

## LA CONCESSIONE DI UN PUBBLICO SERVIZIO

di Alberto Romano

SOMMARIO: 1. Le concessioni di pubblici servizi: l'importanza del tema, e le altre ragioni che ne impongono ripresa ed approfondimenti. — 2. L'impostazione del problema: i casi di servizi pubblici da analizzare. — 3. I caratteri comuni ai servizi pubblici considerati: a) la loro prestazione mediante attività; esercizio del servizio e utilizzazione dei beni pubblici necessari. — 4. *Segue:* b) la loro prestazione mediante comportamenti di fatto; prestazione del servizio e atti giuridici. — 5. *Segue:* c) i servizi pubblici come servizi offerti al pubblico. — 6. *Segue:* d) servizi pubblici e organizzazione imprenditoriale. — 7. I servizi pubblici e la « doverosità » della loro offerta al pubblico. — 8. I servizi pubblici e i possibili squilibri economici della loro gestione. — 9. La caratterizzazione oggettiva e quella soggettiva del servizio pubblico, limitatamente alla sua titolarità. — 10. L'accidentalità del carattere pubblico del soggetto gestore del servizio. — 11. Ragioni e implicazioni dell'attribuzione ad un soggetto pubblico anche della gestione del servizio. — 12. *Segue:* la funzionalizzazione della gestione di un servizio pubblico, che sia soggettivamente del pari pubblica. — 13. La gestione soggettivamente privata di un servizio oggettivamente pubblico. — 14. Le modalità di erogazione del servizio pubblico e le loro controprestazioni. — 15. La determinazione della disciplina della erogazione del servizio pubblico in concessione; il ruolo del soggetto pubblico che ne è titolare. — 16. La determinazione della disciplina della erogazione del servizio pubblico in concessione; il ruolo dell'imprenditore concessionario. — 17. La concessione della gestione di un servizio pubblico come provvedimento unilaterale. — 18. La concessione della gestione di un pubblico servizio e gli accordi sostitutivi di provvedimento. — 19. Concessione della gestione di un pubblico servizio e disciplina della sua erogazione. — 20. Il programma di erogazione del servizio pubblico tra provvedimento unilaterale di concessione e accordo; gli accordi esecutivi di provvedimento.

1. *Le concessioni di pubblici servizi: l'importanza del tema, e le altre ragioni che ne impongono ripresa ed approfondimenti.*

La scelta del tema di questo convegno ha una ragione molto precisa: la scarsa considerazione che in questi ultimi anni ha avuto in dottrina l'istituto della concessione dei pubblici servizi; che

è stato oscurato, quasi eclissato da quello della concessione di costruzione di opere pubbliche: analizzato e dibattuto, per contro, in misura forse eccessiva, pur tenuto conto della rilevanza delle implicazioni economiche e pratiche in genere, che vi si connettono.

Ma la disattenzione verso il nostro tema appare sempre meno giustificabile: perché la concessione dei pubblici servizi è istituto che presenta importanza economica e pratica ancora maggiore. E, per di più, in ulteriore aumento: perché l'affidamento in concessione dei pubblici servizi è un modo del loro esercizio che appare particolarmente consono a quello che sembra essere lo spirito che in questi anni ha preso il sopravvento: contrario alla riserva, e comunque all'imputazione all'amministrazione di attività che siano organizzate economicamente in forma imprenditoriale, o che possano, o che, al limite, addirittura debbano così esserlo. E favorevole alla loro attribuzione, o addirittura restituzione a imprese private: come ai soggetti cui esse meglio si addicono. Senza contare che, con questa evoluzione, attività svolte da una mano pubblica la quale, almeno tendenzialmente, non può che essere monopolistica, potrebbero essere devolute ad un mercato con caratteristiche concorrenziali (potrebbero, ma non è detto che lo siano: si pensi alle vischiosità conseguenti alla lunghezza della durata delle concessioni, talvolta pluridecennale, sulle cui conseguenze distorsive della concorrenza ha richiamato l'attenzione di recente l'Autorità di tutela del mercato).

E nuovi fattori impongono un riesame degli apporti dottrinali in proposito: la dotazione non recente di molti di questi, e fra i più autorevoli; questa diversa e più favorevole valutazione dell'istituto; il suo inquadramento in un ordinamento nazionale che appare influenzato nella sua interezza da queste recenti tendenze di fondo.

E, soprattutto, l'incidenza che nella sua ricostruzione non può non avere l'ordinamento comunitario, che sempre più si sviluppa e si afferma, che a quello nazionale sempre più si sovrappone, che quello nazionale comunque sempre più condiziona intrinsecamente. Anzi, a questo proposito pare opportuna una osservazione preliminare. Si ha la sensazione che troppo spesso il

dato del diritto comunitario, o di quello nazionale che lo recepisce, venga considerato isolatamente: così che l'attenzione si concentra sulla singola direttiva, su quel che sono il suo oggetto esplicito, i limiti della sua applicabilità che ne conseguono, e i suoi contenuti così come sono letteralmente desumibili. Mentre, ormai, il diritto comunitario complessivamente considerato costituisce già un ordinamento, e un ordinamento corposo, consistente e rigoglioso: con tutte le implicazioni che dalla sua definizione come tale derivano. In particolare: con la possibilità, ma anche con la necessità, di individuare i suoi principi generali, e addirittura la sua natura intrinseca. Con ben più feconde potenzialità ricostruttive: con la possibilità di utilizzare tali suoi principi e tale sua natura, per ordinare a sistema le sue norme scritte, eventualmente colmandone le lacune. E per profilarne linee di sviluppo che, in quanto di realizzazione degli uni e dell'altra, appaiano prevedibili e ragionevoli. Così che, dalla inapplicabilità a quel che per il nostro diritto interno sono le concessioni di pubblici servizi, della direttiva CEE n. 92/50, del 18 giugno 1992, di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, che sarà constatata nel successivo par. 5, non dovrebbe conseguire necessariamente l'inapplicabilità ad esse pure dei principi generali in materia di concorrenza, di pubblicità, di pluralità delle offerte e di confronto tra di queste, e così via, che sono desumibili da tale direttiva, come dalle altre riguardanti gli appalti delle pubbliche amministrazioni, nonché dalle relative norme interne di ricezione; e, in ogni caso, non dovrebbero essere precluse pure le previsioni delle linee secondo le quali si formerà e si svilupperà il diritto comunitario, e il conseguente diritto nazionale, in ordine alle concessioni suddette.

2. *L'impostazione del problema: i casi di servizi pubblici da analizzare.*

Nella ripresa del tema della concessione di pubblici servizi, gli studi sulla disciplina della concessione di costruzione di opere pubbliche non possono essere considerate di grande aiuto, almeno aprioristicamente: non possono supplire alla attuale insuffi-



cienza dell'approfondimento del nostro istituto; giacché i principi che lo reggono, devono essere individuati con una ricerca autonoma: anche se, in ipotesi, i suoi risultati, per certi aspetti, si rivelassero poi convergenti. E, anzi, l'utilizzazione preventiva e diretta di quegli studi potrebbe risultare fuorviante e di danno: in quanto la loro immediata disponibilità inducesse alla rinuncia ad analisi specifiche delle caratteristiche della concessione di servizi, in molti punti dissimili dalle caratteristiche di quella di concessione di opere pubbliche; e, di qui, all'applicazione ad esse di principi non appropriati.

Nella ricostruzione dei caratteri della concessione di pubblici servizi, il profilo che appare saliente è quello della precisazione dei suoi effetti: quali vantaggi e svantaggi, e soprattutto quale qualità essa attribuisce al concessionario. È a tali suoi effetti che deve correlarsi quel che sarebbe per certi aspetti arbitrario considerare come un *a priori*: la definizione della sua natura giuridica.

Si devono indicare subito, tuttavia, le difficoltà che ogni studio del tema delle concessioni di pubblici servizi incontra: quelle che ineriscono alla precisazione dei tratti di ambedue le nozioni evocate dai termini che tale locuzione compongono. Difficoltà le quali ne condizionano e ne limitano gli esiti.

