità.

Autonomia istituzionale di un'organizzazione come ragione giuridica essenziale dell'atto di concessione che coinvolge il terzo nell'esercizio del servizio pubblico.

4. I presupposti della concessione di servizio pubblico locale: le ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale. I requisiti soggettivi del concessionario ed il programma di gestione come oggetto essenziale delle procedure di scelta dei concessionari

Verso i soggetti privati gli atti di autonomia di un ente territoriale di assunzione di un servizio pubblico e la determinazione del relativo programma di erogazione si sono storicamente manifestati e talvolta confusi con la concessione di servizio pubblico, perché la disciplina di quest'ultima era il paradigma più evidente dei poteri di indirizzo e di controllo ("gestione") dell'amministrazione sull'erogazione del servizio pubblico, per il riferimento alla sfera giuridica del terzo titolare di una "industria privata" (art. 26, r.d. n. 2578 del 1925, cit.).

È ormai noto invece che l'atto di assunzione dell'ente territoriale è determinazione di sintesi dei bisogni sociali della comunità di riferimento, che il programma è definizione dell'amministrazione pubblica delle prestazioni

idonee a raggiungere l'indicato fine, che entrambi si distinguono dall'atto di concessione come forma di gestione del servizio pubblico.

Si è detto che i poteri di indirizzo e di controllo sull'erogazione del servizio pubblico sono attribuiti dall'ordinamento all'ente territoriale con riferimento a tutte le forme di gestione anche se con modalità di esercizio ogni qualvolta coerenti con la struttura individuata⁵³, poteri di indirizzo e controllo che individuano le diverse possibilità di ingerenza dell'ente territoriale sulla produzione del servizio.

La legislazione previgente individuava l'ambito dei possibili concessionari nell'industria privata⁵⁴ segnando la radice storica della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte di comuni e province come "riscatto" dalle ragioni di dipendenza economica e tecnica in cui erano caduti gli enti locali sul finire del secolo scorso

La legge di riforma elimina ogni qualificazione che valga a caratterizzare la natura giuridica del concessionario come soggetto privato, né compare riferimento alcuno al carattere dell'attività come imprenditoriale, o commerciale, o industriale, dei soggetti chiamati ad erogare un servizio pubblico, ed in tal senso depongono i riferimenti alle diverse ragioni tecniche, economiche o di opportunità sociale che possono determinare la pubblica amministrazione a scegliere la forma della concessione a terzi.

Il concessionario che un tempo si riconosceva nell'industria privata, in forma individuale o societaria, può in forza delle nuove disposizioni di legge, che abrogano le precedenti con esse incompatibili, rivestire qualsiasi forma giuridica ammessa nel nostro ordinamento⁵⁵, sia essa pubblica o privata, con o senza personalità giuridica, con il solo limite dettato dalla disciplina statutaria e normativa che li riguarda

La disciplina legislativa in esame infatti non pone in via generale e astrat-

⁵³ Si veda il paragrafo precedente di questo capitolo. Per il rapporto con gli organi eletti ed i dirigenti v. d.lg. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 3, comma I; nonché l. n. 142 del 1990, cit., art. 51, comma II; per la determinazione degli indirizzi e l'esercizio della vigilanza si veda il precedente art. 23, comma VI, della stessa legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

⁵⁴ Art. 24 e 26, r.d. n. 2578 del 1925, cit.; art. 8, d.p.r. 4 ottobre 1986, n. 902.

⁵⁵ G. CAIA, *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, A. ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, p. 792. In ragione delle più recenti interpretazioni in materia di «capacità extraterritoriale delle aziende speciali», ovvero della possibilità per una «fondazione di svolgere attività commerciale», dovranno essere risolti i problemi relativi alla possibilità per tali enti di partecipare alla gara indetta da comuni e province per la gestione in concessione a terzi di un servizio pubblico; da ultimo: cfr. Cons di Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192 (ined.), per il caso della AMGA di Genova.

ta alcuna preclusione in punto, senza perciò negare i vincoli che nel caso concreto si possono di volta in volta determinare (vizio di eccesso di potere) sulle scelte dell'amministrazione che deve assicurare le forme giuridiche più adeguate a garantire l'erogazione quantitativa e qualitativa di un determinato servizio pubblico

La legge sull'ordinamento delle autonomie locali definisce gli enunciati che generalmente sono indicati come presupposti in forza dei quali comuni e province possono pervenire a gestire i servizi pubblici in concessione a terzi: l'amministrazione deve verificare nel caso concreto se «sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale»⁵⁶ tali da rendere preferibile rispetto ad altre la concessione, con indicazione di criteri legislativi utili all'operare del sindacato del vizio di eccesso di potere sulla scelta del tipo di organizzazione in ragione del programma di servizio cui si intende dare attuazione.

Le ragioni tecniche sono state da tempo quelle che più agevolmente hanno sorretto le scelte dell'amministrazione di attribuire la gestione del servizio pubblico in concessione a terzi⁵⁷, poiché pareva inevitabile ricorrere alla soluzione indicata ogni qual volta l'amministrazione fosse *carente della tecnologia necessaria* all'erogazione del servizio ed in tal senso la «facoltà di riscatto» poteva costituire un utile strumento giuridico per acquisire tecnologia dall'industria privata⁵⁸.

Come casi teorici le ragioni tecniche paiono mantenere un significato in presenza di diritti di terzi relativi alle opere dell'ingegno (d'autore, di brevetto, ecc.), cui si possono aggiungere quelli di monopolio legale riservati a soggetti diversi dai comuni e province titolari della competenza ad erogare il servizio pubblico, come lo Stato, le cooperative, altri enti pubblici (art. 43, Cost.), ove non possano o non vogliano legittimamente consentire ad altri l'esercizio dell'attività ad essi conferita in esclusiva.

L'indicazione può ritrovare considerazione con riferimento al coinvolgimento dei centri di ricerca universitari nella erogazione dei servizi pubblici, ovvero di questi unitamente ai centri di ricerca delle imprese all'uopo desti-

⁵⁶ Così l. n. 142 del 1990, cit., art. 22, comma III, lett. b.

⁵⁷ Singolare è notare che la stessa ragione pare avere indotto l'uso da parte della Cina imperiale delle concessioni a carattere coloniale: C.E. BALOSSINI, *Le concessioni in Cina*, Firenze, Sansoni, 1936; cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni ...*, cit., 557 e s.

⁵⁸ Si veda del r.d. n. 2578 del 1925, cit., l'art. 24, comma IV, relativo agli impianti; nonché il successivo comma I, relativo alla cessione dei contratti con i terzi e col personale ad detto al servizio.

nati, con soluzione che agevola una concentrazione e razionalizzazione di risorse e strutture che pare di notevole interesse per lo sviluppo di una comunità locale (distretti tecnologici).

Non mancano le anticipazioni⁵⁹ offerte dalle diverse discipline di settore, che ritornano nelle più recenti legislazioni in materia a favore dell'occupazione lavorativa, esigenze cui la struttura della concessione può corrispondere, offrendo con il suo carattere generale nuovi spazi di interesse per le autonomie locali.

Il secondo enunciato della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, che indica le ragioni economiche a presupposto della scelta della forma di gestione in esame possono essere intese sia come ipotesi di per sé idonea a sostenere la scelta della concessione a terzi del servizio pubblico, ovvero secondo un'accezione che pone tali ragioni economiche in una definizione complementare rispetto a quelle tecniche e di opportunità sociale.

Nella prima le ragioni economiche si affermano come alternative alle ragioni tecniche, anche se forse un tempo erano in tutt'uno ricomprese, ed appaiono riferite alla capacità produttiva complessiva di un imprenditore che include la sua organizzazione, cioè la sua potenza economica all'esercizio di una determinata attività.

L'indicata accezione si è diffusa come opinione sulla «povertà finanziaria» dell'ente pubblico, forse in considerazione delle ragioni di un tempo ove l'amministrazione, non potendo altrimenti (mutui o tasse) si risolveva a cedere ai terzi, che credeva disposti a sollevarla da un processo produttivo, l'unico bene di cui era titolare in materia: la domanda di servizio pubblico.

È ormai noto che già verso la fine-inizio secolo⁶⁰ l'amministrazione pubblica doveva comprendere suo malgrado che le difficoltà finanziarie della gestione di un servizio raramente riescono ad essere trasferite ai terzi, poiché gli imprenditori non sono disposti ad accollarsi pesi ed oneri senza ipotizzare un ragionevole utile. Superati gli afflitti ideologici, fu naturale ammettere che i costi non pervenuti ai destinatari "utenti" sotto forma di aumento delle tariffe, riemergevano come costi sociali di produzione, cioè ve-

⁵⁹ L'anticipazione più semplice e nota è stata nelle convenzioni del servizio sanitario con l'università per la conduzione dei reparti di degenza ospedaliera: l. 23 dicembre 1978 n. 833, art. 39; d.p.r. 11 luglio 1980 n. 382, art. 11, comma V, lett. c.

⁶⁰ Si vedano i lavori parlamentari della l. 29 marzo 1903, n. 103, pubblicati anche in *Collezione legislativa Anidel*, n. 1, Roma, Anidel, 1961, in particolare la tornata del 28 novembre 1902, del 6 febbraio e del 23 marzo 1903, in *Collezione cit.*, 215, 262, 233, 249, (ma anche 454), 253, 259, 481, 485, 613; cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981, 28, 40, 363.

nivano riattribuiti all'amministrazione di appartenenza come remunerazione degli «oneri di servizio pubblico».

Le discipline più recenti⁶¹, imponendo il criterio della «corrispondenza tra costi e ricavi» per la determinazione dell'ammontare delle tariffe dei servizi pubblici, paiono delimitare molto l'ambito interpretativo sopra delineato, aprendo piuttosto la definizione delle «ragioni economiche» ai tentativi dell'amministrazione di raggiungere con la concessione a terzi economie di scala che solo un bacino d'utenza più ampio di quello dell'ente territoriale può consentire.

Tale definizione delle «ragioni economiche» pone la forma della concessione a terzi in diretta alternativa a quelle di cooperazione fra enti pubblici per la gestione dei servizi: le convenzioni, i consorzi, le società per azioni, o a responsabilità limitata. In particolare quest'ultime possono consentire la soddisfazione di settori di mercato, anche non omogenei, ma che sono connessi (c.d. «sinergie pubblico-privato») con quello di cui è referente l'ente territoriale, come ad esempio nei rapporti tra enti locali, centri di ricerca ed imprese, per la gestione di alcuni servizi pubblici: dalla formazione professionale sino al trasporto urbano.

Ai motivi che sono più propriamente finanziari⁶² si affiancano da ultimo ragioni di promozione dello sviluppo economico della comunità locale, che la legge di riforma ha recepito come finalità della gestione dei servizi pubblici da parte di comuni e province. La condivisione di sinergie (fra pubblico e privato) e il coordinamento delle competenze (del settore pubblico) possono già superare l'ambito di definizione posto dai motivi finanziari e fare assurgere le ragioni economiche a veri e propri motivi di sviluppo economico della comunità di riferimento.

Il rapporto che si ritiene tradizionale tra servizi pubblici e operatori economici ha inteso il ruolo dell'ente territoriale come servente le scelte del-

⁶¹ Art. 12, comma IV e V, l. 23 dicembre 1992, n. 498; ma si veda anche della l. n. 142 del 1990, cit., l'art. 32, comma II, lett. g.

⁶² Ragioni finanziarie infine possono indurre l'ente territoriale a prescegliere la concessione a terzi per la possibilità di pervenire ad una cessione contestuale dei rapporti di lavoro dei dipendenti incardinati presso la struttura (ufficio, istituzione, azienda, società) deputata ad erogare il servizio pubblico, o di altri dipendenti posti in mobilità a seguito della verifica dei carichi di lavoro e di eventuali esuberanze, d.lg. 3 febbraio 1993, n. 29, artt. 31, 32, 63, comma III, 65. La forma in esame infatti non esclude che la cessione dei rapporti di lavoro indicati sia posta come elemento di favore per l'amministrazione nella scelta del concessionario, o assurga ancor più a requisito di ammissione per tutti i partecipanti alla gara.

l'imprenditoria privata (istruzione, acquedotti, energia, trasporti, edilizia popolare, ecc.), vuoi come complemento sociale delle esclusive mire di lucro dei privati (istruzione, edilizia popolare, ecc.), vuoi come complemento economico delineato da attività produttive che non sono di immediata redditività, ma indispensabili per la crescita e la vitalità di molte imprese (energia, trasporti, ecc.).

Era il tempo in cui gli addetti all'industria continuavano a crescere, in un rapporto che si affermava da più parti di simbiosi fra popolazione e imprenditoria privata. Le recenti crisi industriali paiono rivelare una rottura del rapporto sopra indicato, poiché lo sviluppo delle grandi imprese non contempla necessariamente i crescenti valori occupazionali di un tempo, impegnando molti nella ricerca di un'occasione di lavoro.

Interesse al lavoro che ridiventa bisogno sociale primario di una comunità locale, sicché è agevole rilevare che per gli enti territoriali «promuovere lo sviluppo economico» (art. 22, comma I) diventa fine di interesse pubblico da conseguire anche attraverso l'erogazione di servizi pubblici, intesa non solo nel senso tradizionale di attività di complemento dell'imprenditoria privata, ma anche come individuazione di nuovi spazi economici (selezione di una domanda) per le corrispondenti attività produttive (imprese)⁶³.

In tale ordine di idee la forma di gestione della concessione a terzi può essere un'utile strumento per «promuovere lo sviluppo economico» della comunità locale attraverso l'attribuzione al terzo della garanzia, per un certo tempo, di una determinata domanda di servizi, che può essere sufficiente a soddisfare i costi necessari ad avviare un processo produttivo.

Sono ipotesi in cui è l'amministrazione pubblica ad offrire le sinergie necessarie ad un terzo per iniziare un processo produttivo, ciò si verifica ogni qualvolta con la concessione a terzi della domanda di servizi l'amministrazione offre la base essenziale per lo sviluppo di piccole nuove intraprese in un determinato territorio. La concessione a terzi infatti non vincola giuridicamente il concessionario a produrre esclusivamente per l'ente territoriale di riferimen-

⁶³ Impresa è infatti quell'attività produttiva volta a soddisfare una domanda di beni o di servizi cui è preliminare un'attività di individuazione e di organizzazione di una domanda di beni e servizi che si ipotizzi sufficiente a coprire almeno i costi di produzione ad essi relativi. L'amministrazione diviene titolare di un servizio pubblico con l'atto di assunzione ad esso relativo, di cui determina il programma, le tariffe, le tasse, i corrispettivi e l'eventuale destinazione di parte dei proventi derivanti dalle entrate fiscali e dai trasferimenti erariali (l. n. 142 del 1990, cit. art. 54, rispettivamente comma VIII, comma IV e V), sicché si può affermare che così operando si compie quell'attività preliminare che è organizzazione della domanda di servizio rivolta alla pubblica amministrazione.

to, sicché l'impresa concessionaria può svilupparsi con la produzione utile a soddisfare altre domande di beni e di servizi, pur continuando a contare per un certo tempo sull'iniziale domanda organizzata dall'ente pubblico.

Nessuna norma impone ai concessionari di pubblici servizi di essere esclusivi, o essenzialmente dediti a tale compito (attività principale)⁶⁴, anzi in taluni casi (ragioni tecniche od economiche) può essere richiesto esattamente l'opposto, ove sia necessario che il concessionario svolga altre attività che gli permettano di mantenere quelle conoscenze (tecniche, economiche, ecc.) indispensabili a svolgere il servizio pubblico.