Anzitutto, la nozione di concessione: così discussa, così incerta, e tuttavia qui così rilevante. Sarebbe del tutto velleitario tentare qui di dare conto di un dibattito dottrinale ricchissimo di contributi, per l'intervento di tutti o quasi i maggiori studiosi del diritto amministrativo: fin dai primi, notissimi studi di Ranalletti, per arrivare agli scritti più recenti (1), nelle oscillazioni tra le ricostruzioni di tale provvedimento in chiave autoritaria e unilaterale, e quelle in chiave consensuale e convenzionale; del resto,

(1) Per questa ragione, per un panorama della vasta letteratura sull'argomento, ci si limita a rinviare alle due voci *Concessioni amministrative*, comparse abbastanza di recente, dovute, rispettivamente, a SORACE e MARZUOLI, nel *Dig. IV, pubbl.*, e a D'ALBERTI, nell'*Enc. giur. Treccani*; e a ricordare le due ampie monografie di GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova 1965; e di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli 1981. Inoltre, si vedano anche gli scritti appresso citati, relativi ai servizi pubblici, e alle concessioni che specificamente li riguardano.



forse più per le influenze che gli orientamenti generali del diritto amministrativo, sul filo delle diversità delle epoche e delle opinioni, hanno esercitato su questo tema specifico, che per approfondimenti che specificamente lo hanno riguardato. In questa sede, perciò, si adotterà una diversa impostazione. Anzitutto, si considererà quella particolare concessione, che ha per oggetto la gestione di un pubblico servizio: non solo perché tale è il particolare oggetto di questa analisi, ma anche perché molti dei contrasti e dei dubbi che investono il concetto di concessione amministrativa in generale, derivano dalla eterogeneità delle figure che vi si vogliono, e largamente vi si debbano far rientrare; del resto a loro volta contrastate e dubbie. Inoltre, si procederà con un ragionamento che non si sviluppi da premesse teoriche che riguardino in astratto tali concessioni. Perché, come si è già anticipato, al contrario, si preferisce partire dalla considerazione degli effetti che quella particolare concessione produce, e dai tratti dei rapporti che essa costituisce.

E, poi, la nozione di servizio pubblico: altrettanto discussa e incerta, per i significati da attribuire sia a tale sostantivo come a tale sua aggettivazione, e tuttavia altrettanto qui così rilevante. E anche a questo proposito, sarebbe velleitario pretendere di dare in questa sede un conto soddisfacente di una letteratura quanto mai vasta e controversa (2).

D'altra parte, dovremmo essere tutti perfettamente consapevoli che l'analisi della nozione di servizio pubblico richiederebbe da sola un intero convegno; e che alla sua conclusione ci ritroveremo sì più ricchi di idee, ma non necessariamente di idee più chiare o più pacificamente condivise. Perciò, appare qui scontata la necessità dell'adozione di un approccio più empirico al tema.

(2) È più opportuno rinviare, perciò, alle monografie più complete, e più recentemente comparse in materia: CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli 1993, specialmente pagg. 29 ss.; CAIA, in MAZZAROLI e altri, *Diritto amministrativo*, Bologna 1993, vol. I pagg. 709 ss., 735 ss.; cfr. anche la monografia di MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, di pochi anni anteriore (Milano, 1986); si ricorda, tuttavia, che tutti i più importanti scritti sulla nozione di concessione amministrativa in genere, lasciano ampio spazio al nostro specifico istituto.

Conseguentemente, ci si limiterà a tenere in considerazione alcune attività che ragionevolmente possono essere qualificate pubblici servizi, e che comunque normalmente così lo sono. Le quali possono essere gestite direttamente da soggetti pubblici: che, quindi, rispondano ad una nozione di pubblico servizio che sia marcata dall'elemento soggettivo. Ma che possono essere gestite anche da soggetti privati, sulla base di provvedimenti la cui natura *lato sensu* concessoria appare sufficientemente accettabile come postulato: per la cui definizione, allora, si può ipotizzare che rilevino pure elementi oggettivi.

Si vorrebbe tenere qui conto, per i fini e con la rilevanza così precisati, in primo luogo di alcune prestazioni essenziali per la vita quotidiana negli insediamenti abitativi: delle forniture di acqua potabile, di energia elettrica e di gas; alle quali può essere accostata la rimozione dei rifiuti solidi urbani. E ancora: dei servizi di trasporto collettivo, secondo le varianti di persone e di cose, urbani o extraurbani, su strada o su ferrovia; dei servizi di telecomunicazione; ed anche di altre attività, cui si accennerà in seguito di volta in volta, senza che occorra elencarle preventivamente.

L'enumerazione è tutt'altro che esauriente. Ma, per le esigenze di argomentazione sopra accennate, pare più che sufficiente. Soprattutto per il fattore già anticipato: perché non è ragionevole negare l'inquadramento di tali ipotesi nella categoria dei servizi pubblici. Con la conseguenza che tutti i suoi elementi caratteristici devono poter essere rintracciabili in esse. È vero, logicamente non vale la reciproca: perché si deve ammettere che in tutte tali ipotesi siano isolabili elementi propri non già della nozione generale di pubblico servizio, ma solo di una sua figura, o specie particolare. Ma l'eventualità pare da adombrare solo in astratto: giacché, empiricamente, il rischio che questa possibilità ricorra nella realtà, si intuisce essere abbastanza trascurabile; o, almeno, abbastanza trascurabili dovrebbero esserne le incidenze, sulla accettabilità delle conclusioni di questa relazione. Ciò che parrebbe rendere legittimo, oltre che opportuno, intraprendere l'individuazione di quegli elementi. Individuazione che si cercherà di rendere la meno disorganica e la più sistematica possibile: tentan-

do di porre in evidenza quanto di ciascuno di essi derivi dagli altri, o almeno vi si riconnetta.

3. *I caratteri comuni ai servizi pubblici considerati: a) la loro prestazione mediante attività; esercizio del servizio e utilizzazione dei beni pubblici necessari.*

✕ Il primo dato che occorre rilevare, è che l'esercizio dei servizi pubblici in tutte le ipotesi che si è detto di voler qui considerare, consiste nel compimento di determinate attività: in prestazioni. Tanto, che quando esso apparentemente si traduce soprattutto nella fornitura di beni, per esempio energia, o acqua, e così via, un esame appena poco più attento del suo contenuto essenziale rivela subito un dato diverso: esso riguarda, al contrario, soprattutto l'azione del fornire, più che l'oggetto materiale somministrato. E, del resto, anche in questa ipotesi il suo beneficiario viene definito non come acquirente, con un termine che sarebbe altrimenti più coerente, ma come utente: come utilizzatore del complesso di strutture e di attività che della consegna del prodotto costituisce il contesto, di cui la consegna del prodotto si rivela essere solo il risultato ultimo: del servizio, appunto (3).

L'osservazione sicuramente è banale. Ma non per questo irilevante.

Soprattutto, perché concorre nel porre le basi della distinzione tra concessione di servizi pubblici e concessione di uso di beni pubblici (4): nella quale, da parte dell'ente concedente, di solito non vi è molto di più della messa a disposizione del bene stesso.

(3) La frase nel testo denuncia evidenti difficoltà definitorie del profilo oggettivo, o contenutistico, della nozione di servizio pubblico; per riferimenti, cfr. la direttiva CEE 18 giugno 1992, n. 50/92, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (indipendentemente dalla sua inapplicabilità ai servizi pubblici cui si accennerà in seguito), l'art. 1 della quale, evidentemente per le medesime difficoltà, delimita soprattutto per esclusione i « servizi » i cui « appalti pubblici » vengono disciplinati.

(4) Cfr. sul punto la comunicazione di FRACCHIA, *La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica*, in questo volume, 3 ss.

Certamente, vi sono dei casi nei quali i due profili sono commisti.

Anzitutto, quando la concessione dell'uso di un bene pubblico, o l'apertura generalizzata ad esso, offra l'occasione per la localizzazione di punti di erogazione di un servizio pubblico, che, peraltro, può essere gestito anche altrove, e magari lo è prevalentemente: si pensi alla installazione in aree di pertinenza di autostrade, del servizio pubblico di distribuzione di carburante (se tale potesse essere considerato), e di attività connesse. E, inoltre, di prestazioni di servizi pubblici più specificamente legati all'uso del bene medesimo, o con modalità più specificamente adattate: si pensi, per continuare l'esempio delle autostrade, al servizio di soccorso stradale (anche qui: se pubblico in senso tecnico potesse essere considerato), così come vi è organizzato. Ma in questi casi, la rilevabilità di prestazioni di attività accessorie alla mera messa a disposizione di beni pubblici, non può suggerire un mutamento della qualificazione dell'istituto: che rimane sempre di concessione, o di apertura all'uso di beni pubblici, per la prevalenza del profilo, appunto, del loro uso, che nei medesimi casi si deve riscontrare.

Può darsi, d'altra parte, che in altri casi il fenomeno si presenti con segni opposti: sicuramente si può verificare che la concessione di un pubblico servizio implichi anche la messa a disposizione di beni pubblici: di quelli strumentalmente necessari per il suo esercizio. Si può immaginare l'ipotesi, per esempio, indipendentemente dal grado del suo realismo, di una concessione dell'esercizio del servizio sanitario ospedaliero, in edifici e con apparecchiature che siano o rimangano di proprietà pubblica, ma il cui uso venga parimenti consentito al concessionario del servizio. Anche qui, tuttavia, questo ulteriore profilo non può spostare la qualificazione dell'istituto: stavolta come concessione di servizio pubblico. In base al criterio della prevalenza già prima applicato: perché ora è tale ulteriore profilo a presentarsi come accessorio.

Non vi è dubbio che vi possano essere casi nei quali non sia facile stabilire quale dei due aspetti, se la prestazione di una attività o la messa a disposizione di un bene, prevalga sull'altro. E,

d'altra parte, la distinzione tra l'una e l'altra forma di concessione deve essere completata con la considerazione di certi elementi soggettivi, e di altri elementi oggettivi, cui si accennerà in seguito.

Ma essa deve rimanere ferma nelle sue grandi linee. E, attualmente, si rivela essere suscettibile di applicazioni pratiche di grande portata.

Come si è subito detto, infatti, nel campo dei pubblici servizi si devono registrare pressioni e tendenze contrarie al loro esercizio monopolistico: soprattutto, spinte di matrice comunitaria. La frantumazione di posizioni monopolistiche, peraltro, trova ostacoli per quei servizi pubblici che implicano l'uso di beni che è impossibile, o almeno inutilmente gravoso moltiplicare, e col quale l'esercizio di tali servizi finora si è presentato giuridicamente connesso: come è noto, oggi si discute del problema con particolare vivacità a proposito dei trasporti ferroviari, e delle telecomunicazioni, specie di quelle che richiedono notevoli impianti come la telefonia via cavo, o attraverso una rete fitta di ripetitori-radio. Ora, come ben si sa, il mezzo cui si pensa, almeno per ridurre l'area nella quale tali ostacoli insorgono, se non per eliminarla addirittura, è la scissione del profilo della utilizzazione dei beni da quello della prestazione dei servizi (5). Da un lato, infatti, la proprietà delle infrastrutture potrebbe rimanere unitariamente nella mano pubblica: specie se si volessero mantenere in ogni caso a carico della collettività gli investimenti necessari per la loro realizzazione, e i costi della loro manutenzione (ma non sembra essere il caso delle telecomunicazioni). E, dall'altro, il loro uso potrebbe essere assentito in connessione con la concessione del servizio il cui esercizio ne richiede la fruizione: non più necessariamente ad un concessionario unico, ma potenzialmente ad una pluralità di imprese, la cui naturale tendenza al profitto porterebbe ad una compressione dei costi, con l'auspicio che essa avvenga soprattutto per mezzo di una razionalizzazione della gestione, e non per altre vie più pregiudizievoli per il complesso degli utenti.

(5) Su questo problema, cfr. FRACCHIA, *op. cit.*, 8 ss.

4. Segue: b) *la loro prestazione mediante comportamenti di fatto; prestazione del servizio e atti giuridici.*

D'altra parte, l'attività nella quale si risolve la prestazione di pubblici servizi, consiste in comportamenti del soggetto erogatore, o comunque a lui imputabili, che sono di fatto, e non costituiscono atti giuridici: in particolare contratti e provvedimenti. Sol che si pensi al trasporto di persone e cose, alla trasmissione di segnali via cavo o via etere, alla fornitura di acqua potabile, gas, elettricità, come anche alla diagnosi e cura di malati, o all'insegnamento, ed alla prestazione di altre utilità che del pari debba sicuramente considerarsi servizio pubblico qualunque nozione se ne abbia, questo rilievo appare incontrovertibile. Anche se non esclude affatto che nella vicenda possano, o debbano intervenire anche tanto atti e provvedimenti amministrativi, che atti e contratti di diritto privato (6).

Anzi, non vi è dubbio che, nell'erogazione dei servizi pubblici, essi ricorrano, e ricorrano numerosi: in particolare, nei confronti del singolo rapporto che il soggetto erogatore instaura con l'utente, a cominciare da un eventuale atto, amministrativo o di diritto privato, di ammissione di questo a godere del servizio erogato; e anche atti che non hanno tale carattere *lato sensu* negoziale: si pensi agli accertamenti da parte di tale soggetto, di contravvenzioni a norme primarie o secondarie commesse dall'utente stesso, o ai certificati che esso rilasci circa le sue prestazioni, o altri oggetti variamente connessi col suo ruolo; ed è tra atti del genere, che vanno rinvenuti i provvedimenti, e i meri atti amministrativi, che pure il concessionario privato di un pubblico servizio è legittimato ad emanare, in forza della concessione che basa tale suo ruolo (cfr. i successivi parr. 12 e 16). Soprattutto, oltre all'eventuale concessione del servizio pubblico, consiste in un provvedimento amministrativo, quando non abbia forma addirittura legislativa, il fondamento medesimo delle prestazioni che vi si possano ricondurre: come si vedrà, la decisione, di solito la deliberazione perché è adottata da un organo collegiale, di isti-

(6) Cfr. CAIA, *op. cit.*, pagg. 725 ss.

tuirlo; e consistono in analoghi provvedimenti le determinazioni circa le modalità della sua erogazione; e così via.

Ma, malgrado la rilevabilità di tanti atti giuridici, tuttavia di così varia natura, che incidono sulla gestione ed erogazione di un servizio pubblico, e che vi incidono così profondamente, deve rimanere intatto il rilievo che esso, per l'essenziale, consiste in prestazioni, in utilità fornite dal soggetto erogatore mediante suoi comportamenti di fatto.

D'altra parte, può rimanere qui impregiudicato se questo tratto oggettivo o contenutistico del servizio pubblico valga a differenziarne la nozione da quella di funzione pubblica (7): perché qualunque tesi si preferisca accogliere al riguardo, non può spostare i termini del ragionamento seguito.

5. Segue: c) *i servizi pubblici come servizi offerti al pubblico.*

La notata essenzialità delle prestazioni di fatto nell'erogazione del servizio pubblico, è un dato rilevante. Perché questo profilo di tale servizio pubblico, ne consente e spiega un altro, ancor più notevole: presumibilmente caratterizzante il concetto in generale, almeno secondo il nostro ordinamento nazionale; e in ogni caso addirittura parimenti essenziale per quei servizi pubblici della cui concessione è qui questione. Ossia: che le prestazioni nelle quali i servizi pubblici da concedere si risolvono, devono essere offerte, e comunque rivolte al pubblico. Si deve sottolineare: e non all'amministrazione. Da questo punto di vista, l'aggettivo « pubblico » attribuito al sostantivo « servizio », sicuramente polisenso, acquista qui il significato di « a disposizione del pubblico ».

L'osservazione non è certo nuova; anzi, è generalmente condivisa. Ed essa deve essere qui esplicitamente ripresa e confermata, perché costituirà la base delle ulteriori argomentazioni che saranno subito accennate. Soprattutto, perché ne deriva subito una

(7) Per lo sviluppo dottrinale di questa correlazione, cfr. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 30 ss.; e per valutazioni critiche in proposito, v. CAVALLO PERIN, *ibid.*, pagg. 57 ss., nonché CAIA, *op. cit.*, pagg. 725 ss.

conseguenza importante anche praticamente, e di grande attualità: l'esclusione dell'applicabilità alla concessione dei pubblici servizi qui studiata, della direttiva CEE n. 92/50, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi: perché essa si riferisce a prestazioni che, per contro, vengono fornite all'amministrazione medesima (8). Almeno, la sua applicabilità diretta: giacché, come si è già anticipato, dall'ordinamento comunitario che concorre a comporre, e proprio per il rilievo col quale concorre a comporlo, parrebbero desumibili principi generali con essa coerenti; principi la cui validità, appunto per la loro generalità, potrebbero trascendere, viceversa, i circoscritti limiti della materia alla quale tale direttiva si riferisce specificamente: fino a investire anche quella diversa qui considerata.

6. Segue: d) *servizi pubblici e organizzazione imprenditoriale.*

Al dato per il quale devono essere offerte al pubblico le attività di fatto, e più precisamente le prestazioni nelle quali si risolvono i servizi pubblici, almeno quelli qui considerati, si riconnette un ulteriore loro tratto: la loro produzione e distribuzione, almeno tendenzialmente, potrebbe essere organizzata in modo imprenditoriale; anzi, secondo le linee di evoluzione che sembrano attualmente prevalere nell'ordinamento, come si è già accennato, addirittura dovrebbero esserlo: con la conseguenza che i rapporti che il soggetto erogatore di tali servizi costituisce e intrattiene con i relativi utenti, dovrebbero configurarsi, almeno tendenzialmente, come aventi fondamento contrattuale e natura privatistica (9).