Le ragioni economiche da ultimo ricordate si avvicinano molto all'ultima definizione legislativa che ammette il ricorso di comuni e province alla gestione del servizio pubblico in concessione a terzi per ragioni di opportunità sociale, le quali possono infatti corrispondere ad un tempo all'iniziativa di una promozione dello «sviluppo economico e civile delle comunità locali».

Le ragioni di opportunità sociale possono invece assumere una propria autonoma rilevanza e configurarsi come alternative alle precedenti ragioni economiche. Vi rientra il caso in cui l'amministrazione ponga tra i requisiti soggettivi di ammissione per la scelta del concessionario che questi sia una organizzazione con determinati scopi statutari a carattere sociale, la cui autonomia giuridica è necessaria all'attuazione del programma di servizio pubblico, poiché le cooperative sociali, le associazioni di volontariato, talune fondazioni, possono essere ritenute istituzionalmente (statuto) necessarie a contribuire allo «sviluppo civile» (art. 22, comma I) della comunità locale⁶⁵.

Gli artt. 45 e 46 Cost., posti nel titolo III dedicato ai rapporti economici, stabiliscono rispettivamente che: «La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione ...», la «legge ne promuove e favorisce l'incremento ...» (art. 45, comma I), che «... la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende.» (art. 46). La normale indifferenza delle forme di gestione

⁶⁴ Anche se in taluni casi non si può escludere che ragioni di opportunità possano assumere rilevanza giuridica ove l'attività svolta dal concessionario a favore di altri possa configurare un conflitto (di interessi) con il rapporto di concessione, o delineare un'ipotesi di concorrenza vietata dalla legge a singoli amministratori (art. 2390 c.c.), o a seguito di cessione di azienda (art. 2557 c.c.), ovvero perché atti di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) o perché dedotti nel patto che accede alla concessione (art. 2596 c.c.).

⁶⁵ Pare invece che concorrano nuovamente ragioni sociali ed economiche ogni qualvolta l'amministrazione intenda favorire la crescita di nuove attività produttive, ovvero costituire un esodo alternativo alla mobilità dei propri dipendenti, giovando della legislazione più recente in materia di società cooperative.

di cui all'art. 22, comma III e della natura giuridica del concessionario potrebbe risultare meno rispettosa della fonte costituzionale ove si intenda, in conformità agli artt. 45 e 46 Cost. (v. l. 8 novembre 1991, n. 381, sulle cooperative sociali), favorire una soluzione che prescelga forme di gestione dei servizi che contemplino e non escludano l'attribuzione dell'erogazione di servizi pubblici alle cooperative di lavoro o di utenti⁶⁶.

Gli indicati presupposti definiti dalla legge sulle autonomie locali per la concessione a terzi possono costituire dunque criteri di scelta dell'organizzazione che deve assumere la qualità di esercente del servizio pubblico, poiché sono le ragioni per le quali l'amministrazione pubblica intende attribuire lo *status* di concessionario.

Discussa è l'applicazione della disciplina dei contratti dell'amministrazione comunale e provinciale anche a qualsiasi procedura di scelta di colore che a titolo oneroso entrano in rapporto di servizio con l'amministrazione pubblica⁶⁷. Si ritiene tuttavia comunemente che la scelta del concessio-

⁶⁶ In applicazione delle indicate disposizioni costituzionali l'art. 18, comma III, l. 31 gennaio 1992, n. 59, *Nuove norme in materia di società cooperative*, modificando l'art. 61, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, perviene ad estendere l'esenzione dalla disciplina delle *incompatibilità* stabilite per il *pubblico dipendente* («non può esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro» art. 60, d.p.r. n. 3 del 1957, cit.) a tutti i casi di partecipazione di questi a «*società cooperative*», abrogando la previgente delimitazione «fra impiegati dello Stato». La cooperativa concessionaria può infatti consentire un graduale inserimento dei dipendenti pubblici in attività imprenditoriali, secondo una scala di immissione nel mercato dei produttori che può giovare della compatibilità fra impiego pubblico e qualità di socio, della garanzia della domanda di pubblico servizio e dell'esigenza degli enti pubblici di dismettere forza lavoro unitamente alla scelta di utilizzare forme private di erogazione di servizi di cui hanno la titolarità («ragioni economiche» e «di opportunità sociale»).

⁶⁷ In tal senso per la disciplina previgente: Cons. di Stato, sez. V, 4 luglio 1969, n. 765, in *Cons. Stato*, 1969, I, 1209.; ma si veda ora l'art. 56, comma I, lett. c, nonché comma II, l. n. 142 del 1990, cit., che rinvia alle procedure previste dalla normativa comunitaria «recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano». La disciplina comunitaria in materia di concessioni di servizi pubblici diversi dai settori esclusi non è stata ancora emanata, ma in *G.U.C.E.* 25 settembre 1991, n. C 250/4, era stata pubblicata la *proposta* n. 91/C/250/05 che distingueva la disciplina degli appalti pubblici di servizi (art. 1, lett. a, vi) da quella relativa alle concessioni di servizi pubblici (art. 1, § I, lett. h) imponendo per quest'ultime l'osservanza delle norme di pubblicità indicate all'art. 16, § III (*l'intenzione* di procedere va manifestata con *bando* di gara), all'art. 17, § I (invio all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee di un *avviso sui risultati* della procedura di *aggiudicazione*) e § II (bandi e avvisi sui risultati sono pubblicati ai sensi del successivo art. 18) e all'art. 18 (rinvio agli art. 12, § VI e da § VIII a § XIII per pubblicazioni bandi e avvisi, ecc.) per servizi il cui valore fosse superiore a 200.000 ECU all'anno IVA esclusa. Le amministrazioni

nario sia disciplinata dalle disposizioni del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, t.u. delle leggi sulla finanza locale⁶⁸, anche se letteralmente la norma è limitata alle ipotesi di concessione all'industria privata, in conformità all'unica soluzione un tempo indicata come possibile.

L'art. 267 stabilisce infatti che le concessioni, con le quali gli enti locali attribuiscono all'industria privata i servizi indicati all'art. 1 del r.d. n. 2578 del 1925, debbono «di regola essere precedute da asta pubblica», ma «quando circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi lo consigliano» può essere seguita la procedura della licitazione o della trattativa privata, con conseguente dovere di motivazione ogni qualvolta l'amministrazione intenda seguire la procedura ristretta (licitazione), ovvero quella negoziale (trattativa privata) nella scelta del concessionario⁶⁹.

ni avrebbero potuto imporre al concessionario di affidare a terzi appalti pari al 30% del valore complessivo dei servizi oggetto della concessione, con possibilità per i candidati di aumentare tale quota, ovvero avrebbero potuto richiedere ai candidati di specificare nelle offerte la quota che essi eventualmente intendano affidare a terzi (art. 4, § II della proposta n. 91/69/CEE). Il concessionario che fosse esso stesso amministrazione (e art. 1, lett. b) si sarebbe dovuto conformare alle direttive comunitarie di settore (di servizi, di forniture e di lavori) per gli appalti affidati a terzi (e art. 4, § III), mentre per il caso opposto (e non fosse altresì ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 2 della Direttiva n. 90/531/CEE) agli stati membri era demandato il compito di assicurare quanto meno che l'affidamento di appalti a terzi (non così le imprese raggruppate per la concessione, ovvero fra esse collegate ai sensi dell'art. 1 *ter*, § IV della Direttiva n. 71/305/CEE, ora art. 3, Direttiva n. 93/37/CEE, 14 giugno 1993 del Consiglio, cioè l'impresa verso cui il concessionario può esercitare un'influenza dominante) fosse conforme alle norme di pubblicità previste dalle direttive stesse. La proposta indicata è divenuta la Direttiva del Consiglio n. 92/50/CEE dopo lo stralcio delle indicate norme sulla concessione di pubblico servizio, ma tuttora sono in corso iniziatrice volte a riproporre una disciplina comunitaria della materia

⁶⁸ Per l'illegittimità di una concessione del servizio di acquedotto senza procedura concorsuale e art. 267: Cons. di Stato, sez. I, 1 febbraio 1985, n. 130, in *Foro. it.*, 1987, III, 435; da ultimo: L.R. PERFETTI, *Oggetto pubblico ed evidenza pubblica nelle concessioni di servizi*, in *Servizi pubblici locali ...*, cit., 451 e s.; F. FRACCHIA, *La concessione di pubblico servizio*, cit.

⁶⁹ Non sempre si è sentito il bisogno di riferirsi alla legge sulla finanza locale, poiché l'amministrazione è soggetta a principi normativi comunque presenti nell'ordinamento (vizio di eccesso di potere) – vedasi nota *infra* – che più di recente sono stati in parte accolti dalla legge n. 241 del 1990, cit., come nell'art. 12 per il quale «l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone private o pubbliche» è subordinata «alla predeterminazione e alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi». La disposizione pare applicabile al caso in esame poiché si è detto che la concessione consente alla pubblica amministrazione di trasferire a terzi una domanda di servizio pubblico che è un bene suscettibile di valutazione economica di cui si avvantaggia il concessionario.

Dell'intenzione di disporre la concessione del servizio pubblico l'amministrazione deve sempre dare adeguata pubblicità volta a favorire una procedura concorsuale idonea a favorire una scelta imparziale, nonché a garantire la parità di trattamento tra i candidati⁷⁰.

Anche ove manchino norme di azione scritte sul procedimento di scelta del concessionario lo stesso è discrezionalmente definito dall'amministrazione in ragione delle caratteristiche del servizio, dando congrua motivazione della scelta così effettuata⁷¹, che deve risultare da un imparziale esame comparativo delle offerte⁷² con opzione per l'organizzazione che maggiormente risponda all'interesse pubblico⁷³.

⁷⁰ Cons. di Stato, sez. IV, 22 aprile 1989, n. 490, in *Cons. Stato*, 1989, I, 532; T.A.R. Lazio, Sez. I, 12 maggio 1987, n. 1023, in *Foro Amm.*, 1987, 2715; Cons. di Stato, sez. IV, 22 ottobre 1971, n. 749, in *Cons. Stato*, 1971, I, 1898. Nella licitazione privata il precedente concessionario deve sempre essere invitato: Cons. di Stato, sez. VI, 22 ottobre 1982, n. 496, in *Foro Amm.*, 1982, I, 1909; T.A.R. Lazio, Sez. Latina, 13 febbraio 1991, n. 54, in *T.A.R.*, 1991, I, 910; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 10 ottobre 1985, n. 418, in *T.A.R.*, 1985, I, 4139; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 18 dicembre 1987, n. 627, in *Foro Amm.*, 1988, 1767; poiché comunque deve essere considerata la sua posizione anche se la concessione sia scaduta e non sia possibile la proroga: Cass., sez. un., 8 ottobre 1977, n. 4297, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1266; Cons. di Stato, sez. VI, 21 novembre 1985, n. 413, in *Foro Amm.*, 1985, 2230; Cons. di Stato, sez. VI, 22 ottobre 1982, n. 496, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1277.

⁷¹ Art. 267, r.d. n. 1175 del 1931; Cass., sez. un., 21 aprile 1976, n. 1387; Cons. giust. Reg. sic., 28 ottobre 1966, n. 535, in *Cons. Stato*, 1966, I, 1900; T.A.R. Piemonte, sez. II, 5 ottobre 1989, n. 546, in *T.A.R.*, 1989, I, 4310; T.A.R. Molise, 22 maggio 1979, n. 55, in *T.A.R.*, 1979, 1576; T.A.R. Lazio, sez. III, 22 dicembre 1975, n. 512, in *Foro Amm.*, 1976, 160; Corte Conti, sez. contr., 22 luglio 1986, n. 1883, in *Foro it.*, 1987, III, 437 e purché risulti la logicità dei parametri di valutazione dei candidati: Cons. di Stato, sez. V, 28 ottobre 1966, n. 1305, in *Foro Amm.*, 1966, 1578; Cons. di Stato, sez. VI, 6 marzo 1963, n. 135, in *Cons. Stato*, 1963, I, 440; per criteri indicati in circolare: Cons. di Stato, sez. IV, 11 novembre 1975, n. 970, in *Cons. Stato*, 1975, 1197.

⁷² Cons. di Stato, sez. VI, 19 febbraio 1965, n. 106, cit.; Cons. di Stato, sez. IV, 23 dicembre 1971, n. 1047, in *Riv. Amm.*, 1972, 57, che ritiene illegittima l'aggiudicazione in forza del parametro della superiorità tecnico-finanziaria ove tutte le imprese siano state valutate idonee ad erogare il servizio, salvo il caso in cui tali requisiti tecnico finanziari consentano di affermare una migliore qualità e continuità nell'erogazione del servizio

⁷³ Salvo il caso di *concessioni precarie*, cioè destinate a fronteggiare situazioni di necessità e urgenza nei limiti in cui le stesse non tollerino aggravii di procedura. Non è necessario chiedere pareri a commissioni o organi tecnici: Cons. di Stato, sez. V, 20 novembre 1987, n. 719, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1070; per l'esame comparativo Cons. di Stato, sez. IV, 18 novembre 1964, n. 1352, in *Foro it.*, 1965, III, 105; Cons. giust. Reg. sic., 28 ottobre 1966, n. 535, cit.; Cons. di Stato, sez. V, 28 ottobre 1966, n. 1305, in *Foro Amm.*, 1966, 1578; Cons. di Stato, sez. VI, 31 ottobre 1972, n. 696, in *Cons. Stato*, 1972, I, 1830.

CAPITOLO IV

NEGOZI ED ELEMENTI ACCIDENTALI NEL RAPPORTO DI CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

SOMMARIO: 1. Gli elementi accidentali della concessione di servizio pubblico. In particolare le “concessioni” aventi ad oggetto beni o poteri dell’amministrazione pubblica. La “concessione” d’esercizio di attività sottoposte a monopolio pubblico. La “concessione” di costruzione e gestione di opera pubblica. – 2. I «contratti all’industria privata» come contratti che accedono alle concessioni. Concessioni contratto ed accordi sull’esercizio di poteri pubblici. Ricognizioni o “interpretazioni” estensive o limitative della gestione del servizio pubblico nei rapporti patrimoniali tra pubblica amministrazione e concessionario. Contratti patrimoniali che accedono alla concessione ed accordi esecutivi della disciplina del servizio pubblico. – 3. Efficacia *inter partes* dei patiti tra amministrazione e concessionario ed intangibilità dei diritti di credito dei destinatari. I rapporti tra provvedimento di concessione ed accordi tra causa e presupposti. I normali rimedi avverso la turbativa dell’equilibrio patrimoniale del rapporto di concessione. – 4. Il monopolio come carattere eccezionale della concessione. La disciplina sulla concorrenza nei servizi pubblici: organizzazione della domanda e scelta dei destinatari del servizio tra una pluralità di produttori.

1. *Gli elementi accidentali della concessione di servizio pubblico. In particolare le “concessioni” aventi ad oggetto beni o poteri dell’amministrazione pubblica. La “concessione” d’esercizio di attività sottoposte a monopolio pubblico. La “concessione” di costruzione e gestione di opera pubblica*

Sinora si è cercato di individuare gli elementi essenziali del rapporto giuridico di servizio pubblico instaurato dall’amministrazione con il programma di gestione, in ragione di esso si è tentato di ridefinire l’oggetto del pari essenziale della concessione di servizio pubblico. È parso di potere affermare che l’oggetto indefettibile della concessione del servizio pubblico sia la posizione economico-giuridica definita per il gestore dalle norme previste dall’ordinamento, generale o particolare della pubblica amministrazione, nonché dal programma di servizio pubblico che l’amministrazione ha

predisposto per i relativi destinatari, con la conseguenza che l'effetto giuridico della concessione si risolve nella costituzione in capo al terzo produttore della qualità giuridica correlata a tale posizione, cioè della qualità giuridica di concessionario di un determinato servizio pubblico.