(8) Su questa direttiva, e su questo problema, v. la comunicazione della dott.ssa RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in questo volume (e in *Riv. dir. amm.*, 1994, 201); cfr. anche la comunicazione della dott.ssa RAMAJOLI, *Concessione di pubblico servizio e diritto comunitario*, in questo volume (e in *Riv. dir. amm.*, 1993, 563).

(9) Cfr. CAIA, *op. cit.*, pag. 776, che richiama anche le due note sentenze della Corte costituzionale in questo senso: 17 marzo 1988, n. 303 (*Foro it.*, 1989, I, 56, con nota di MARZIALE; annotata, tra gli altri, anche da CARBONI, *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1443; e da SICA, *Rass. dir. civ.*, 1989, 177), relativa al servizio postale,

La formula, evidentemente, è imprecisa. Ma è sufficientemente espressiva della sostanza che si vuole qui segnalare. Basta per indicare, cioè, che il servizio pubblico, oltre che essere offerto al pubblico, deve anche vivere sul mercato: nel senso che i suoi prodotti devono essere acquistati dagli utenti, e che il suo equilibrio finanziario deve essere raggiunto mediante l'acquisizione dei relativi corrispettivi. Di sicuro, talvolta solo in parte: perché, come si accennerà meglio in seguito, nella gestione dei servizi pubblici è frequente la presenza di vari fattori che possano distorcere la pura logica imprenditoriale, a cominciare dagli oneri sociali che possono essere addossati al gestore, e dai prezzi che per analoghe ragioni possono essergli imposti (10). Ma che il gestore del servizio pubblico debba trovare nel mercato un recupero dei suoi costi, anche se talvolta esso non sia totale, è un dato che di per sé non esclude, e che anzi, d'altra parte sollecita, un suo orientamento al mercato che viceversa sia completo.

La sua esigenza di reperire in questo modo almeno parte dei mezzi finanziari necessari per l'esercizio del servizio che è tenuto a prestare, inoltre, lo obbliga a conformare la sua azione a determinate regole: quanto meno, a criteri di economicità. E condiziona la stessa struttura della sua organizzazione. L'ipotesi nella quale tale gestore sia un'amministrazione, appare particolarmente significativa da questo punto di vista; perché anche quando il servizio pubblico pertenga ad un ente che è organizzato in modo tradizionale, non è un caso che venga erogato da strutture distinte e con caratteri differenziati da quella sua propria: le quali, per esempio, si atteggiavano più frequentemente nelle forme delle aziende autonome o degli enti pubblici di livello nazionale, quando il servizio medesimo trovi riferimento nell'amministrazione centrale dello Stato; e di quelle delle aziende una volta municipa-

e 20 dicembre 1988, n. 1104 (*ibid.*, 1, con nota di MAZZIA; annotata, tra gli altri, anche da PELLEGRINO, *Cons. Stato*, 1989, II, 503; e da ZENO ZENCOVICH, *Dir. informaz.*, 1989, 189), relativa al servizio telefonico.

(10) Sui problemi del finanziamento degli « obblighi » del servizio pubblico dal punto di vista del diritto comunitario, cfr. la già citata comunicazione della dott.ssa RACCA.

lizzate ed oggi speciali, quando trovi riferimento nei comuni; e così via. Va da sé che, nell'ipotesi nella quale il gestore del servizio pubblico sia un privato concessionario, questo, almeno nella normalità dei casi, si configuri come una impresa, ai sensi dell'art. 2082 cod. civ.

Si ammette subito, peraltro, che il rapporto tra gestione del servizio pubblico e imprenditorialità delle strutture e delle attività mediante le quali viene svolto, non possa essere così diretto come potrebbe desumersi da questi rilievi. Se molti servizi pubblici sono così gestiti, non importa se da gestori pubblici o privati, altri non lo sono. In particolare, e tranne spunti nella legislazione più recente del resto quasi completamente ancora da attuare, la sanità e l'istruzione (non a caso, d'altra parte, come si noterà successivamente): che non sono finanziate per una quota significativa, con i corrispettivi versati dai beneficiari delle loro prestazioni, secondo le regole del mercato. Ma alle quali, tuttavia, non potrebbe certo negarsi tale qualifica, pur se non fanno parte del gruppo dei servizi pubblici che aprioristicamente si sono posti come da analizzare qui, e pur se in essi non sono rilevabili tutti i tratti caratteristici individuabili in questi. Si dirà, allora, che i servizi pubblici, pur quando non siano in atto gestiti imprenditorialmente, sono comunque suscettibili di diventarlo in potenza: come dimostrano gli spunti legislativi cui si è accennato, relativi proprio ai due servizi pubblici suddetti; la cui gestione, oltre che essere, per così dire, etero-finanziata, è ancor oggi improntata ai principi pubblicistici più tradizionali: anzi, ne è addirittura permeata. D'altra parte, se l'imprenditorialità, sia strutturale che funzionale, per il gestore pubblico può essere accidentale, anche se destinata a imporsi come naturale almeno secondo le tendenze legislative di questi anni, per il gestore concessionario privato è viceversa essenziale: almeno, di nuovo, nella normalità dei casi; come può rilevarsi anche per la sanità e l'istruzione, nei limiti e nelle forme nelle quali pure il loro esercizio può essere oggetto di concessione (11). E, del resto, la concedibilità era stata posta

(11) Sul carattere di concessionario di un pubblico servizio del laboratorio

già all'inizio di questa riflessione, come elemento dei servizi pubblici che essa intende considerare.

#### 7. I servizi pubblici e la « doverosità » della loro offerta al pubblico.

La nozione del servizio pubblico che è venuta finora a delinearsi, almeno in riferimento ai casi di servizi pubblici che si è detto di voler qui considerare prioritariamente, si è caratterizzata progressivamente come prestazione di utilità al pubblico, offerte sul mercato, secondo criteri strutturali e funzionali di imprenditorialità almeno tendenziale o anche solo potenziale. Così, è venuto a porsi con chiarezza un problema cruciale, se non addirittura il problema cruciale della sua definizione: in che modo e per quali ragioni il servizio pubblico medesimo si possa distinguere dall'attività economica che tale non possa essere qualificata (12). Tendenzialmente, anche da quella sottoposta dalla legge agli opportuni programmi e controlli di cui all'art. 41, terzo comma, Cost. Dalla normale attività economica, comunque, realizzata dagli altrettanto normali operatori privati. Ma anche da soggetti formalmente pubblici, pure di tipo tradizionale (13). E senza rinunciare a considerare in questa prospettiva, se non altro per poter disporre di un ulteriore termine di confronto, anche l'ipotesi

di analisi o della casa di cura privata convenzionata con una unità sanitaria locale, v., tra le tante, Cass., 21 maggio 1992, n. 6132, *Foro it.*, 1992, I, 2670, con nota di richiami; e sul carattere di concessionario dell'istituto di istruzione privato legalmente riconosciuto, Cass., 13 gennaio 1992, n. 317, *Foro it.*, 1993, I, 2328, con nota di richiami, che, tuttavia, non lo qualifica esplicitamente come di un pubblico servizio, e che ne trae la conseguenza della sussistenza della giurisdizione amministrativa, sul ricorso di un alunno contro il provvedimento di espulsione che gli era stato inflitto.

(12) Cfr. MARINO, *Servizi pubblici*, cit., tutto il capitolo secondo, soprattutto dal punto di vista della distinzione tra servizio pubblico e impresa pubblica; successivamente, per precisi richiami dottrinali sulla distinzione, CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 39 ss.

(13) Sulla capacità imprenditoriale degli enti pubblici, e sui suoi limiti, cfr. in giurisprudenza, esemplificativamente, in riferimento alla assunzione da parte di una provincia di un autoservizio pubblico di linea in un ambito più ampio del suo territorio, Cons. Stato, sez. VI, 12 maggio 1990, n. 374, *Foro it.*, 1991, III, 270, con nota di richiami.

in un certo senso intermedia, dell'attività economica delle (residue) società per azioni in mano pubblica: perciò strumenti di azione per le amministrazioni, ma ciò nonostante a loro volta formalmente soggetti giuridici ancora di diritto privato; ben s'intende, in quanto non siano a loro volta concessionari di pubblici servizi.

A questa questione, pare intuitiva la risposta: il fattore che differenzia il servizio pubblico, il vero servizio pubblico, da un'attività anche oggettivamente analoga, ma che tale non possa essere considerata, è la sua « doverosità » (14). In vari sensi, e con diversi gradi di precisione giuridica.

Sembra che alla base della istituzione di un servizio pubblico, o, per lo meno, della qualificazione come tale di una data attività di prestazione, debba individuarsi una valutazione. La valutazione che tale attività debba essere posta a disposizione dei cittadini, dei componenti della comunità nazionale; e, ben s'intende, e sia pure tendenzialmente, e in forme e limiti variabili, anche di chi con le nostre istituzioni pubbliche, o col territorio nazionale, abbia relazioni più labili: fino al turista di passaggio. Una valutazione del genere, tendenzialmente è connessa con la considerazione che il funzionamento del mercato a tal fine sia insufficiente, e debba essere corretto, o addirittura supplito da una azione pubblica; ma non solo, e non necessariamente: perché essa sbocca inevitabilmente sull'esigenza che tale attività sia prestata con vincoli di continuità, costanza di dati quantitativi e qualitativi, ecc., che il mercato, di per sé, non può assicurare. Ed è una valutazione che, in tutta evidenza, ha carattere essenzialmente politico. Ha un carattere che trova, che deve trovare un preciso riscontro nella forma giuridica che deve assumere. Nel senso che deve essere espressa in una disposizione di livello legislativo (15); e in una disposizione legislativa tendenzialmente statale:

(14) Per un ordine di idee simile a quello sostenuto del testo, v. già MARINO, *Servizi pubblici*, cit., *passim*, e specialmente pagg. 154 ss. Cfr. in proposito CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., l'intero capitolo secondo, e specialmente pagg. 46 ss., che, poi, ha autonomamente sviluppato l'idea a pagg. 61 ss., anche, e con particolare riguardo, dal punto di vista dell'utenza.

(15) Cfr. MARINO, *Servizi pubblici*, cit., pagg. 49 ss.

perché anche quando il servizio medesimo viene istituito con o sulla base di una legge di una regione, questa deve trovare riscontro, oltre che nelle norme costituzionali che ne definiscono le competenze, nei principi fondamentali di cui all'art. 117 Cost.; e quando viene istituito con deliberazione di un ente locale, questa, secondo l'art. 128 Cost., deve trovare base in una disposizione legislativa parimenti statale, anche se eventualmente più o meno mediata da leggi regionali (cfr. adesso l'art. 3 della L. n. 142 del 1990) (16). E salvi gli ulteriori condizionamenti di livello addirittura costituzionale; perché è evidente in quale larga misura i servizi pubblici così intesi, si presentino come strumenti, e come strumenti spesso insostituibili, per l'attuazione di principi che fortemente marcano la nostra Costituzione (17): dal principio di solidarietà di cui all'art. 2, a quello di uguaglianza sancito dall'art. 3, primo comma, e all'esigenza di eliminare, o almeno di attenuare le disuguaglianze di fatto che la pregiudicano, che al legislatore impone di perseguire il successivo secondo comma.

Sembra che, in questa prospettiva, abbiano acquistato carattere di servizi pubblici, anzitutto quelle attività che rispondano a bisogni primari. In primo luogo dei singoli individui; e qui l'esempio più evidente è costituito dalla sanità. Ma non solo. Anche dal punto di vista dello Stato: secondo il ruolo che esso stesso si impone di svolgere; e questo pare essere il caso dell'istruzione. Ritroviamo così i due servizi che pur oggi rimangono esercitati nelle forme pubblicistiche tradizionali. Non casualmente. Perché in essi quella doverosità che si è individuata come elemento essenziale della nozione analizzata, nel primo senso nel quale il termine è per il momento inteso, si presenta tuttora con la maggiore intensità accennata. E, allora, la forma fortemente e tradizionalmente pubblicistica della loro gestione, pare corrispondere soprattutto alla convinzione per lungo tempo condivisa, e che nep-

(16) Cfr., in riferimento all'atto di assunzione del servizio pubblico, e con particolare riguardo all'esigenza che esso, ove non sia contenuto in una legge formale, sia espressione di autonomia di un ente pubblico territoriale, CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 84 ss.; v. anche la letteratura ivi richiamata, e soprattutto l'opinione convergente di MARINO.

(17) Cfr. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 61 ss., 80 ss., e la letteratura ivi richiamata.

pur oggi si crede che possa essere abbandonata, che è essa quella più coerente con tale vincolo funzionale. Inoltre, che un soggetto pubblico possa agire in forma viceversa privatistica e imprenditoriale, pur nell'adempimento di suoi ruoli istituzionali, è idea che appare successiva, almeno logicamente, a quella che tali ruoli non si esauriscano nelle funzioni pubbliche più classiche: da questo angolo visuale, per così dire, lo Stato erogatore di servizi sembra precedere, sempre almeno logicamente, lo Stato imprenditore.

E poi, naturalmente, hanno acquistato il carattere di pubblici servizi quelle altre attività che sono destinate a soddisfare bisogni ulteriori: via via che i progressi civili, economici, tecnologici e quant'altro della società, li venivano a imporre in modo accentuato; via via che la possibilità di ulteriori sviluppi di tali progressi, veniva a richiedere e presupporre che essi venissero soddisfatti, almeno al minore precedente loro grado. E, così, hanno acquistato tale carattere, le attività di fornitura delle varie energie, di trasporti collettivi, di telecomunicazioni, eccetera.

Per la cui gestione ed erogazione, strutture, forme e criteri imprenditoriali ormai parevano più adeguati: per evoluzioni e secondo passaggi che non occorre rendere espliciti e scandire, tanto sono noti, e comunque intuitivi. Ma la cui offerta al pubblico, ciò nonostante, era ed è non meno marcata dalla « doverosità », nel senso anzidetto del termine: anche se la conciliazione di tali loro strutture, forme e criteri, con tale loro carattere, pone delle questioni: la maggior parte delle questioni che si incontrano nella materia qui analizzata. Ed è questa loro « doverosità » che li distingue dalle prestazioni fornite come normali attività economiche, da soggetti privati ma talora, come si è visto, anche pubblici, che servizi pubblici non possano essere considerate: le quali in tanto sono a disposizione degli acquirenti e degli utenti, solo in quanto operatori economici hanno trovato di loro interesse offrirle ad essi, e finché vi trovano interesse, secondo le regole del mercato.

#### 8. *I servizi pubblici e i possibili squilibri economici della loro gestione.*

Ma la « doverosità » della offerta al pubblico delle prestazioni nelle quali l'esercizio del servizio pubblico si risolve, è solo la

forzatura di base delle regole del mercato che la sua gestione comporta: per valutare più compiutamente quanto questa possa discostarsi da esse, bisogna considerare anche le conseguenti eventuali distorsioni del rapporto costi-ricavi. E le misure necessarie al suo riequilibrio: che, sempre opportuno, sarebbe addirittura ineludibile, quando il gestore sia un concessionario privato, o almeno operante tendenzialmente con criteri privatistici.

Che le prestazioni del servizio pubblico « debbano » essere offerte al pubblico, non implica di per sé che esse debbano essere pure ad un prezzo non remunerativo rispetto ai costi e al capitale investito. Ma solo sul piano della logica astratta. Perché nella concretezza dell'esperienza, questo risultato si presenta talvolta irraggiungibile, e, comunque, ancor più frequentemente non raggiunto.

Sarebbe del tutto inopportuno richiamare qui anche solo gli esiti della imponente letteratura di matrice economica, sui criteri cui dovrebbe ispirarsi la determinazione delle tariffe dei servizi pubblici: anche a prescindere dal dato, ovvio, per il quale essi sono controversi. Con molta semplicità, allora, si accenneranno qui alcune delle ragioni che spingono per uno squilibrio tra costi e ricavi nella gestione dei servizi pubblici, anche a prescindere dalle eventuali, e purtroppo frequenti sue diseconomie dovute a sue irrazionalità e inefficienze. Si noterà, così, che la fissazione di tali tariffe addirittura a quel livello pienamente remunerativo, in taluni casi è resa impossibile già da ragioni intrinseche a quei servizi: nel senso che un loro prezzo che ne coprisse totalmente i costi, li renderebbe non appetibili ai loro utenti. Così che verrebbe frustrato lo stesso scopo primario che della istituzione del servizio pubblico è addirittura la ragion d'essere: la messa a disposizione della collettività, di determinate prestazioni. E reso inconseguibile anche l'obiettivo minore rispetto all'equilibrio economico cui la loro gestione dovrebbe comunque tendere: il reperimento sul mercato almeno di una parte dei mezzi finanziari per essa necessari. Di questa prima eventualità, un esempio molto chiaro pare possa essere offerto dal servizio ferroviario, e da quelli dei trasporti urbani di persone: si immagini quale potrebbe essere la contrazione della loro utenza, specie a favore di altri ti-

pi di trasporto soprattutto privato, se venissero scaricati su di essa, mediante un corrispondentemente adeguato aumento delle loro tariffe, i loro attuali *deficit* di gestione.