Definizione della struttura essenziale della concessione che vede il terzo introdotto nella posizione di gestore del rapporto giuridico di servizio pubblico instaurato dalla pubblica amministrazione a favore di determinati destinatari.

Rapporto di servizio pubblico instaurato dal programma di gestione, la cui natura in sede teorica è riconducibile quanto meno a quella di atto amministrativo generale, che tuttavia non esclude che l'amministrazione pubblica ne disponga con regolamento, ove alla generalità degli enunciati del programma di servizio pubblico si voglia attribuire anche un carattere d'astrattezza¹, cui si aggiungono i casi in cui un programma o parti di esso siano l'oggetto di una disposizione di legge².

La definizione della struttura essenziale della concessione di servizio pubblico non esclude che all'indicato rapporto giuridico se ne aggiungano altri accessori, ovvero che lo stesso atto di concessione possa acquisire elementi accidentali, entrambi così denominati poiché trattasi di rapporti o elementi che nel rapporto giuridico di concessione possono mancare. Non si vuole negare che tali rapporti giuridici possano assumere, anche di frequente, grande importanza nella struttura della concessione di servizio pubblico, sino a delineare talvolta con prevalenza la volontà del terzo di divenire concessionario soprattutto per il contenuto di rilevanza economica che gli stessi normalmente assumono.

Tre diverse soluzioni possono essere adottate dall'amministrazione pubblica. Anzitutto tali determinazioni possono costituire oggetto di autonomi e distinti rapporti giuridici, ovvero l'amministrazione pubblica può ritenere preferibile affermare tali elementi come oggetto di un rapporto accessorio a quello principale, ogni qualvolta voglia indicare una correlazione giuridica

¹ Per il carattere regolamentare si veda il d.m. 8 maggio 1997, n. 197, *Regolamento di servizio concernente le norme e le condizioni di abbonamento al servizio telefonico*.

² Se trattasi di legge ordinaria occorre approfondire se il programma si configuri necessariamente come una norma, ovvero di una legge con il contenuto di atto generale, che si aggiunge alle ipotesi di leggi provvedimento. Sulla legge come atto generale si veda per tutti: A. PREDIERI, *Consiglio supremo di difesa e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Studi sulla Costituzione (in occasione del decennale)*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 236 e s.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 909 e s.

necessaria del primo rispetto al secondo. Infine si preferisce la definizione di elementi accidentali ove l'amministrazione pubblica ritenga di volere assumere una definizione unitaria del rapporto giuridico di concessione.

Scelte dell'amministrazione pubblica, non sempre disponibili in ragione delle diverse discipline di settore, cui conseguono diversi effetti che ne caratterizzano il rapporto giuridico: di indipendenza nel primo caso, di correlazione necessaria³ tra due rapporti giuridici nel secondo, di unicità del rapporto con il concessionario nel terzo.

Gli oggetti di tali rapporti ulteriori, o degli elementi accidentali di un unico rapporto giuridico, possono essere vari e di diversa natura giuridica, in ragione della complessità delle relazioni che ogni qualvolta l'amministrazione pubblica ha inteso definire con il concessionario.

Poco frequente è l'ipotesi di attribuzione al terzo di poteri, o facoltà, non coesenziali alla posizione giuridica di gestore del servizio pubblico, il cui esercizio non è imputato al terzo in ragione dell'effetto essenziale della concessione di servizio pubblico, in quanto non rientrano tra quelli che la legge attribuisce al gestore di servizio pubblico. L'ipotesi riporta alla generale configurazione di un esercizio privato di funzioni pubbliche⁴, che tradizionalmente ha richiamato l'attenzione dell'analisi anche con riferimento all'atto di concessione di servizio pubblico. Seppure non correlato ad un servizio pubblico il trasferimento ad un terzo dell'esercizio di poteri pubblici è fenomeno che tutt'ora si può trovare nelle concessioni aventi ad oggetto la riscossione di tributi comunali⁵.

Assume invece particolare importanza, per la frequenza con cui si connette all'istituto in esame, l'attribuzione al concessionario di beni di cui è titolare l'amministrazione pubblica che dispone dell'erogazione del servizio, ovvero di altre amministrazioni pubbliche.

³ Non importa ora se in relazione di dipendenza o di equiordinazione, a favore dell'ultima soluzione: M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative ...*, cit., 313.

⁴ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato di funzioni pubbliche ...*, cit.

⁵ Per l'affermazione di una concessione traslativa di poteri pubblici nel caso di servizio di riscossione tasse comunali di occupazione suolo pubblico: Cass., sez. un., 8 agosto 1990, n. 8058; limita l'effetto traslativo all'esercizio di poteri vincolati: Cass., sez. un., 5 febbraio 1988, n. 1207; a favore di una concessione contratto: Cass., sez. un., 20 marzo 1990, n. 2314; Cass. 11 dicembre 1978, n. 5831. La giurisprudenza tende a ricondurre l'ipotesi ad una concessione di servizi per affermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 5 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali. Per giurisprudenza anteriore: Cass., sez. I, 10 maggio 1946, Soc. Affissioni Torino c. Amministrazione delle Finanze, in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, 9.

Rientra in quest'ultima ipotesi la concessione del servizio di acqua potabile, oggi di gestione del ciclo completo della acque⁶, ove alla concessione di servizio pubblico si aggiunge quella del bene demaniale di acquedotto, della rete fognaria e relativi impianti di depurazione, nonché di captazione di acque sorgive demaniali.

La questione si ripropone ogni qualvolta un servizio pubblico comunale, o provinciale, necessita dell'uso di un bene demaniale che appartiene all'amministrazione statale, o regionale, ovvero rispettivamente alla provincia o al comune. All'atto di concessione di servizio pubblico si aggiunge in tali casi la concessione di un bene demaniale rilasciata da un'amministrazione diversa da quella titolare del servizio pubblico. Al contrario è normale vedere ricondotto ad uno stesso atto di concessione l'attribuzione dell'uso di un bene demaniale che appartiene alla stessa amministrazione titolare del servizio pubblico, di cui tale bene è strumento di produzione necessario.

La distinta competenza di due amministrazioni, l'una relativa al bene e l'altra al servizio pubblico, non ha posto soverchi problemi ove il rilascio della concessione d'uso del bene demaniale sia vincolato all'esercizio del servizio pubblico. Ad un consimile risultato si è pervenuti sotto il vigore della prima legge che ha disciplinato l'elettrificazione in Italia nel 1894, ma in forza di una costruzione che sopravanza la concessione e giunge ad estendere l'oggetto della servitù legale di elettrodotto anche all'uso del demanio stradale comunale⁷.

Oltre ai beni demaniali, cui si aggiungono quelli del patrimonio indispo-

⁶ L. 5 gennaio 1994, n. 36. Per l'affermazione di una doppia concessione: Cass. 10 marzo 1957, n. 489, in *Foro it.*, 1958, I, 1703.

⁷ Indicata dalla legge la competenza prefettizia in materia di servizi di erogazione di energia elettrica, si tentò di sottrarre i Comuni al vincolo inopinatamente contratto con i privati concessionari della illuminazione a gas, affermando per il demanio comunale una servitù *ex lege*. Per la costituzione coattiva cui il comune non poteva opporsi: Cass. Torino, 29 novembre 1901, Comune di Alba c. Ditta De Bartolomeis e Moreno, in *Foro it.*, 1902, I, 448; Cass. Firenze, 30 giugno 1902, Società elettrica Schuckert c. Società Lionese del Gas, in *Foro it.*, 1902, I, 1070; Corte di Appello di Lucca, 27 marzo 1903, Società Gas Firenze c. Schuckert e Società Toscana per le imprese elettriche e Comune di Firenze, in *Foro it.*, 1903, I, 1479; Cass. Torino, 22 maggio 1903, Soc. Anonima Albinese c. Comune di Desenzano, in *Riv. Amm.*, 1903, 829; Corte di Appello di Roma, 15 ottobre 1904, Reinacher c. Officine Torresi e Comune di Macerata, in *Giur. it.*, 1904, I, 2, 794; contrari alla impossibilità per il comune di opporsi: Cass. Torino, 8 giugno 1898, in *Foro it.*, 1900, I, 166; Corte di Appello di Torino, Debernardi c. Comune di Ivrea e Società Cooperativa di Consumo per la distribuzione della energia elettrica, in *Annali*, 1902, 97. A favore di una concessione vincolata *ex lege*: Corte di Appello di Firenze, 22 dicembre 1906, in *Foro it.*, 1907, I, 378.

nibile, può accadere che il concessionario riceva a vario titolo il godimento, o la proprietà di beni, che appartengono al patrimonio disponibile⁸. Senza trattare dell'ipotesi di una cessazione della qualità di patrimonio indisponibile di beni destinati al pubblico servizio ove gli stessi siano trasferiti in proprietà al concessionario⁹, l'amministrazione pubblica può sempre conferire al concessionario beni non destinati al pubblico servizio, il cui valore in proprietà, o godimento, può essere dato in compensazione dello svolgimento di oneri di servizio pubblico¹⁰.

A fronte dell'uso di beni pubblici come mezzi di produzione del servizio vi è la possibilità, meno frequente, che la stessa attività, materiale o immateriale, che consustanzia l'erogazione di un servizio pubblico sia sottoposta dalla legge ad un regime di monopolio, sicché al terzo esercente è "concesso" di svolgere un'attività che è normalmente preclusa, poiché non è giuridicamente consentita ai produttori che non abbiano la qualità di concessionario di quel determinato servizio pubblico.

La vicenda giuridica di esenzione da un "monopolio", il quale è posto dalla legge in via generale con preclusione per qualsiasi imprenditore, ovvero secondo altri l'ammissione ad una sfera giuridica riservata all'amministrazione, è stata tradizionalmente considerata come effetto naturale della concessione di servizio pubblico¹¹, senza distinguere le ipotesi in cui il potere di costituire in capo al terzo un'eccezione sia attribuita alla stessa amministrazione titolare di servizio pubblico, o alla competenza di altri enti individuati dalla legge.

Non si può dunque escludere che all'atto di individuazione del terzo produttore chiamato all'erogazione di un servizio pubblico si aggiunga il provvedimento dell'ente competente denominato "concessione" avente ad

⁸ Di interesse è Cass. civ., 10 marzo 1965, n. 395, in *Foro it.*, 1965, I, 1959, che giudica del caso di vendita di un bene del patrimonio disponibile di un ente pubblico che ha come motivo determinante del contratto un onere di destinazione a bagni pubblici.

⁹ Si confronti l'art. 830, comma II, c.c. e l'art. 4, l. 29 marzo 1995, n. 95.

¹⁰ Reciprocamente può essere stabilito che al cessare della concessione di servizio pubblico, o dopo un certo termine dall'inizio della stessa, alcuni beni in proprietà del concessionario siano trasferiti all'ente concedente a titolo di remunerazione della concessione; ma su ciò *infra*, § 2.

¹¹ Come è noto il «diritto attribuito al concessionario» ad esercitare il servizio pubblico è stato per lungo tempo fondato proprio sull'ipotesi di un monopolio pubblico, peraltro con prevalente riferimento al c.d. monopolio naturale costituito dal bene demaniale necessario alla erogazione del servizio. Se ne vedano i riferimenti posti nel capitolo precedente.

oggetto l'esenzione dal generale divieto di esercizio di una determinata attività economica sottoposta dalla legge al regime di monopolio legale¹².

È stato considerato effetto naturale della concessione di servizio pubblico l'attribuzione al destinatario esercente del compito di costruire l'opera pubblica necessaria all'erogazione, o all'ampliamento del servizio; solo più di recente, con l'affermazione della categoria della concessione di costruzione, ovvero di costruzione e gestione di opere pubbliche¹³, si è riaperta una questione che risale al secolo scorso.

Separatamente considerate la costruzione e la gestione di un'opera pubblica possono essere l'oggetto di un appalto di lavori, o di servizi, in ragione del prevalere dell'oggetto dedotto in contratto; l'attribuzione congiunta della costruzione e dello sfruttamento (gestione) dell'opera può essere configurata come una delle modalità di pagamento del "corrispettivo" al costruttore, ove l'utilizzazione dell'opera da parte degli "utenti" comporti il pagamento di una tariffa o di un prezzo.

Quando l'attività di sfruttamento dell'opera sia l'erogazione di un servizio l'amministrazione può decidere di ritenere conveniente attribuire al concessionario il complesso dell'operazione economica, ricollegando la "gestione" tecnica e finanziaria di costruzione dell'opera a quella di erogazione del servizio pubblico: in tal caso il prezzo della realizzazione dell'opera è compensato dai corrispettivi pagati dai destinatari delle prestazioni di servizio pubblico per tutta o parte la durata della concessione¹⁴.

¹² Seppure al di fuori della forma di gestione della concessione a terzi, l'ipotesi si è verificata per le aziende municipalizzate che erogano il servizio di produzione e fornitura al pubblico di energia elettrica che sono destinatarie di una concessione rilasciata dall'Enel: art. 21, l. 9 gennaio 1991, n. 9. Poi art. 15, l. 8 agosto 1992 n. 359, conversione *in legge con modificazioni del d.l. 11 luglio 1992, n. 333*, che ha operato la trasformazione dell'Enel in s.p.a. Per considerazioni sulle possibilità per gli enti locali di fruire della legislazione nazionale in materia: G. CAIA, *Legislazione sui servizi pubblici, attività energetiche e ordinamento delle autonomie locali*, in *Il diritto della Regione*, 1990, 541.

¹³ Per tutti da ultimo F. FRACCHIA, *La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Le concessioni di servizio pubblico*, cit.; M. PALLOTTINO, voce *Opere e lavori pubblici*, del *Digesto (Disc. pubbl.)*, Torino, Utet, 1995, 339; ma la questione era già stata sollevata da: F. PELLIZZER, *Concessione di servizio e concessione di costruzione nella gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, (1988) cit., 149 e s.; poi in *La concessione di opera pubblica*, Padova, Cedam, 1990, 338 e s.; alcuni spunti li si veda in: G. LEONE, *Modalità di assegnazione delle grandi opere pubbliche*, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1987, 1019 e s.; ID., *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1990, 31 e s.

¹⁴ Così la legge sui lavori pubblici, l. 11 febbraio 1994, n. 109, come modificata dalla l.

Si è ritenuto che ove il concessionario realizzi gli impianti per gestire i servizi pubblici non costruisce un'opera pubblica poiché, a differenza dell'appalto, il bene realizzato permane in sua proprietà¹⁵, salvo suo trasferimento all'amministrazione pubblica alla cessazione della concessione, ovvero anticipatamente nel caso di riscatto, ove l'indennizzo è posto a compensazione del valore dell'incompiuto ammortamento dell'opera già realizzata¹⁶.

In tutti i casi il problema, seppure diversamente ricostruito nelle configurazioni dei rapporti giuridici, è quello di garantire l'equilibrio patrimoniale dell'affare cui si era candidato il concessionario, non importa poi se definendo un unico rapporto giuridico, ovvero optando per elaborazioni giuridiche più complesse volte a collegarne più d'uno tra essi.

Esercizio di un servizio pubblico, unitamente alla costruzione e gestione di opera pubblica, sono una delle possibilità di congiunta utilizzazione di una pluralità di rapporti giuridici tra amministrazioni pubbliche e concessionari di servizi pubblici, sinora molto frequente, cui potranno tuttavia seguirne altre¹⁷ il cui carattere comune è dato dalla correlazione con le con-

2 giugno 1995, n. 216. In altri casi trattasi unicamente di gestione finanziaria dell'opera ove i requisiti soggettivi di un determinato tipo di "gestore" di servizio pubblico e quelli del costruttore di opere siano difficilmente riconducibili ad uno stesso mercato dei produttori, sicché il concessionario di servizi dà in appalto a terzi la realizzazione della costruzione e manutenzione degli impianti che sono strumentali alla realizzazione del servizio. Sono i casi, sempre più frequenti in cui ai concessionari è chiesta la ideazione e formulazione di un piano economico finanziario volto a compensare il costo dell'opera con i ricavi del servizio, dalla cui operazione complessiva gli operatori traggono il profitto sperato.

¹⁵ F.G. COCA, *La concessione ...*, cit., 37. In tal senso già Corte di Appello di Torino, 23 giugno 1910, Ministero delle Finanze c. Piatti e Biglia, in *Dir. comm.*, 1910, 178; Cass. del Regno 10 giugno 1935, Società Elettrica del Ponale c. Comune di Schio, in *Foro it.*, 1935, I, 1065, relativo ad un impianto idroelettrico per l'illuminazione pubblica, avente ad oggetto la sentenza della Corte di Appello Bologna, 6 aprile 1936, pubblicata in *Temi Emiliana*, 1936, 78.

¹⁶ La costruzione è di interesse poiché chiarisce che se gli impianti sono un'opera della pubblica amministrazione appare fondata una compensazione del valore della costruzione con i valori dei corrispettivi tratti dal servizio pubblico, diversamente se l'opera o gli impianti realizzati divengono di proprietà del privato concessionario l'amministrazione paga unicamente l'indennizzo nel caso di cessazione anticipata del servizio, perché il riscatto determina una interruzione dell'ammortamento degli impianti.

¹⁷ È all'esame del Parlamento un disegno di legge di integrazione della l. n. 109 del 1994, cit. che disciplina il *project financing*; da ultimo sul punto C. FRANCHINI, *La disciplina dell'alta velocità tra esigenze di garanzia e incertezze normative*, in *Dir. Amm.*, 1997, 411 e s. ed *ivi* i riferimenti alla nota 20; M. PALLOTTINO, *Sistemi e finanziamenti alternativi per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Riv. giur. edil.*, 1996, 3 e s. Altra soluzione che appare di recente suscitare interesse è l'emissione di buoni ordinari comunali o provinciali, finalizzati alla

cessioni in esame dell'attribuzione dell'uso, o dello sfruttamento, di beni della pubblica amministrazione, ovvero che (ad esclusione del contratto aleatorio)¹⁸ hanno ad oggetto la ridefinizione dell'equilibrio patrimoniale dei rapporti tra pubblica amministrazione e terzo candidato alla gestione di un servizio pubblico.

Al di là delle diverse soluzioni vi è una distinzione che appare di interesse: la pubblica amministrazione può infatti diversamente risolvere l'equilibrio patrimoniale sottostante alla erogazione del servizio pubblico con maggiore favore per i destinatari del servizio, ovvero per i concessionari produttori, ovvero per la fiscalità pubblica, ma ciò che qui assume rilievo è anzitutto la configurazione giuridica in cui è recepita l'indicata soluzione.

Occorre riconoscere se la definizione dell'equilibrio patrimoniale indicato sia o no parte del rapporto giuridico instaurato dalla pubblica amministrazione con i destinatari del servizio pubblico.

Il primo caso si verifica ogni qualvolta sia oggetto del programma di gestione del servizio pubblico anche la costruzione dell'opera e il relativo sfruttamento, nonché eventuali oneri accessori che sono così imposti al gestore.

Al contrario nel secondo ove tali definizioni non compaiono nel programma di servizio pubblico, ma costituiscono l'oggetto di un diverso rapporto che intercorre unicamente tra pubblica amministrazione e produttore esercente il pubblico servizio.

Un programma di servizio pubblico può prevedere che a partire da un certo anno il servizio sia esteso a determinate parti del territorio in cui mancano gli impianti, sicché il gestore che non vi provveda sarà inadempiente anzitutto verso i destinatari.

Si può inoltre ipotizzare che il programma di servizio pubblico preveda sovvenzioni della pubblica amministrazione a favore del gestore, secondo una definizione unitaria del relativo rapporto, con la conseguenza che in tal

realizzazione di una determinata opera pubblica: si veda d.m. 5 luglio 1996, n. 420, *Regolamento recante norme per l'emissione di titoli obbligazionari da parte degli enti locali*. Minore fortuna ha avuto invece sinora l'azionariato diffuso, previsto dal d.p.r. n. 533 del 1997 con riferimento alla gestione di servizi pubblici a mezzo di società per azioni, secondo una ipotesi che pare preferibile per i servizi pubblici, poiché oltre al diritto patrimoniale a percepire gli utili deliberati dall'assemblea, l'azionista è titolare di altri posizioni soggettive, come il diritto di voto in assemblea straordinaria e ordinaria, il diritto di consultare i libri sociali, di impugnare le deliberazioni contrarie alla legge, allo statuto o all'atto costitutivo, nonché di procedere ad esperire l'azione di responsabilità contro gli amministratori e sindaci.

¹⁸ Parrebbe un caso di contratto aleatorio quello deciso dalla Corte di Appello di Catania, 1 giugno 1903, Arrico c. Comune di Catania, in *Giur. Cat.*, 1903, 193.

caso l'equilibrio patrimoniale è assunto direttamente nello stesso rapporto giuridico di servizio pubblico.

Volendo seguire un'impostazione tradizionale¹⁹ si può anche affermare che in tal caso la concessione, costituendo in capo al terzo la qualità giuridica di concessionario che vale a distinguerlo dagli altri produttori, gli imputa anche l'onere di costruzione, dell'ampliamento, o dell'ammodernamento delle strutture necessarie all'erogazione del servizio e i relativi finanziamenti pubblici, poiché gli stessi sono previsti dal programma di servizio pubblico come obblighi dell'esercente. Da ciò il corollario che per effetto dell'atto di concessione l'inadempimento del programma, in questo come in ogni altro caso, può essere fatto valere contro il concessionario direttamente dai destinatari del servizio pubblico²⁰.

2. I «contratti all'industria privata» e gli accordi sull'esercizio di poteri pubblici. Riconizioni o "interpretazioni" della gestione del servizio pubblico nei rapporti patrimoniali tra pubblica amministrazione e concessionario. Contratti che accedono alla concessione ed accordi esecutivi della disciplina del servizio pubblico

Gli elementi non essenziali del rapporto di concessione di servizio pubblico possono essere dedotti come elementi accidentali di un unico rapporto giuridico trilatero tra pubblica amministrazione, destinatari del servizio pubblico e concessionari, ovvero divenire oggetto di un rapporto accessorio a quello principale di concessione, secondo strutture giuridiche che hanno una disciplina che non può dirsi eguale nelle due ipotesi, poiché gli effetti giuridici nell'una e nell'altra diversamente disegnano i rapporti tra le tre parti necessarie del rapporto di concessione.

La concessione di servizio pubblico come atto unilaterale dell'amministrazione pubblica, ovvero cui accede un contratto, non sono dunque interpretazioni alternative di un'unica soluzione offerta dal diritto positivo, ma

¹⁹ La costruzione degli oneri accessori della concessione come *modus*, il cui inadempimento può essere dall'amministrazione pubblica, si può trovare in F. D'ALESSIO, *La concessione a privati della gestione di servizi pubblici*, in *Giur. it.*, 1917, I, 1.

²⁰ Il concessionario a sua volta potrà, in mancanza del finanziamento pubblico promesso, sospendere l'opera in corso (art. 1460 c.c.), con effetto verso tutte le parti del rapporto giuridico, sia essa la pubblica amministrazione o gli "utenti".

si rivelano piuttosto discipline giuridiche differenti, che da tempo il nostro diritto positivo consente di affermare come strutture e rapporti giuridici alternativi dell'istituto in esame²¹.

Scelte possibili anzitutto per l'amministrazione pubblica la quale con l'una o l'altra soluzione si raffigura gli effetti di una diversa conformazione degli elementi non essenziali del rapporto di concessione ed in ragione di essi e del caso concreto opta per un unico rapporto giuridico con il terzo produttore ed i destinatari (elementi accidentali), ovvero separa taluni aspetti ulteriori che divengono oggetto di uno o più rapporti accessori a quello principale, ovvero sceglie di dedurli come rapporti giuridicamente indipendenti.

La seconda costruzione, che ha assunto la denominazione di «concessione contratto» è stata riconosciuta dalla giurisprudenza come la soluzione di cui si è avvalsa l'amministrazione pubblica in un determinato periodo storico²², la cui analisi è di interesse proprio perché consente di selezionare le peculiarità che la contraddistinguono rispetto alle altre, di cui è interessante rilevare la differente disciplina giuridica.

Si è detto che la concessione di servizio pubblico come atto unilaterale dell'amministrazione costituisce in capo al terzo produttore la qualità giuridica di concessionario, cioè quella posizione economico-giuridica di esercente definita dall'ordinamento e dal programma di gestione per un determinato servizio pubblico. Posizione economico giuridica che comprende situazioni attive e passive, vincoli e facoltà, cui conseguono vantaggi e svantaggi economici che sono peculiari a tale definizione.

La pubblica amministrazione può ritenere preferibile contrattare con il terzo produttore l'eventuale saldo attivo, o passivo, della indicata definizione di programma, deducendo i risultati della trattativa in una convenzione o contratto, che accede al rapporto principale, che perciò può essere detto bilaterale, perché intercorre tra amministrazione e terzo produttore.

La rilevata natura giuridica accessoria dei contratti stipulati dagli enti locali, cui la giurisprudenza ha da tempo voluto riferirsi²³, trova conforto nel-

²¹ Cenni in tal senso ci pare possano essere colti nell'analisi di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative* ..., cit., spec. 314-330.

²² Se ne veda riportata la vicenda storica in M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative* ..., cit., 175 e s.

²³ Così M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative* ..., cit., 190 e s., spec. 207, riconduce la svolta della elaborazione giurisprudenziale a: Cass. Roma 12 gennaio 1910, Soc. Docks vinicoli liguri c. Comune di Genova, in *Dir. comm.*, 1910, 248; Cass. Roma 9 febbraio

l'art. 265, r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, ove nell'indicare quanto deve essere oggetto di «disciplina convenzionale» tra pubblica amministrazione e «industria privata», non pare riferirsi all'oggetto principale della concessione, al contrario offre un dettagliato elenco degli oggetti di una regolamentazione che si vuole aggiunta, o che contorni il rapporto principale²⁴.

I contratti che gli enti locali stipulano con l'industria privata, oltre a definire l'eventuale obbligo del concessionario di costruire gli impianti necessari a estendere il servizio ad altre parti della popolazione²⁵, devono prevedere norme atte a disciplinare prestazioni che assumono un prevalente contenuto patrimoniale. L'art. 265, r.d. n. 1175 del 1931, cit. pare recepire quel-

1918, Giaccaglia c. Comune di Taranto, in *Foro it.*, 1918, I, 488, su cui concorda la ricostruzione di E. EULA, *Le concessioni amministrative bilaterali nella giurisprudenza del supremo Collegio*, in *Foro it.*, 1933, I, 1150. Nell'ultima cassazione citata si può leggere «Nella specie della concessione di esercizio di un servizio pubblico la quale contiene quale elemento integratore un rapporto di diritto privato, l'esistenza di questo concorre a determinare le condizioni di legittimità della revocazione, la quale non sarebbe legittima qualora si traducesse in arbitraria lesione del diritto del concessionario», il *decisum* ha ad oggetto tuttavia una "revoca" per inadempimento del concessionario. Ancora nella sentenza citata: «trattandosi di un rapporto complesso e misto, di diritto pubblico e privato» (col. 494), solo più tardi si consolida la locuzione concessione-contratto che sostituisce quella di concessione bilaterale e i due menzionati rapporti di diritto pubblico e di diritto privato sono ricondotti l'uno alla concessione l'altro al contratto accessorio, in tal senso si consultino: Cass. del Regno 31 gennaio 1935, Comune di Genova, c. Ministero delle Finanze, in *Giust. trib.*, 1935, 616; Cass., sez. un., 27 febbraio 1942, n. 580, in *Foro it.*, 1942, I, 428, con distaccata, ma compiaciuta, nota adesiva di U. FORTI che richiama come precedente Cass., sez. un., 17 febbraio 1939, n. 557, in *Foro it.*, 1939, I, 538; nonché Cass. 24 maggio 1948, n. 785, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1948, 144.

²⁴ R.d. 11 settembre 1931, n. 1175, art. 265: «I contratti con i quali gli enti locali concedono all'industria privata, secondo il disposto dell'art. 26, l. 15 ottobre 1925, n. 2578, (t.u.), i servizi indicati dall'art. 1 della legge stessa, oltre che l'esercizio della facoltà del riscatto, devono stabilire norme intese a disciplinare: 1° la regolare manutenzione degli impianti per l'intero periodo della concessione; 2° la rigorosa osservanza delle tariffe, per le prestazioni da fare al comune, alla provincia ed ai privati; 3° la vigilanza sul funzionamento del servizio; 4° il canone dovuto per la concessione, ovvero la partecipazione del comune o della provincia agli utili dell'impresa; 5° i corrispettivi dovuti dal concessionario per gli immobili e gli impianti eventualmente ceduti dall'amministrazione; 6° le modalità per il trasferimento al comune o alla provincia, alla scadenza del contratto, degli immobili e degli impianti, anche se di pertinenza del concessionario; 7° le penalità per l'inosservanza degli obblighi contrattuali; 8° i casi di decadenza e le modalità per la definizione delle relative controversie».

²⁵ Si veda il § precedente di questo capitolo.

l'indirizzo tradizionale che vedeva nell'oggetto principale della concessione un bene *extra commercium*²⁶, sicché ogni questione ulteriore poteva e doveva divenire oggetto di un diverso rapporto di natura contrattuale, distinto, ma al tempo stesso accessorio all'atto unilaterale di concessione.

L'obbligo del concessionario di una regolare manutenzione degli impianti diviene oggetto del contratto accessorio e si distingue dall'obbligo di erogare il servizio pubblico ai destinatari, ove lo si veda come affermazione della rilevanza giuridica di una costante preservazione nel tempo del valore economico dei beni stessi (anche in vista di un eventuale riscatto), che appare correlato all'obbligo di restituzione alla scadenza degli immobili e degli impianti d'esercizio anche se di «pertinenza» del concessionario.

L'obbligo del concessionario di pagare i corrispettivi per gli immobili o gli impianti eventualmente ceduti dall'amministrazione si completa con la previsione della facoltà di riscatto da parte della amministrazione, nonché con la predeterminazione del relativo indennizzo, secondo valori più favorevoli all'amministrazione di quelli definiti *ex lege*.

La individuazione del canone di concessione è corrispettivo del valore della domanda economica definita dal programma di servizio pubblico, che può trovare definizione alternativa nella cointeressenza del comune, o della provincia, agli utili dell'impresa concessionaria.