Questa prima ragione di impossibilità almeno tendenziale che le tariffe dei pubblici servizi coprano i loro costi, è già anche una prima conseguenza della « doverosità » delle loro prestazioni: che, quando è stata valutata politicamente come necessaria, o anche solo opportuna, rende vincolata l'offerta al pubblico di queste, pure nei casi di una sua antieconomicità per così dire « oggettiva ». Va da sé, inoltre, che questo rilievo riguarda le conseguenze non solo della scelta fondamentale, più o meno direttamente politica, se una data attività « debba » essere offerta alla collettività, appunto come un servizio pubblico, ma anche delle scelte ulteriori, almeno logicamente successive, circa i modi, l'intensità, i ritmi, l'estensione dell'ambito e così via, con le quali e in cui deve esserlo: è evidente quanto minori sarebbero i costi del servizio postale, per esempio, se il prelievo e il recapito della corrispondenza potessero essere circoscritti ai soli grandi centri, e non dovessero essere estesi fino all'ultimo villaggio di montagna.

Ma del tendenziale equilibrio tra costi e ricavi nella gestione dei servizi pubblici, vi sono poi anche altre ragioni, che della sua « doverosità » paiono sviluppi naturali, soprattutto da un punto di vista stavolta soggettivo. Pare implicito nella valutazione politica che determinate prestazioni « debbano » essere offerte al pubblico, e che debbano esserlo con determinate modalità, che tutti i loro destinatari potenziali « debbano » essere tendenzialmente in grado di usufruirne: anche indipendentemente dalle loro possibilità economiche. Naturalmente, solo entro certi limiti, che di volta in volta sono variabili secondo l'essenzialità, o almeno l'importanza del servizio reso, in relazione ai suoi costi: è evidente che la carenza di mezzi finanziari dell'utente merita di essere ben diversamente considerata come ostacolo più giustificato o meno giustificato alla fruibilità delle prestazioni, secondo che si tratti, poniamo, dei servizi di telecomunicazioni o del servizio sanitario nazionale. Sono esigenze, comunque, che si traducono in ulteriori ragioni di compressione delle tariffe dei servizi pubblici.

Diversamente articolata secondo la maggiore o minore essenzialità delle loro prestazioni: non tutte quelle sanitarie, per esempio, sono ugualmente importanti per la salute. E in relazione alle possibilità economiche dei loro utenti. L'esigenza che tutti i loro potenziali beneficiari ne possano usufruire, può tradursi anche qui, in una riduzione delle loro tariffe, generalizzata nei confronti di questi. Ma più spesso tale riduzione viene modulata in relazione al reddito degli utenti medesimi: naturalmente, a quello che risulta al fisco. Con una soluzione teoricamente più equa, ma la cui attuazione risente dell'ampia inattendibilità degli accertamenti fiscali relativi a larghe fasce di redditi da capitale e da lavoro autonomo: con la conseguente possibilità che le evasioni fiscali, sicuramente in quelle sacche di reddito assai estese, frustrino una corretta applicazione di quelle articolazioni di prezzi, e, anzi, così vengano premiate due volte. Senza contare che, in tal modo, ugualmente vengono duplicati gli effetti di un sistema tributario basato soprattutto sulle imposte dirette, il cui prelievo è già articolato in modo fortemente progressivo.

Non importa qui approfondire il tema della tariffazione dei servizi pubblici, del resto di competenza soprattutto degli economisti, dei sociologi, degli scienziati dell'amministrazione, e così via, e non di stretta competenza del giurista, o solo del giurista, in particolare dell'amministrativista. Però, se ogni esame più analitico di questi problemi sarebbe del tutto stonato e inopportuno in questa sede, è facile rilevare rapidamente le tendenze di fondo che in materia hanno prevalso politicamente. E cioè. Soprattutto negli ultimi due-tre decenni, come è noto, l'esigenza dell'equilibrio dei conti economici della gestione dei servizi pubblici, è stata poco sentita: sia per quel che riguarda i caratteri quantitativi e qualitativi delle prestazioni cui si è voluto imprimere doverosità, che per quel che concerne le relative tariffe che si è voluto stabilire; con conseguente traslazione dei costi dagli utenti ai contribuenti, ma anche a carico del debito pubblico. Attualmente sembrerebbe verificarsi una inversione di tale orientamento (18). E,

(18) Cfr., per esempio, l'art. 23, quarto comma, della L. n. 142 del 1990;

in ogni caso, affiora la tendenza a rendere evidenti i costi c.d. sociali, staccandoli da quelli di una gestione tendenzialmente equilibrata, ed addossandoli agli enti pubblici cui fanno riferimento gli interesse collettivi che tendono a soddisfare (19).

Comunque, quando il conto economico della erogazione di un servizio pubblico sia squilibrato, sorgono evidenti difficoltà nella ricostruzione della sua disciplina. Specie nell'ipotesi nella quale essa sia assicurata da un concessionario privato. Quindi, almeno nella normalità dei casi, da un imprenditore, il quale, per definizione, non può essere motivato che dal profitto: al quale, perciò, sempre per definizione, non possono essere accollati i costi sociali che l'amministrazione ritiene che debbano gravare su tale erogazione stessa. E anche l'esigenza di conciliare i non rari *deficit* nella gestione dei servizi pubblici, con la sua almeno tendenziale imprenditorialità, pone altri problemi che si incontrano nella materia qui analizzata.

9. *La caratterizzazione oggettiva e quella soggettiva del servizio pubblico, limitatamente alla sua titolarità.*

Nel tentativo di delineare qualche possibile soluzione per i gruppi di problemi individuati, si deve partire dal concetto di servizio pubblico: nei limiti, già denunciati come assai stretti, nei quali la ripresa di una nozione tanto controversa sia qui possibile.

Come è noto, il dibattito su di questa si è lungo polarizzato sulla contrapposizione tra una sua definizione soggettiva e una sua definizione oggettiva (20). Nella prospettiva qui delineata, dalla « doverosità » qui tanto sottolineata, della offerta al pubblico della prestazione nella quale tale servizio si risolve, e ciò malgrado l'eventuale squilibrio economico della sua gestione che ne

e l'art. 12, soprattutto quarto e quinto comma, della L. 23 dicembre 1992, n. 498, interventi urgenti in materia di finanza pubblica.

(19) Cfr., per esempio, il già richiamato art. 23 della L. n. 142 del 1990, al sesto comma.

(20) Per la storia di questo dibattito, e per l'analisi delle varie opinioni di volta in volta sostenute, v., da ultimo, CAIA, *op. cit.*, specialmente pagg. 735 ss., 740 ss. Cfr. anche MARINO, *Servizi pubblici*, cit., pagg. 105 ss.

possa conseguire, emerge un forte argomento nettamente a favore di questa seconda soluzione. Della soluzione che ha trovato la sua più compiuta elaborazione dottrinale nella nota monografia di Umberto Pototschnig (21): non più recente, ma tuttora largamente attuale; anche se non se ne condividessero le conclusioni ultime, e probabilmente più datate da una stagione politica e culturale ben diversa da quella che oggi sembra prevalere, secondo le quali i servizi pubblici tenderebbero a coincidere con le attività economiche anche di soggetti privati, controllate e programmate ai sensi dell'art. 41, terzo comma, Cost.: e, del resto, motivi di perplessità al riguardo potrebbero trarsi anche da alcune considerazioni qui accennate.