Le recenti evoluzioni della disciplina europea in materia di servizi paiono richiedere una ricognizione separata degli oneri di servizio pubblico, con definizione dei conseguenti costi sociali (sovvenzioni, aiuti) che gravano sull'amministrazione pubblica, per valori che possono essere ricompresi in compensazione al valore del canone di concessione²⁷.

L'autonoma valutazione dei costi sociali in ragione dei relativi oneri di servizio pubblico si è affermata come tecnica giuridica di delimitazione delle ragioni che consentono l'erogazione di aiuti finanziari alle imprese anche in materia di servizi pubblici (artt. 90, e 92 Trattato)²⁸, la relativa deduzione in contratto ridefinisce nei rapporti tra le parti il finanziamento pubbli-

²⁶ Si veda per riferimenti nota 34 *infra*.

²⁷ Per una individuazione nel contratto accessorio di obblighi dell'amministrazione aventi ad oggetto la corresponsione di un contributo in danaro al concessionario: A. ROMANO, *In tema di concessioni-contratto*, in *Foro Amm.*, 1958, I, 2, 333.

²⁸ Se ne veda l'analisi in G.M. RACCA, *Atti del convegno di S. Margherita Ligure*, 26 e 27 marzo 1993, cit. ove si rileva che occorre distinguere le prestazioni di servizio in perdita (oneri) dalle principali che debbono essere poste in gara separatamente es. servizio postale non remunerativo su cui si veda Corte di Giustizia CE, 19 maggio 1993, C 320/91, Corbeau, in *Raccolta*, 1993, I, 2533.

co come corrispettivo dell'onere, come aiuto compatibile con la disciplina comunitaria e nazionale in materia di concorrenza²⁹.

La disposizione legislativa prevede per i contratti in esame gli oggetti tradizionalmente posti a chiusura delle stipulazioni contrattuali: la definizione delle penalità per l'inosservanza degli obblighi contrattuali, i casi di decadenza e le modalità per la definizione delle relative controversie.

L'art. 265, cit., richiede infine che i contratti stabiliscano norme atte a disciplinare la vigilanza sul funzionamento del servizio (n. 3) e la rigorosa osservanza delle tariffe per le prestazioni da fare al comune, alla provincia ed ai privati (n. 2), con previsione di cui si intuisce la rilevanza patrimoniale, ma che letteralmente parrebbero avere ad oggetto l'esercizio di poteri che appaiono coesenziali all'oggetto principale della concessione³⁰.

Una possibile lettura della rilevanza patrimoniale degli indicati oggetti può essere ritrovata nel carattere proprio di ogni contratto le cui statuizioni trovano quasi sempre in premessa la ricognizione convenzionale dei preesistenti rapporti giuridici, degli aspetti in base ai quali le parti procedono alla stipulazione.

La ricognizione è normale non solo nei casi in cui le parti procedono ad una novazione, sostituendo con una nuova disciplina contrattuale quella preesistente avente ad oggetto gli stessi rapporti, ma anche ove abbiano interesse ad una stipulazione che presupponga il permanere di un precedente assetto di rapporti giuridici, anche di quelli che eventualmente non siano nella disponibilità dei contraenti, sicché la ricognizione è elemento essenziale e concorre a definire la ragione giuridica della stipulazione contrattuale³¹.

²⁹ Da cui l'applicazione della relativa disciplina giuridica: come l'eccezione di inadempimento contrattuale, la riduzione ad equità conseguente ad una evoluzione del rapporto a contenuto patrimoniale di minore aggravio per il concessionario, e così via, ma su ciò *infra* il paragrafo seguente.

³⁰ Cui si potrebbero aggiungere la definizione dei casi di decadenza ove la stessa sia posta dall'amministrazione pubblica come individuazione delle ipotesi in cui l'inadempimento del programma valga risoluzione di diritto del rapporto, cioè predeterminazione dei casi in cui non vi sia più interesse alla prosecuzione. La disciplina del riscatto può essere intesa come accordo e art. 11, l. n. 241 del 1990, cit., ove si ritenga che il primo sia esercizio di un potere pubblico.

³¹ Sulla presupposizione si vedano: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 6^a ed., Milano, E.S.I., 1996, 880 s.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Tomo I, Padova, Cedam, 1993, 482 s.; Cass. 21 luglio 1980, n. 4775, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 91 s.; Cass., 2 gennaio 1986, n. 20, in *Arch. giur.*, 1986, 279 s. La rilevanza della presupposizione viene

Può essere importante che alcune prescrizioni, in particolare le prime tre indicate dall'art. 265, r.d. n. 1175 del 1931, relative alla regolare manutenzione degli impianti, alla rigorosa osservanza delle tariffe, nonché alla vigilanza sul funzionamento del servizio pubblico, siano oggetto di una ricognizione convenzionale tra amministrazione e terzo produttore, al fine di delimitare il significato giuridico degli enunciati del programma di servizio pubblico, in ragione del rilievo che assumono nella definizione dell'assetto patrimoniale degli interessi.

L'equilibrio patrimoniale può essere raggiunto e mantenuto fermo restando il permanere dei presupposti (trasferimento della domanda, oneri di servizio pubblico, obblighi di manutenzione degli impianti, ecc.) che le parti riconoscono esistenti al tempo della stipulazione contrattuale.

Pubblica amministrazione e concessionario per pervenire alla definizione del rispettivo rapporto patrimoniale possono infatti avere interesse a specificare gli enunciati del programma di gestione, precisando i limiti dell'obbligo della regolare manutenzione degli impianti, della rigorosa osservanza delle tariffe del servizio pubblico, nonché cadenze e modalità della vigilanza sull'affidamento del servizio in guisa tale da non intralciare l'esercizio dell'impresa, offrendo interpretazioni (estensive o limitative) della definizioni contenute nel programma stesso.

Interpretazioni convenzionali che delimitano per l'amministrazione o per il concessionario il peso dei rispettivi impegni patrimoniali inerenti all'esecuzione del programma di servizio pubblico; convenzione che dunque può avere ad oggetto l'esercizio del servizio pubblico attribuito dalla concessione al terzo produttore, sino ad includere la definizione della posizione giuridica del concessionario nei confronti dei destinatari, poiché dalla stessa diparte ed in ragione di essa il "contratto" definisce l'assetto dei rapporti patrimoniali con l'amministrazione pubblica.

Il confine tra ricognizione e interpretazione della posizione giuridica del concessionario appare labile, anche se ad essa può essere ricondotta la questione, tutt'ora irrisolta, della definizione della natura giuridica dell'atto con cui l'amministrazione pubblica e il concessionario procedono alla definizio-

ricollegata all'art. 1467 c.c., considerandosi tale norma espressione della generale clausola *rebus sic stantibus*, cui sarebbe subordinato ogni regolamento contrattuale; il venire meno del fatto presupposto comporterebbe una distribuzione del rischio contrattuale difforme da quella prevista e voluta dalle parti e, conseguentemente, la possibilità di risolvere il rapporto per difetto funzionale della causa. Per la teoria "soggettiva" della presupposizione come condizione non svolta o implicita, si veda invece: WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, 1, 394 ss.

ne consensuale dell'assetto patrimoniale del rapporto giuridico instaurato dalla concessione anzitutto verso i destinatari del servizio pubblico.

La locuzione «concessione contratto» in luogo di quella di «contratto di concessione», che da tempo la giurisprudenza utilizza³² per indicare la struttura di una concessione unilaterale cui accede il successivo contratto, al pari di altre usate dal legislatore («contratti», «accordi» o «convenzioni»³³), se non impegnano l'analisi teorica, si deve pur tuttavia riconoscere che ove assunte in questa sede non possono non riaprire la questione dei limiti giuridici dell'oggetto dei contratti (art. 1346 c.c.), della liceità (1418 c.c.) ed ancora prima del carattere delle prestazioni che sono oggetto dell'obbligazione (art. 1174 c.c.), rispetto a quelle che possono divenire oggetto di accordi o convenzioni di diritto pubblico.

Non pare di ostacolo alla locuzione giurisprudenziale di «concessione contratto» la ricognizione convenzionale della posizione giuridica del concessionario definita dall'atto di concessione *per relationem* alla disciplina posta dall'ordinamento e dal programma per quel servizio pubblico, in ragione della quale la pubblica amministrazione e il concessionario procedono convenzionalmente a darne un assetto patrimoniale in equilibrio.

Al contrario, ogni qualvolta le parti intendano convenzionalmente spingere la trattativa sino ad involgere l'«interpretazione» (*rectius*: l'esecuzione) dell'oggetto della concessione, pare ritornare di interesse il monito, da cui è derivata la giurisprudenza della «concessione contratto», secondo il quale

³² Per i servizi pubblici di comuni e province oltre alla giurisprudenza citata da M. D'ALBERTI, *Le concessioni* ..., cit., 175 e s.; più di recente: Cass., sez. un., 4 luglio 1989, n. 3203, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2293. La nozione di concessione contratto è stata utilizzata soprattutto con riferimento alle convenzioni stipulate dalle unità sanitarie locali con imprese di gestione di laboratori di analisi, per affermare il riparto di giurisdizione e art. 5, legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali: Cass., sez. un., 24 novembre 1994, n. 9969; Cass., sez. un., 21 febbraio 1987, n. 1869; Cass., sez. un., 21 maggio 1992 n. 6132, in *Foro it.*, 1992, I, 2670; Cass., sez. un., 28 aprile 1989, n. 2027; Cass., sez. un., 28 aprile 1989, n. 2025; Cass., sez. un., 21 febbraio 1987, n. 1869, (ined. ma in *Juris data, Sent. compl. Cass. civ.*, 1997); Cass., sez. un., 21 febbraio 1987, n. 1870, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1430; affermano che tali convenzioni configurano rapporti pubblicistici qualificabili concessioni amministrative di pubblico servizio: Cass., sez. un., 17 novembre 1994, n. 9747; Cass., sez. un., 15 marzo 1993, n. 3053; Cass. sez. un., 9 luglio 1992, n. 8392; Cass., sez. un., 21 maggio 1992, n. 6132; Cass., sez. un., 28 giugno 1991, n. 159; Cass., sez. un., 8 gennaio 1991, n. 64, in *Foro it.*, 1991, I, 454.

³³ L. 23 dicembre 1978, n. 833, *Legge di riforma sanitaria*, art. 44 (succ. mod.); l. 11 agosto 1991, n. 266, *Legge quadro sul volontariato*, art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi*, art. 11.

un bene *extra commercium* non può divenire oggetto di un contratto disciplinato dal diritto privato³⁴.

La pretesa di procedere ad una interpretazione della posizione giuridica del concessionario involge inevitabilmente la disciplina di diritto pubblico che ad essa si riferisce, sicché «la pattuizione che intercorra tra pubblica amministrazione concedente e concessionario, o aspirante tale, (...) pare doversi presentare con caratteri pubblicistici», con preferenza per altra e diversa configurazione giuridica che induce a «sostituire il termine accordo a quello di contratto»³⁵.

Contratto che accede alla concessione, ovvero accordo esecutivo del relativo provvedimento³⁶, possono dunque non risultare in sede teorica mere questioni terminologiche, ma denominazioni di discipline che definiscono gli oggetti possibili del patto, nell'una o nell'altra costruzione giuridica.

La scelta della costruzione contrattuale limita dunque l'oggetto lecito della pattuizione, poiché trova un limite nella disciplina del servizio pubblico che può unicamente riconoscere, sicché in ragione di essa le parti procedono alla stipulazione del contratto, cioè pubblica amministrazione e concessionario, recepitata la definizione del (principale) rapporto di servizio pubblico instaurato verso i destinatari, procedono all'individuazione del relativo equilibrio patrimoniale.

³⁴ A favore della definizione dell'oggetto della concessione come bene *fuori commercio*: Cass. Torino, 9 maggio 1879, Groppello c. Comune di Viguzzolo, in *La legge*, 1883, II, 301; Tribunale di Salerno, 16 luglio 1880, Comune di Salerno c. Buchy e D'Andrea, in *Gazz. proc.*, V, 356; Cons. di Stato, Ad. plen., 14 giugno 1930, Soc. Anonima Terme stabiane c. Comune di Castellamare di Stabia c. Ministero dell'Interno, in *Foro it.*, 1930, III, 149, tesi che è parsa riassorbita dalla successiva costruzione della concessione contratto. F. CAMMEO, in nota a Cass. Torino 10 febbraio 1894, De Thierry c. Comune di Intra, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 2, 505; ID., *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 1, 172, ove afferma che i contratti privi di oggetto lecito sono nulli; ID., *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, LIV, 1895, 196 e s.; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 2ª ed., Roma, Athenaeum, 1920, vol. I, 368, 195.

³⁵ A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., 519.

³⁶ A. ROMANO, *op. cit.*, 520; nega la nozione di contratto ad oggetto pubblico per affermare quella di accordo avente ad oggetto l'esecuzione della legge: Cass., sez. II, 9 febbraio 1925, Provincia di Lecce c. Ministero Istruzione Pubblica e Convitto Nazionale di Lecce (ente pubblico), in *Foro it.*, 1926, I, 3; per il contratto o convenzione "attuativa" avente ad oggetto contenuti essenzialmente patrimoniali: Cass., sez. un., 20 marzo 1990, n. 2314; Cass., sez. un., 4 luglio 1989, n. 3203; Cass. 11 dicembre 1978, n. 5831. Per il diritto privato: SALV. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato. Appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 631, e ora in *Scritti minori*, 1980, II, 677.

Al contrario si è detto che l'equilibrio patrimoniale può essere definito dal programma di gestione del servizio pubblico locale, sia nell'ipotesi in cui i proventi derivanti dalla domanda ripaghino o sopravanzino i costi di produzione del servizio, sia ove gli indicati elementi accidentali siano dedotti direttamente nel programma di gestione del servizio pubblico³⁷.

Elementi *accidentali* che così dedotti possono contribuire a definire in un unico rapporto giuridico trilatero anche l'equilibrio patrimoniale tra pubblica amministrazione, destinatari del servizio pubblico e terzo produttore.

Equilibrio patrimoniale unitario che trova causa nel provvedimento di concessione e che perciò non è scindibile all'occorrenza tra pubblica amministrazione e concessionario, ovvero tra quest'ultimo e destinatari del servizio pubblico, poiché un unico fondamento inevitabilmente impone un'interpretazione unitaria del relativo rapporto giuridico.

3. *Efficacia inter partes dei patti tra amministrazione e concessionario ed intangibilità dei diritti di credito dei destinatari. I rapporti tra provvedimento di concessione ed accordi tra causa e presupposti. I normali rimedi avverso la turbativa dell'equilibrio patrimoniale del rapporto di concessione*

Nel procedimento di scelta del concessionario l'offerta dei candidati si configura normalmente come una proposta di disciplina convenzionale avente ad oggetto l'assetto del rapporto patrimoniale tra amministrazione pubblica e concessionario, in ragione ed in qualità di titolo ricognitivo (contratto), ovvero esecutivo (accordi, convenzioni) della posizione giuridica del concessionario, così come è stata definita dall'ordinamento e dal programma di gestione per l'esercente di quel servizio pubblico.

Esattamente la giurisprudenza ha ritenuto che la stipulazione degli indicati patti si fondi sulla concessione, poiché alla posizione giuridica costituita dal provvedimento di concessione la stessa si riferisce.

La costruzione lega i patti alla posizione giuridica del concessionario di pubblico servizio, cioè anzitutto alla relazione giuridica tra esercente e destinatari del pubblico servizio; diparte dalla stessa poiché non la costituisce,

³⁷ Separando come si è detto la parte del servizio remunerativo da quella che importa costi sociali (in perdita) con gara che distingue il corrispettivo dall'"aiuto" e art. 92 Trattato CEE.

con la conseguenza che si è normalmente pervenuti a ritenere che la concessione è atto che logicamente precede e non segue la conclusione del contratto³⁸ (perciò sono definiti patti che accedono al provvedimento di concessione).

La questione non riesce tuttavia ad essere rettamente intesa ove sia mantenuta nella sua comune presentazione di problema logico, o di sequenza temporale, poiché occorre riconoscere che la stessa involge anzitutto l'essenza giuridica dei rapporti tra provvedimento di concessione e contratti che vi accedono, più precisamente tra i rapporti giuridici che dal primo scaturiscono e quelli demandati alla disciplina pattizia dei secondi.

La semplice presentazione logica o temporale oscura la vicenda giuridica che appare principale nei rapporti tra provvedimento di concessione e contratto che di questi è l'accessorio. La costituzione in capo al terzo produttore della qualità giuridica di concessionario, vale definizione di esercente di quel servizio pubblico, cui sono imputate tutte le relative posizioni attive e passive definite dall'ordinamento e dal programma di gestione per quel determinato servizio pubblico: anzitutto l'obbligazione di erogare il servizio pubblico ai destinatari definiti dal programma stesso, destinatari che si è visti perciò titolari di un diritto di credito ad ottenere dall'esercente le prestazioni.

Superata l'opinione più diffusa che, rivolgendo all'amministrazione pubblica l'obbligo del concessionario di erogare il servizio, imputa a questa la posizione di creditore, è stato agevole riaprire l'analisi sul titolare del diritto di credito, che è parso naturale individuare nei destinatari del servizio pubblico³⁹.

Il diritto di credito dei destinatari ad ottenere il pagamento delle prestazioni di servizio pubblico definite dal programma di gestione si afferma verso il terzo produttore per effetto della scelta dell'esercente, cioè del provvedimento di concessione che costituisce in capo a questi la posizione giuridica di concessionario di quel pubblico servizio, con effetto che è stato detto trilatero, cioè che involge al tempo stesso la pubblica amministrazione titolare, i destinatari titolari del diritto di credito alle prestazioni di servizio pubblico, il terzo produttore che assume il correlato obbligo di erogazione.

Rapporto giuridico così definito dall'atto di concessione soprattutto con

³⁸ Se ne veda la vicenda in relazione alla prassi contrattuale in M. D'ALBERTI, *Le concessioni* ..., 301 e s., spec. 307-313.

³⁹ Naturale conseguenza della accettazione della nozione di servizio pubblico fondata sul programma, ma si veda *supra*, cap. III.

effetto verso i destinatari, che conclude la definizione essenziale del rapporto giuridico di servizio pubblico instaurato dall'amministrazione con il terzo produttore; provvedimento amministrativo al quale accedono, nella versione della concessione contratto che è risultata prevalente, i patti volti a regolare l'eventuale disequilibrio patrimoniale di tale rapporto.

Patti tra amministrazione pubblica e concessionario che sono detti accessori perché presuppongono, o trovano causa nel rapporto giuridico principale di concessione, nel senso che non lo negano, ma lo ricevono così come definito dal provvedimento di concessione emanato dall'amministrazione pubblica anzitutto con effetto verso i destinatari del servizio pubblico. Patti che sono accessori nel senso che non definiscono l'oggetto principale della concessione, che nella costruzione è proprio dell'autonomo provvedimento che giuridicamente li "precede". Patti accessori che "dipendono" dal provvedimento di concessione nel senso che la costituzione del rapporto di servizio pubblico è definita con effetto per i destinatari dal provvedimento di concessione.

La costruzione della concessione contratto pare ricordare all'interprete che i contratti non definiscono con effetto verso i destinatari del servizio pubblico l'oggetto essenziale della concessione, ma unicamente altri aspetti che l'amministrazione pubblica ha voluto riservare alla contrattazione separata con i terzi produttori, patti accessori dunque che hanno ad oggetto ulteriori profili che non coinvolgono e che perciò non possono giuridicamente riguardare i destinatari.

La definizione della «concessione contratto» è il riconoscimento giuridico essenziale che anche i patti che accedono alla concessione sono sottoposti al principio secondo il quale il contratto produce effetto solo tra le parti (art. 1372 c.c.), con la conseguenza non irrilevante che si è in tal guisa confermato che è indisponibile per i contraenti l'oggetto essenziale della concessione, cioè la posizione giuridica del concessionario definita dal provvedimento amministrativo con effetto verso i destinatari del servizio pubblico.

Negare al concessionario l'eccezione di inadempimento contrattuale (art. 1460 c.c.) pare una conferma delle conclusioni cui si è pervenuti⁴⁰: se

⁴⁰ L'affermazione è risalente nel tempo: Corte di Appello di Trani, 3 aprile 1916, Comune di Taranto c. Società Elettrica e gas, in *Riv. Amm.*, 1917, 95; Cass. Roma, 9 febbraio 1918, Giaccaglia c. Comune di Taranto, in *Giur. it.*, 1918, I, 162; Cass. Napoli, 12 giugno 1920, Comune di Caserta c. Società franco italiana di illuminazione a gas, in *Foro it.*, 1920, I, 689; G. VACCHELLI, *Accordi fra pubblica amministrazione e contratto di diritto pubblico*, in *Foro it.*, 1926, I, 4.

la questione può essere posta per l'inadempimento dell'amministrazione ai patti stipulati con il concessionario nel contratto accessorio, si rivela del tutto improponibile ove lo stesso inadempimento riguardi il rapporto principale di concessione del servizio pubblico e si pretenda di farlo valere in danno dei destinatari del servizio stesso.

Il concessionario non può pretendere di sospendere l'obbligazione principale di servizio pubblico poiché la stessa non è definita dal contratto, ma dal provvedimento di concessione *per relationem* al programma e alle norme che disciplinano il servizio pubblico.

Se è parso preferibile instaurare due rapporti giuridici distinti, separando dall'oggetto principale del rapporto con i destinatari quegli aspetti patrimoniali accessori che riguardano unicamente l'amministrazione pubblica e il concessionario, allestendo all'uopo una trattativa *a latere* che esclude i destinatari del servizio pubblico e che perciò si perfeziona con un contratto disciplinato dal diritto privato, appare conseguente ritenere che proprio in conformità a tali principi l'atto giuridico, che di tale trattativa è conclusione, non possa che produrre effetti tra le parti, ammettendo che i destinatari del servizio pubblico possano atteggiarsi verso il contratto stesso con giuridica indifferenza.

Il rigore giuridico della costruzione della «concessione contratto» appare difficilmente confutabile: in applicazione dei principi di diritto privato si collega l'oggetto del contratto agli effetti che sono normalmente ad esso propri in ragione delle parti che hanno contribuito a concluderlo. L'oggetto del contratto non può che essere accessorio, perché gli effetti di tale patto non raggiungono i destinatari del servizio pubblico, i quali non sono divenuti parti del contratto perché non invitati alla trattativa, cui possono dirsi disinteressati proprio in ragione dell'oggetto accessorio del contratto stesso.

Da ciò il corollario della impossibilità di disporre per contratto, con un patto tra amministrazione pubblica e concessionario, delle posizioni soggettive dei destinatari del servizio pubblico.

Il contratto, non avendo ad oggetto l'obbligazione principale del concessionario di erogare il servizio pubblico in conformità al programma e alle norme dell'ordinamento che lo disciplinano, correttamente è stato definito un «accessorio» del titolo giuridico che fonda tale obbligazione, cioè dell'obbligo del concessionario e del diritto soggettivo dei destinatari, più direttamente del diritto di credito di questi a ricevere dal concessionario le prestazioni di servizio pubblico.

Il contratto accessorio, non essendo titolo dell'indicata obbligazione principale di erogare il servizio pubblico, non ha ad oggetto i diritti di credito dei destinatari, poiché non sarebbe stato conforme ai principi di diritto

to privato ritenere che un contratto tra amministrazione pubblica e concessionario potesse disporre dei diritti dei destinatari, che di tale atto giuridico non sono stati parti, ma soggetti estranei⁴¹.

L'intangibilità dei diritti di credito dei destinatari e del correlato obbligo del concessionario, o se si preferisce l'indisponibilità dell'obbligazione di servizio pubblico a divenire oggetto del contratto tra pubblica amministrazione e concessionario, trova dunque nella costruzione della «concessione contratto», nella definizione del contratto come «accessorio» al provvedimento amministrativo, una traccia storica del proprio fondamento giuridico che a distanza di anni è parsa ancora possibile riconoscere.

L'equivoco che per molto tempo ha consentito di nascondere i diritti di credito dei destinatari può essere ricollegato piuttosto a quella struttura duale della concessione, fondata su una carente individuazione dell'oggetto del provvedimento di concessione, dei suoi effetti giuridici ed ancora prima dei relativi destinatari.

Si è detto che il provvedimento di concessione non ha come unico destinatario il produttore prescelto dalla pubblica amministrazione per erogare il servizio pubblico, sicché non a caso l'istituto in esame è stato denominato «concessione a terzi⁴²», ove terzo è il produttore che divenendo concessionario è perciò introdotto nel rapporto che intercorre anzitutto tra l'amministrazione e i destinatari del servizio pubblico.

Contratti accessori, o accordi esecutivi di diritto pubblico, sono volti ad offrire l'equilibrio (che accede) esterno o (che esegue) interno del titolo di definizione del terzo produttore come concessionario del servizio pubblico, reciprocamente si può affermare che normalmente l'amministrazione pubblica perviene al rilascio della concessione in ragione di quell'equilibrio patrimoniale offerto dai candidati concessionari che appare preferibile.

In tale consueta ricostruzione dei rapporti tra provvedimento di concessione e accordo si è così giunti alla conclusione che l'atto unilaterale e l'accordo sono intimamente connessi nella «concessione contratto», sicché fermo restando che nulla vieta all'Amministrazione, una volta risolto un accordo, di stipularne altro con lo stesso concessionario, si è riconosciuto che

⁴¹ Così già F. CAMMEO (col. 514) in nota ad Appello Torino, 10 febbraio 1894, De Thierry c. Comune d'Intra, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 1, 504: «I rapporti con i terzi che da un contratto di regola non si avvantaggiano, né possono essere danneggiati», con la conseguenza di risolvere in radice la questione delle «clausole vessatorie» o comunque che limitino il diritto riconosciuto ai destinatari dal programma.

⁴² L. 8 giugno 1990, n. 142, art. 22, comma III, lett. b.

in casi diversi lo scioglimento dell'accordo non può non determinare anche la decadenza della concessione⁴³.

In tale ordinaria costruzione della concessione contratto voluta dall'Amministrazione non si può escludere che il rapporto sia configurato come collegamento causale tra i due atti giuridici, tra provvedimento di concessione ed accordo, ove l'uno contribuisce alla definizione della causa giuridica dell'altro.

Secondo lo schema delineato dall'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241 il provvedimento di concessione può ritrovare nell'accordo la definizione causale⁴⁴ del relativo equilibrio patrimoniale, anche se difficilmente si esaurisce in esso; correlativamente si può affermare che l'accordo diparte dalla definizione della posizione del concessionario come esercente il servizio pubblico indicata dal programma, dipartendo da tale posizione non può non trovare in questa uno degli elementi essenziali della definizione della propria causa giuridica.

Del pari non si può escludere che la pubblica amministrazione definisca una dipendenza giuridica del solo accordo al provvedimento di concessione, ove quest'ultimo sia configurato dall'accordo stesso come suo presupposto, con la conseguenza che il venire meno dell'accordo non incide sulla validità giuridica del provvedimento amministrativo.

Ciò che appare qui di interesse è che queste ed altre possibili configurazioni dei rapporti che intercorrono tra provvedimento di concessione e accordi si distinguono nettamente dall'ipotesi in un cui manchi un accordo accessorio tra amministrazione pubblica e concessionario, perché si è voluto rendere i destinatari del servizio pubblico parti di ogni elemento di definizione del rapporto tra amministrazione e concessionario, ove in altri termini il programma di servizio pubblico riassume tra i propri contenuti ogni rapporto possibile tra amministrazione titolare, destinatari ed esercente il pubblico servizio.

In tali casi il provvedimento di concessione, nel costituire in capo al terzo produttore la posizione di esercente il pubblico servizio definito dal programma, esaurisce con effetto verso tutti i destinatari ogni rapporto giuridi-

⁴³ A. ROMANO, *In tema di concessioni-contratto*, in *Foro Amm.*, 1958, II, 2, 336-337.

⁴⁴ Il riferimento è alla nozione di causa dei provvedimenti amministrativi che si distingue dal vizio di eccesso di potere: E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, 310, ove si ritiene che la mancanza di causa determina una carenza di potere; cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, 2ª ed., Padova, Cedam, 136; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1932, 269.

co di questi con l'amministrazione pubblica, assume in altri termini in un unico rapporto giuridico ogni questione che attiene alle tre parti del rapporto di concessione di servizio pubblico.

Obbligo del concessionario di erogare il servizio pubblico ai destinatari, comprensivo per esempio della realizzazione di eventuali opere necessarie all'ampliamento del servizio, al pari dell'eventuale obbligo dell'amministrazione di pagare al concessionario i costi degli oneri di servizio pubblico, ove dedotti in un unico titolo giuridico consentono al concessionario di far valere l'eventuale mancato pagamento delle relative sovvenzioni, ma al tempo stesso legittima i destinatari ad esercitare direttamente il proprio diritto di credito, pretendendo ove necessario anche la realizzazione delle opere che consentono l'ampliamento del servizio.

A seconda delle diverse costruzioni giuridiche si potrà invocare l'applicazione delle ordinarie disposizioni che disciplinano tra le parti l'unico, o una pluralità di rapporti giuridici.

Il concessionario che vede cessare il titolo giuridico che fonda l'equilibrio patrimoniale può sempre ricorrere all'ordinaria tutela offerta dall'ordinamento nell'eventualità che egli abbia procurato a proprie spese l'altrui arricchimento⁴⁵; potrà invocare la riduzione ad equità⁴⁶, ovvero chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta⁴⁷.

La diversa tutela accordata dall'ordinamento dipende dalla definizione della struttura del rapporto instaurato con l'amministrazione pubblica e i destinatari del servizio, sicché occorre portare l'attenzione sugli atti che definiscono l'unico, o una pluralità di rapporti giuridici, sulle eventuali dipendenze o collegamenti che giuridicamente sono stati instaurati tra gli accordi e il provvedimento amministrativo.

Le diverse soluzioni prospettate non sono irrilevanti anche per la definizione della partecipazione al procedimento che si conclude con il provvedi-

⁴⁵ Cons. di Stato, sez. V, 26 aprile 1972, n. 299, in *Foro Amm.*, 1972, I, 2, 454.

⁴⁶ L. PISCITELLI, in *La concessione di servizio pubblico*, cit.; L. BIAMONTI, *Sulla eccessiva onerosità sopravvenuta nel corso della concessione amministrativa di servizi e degli appalti pubblici*, in *Foro it.*, 1949, I, 272; per l'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere alla revisione delle tariffe: Cass. 19 maggio 1971, n. 1506, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 364; T.A.R. Toscana, 23 aprile 1975, n. 152, in *Foro Amm.*, 1975, I, 2, 1071; T.A.R. Lombardia, 6 maggio 1975, n. 110, in *Foro Amm.*, 1975, I, 2, 1171.