Però, nella medesima prospettiva qui delineata, quella tra servizio pubblico in senso oggettivo e servizio pubblico in senso soggettivo si rivela come una antitesi largamente falsa e fuorviante: perché l'uno implica l'altro. Di necessità. Certamente, i pubblici servizi possono essere gestiti anche da soggetti privati. Anzi: tendono sempre più ad esserlo. Di più: anche nei tempi passati, la loro gestione da parte di soggetti pubblici sembra essere stata più il portato di ragioni politiche, e pratiche in genere, che fattore essenziale della nozione giuridica dell'istituto. E, quindi, da questo punto di vista, il significato soggettivo della nozione appare assai debole. Però, solo se dei servizi pubblici si considera la gestione. La quale, del resto, pare aver attirato maggiormente l'analisi giuridica. E, anzi, molto spesso è stata considerata comprensiva in modo indifferenziato di tutti gli aspetti dell'istituto: per esempio, è perché ha recepito una sua nozione troppo ampia, e per questo inaccettabile, che il legislatore sull'ordinamento delle autonomie locali ha potuto riferire ai comuni e alle province quella dei servizi che pertengono loro (art. 22 L. n. 142 del 1990). Ma che, malgrado la prevalenza di questa impostazione dello studio della materia, non la esaurisce: perché, accanto al profilo gestionale, nei servizi pubblici esiste un altro profilo. Che dal primo deve essere tenuto ben distinto. Che il primo sovrasta.

(21) *I pubblici servizi*, Padova 1964.

E che, viceversa, non può non avere un riferimento soggettivo esclusivamente pubblico.

Quale questo ulteriore profilo sia, lo si può cominciare a desumere intuitivamente proprio dal dato che si è posto come fondamentale per la definizione della nozione di servizio pubblico, anche se riconoscendone il carattere fundamentalmente oggettivo: la « doverosità » della sua offerta al pubblico. Giacché, se questa « doverosità » è così essenziale per l'istituto, diventa altrettanto indispensabile che ci sia un soggetto che la garantisca. E questo soggetto non può che essere pubblico.

Inoltre, e prima ancora, solo un soggetto che sia pubblico può stabilire che una determinata attività debba essere offerta alla collettività, con tale « doverosità », e, quindi, come il contenuto di un servizio pubblico: in quanto la relativa valutazione non sia già stata compiuta dalla legge, secondo le osservazioni che saranno accennate subito di seguito.

Soprattutto, è del tutto privo di senso predicare la « doverosità » delle attività erette a servizio pubblico, se non ne vengano anche precisare le caratteristiche: i dati qualitativi e quantitativi delle prestazioni nelle quali si risolve, i loro ritmi, e così via. Come, d'altra parte, se non vengano previsti contemporaneamente i mezzi economici mediante i quali farvi fronte: i corrispettivi a carico degli utenti, in primo luogo; ma anche, quando non si voglia o non si possa farne gravare interamente i costi su di questi, per le ragioni appena accennate, le possibilità di scaricarne la differenza sui contribuenti, in modo più o meno diretto.

Emerge così, nell'analisi del concetto di servizio pubblico, una nozione che, nel successivo sviluppo delle argomentazioni, acquisterà progressivamente una sempre maggiore centralità. La nozione di « programma » del servizio (22): della sua gestione, o erogazione. Del « programma » del servizio pubblico, che, di nuovo, intuitivamente, solo un soggetto che sia parimenti pubblico, è legittimato a formulare.

Sembrerebbe che il soggetto pubblico che definisce il programma del servizio, e ne garantisce la doverosità di attuazione,

(22) Cfr. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 74 ss., 84 ss.

come si è accennato, debba essere il medesimo che del servizio stesso delibera l'istituzione. Tuttavia, è apparso subito che si debba rinunciare a questa troppo facile identificazione. Perché essa deve essere esclusa già in partenza, quando tale istituzione avviene per legge; e ciò, non solo se tale servizio è attribuito ad un ente che non abbia un riferimento all'amministrazione centrale dello Stato. E non ha un significato apprezzabilmente maggiore, quando la legge, pur non istituendo essa stessa il servizio, ne impone l'istituzione all'ente cui la domanda. Semmai, tale identificazione è più praticabile, e si rivela essere più significativa, quando la legge, che rimane pur sempre la base giuridica ultima della istituzione del servizio, consente ad un ente di decidere se istituirlo in concreto o meno: con una valutazione latamente discrezionale, e considerando, in particolare, la natura e l'intensità dei bisogni dei potenziali utenti, i modi e i conseguenti costi per la loro soddisfazione, e così via. Esempi di questa ipotesi si possono trovare soprattutto nei servizi pubblici locali (23), in particolare in quelli non obbligatori, e perciò istituibili per deliberazione di comuni, province, ecc., sul fondamento di valutazioni connesse in modo particolarmente intrinseco al loro ruolo, perché attengono ai vantaggi e ai contrapposti oneri economici che si rifletterebbero sulle popolazioni di cui tali enti territoriali sono esponenziali; giacché in questi casi è ovvio che l'ente che del servizio pubblico delibera l'istituzione, tendenzialmente sarà il medesimo che nei suoi confronti dovrà poi svolgere il ruolo cui sopra si è fatto un cenno sommario.

E che ora può essere descritto con qualche maggiore precisazione.

Anzitutto, con l'osservazione che la legge la quali domanda ad un ente un servizio pubblico che istituisca direttamente, o cui imponga o consenta l'istituzione di questo, soggettivizza nella sua personalità giuridica l'interesse pubblico che il servizio stesso de-

(23) Non è casuale, infatti, che gli autori i quali hanno maggiormente sottolineato la rilevanza dell'atto di « assunzione » del servizio pubblico, lo abbiano studiato soprattutto in riferimento ad essi: MARINO, *Servizi pubblici*, cit., pagg. 149 ss.; CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 96 ss.

ve soddisfare. E questo carattere pubblico dell'interesse così soggettivizzato, pare essere già ragione già di per sé sufficiente perché la sua soggettivizzazione possa avvenire solo nei confronti di ente che sia parimenti pubblico. Anzi, la ragione prima: causa della attribuzione ad esso di tutti gli altri poteri, in parte visti e in parte da vedere, e dell'intero suo ruolo in ordine al servizio, che ugualmente richiedono il suo carattere pubblico. Con una soggettivizzazione in tale ente, in cui è evidente il riferimento alla sua personalità giuridica. Il quale sembra imporre già di per sé la definizione come di vera e propria titolarità in senso giuridico (24), del rapporto di tale ente stesso col servizio, che gli è conseguentemente demandato per la sua soddisfazione: è anche perché non dà sufficiente conto del ruolo dell'ente pubblico cui il servizio pertiene, che è già parsa impropria la terminologia dell'art. 22 della L. n. 142 del 1990.

Tale titolarità, comunque, se genericamente riguarda il servizio pubblico globalmente inteso, in particolare deve venire a comprendere tutti poteri che legislativamente vengano considerati necessari perché esso e la sua funzione vengano poi assicurati (25).

Anzitutto, oltre i poteri già ricordati, eventualmente di istituzione del servizio, e in ogni caso e almeno tendenzialmente, di definizione del suo programma, quello di scelta del tipo di gestione del servizio, s'intende quando non sia già legislativamente imposta: si pensi alle possibilità di opzioni che la norma suddetta lascia ai comuni e alle province, sui diversi modi e tipi di strutture mediante i quali devono essere gestiti i servizi di loro pertinenza. Al riguardo, anzi, sembra opportuno accennare questo rilievo: che quando al soggetto pubblico titolare di un servizio,

(24) Sulla nozione di titolarità del servizio pubblico, e sulle sue correlazioni con quella di capacità dell'ente pubblico cui spetta, con particolare riferimento ai comuni e alle province, CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., *passim*, ma già pagg. 15 ss.

(25) Cfr. l'analisi di CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., capitolo terzo, in relazione ai servizi di pertinenza di tali enti. Cfr. anche la comunicazione di E. BRUTI LIBERATI, *I poteri dell'amministrazione nel rapporto di concessione di pubblico servizio*, in questo volume (e in *Riv. dir. amm.*, 1993, 505).

l'ordinamento attribuisce altresì un simile potere di opzione tra vari modi della sua gestione, esso possa adottare la relativa scelta solo aver definito il programma suddetto, almeno a grandi linee: in quanto da questa definizione possa risultare che uno di tali modi di gestione sia in concreto più adatto di un altro.

Inoltre, e sempre esemplificativamente, il potere di scelta dello specifico soggetto che sarà il gestore del servizio; sempre che questo non sia già stato legislativamente individuato: da norma speciale, o in base alla legislazione in materia, come quella che prevede le aziende speciali come le strutture che i suddetti enti territoriali devono utilizzare, per la gestione imprenditoriale che decidano che debba essere anche soggettivamente pubblica, dei servizi locali che debbano o scelgano di istituire. In particolare, e di particolare rilievo in questa sede, il potere di selezione del concessionario privato.