⁴⁷ F. GALLO con riferimento ai "contratti" di pubblici servizi di comuni e province, in *Foro it.*, 1981, V, 202; cfr.: Cass., sez. un., 4 dicembre 1991, n. 13027; Cass., sez. un., 4 luglio 1989, n. 3203; Cass. 10 maggio 1988, n. 3477; Trib. Piacenza, 17 luglio 1951, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, 1139.

mento avente ad oggetto la concessione di servizio pubblico. Chiarito che il provvedimento di concessione ha effetto non solo verso i terzi produttori che aspirano a divenire concessionari di pubblico servizio, ma anche nei confronti dei destinatari del servizio stesso, occorre riconoscere che questi sono legittimati a prendere visione degli atti e presentare memorie scritte o documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ai sensi dell'art. 10, l. 7 agosto 1990, n. 241.

La partecipazione al procedimento di rilascio della concessione di servizio pubblico tuttavia appare diversamente configurata nell'ipotesi di un unico rapporto giuridico di concessione, poiché l'oggetto è in tal caso sicuramente più ampio ed involge anche gli aspetti patrimoniali, clausole ed accessori, che di solito sono riservate agli accordi tra amministrazione e concessionario che configurano il previo provvedimento come semplice presupposto dell'atto consensuale, accordi ai quali si vuole che i destinatari siano normalmente disinteressati.

4. Il monopolio come carattere eccezionale della concessione. La disciplina sulla concorrenza nei servizi pubblici: organizzazione della domanda e scelta dei destinatari del servizio tra una pluralità di produttori

L'equilibrio patrimoniale del rapporto con il concessionario è stato quasi sempre il fondamento degli accordi che hanno inteso riservare al terzo produttore l'esclusiva, o monopolio nell'erogazione del servizio pubblico. La stessa definizione di monopolio naturale è stata talvolta utilizzata impropriamente per tentare di fornire fondamento ad un improbabile principio: «un servizio pubblico, un concessionario».

Due ragioni che possono agevolmente essere distinte in sede teorica, ma che normalmente sono enunciate congiuntamente, o alternativamente, senza soverchie preoccupazioni, come naturale fondamento della posizione di monopolio del concessionario, pervenuta sino ad oggi a partire dal secolo scorso⁴⁸.

⁴⁸ Cons. di Stato, sez. interno, 1 dicembre 1893, ric. Corbara, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, III, 104; Cass. Firenze, 5 aprile 1894, Comune di Livorno, c. Delcourt, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 847, «la concorrenza porterebbe sulla vie principali un ingombro che renderebbe difficile e pericolosa la circolazione, mentre lascerebbe deserte di ogni servizio le strade più remote, importerebbe un'alea eccessiva per gli investimenti ingenti di ca-

L'indicato fondamento monopolistico nella gestione dei servizi pubblici appare tuttavia claudicante, forse perché si sono generalizzati gli enunciati di talune disposizioni legislative che sono state ritenute un paradigma storico della definizione del servizio pubblico.

Se è vero che la disciplina sulle strade ferrate posta dalla legge sulle opere pubbliche 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, definisce un privilegio del concessionario nella gestione dell'opera, è al contrario agevole ritrovare escluso un carattere di monopolio già con riferimento alle tramvie urbane⁴⁹, né si è mancato di rilevare che la successiva disciplina di inizio secolo sullo stesso servizio ferroviario determinava il privilegio, ma con riferimento agli altri imprenditori, lasciando così aperta la possibilità per l'amministrazione pubblica di procedere ad impiantare un proprio esercizio diretto con linee in tutto o in parte concorrenziali a quelle dei concessionari⁵⁰.

Nei servizi di autolinea su strade pubbliche l'interpretazione del diritto di esclusiva del concessionario è stato circoscritto ai casi e ai limiti indicati dalla legge, ammettendosi altrimenti la coesistenza di due o più concessioni per uno stesso bacino di traffico, mentre si è giunti ad affermare l'illegittimità del rilascio di una concessione per un percorso eguale a quello conces-

pitali». Cons. di Stato, sez. IV, 29 ottobre 1892, Marzi c. Soc. Illumin. di Roma e Comune di Roma, in *Foro it.*, 1892, III, 114 ove pare introdotta la nozione di monopolio naturale; critico sulla possibilità per i Comuni di convertire il diritto reale sul bene in un monopolio già: E. BIANCHI, in *Foro it.*, 1892, I, 401; cfr. oltre a F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, cit.; A. LONGO, *Esecuzione di contratti relativi a concessioni esclusive fatte dalle amministrazioni pubbliche ad un privato relativamente a servizi*, *Arch. dir. pubbl.*, 1892, II, 142; E. BRUNETTI, *La questione tra il Comune di Firenze e la Società Lionese del gas*, in *Giur. it. (Bettini)*, 1892, 360.

⁴⁹ Così Cons. di Stato, 5 luglio 1876, in *Cons. Stato*, 1876, II, 231; Cassazione Torino, 18 marzo 1916, Ferr. econom. Bruxelles c. Prov. di Bergamo, in *Giur. it. (Bettini)*, 1916, 603; entrambe negano una interpretazione analogica della disciplina posta per le strade ferrate ordinarie, o propriamente dette (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, Lavori pubblici, art. 269), affermando che non è di ostacolo alla introduzione di ferrovie a cavalli o tramvie il patto con i concessionari di ferrovie ordinarie che vieta la concessione di linee parallele; Cassazione Roma, sez. un., 7 luglio 1917, Soc. Romana Tramways c. Comune di Roma, in *Giur. it.*, 1917, 972, ove si afferma che le linee in concessione sono assunte in concorrenza; Cassazione Roma, 28 luglio 1917, Soc. Romana Tramways Omnibus c. Comune di Roma, in *Giur. it.*, 1917, I, 972, l'assenza di privativa e la normale possibilità assumere le linee in concorrenza non impone il riscatto.

⁵⁰ C. RIBOLZI, voce *Ferrovie concesse*, dell'*Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1968, 273, con riferimento al r.d. 9 maggio 1912, n. 1447. Nega un carattere generale dell'esclusiva, che invece è prevista unicamente nei casi indicati dal capitolato: Coll. Arbitrale 30 novembre 1899, Soc. ita. per le ferrovie meridionali c. Min. Lav. Pubbl., *La Legge*, 1890, I, 54.

so ad altra, solo ove la nuova privi la precedente di ogni apprezzabile contenuto economico⁵¹.

L'elaborazione della nozione di monopolio naturale pare avere tratto forza dalla più nota giurisprudenza avente ad oggetto l'illuminazione pubblica con particolare riferimento al cruciale passaggio dall'energia fornita dal gas all'elettricità, di cui si è tuttavia riferito il tratto non univoco⁵². La giurisprudenza delle Cassazioni del Regno parve infatti oscillare, nelle due opposte soluzioni di sostegno o negazione di un'esclusiva agli imprenditori del gas, tra interpretazioni intorno ai principi di diritto pubblico ovvero di diritto privato, tra contratti o concessioni di costruzione e gestione di opera pubblica, infine tra contratti o concessioni di servizio pubblico.

Fatti, prima ancora che ricostruzioni giuridiche di essi, molto diversi, con riferimento ai quali appare difficile definire con esattezza se la disciplina avente ad oggetto l'uso del bene demaniale sia in materia di servizi pubblici il fondamento giuridico di un «monopolio naturale», cioè se sia fondata l'idea di pervenire attraverso una concessione di sfruttamento economico del bene demaniale ad attribuire il monopolio dell'erogazione del servizio pubblico⁵³.

⁵¹ Nega l'esclusiva del concessionario: Cass., sez. un., 3 marzo 1962, n. 416, in *Foro it.*, 1963, I, 154. afferma un carattere eccezionale del diritto di esclusiva del concessionario nei limiti indicati dall'art. 10, l. 28 settembre 1939, n. 1822: Cons. di Stato, sez. IV, 13 marzo 1959, n. 366, in *Cons. Stato*, 1959, I, 341; protegge il contenuto patrimoniale del rapporto di concessione: Cons. di Stato, sez. IV, 13 gennaio 1959, n. 2, in *Cons. Stato*, 1959, I, 8.

⁵² Si vedano *supra* le pagine ad essa dedicate nel capitolo I.

⁵³ Per tutti a favore parrebbe Cassazione Firenze 6 marzo 1893, Comune di Firenze c. Società Lionese per l'illuminazione a gas di Firenze, in *Giur. it. (Bettini)*, 1893, 340; Cons. di Stato, sez. IV, 29 ottobre 1892, Marzi c. Soc. Illumin. Roma e Comune di Roma, in *Foro it.*, 1892, III, 114; evita il problema e riconduce il privilegio ad un *pacta sunt servanda* Cass. Firenze 21 giugno 1894, Comune di Verona c. Società Lionese per l'illuminazione a gas di Verona c. Società Veronese per l'illuminazione elettrica, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 839; Cass. Torino, 30 novembre 1895, De Thierry c. Comune di Intra, in *Giur. it. (Bettini)*, 1895, 35, ove si afferma unicamente il diritto al risarcimento dei danni per l'inadempimento dei patti; CONTRARI all'idea di un monopolio naturale Cass. Firenze 30 giugno 1902, Società Elettrica Schuckert c. Società Lionese del Gas, in *Foro it.*, 1902, I, 1070; Cassazione Torino 17 aprile 1903, De Bartolomeis c. Comune di Alba, in *Riv. giur. Trani*, 1903, 855; Corte di Appello di Venezia, 10 aprile 1895, Comune di Treviso c. Soc. illumin. a gas, in *Giur. it. (Bettini)*, 1895, 305 ed ivi ulteriori richiami; ritiene affetta da nullità la convenzione con cui il Comune accorda al concessionario di illuminazione pubblica il diritto esclusivo di condotta e distribuzione dell'energia elettrica per l'illuminazione privata: Cass. Firenze, 15 marzo 1920, Società anonima gas e Mulini Riuniti di Cologna Veneta c. Società Elettrica interprovinciale di Verona, in *Foro it.*, 1920, I, 451.

Sempre con riferimento al «monopolio naturale» la giurisprudenza ha ritenuto che l'amministrazione pubblica possa legittimamente ricorrere ad una pluralità di concessionari per il servizio di acqua potabile⁵⁴, al contrario ne ritiene legittima l'attribuzione ad un unico gestore ove si tratti di monopolio legale, come per il macello comunale, il trasporto funebre o il servizio di affissioni pubbliche, comprensivo dei «lampioni a scopo di pubblicità»⁵⁵.

Il diverso fondamento giuridico del monopolio naturale o legale non pare dunque influente nella gestione del servizio pubblico, poiché discende da previsioni di legge che rispettivamente hanno ad oggetto un bene demaniale, ovvero direttamente l'attività di produzione del servizio pubblico.

La questione della concorrenza nella gestione dei servizi pubblici pare inoltre trovare congrua soluzione solo ove si riconosca che la stessa afferisce a differenti principi giuridici ed assume una diversa configurazione a seconda che abbia ad oggetto la disciplina delle posizioni soggettive dei produttori, ovvero quelle dei destinatari del servizio pubblico.

L'ordinamento può prevedere una disciplina che impedisca a qualsiasi produttore di esercitare un'impresa in concorrenza con il servizio pubblico, più in generale di svolgere quell'attività che si è voluta riservare in esclusiva a chi è obbligato ad erogare un servizio pubblico.

Altra e diversa questione è se la pubblica amministrazione debba prevedere una pluralità di esercenti del servizio pubblico, più di un gestore per consimili bacini di utenti, o per gli stessi utenti. Nel primo caso si offre un utile confronto fra gestioni omogenee, nel secondo si consente ai destinatari del servizio pubblico la possibilità di scelta tra una pluralità di produttori, tra concessionari ed enti pubblici, o tra concessionari, o tra enti pubblici. In quest'ultimo caso i destinatari del servizio pubblico possono indistintamente rivolgersi a ciascuno per ottenere il pagamento del proprio diritto di credito, poiché il programma di gestione prevede che più di un esercen-

⁵⁴ Con riferimento al servizio di acqua potabile, seppure per zone diverse del territorio comunale: Trib. Sup. Acque pubbl., 27 gennaio 1986, n. 4, in *Cons. Stato*, 1986, II, 118.

⁵⁵ Per trasporto funebre Cass. 6 giugno 1968, n. 1694, in *Foro it.*, 1968, I, 2128, ove si dichiara manifestamente infondata una questione di costituzionalità dell'art. 1, r.d. 19 ottobre 1925, n. 2578, art. 1, n. 8, con riferimento all'art. 43 Cost.; per trasporto di carni macellate: Trib. Venezia 22 settembre 1964, in *Corti Brescia, Venezia, Trieste*, 1965, 388; per i lampioni a scopo di pubblicità: Cons. di Stato, (parere), 9 agosto 1932, *Ravesi c. Comune di Catania*, in *Riv. Amm.*, 1932, 829; Cass. civ., 3 settembre 1947, *Società Le Affissioni d'Italia c. Ferrari*, in *Foro it.*, 1947, I, 800.

te assuma l'obbligo di erogare il servizio pubblico nei confronti dello stesso «pubblico di utenti».

La prima è questione che attiene alla concorrenza tra i produttori, al diritto soggettivo di cui questi sono titolari in assenza di norme che prevedano un monopolio legale, che la legge potrebbe anche circoscrivere a favore di non imprenditori, ove si voglia escludere che valutazioni di carattere economico si affermino come parametro preferenziale del giudizio sulla qualità delle prestazioni oggetto del servizio pubblico, come per talune prestazioni sanitarie per le quali si vuole escludere ogni considerazione di carattere commerciale.

Concorrenza tra i produttori alla quale è giuridicamente estranea la questione enucleata con la definizione del «monopolio naturale», poiché in tale ultimo caso non è in questione la libertà di iniziativa economica privata, che permane in assenza di una limitazione *ex lege* (previsione del «monopolio legale»), stante che in materia vi è la riserva di legge indicata dall'art. 41 della Costituzione.

La questione del «monopolio naturale» appare piuttosto riferita alla disciplina della proprietà pubblica, ai limiti che dalla stessa derivano all'amministrazione nell'uso dato a chiunque, ovvero a taluno, dei beni che ne sono oggetto. Affermare un monopolio naturale significa in materia indagare sui limiti entro i quali un bene pubblico può essere concesso ad una impresa che intenda procedere a sfruttarne i benefici economici, significa verificare in quali casi l'interesse pubblico possa essere meglio perseguito da una concessione in esclusiva, che neghi ad altri lo sfruttamento economico del bene.

Interesse pubblico relativo all'uso del bene demaniale che appare irrinunciabile sia nel caso di concessione di derivazione d'acqua per uso domestico, sia di quanto necessario al ciclo produttivo di un'impresa, sia per un alimentare una rete di acquedotto che è strumento di erogazione del relativo servizio di acqua potabile.

Il monopolio naturale può apparire dunque questione intorno agli indicati limiti posti dalla disciplina della proprietà pubblica, cioè quali interpretazioni delle norme che disciplinano l'uso di tale bene possono convertirsi in un limite alla concorrenza offerta dalle imprese che non sono concessionarie di servizio pubblico, che perciò non hanno il relativo obbligo di erogazione.

La disciplina del servizio pubblico attiene invece alle utilità di una concorrenza tra esercenti di un servizio pubblico, alla possibilità che il diritto di credito dei destinatari possa trovare soddisfazione alternativa in un pluralità di organizzazioni che in varia guisa sono obbligate ad erogare le prestazioni indicate dal programma predisposto a tal fine dall'amministrazione.

Il superamento dei primi può consentire che a fianco di un concessione d'uso del bene demaniale come accessorio della concessione di servizio pubblico possa esservene altra, attribuita ad imprenditori che non intendono assumere l'obbligo di erogare con continuità tale servizio secondo il programma definito dall'amministrazione, poiché questi intendono soddisfare solo una parte della domanda, quella ritenuta più confacente alla propria organizzazione di impresa, che per essi è più remunerativa⁵⁶.

La soluzione può porre delicati problemi di riequilibrio patrimoniale del rapporto tra amministrazione pubblica e concessionario, soprattutto nell'eventualità che preesista una concessione di servizio pubblico, ma è questione ulteriore, che non consente di per sé di affermare l'illegittimità del rilascio della concessione d'uso del bene demaniale chiesta da un terzo per l'esercizio di una iniziativa economica privata in concorrenza con il concessionario di servizio pubblico⁵⁷.

Questioni che attengono ai rapporti tra pubblica amministrazione e concessionari di servizio pubblico, alla restituzione ad equità dell'equilibrio patrimoniale normalmente definito con l'accordo che accede al provvedimento di concessione, cui l'amministrazione pubblica può pervenire prospettando un ampliamento del bacino d'utenza, ovvero offrendo il pagamento dei costi corrispondenti agli oneri di servizio pubblico prima considerati in compensazione ai proventi d'esercizio, ovvero definendo una riduzione del canone di concessione.

La possibilità di una competizione tra i concessionari di servizio pubblico non pare invece trovare fondamento nella libertà di iniziativa economica privata, né (per quanto si riferisce alla nozione di monopolio naturale) può definire l'interesse pubblico all'uso del bene che consenta una concorrenza tra qualsiasi produttore, poiché in tal caso non è in questione il rapporto tra amministrazione pubblica e qualsiasi produttore di servizi.

La concessione di servizio pubblico costituisce in capo al terzo produttore una qualità che lo distingue da qualsiasi altro, con definizione che di per sé giustifica un differente trattamento giuridico.

⁵⁶ Si veda il caso dei trasporti pubblici di Cardiff (GB) analizzato da COLIN EVANS, *Privatization of Local Service*, in *Local Government Studies*, n. 6-1985, 97 e s., trad. it. a cura di A.M. MARINUZZI, *La privatizzazione dei servizi locali*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, n. 2, 1986, 158 e s., spec. 168-176.

⁵⁷ Si è visto che nessun pertinente rilievo di legittimità appare possibile ove la nuova concessione non determini il venire meno del contenuto economico della preesistente: Cons. di Stato, sez. IV, 13 gennaio 1959, n. 2, in *Cons. Stato*, 1959, I, 8.

Se la libertà di iniziativa economica privata è tutela della posizione giuridica di ogni imprenditore, occorre riconoscere che il concessionario non è un imprenditore qualsiasi, ma per effetto della concessione trova la sua posizione distinta rispetto a quella degli altri produttori, poiché nasce quanto meno gravata da un obbligo di servizio pubblico e al tempo stesso giova dell'organizzazione della domanda di servizi pubblici offerta dalla pubblica amministrazione con l'emanazione del programma di gestione.

La tutela offerta dall'art. 41, comma I, Cost non riguarda la disciplina dei servizi pubblici e la relativa attività eventualmente data in concessione⁵⁸, poiché se l'indicata norma costituzionale attiene ai rapporti tra imprese, ovvero tra quest'ultime e l'amministrazione, la questione relativa alla pluralità di esercenti di un pubblico servizio invece attiene ai rapporti tra la pubblica amministrazione e i destinatari del servizio pubblico.

Ove «la legge nulla dispone riguardo al numero delle concessioni l'interpretazione da trarre è sempre quella che possono essere molte, anzi tante quante ne consente il soddisfacimento dei fini sociali connessi alla disciplina dell'attività». «E altrettanto si può ripetere per i servizi che i comuni possono esercitare direttamente “con diritto di privativa” o che possono dare invece in concessione: non si tratta infatti di concessioni limitate nel numero; ogni comune può rilasciare, per ciascun servizio, tante concessioni quante ritiene giovevoli all'interesse pubblico»⁵⁹.

Interesse pubblico definito dal programma di servizio pubblico nel quale non ultima è la definizione dei destinatari del servizio stesso, del loro diritto ad ottenere nel tempo una quantità e una qualità di prestazioni quanto meno conformi allo standard dettato nel programma di erogazione; scelta d'organizzazione sulla gestione del servizio che è strumento operativo della definizione delle prestazioni che sono rivolte ai destinatari.

A tal fine l'amministrazione pubblica, anche in assenza di un monopolio, con il programma può limitare la gestione del servizio ad un numero determinato di esercenti, ovvero distinguere la scelta di essi in ragione di particolari categorie di produttori, o al contrario mettere in competizione imprese e organizzazioni senza scopo di lucro, ovvero riservare determinate

⁵⁸ In tal senso: Cons. giust. amm. reg. sic., 22 giugno 1967, n. 333, in *Fin. pubbl.*, 1967, II, 216; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata ed organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Cost.*, in *Pol. dir.*, 1992, 5, 17, 18, 26.

⁵⁹ U. POTOSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 445-446, ove aggiunge «Se in ciò trova un limite, questo deriva non dalla legge, ma dalle eventuali clausole di esclusiva da esso stesso apposte all'atto di concessione», 446.

prestazioni del servizio pubblico a talune organizzazioni, il tutto nell'interesse esclusivo dei destinatari delle prestazioni di servizio pubblico.

Uno dei problemi relativi alla buona amministrazione della gestione dei servizi pubblici è il mantenimento da parte degli esercenti degli *standards* di programma, che non sempre l'amministrazione pubblica riesce ad ottenere con il solo esercizio dei suoi poteri di indirizzo e di vigilanza, sicché a tal fine può risultare determinante la scelta d'organizzazione della compagine degli esercenti il pubblico servizio, che normalmente si vorrebbe tale da favorire la scelta dei destinatari, che in tal modo puntualmente e con continuità esercitano una propria vigilanza.

L'amministrazione pubblica può dunque avere interesse ad avere un solo produttore su cui concentrare l'esercizio dei propri poteri di direttiva e di vigilanza, o può volere escludere concorrenze fittizie tra concessionari che non sono omogenei in ragione della diversa disciplina che ne regola i fattori di produzione (costo del lavoro, beni strumentali, tributi), al contrario può ritenere essenziale una concorrenza tra concessionari imprenditori, tra questi e un'impresa pubblica, o una competizione tra taluno di questi e i gestori pubblici o concessionari privati che erogano servizi senza alcun carattere di impresa.

Si è detto che in tal senso sono determinati il tipo di prestazioni di servizio pubblico configurate dal programma e le eventuali asimmetrie informative che le stesse possono importare per i destinatari del servizio, le quali determinano le scelte dell'amministrazione pubblica verso forme di gestione per le quali non è sufficiente una vigilanza esterna sulle prestazioni di servizio pubblico, ma per le quali è necessario un controllo interno sull'attività produttiva.

Scelte d'organizzazione aventi ad oggetto la forma di gestione e nel caso di concessione a terzi dei migliori candidati; scelte che l'amministrazione pubblica deve operare in ragione dell'altra parte del rapporto di servizio pubblico, di coloro che all'esercente giuridicamente si contrappongono, optando per quelle forme che meglio consentono ai destinatari del servizio pubblico di esercitare il diritto di credito di cui sono titolari, cioè per quella forma che meglio consente a questi di pretendere la prestazione conforme al programma di servizio pubblico, cioè un esatto adempimento dell'obbligazione di servizio pubblico.

La scelta della forma di gestione, di un carattere di monopolio naturale della gestione, si può dire che consegue anche giuridicamente alla definizione del programma di servizio pubblico, delle prestazioni che l'amministrazione vuole siano erogate ai destinatari, più direttamente si può affermare che è strumentale alla soddisfazione del diritto di credito di questi a pretendere le prestazioni di servizio pubblico.

Definizione del programma di gestione che è anzitutto organizzazione della domanda produttiva corrispondente ai bisogni sociali indicati dall'atto di assunzione del servizio pubblico, nonché individuazione delle prestazioni di servizio pubblico e della relativa obbligazione, cioè dei diritti di credito dei destinatari e dei reciproci obblighi dell'esercente.

Diritti di credito che sono il titolo giuridico dei destinatari per ottenere la soddisfazione della domanda di servizio pubblico, cioè del grado di soddisfazione dei bisogni sociali indicati dall'atto di assunzione, o che è lo stesso le prestazioni ai destinatari necessarie a raggiungere il fine (di interesse pubblico) del programma indicato dall'atto di assunzione del servizio.

Se la finalità del programma di servizio è la soddisfazione dei bisogni sociali, se le prestazioni di programma sono il mezzo per il raggiungimento dell'indicato fine, se i diritti di credito dei destinatari sono il titolo giuridico soggettivo per ottenere le prestazioni di servizio pubblico, appare possibile affermare che questi ultimi sono lo strumento giuridico soggettivo per la soddisfazione dell'interesse pubblico. Più precisamente ove il programma sia la determinazione oggettiva della soddisfazione dell'interesse pubblico si può affermare che i diritti di credito sono l'effetto giuridico di tale atto di volontà, cioè la definizione soggettiva che è attribuita dall'ordinamento a ciascun destinatario di servizio pubblico.

Il diritto di credito dei destinatari del servizio pubblico appare dunque l'esito finale del programma che diparte dalla organizzazione di una domanda di produzione, con la conseguenza che la definizione di tali diritti soggettivi dipende anzitutto da tale iniziale determinazione d'organizzazione della domanda di servizio pubblico; la stessa possibilità che il diritto di credito dei destinatari abbia una pluralità di debitori tra essi alternativi dipende anzitutto dall'organizzazione della domanda di servizio pubblico da cui discende la definizione del contenuto delle prestazioni poste a sua soddisfazione.

La distinzione tra diritto soggettivo degli imprenditori ad esercitare un'attività in concorrenza con l'erogazione dei servizi pubblici e diritto soggettivo dei destinatari a operare una scelta tra una pluralità di esercenti lo stesso servizio pubblico, non significa negare le relazioni che necessariamente si instaurano nella disciplina dei servizi pubblici, ma unicamente indicare le diverse posizioni giuridiche, le differenti parti cui le stesse fanno capo nella struttura della concessione di servizio pubblico.

La questione si propone con particolare delicatezza in riferimento all'art. 90, § 2 del Trattato CEE, poiché è normalmente inteso come disciplina d'eccezione all'integrale applicazione delle regole stabilite a favore della concorrenza.

L'indicata norma letteralmente sottopone le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, o aventi carattere di monopolio fiscale, «alle norme del presente Trattato ed in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

L'ambito della disposizione (art. 90 § 2, cit.), definito dal limite di un ostacolo per gli imprenditori a perseguire le specifiche missioni ad essi affidate (di servizi di interesse economico generale), è stato circoscritto come è noto dalla Corte giustizia europea alle ipotesi in cui le imprese non possano disporre di altri mezzi, conformi al Trattato, che siano tecnicamente ed economicamente utili a raggiungere le "missioni" ad esse affidate⁶⁰.

Si riconosce normalmente che la disposizione è norma in deroga alla precedente (art. 90, § 1) che impone agli Stati membri di non emanare, né mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche, o di quelle cui sono riconosciuti «diritti speciali ed esclusivi», nessuna misura contraria al Trattato stesso, in particolare ciò vale per il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità (art. 7) e per la disciplina a favore della concorrenza (artt. 85-94).

Se, come si ritiene comunemente, tra i «diritti esclusivi» appare possibile ricomprendere le ipotesi di monopolio legale, occorre riconoscere che la lettera della disposizione del Trattato europeo non esclude una compatibilità tra le posizioni di monopolio delle legislazioni degli Stati e una disciplina sulla concorrenza tra le imprese di cui agli art. 85 e s.⁶¹.

La prospettazione pare avvalorare la distinzione sopra enunciata tra limitazioni legali della libertà di iniziativa economica privata e diritti dei destinatari di servizio pubblico alla scelta tra una pluralità di produttori, sicché, in conformità ai principi enunciati dal diritto comunitario è possibile affermare che anche nel caso di servizi riservati in esclusiva vi è un dovere dell'amministrazione di procedere ad affidare a più di un concessionario la soddisfazione della domanda che si rivolge alla pubblica amministrazione nei limiti in cui la pluralità di imprese non osti al raggiungimen-

⁶⁰ G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, comunicazione al convegno *La concessione di pubblico servizio* (S. Margherita ligure, 26-27 marzo 1993), poi in *Dir. Amm.*, 1994, 201 e s.; cfr. M. RAMAIOLI, *Concessioni di servizio pubblico e diritto comunitario*, *ivi*, poi in *Dir. Amm.*, 1993, 563 e s.

⁶¹ Cfr. da ultimo: J.J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 663, sp. 669; K. VAN MIERT, *Les missions d'intérêt économique général et l'article 90 § 2 du Traité Ce dans la politique de la Commission*, in *Dir. econ.*, 1997, 277 e s.

to della missione ad esse affidata (qualità nell'erogazione del servizio pubblico).

In tal senso pare conseguente ritenere che nella scelta del concessionario⁶², ma ancor prima nella individuazione delle forme di gestione dei servizi pubblici, l'amministrazione deve accogliere soluzioni conformi alle regole comunitarie sulla concorrenza, non solo delimitando congruamente la durata del rapporto con una singola impresa concessionaria, ma anche predisponendo un programma di erogazione del servizio che consenta soluzioni tecniche ed economiche utili a mantenere un confronto tra le imprese cui sia stata affidata la "missione" di erogare un servizio pubblico, nella forma più tenue di una valutazione comparativa tra gestioni omogenee, ovvero come possibilità di scelta dei destinatari di un programma di servizio pubblico tra una pluralità di esercenti il servizio stesso.

L'osservanza della indicata disciplina europea non deve necessariamente essere illimitata, né deve intervenire unicamente fra imprese concessionarie, ben potendo l'alternativa essere costituita da altro ente investito della missione di erogare lo stesso servizio pubblico (azienda speciale, s.p.a., gestione diretta).

La deroga agli indicati principi comunitari è ammessa in ragione di valutazioni tecniche od economiche che rendono impossibile o economicamente svantaggiosa per l'amministrazione una gestione del servizio con una pluralità di operatori, secondo una valutazione che appare sindacabile quanto meno in base alle regole che disciplinano il vizio di eccesso di potere (difetto o insufficienza di motivazione, o di istruttoria, o contraddizione fra presupposti e dispositivo, ecc.).

La disciplina comunitaria è limitata alle imprese, cioè ai servizi pubblici con carattere imprenditoriale, ma occorre riconoscere che le stesse ragioni di opportunità sociale, che hanno indotto l'amministrazione pubblica a disporre la concessione a terzi, costituiscono il fondamento dell'illegittimità dell'attribuzione ad un unico soggetto terzo dell'erogazione di un servizio sociale, ad eccezione dei casi in cui non sia possibile prevedere programmi di gestione che tollerino una pluralità di esercenti, a soddisfazione del diritto di credito dei relativi destinatari.

⁶² Cfr. F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, comunicazione al convegno *La concessione di pubblico servizio* (S. Margherita ligure, 26-27 marzo 1993), poi *amplius* in *Dir. Amm.*, 1993, 367 e s.