Il profilo della definizione del programma del servizio pubblico, ed in particolare della determinazione delle tariffe per l'utenza, merita di essere qui ripreso, per aggiungere qualche considerazione e qualche limitazione ad un rilievo che sia sinteticamente accennato prima: che tale determinazione spetta all'ente pubblico che tale programma definisce, come parte integrante e assai importante di questo. Nella logica secondo la quale è il soggetto necessariamente pubblico titolare di tale servizio, quello che ne deve stabilire le modalità di erogazione, anche la fissazione di questo elemento di tanta rilevanza dovrebbe spettargli: dovrebbe spettare ad esso, e non al soggetto che del servizio medesimo deve assumere l'erogazione. Ma questa deve essere considerata una mera linea di tendenza: nel quadro di riparti di competente tra ente titolare e soggetto gestore, o erogatore, che sono disposto normativamente in modo di volta in volta vario, quanto non manchi addirittura una esplicita previsione al riguardo (26). La linea di tendenza, tuttavia, che pare più consona alla evoluzio-

(26) Per rimanere nell'ambito dei servizi pubblici locali, si ricorderà che il sesto comma dell'art. 23 della L. n. 142 del 1990, non enumera esplicitamente il potere di tariffazione, tra quelli riservati all'ente concedente: rendendo teoricamente possibile, così, che esso venga attribuito al gestore.

ne del sistema (27). Si deve tenere conto, d'altra parte, che il diritto positivo ha previsto e prevede anche alternative diverse dall'attribuzione del potere di tariffazione del servizio pubblico ai soggetti suddetti: un sistema generale di fissazione di prezzi di beni e servizi nelle varie fasi della produzione e dello scambio, come era quello basato sui comitati prezzi; l'istituzione, attualmente al centro di vivaci dibattiti, di una sorta di autorità avente competenza in materia specificamente per i servizi pubblici; fino a soluzioni ancora diverse, disposte da norme particolari per qualcuno di questi.

In ogni caso, al titolare del servizio pubblico spettano, almeno tendenzialmente, altri poteri ancora: quelli di revoca delle scelte suddette quando si rivelino non essere più quelle ottimali per gli interessi pubblici che il servizio deve soddisfare; quelli di controllo sull'operato del gestore; quelli eventualmente conseguentemente sanzionatori nei suoi confronti; e così via.

Questa descrizione dei poteri spettanti al titolare del servizio pubblico, comunque, è solo esemplificativa; e, d'altronde, solo di massima: giacché il diritto positivo, di volta in volta, può attribuirne a tale soggetto solo una parte, o aggiungergliene altri; e, comunque, circoscrivere e condizionare in vario modo le sue possibilità di esercitarli. Anche in correlazione di una variabile che per la sua rilevanza generale va considerata specificamente: se il soggetto gestore del servizio sia anch'esso a sua volta un ente pubblico, e un ente pubblico che operi per competenza propria, oppure sia un imprenditore privato concessionario; giacché è evidente che tale soggetto, nella prima ipotesi, tenderà ad avere

(27) Il già citato art. 12 della L. 23 dicembre 1992, n. 498, Interventi urgenti in materia di finanza pubblica, infatti, completando in un certo senso il testo del comma della anteriore L. n. 142 del 1990 richiamato nella precedente nota, attribuisce il potere di tariffazione all'ente locale. Si deve osservare, peraltro, che la norma più recente si riferisce alla erogazione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni, per di più a maggioranza pubblica non necessaria; perciò, potrebbe essere letta anche come conferma della tesi che sarà poi sostenuta nel testo, secondo la quale all'ente pubblico titolare del servizio devono spettare poteri maggiori nei confronti del soggetto gestore, o erogatore, quando questo non sia pubblico, e pubblico per competenza propria.

una autonomia di gestione superiore che nella seconda, fino ad assorbire poteri di sua disciplina altrimenti spettanti al titolare del servizio. Ma, al di là delle differenze tra queste diverse ipotesi, e tra le discipline speciali dei vari servizi, la tendenza generale pare chiara: a tale titolare, l'ordinamento deve assicurare gli strumenti giuridici necessari, perché esso possa prevederne, attuarne e garantirne la necessaria « doverosità », carattere essenziale della sua pubblicità oggettiva. E, di qui, determinarne le caratteristiche di erogazione, i corrispettivi, e gli oneri finanziari non coperti da questi.

Il tema dei poteri del titolare del servizio pubblico sarà ripreso in seguito (cfr., in particolare, il successivo par. 15). Ma fin da ora si può sottolineare l'aspetto che qui pare essenziale: ripetere che i poteri suddetti, in tutta evidenza, non possono spettare che ad un soggetto che a sua volta sia pubblico. La nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, perciò, non può venire disgiunta da quella del servizio pubblico in senso oggettivo. Almeno, entro i limiti che si sono delineati.

#### 10. *L'accidentalità del carattere pubblico del soggetto gestore del servizio.*

Perché tutt'altra, ed anzi opposta si presenta la prospettiva, quando dalla considerazione della titolarità del servizio pubblico, si passa a quella della sua gestione.

La distinzione tra titolarità del servizio pubblico, e sua gestione, o esercizio, o erogazione, certo non è emersa solo in questi ultimi anni (28). Però è in questi ultimi anni che sembra avere acquistato una maggiore evidenza. In primo luogo, già per la attuale tendenza di organizzare tale gestione in modo imprenditoriale, quindi, almeno in linea di principio, giuridicamente sul piano del diritto privato: il che richiede per essa strutture diversificate rispetto a quelle proprie dell'ente necessariamente pubblico

(28) Cfr., infatti, già MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, ora in *Scritti giuridici*, Milano 1987, I, 365 (e, originariamente, in *Riv. dir. comm.*, 1942, e in *Studi in memoria di F. Ferrara*), specialmente a pag. 396, e a pagg. 425 ss.; *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, *ibid.*, 359 (originariamente, in *Foro amm.*, 1942).

che del servizio è addirittura titolare. Inoltre, ancor più per l'altra tendenza parimenti attuale di affidarla, mediante concessione, ad imprenditori privati: l'attribuzione ai quali addirittura della titolarità del servizio non è neppure immaginabile. Ciò spiega come mai la distinzione suddetta sia stata particolarmente sviluppata negli studi più recenti della materia (29), e specialmente in quelli dedicati ai servizi pubblici la cui titolarità spetta agli enti territoriali locali (30).

Uno svolgimento lineare del ragionamento, implicherebbe una precisione nella definizione della nozione di gestione del servizio pubblico, raggiungibile solo con una digressione analitica che sarebbe eccessivamente dispersivo tentare qui. Come una pari precisione della definizione della contrapposta nozione di titolarità di esso: giacché è evidente che l'una è complementare rispetto all'altra, e solo complementariamente all'altra è esattamente delineabile.

D'altra parte, è già emerso con sufficiente chiarezza che il confine tra poteri che spettano all'ente necessariamente pubblico che del servizio è titolare, e poteri che spettano al suo gestore, è mobile in relazione alle diverse ipotesi circa la natura pubblica o privata di questo, e ai diversi casi legislativamente disciplinati. Tuttavia, e sia pure, perciò, in linea solo tendenziale, appare certo che all'ente pubblico titolare del servizio, l'ordinamento debba attribuire i poteri più conseguenti alla soggettivizzazione in riferimento ad esso, dell'interesse collettivo che tale servizio deve soddisfare, e che si sono già sommariamente esemplificati. Mentre al soggetto gestore deve spettare, in primo luogo l'erogazione del servizio medesimo; nonché quelle scelte organizzative e funzionali che a questa più immediatamente ineriscono. Si può aggiungere anche che la delimitazione dei due ruoli del titolare e del gestore del servizio, è più facile quando tale gestore sia un privato imprenditore concessionario: giacché la sua attività è definita in riferimento alla sua capacità imprenditoriale e ai limiti di

(29) Cfr. CAIA, *op. cit.*, specialmente pagg. 792 ss.

(30) Cfr. CAVALLO PERIN, *Comuni e province, ecc.*, cit., *passim*, e specialmente il capitolo terzo.

questa, e si manifesta, almeno in apparenza, come espressione sua, e non della competenza di un ente pubblico.

In relazione a questi accenni sui contenuti almeno tendenziali che si ricollegano alla titolarità e alla gestione del servizio pubblico, che questi due suoi aspetti siano distinti, lo si percepisce già sul piano oggettivo, sul piano degli obiettivi in funzione dei quali si pongono. La prima, infatti, appare orientata prevalentemente alla migliore e più completa soddisfazione dell'interesse collettivo cui il servizio pubblico è finalizzato, soprattutto dell'interesse dell'utenza. Mentre la seconda, nella adozione delle concrete scelte operative nelle quali si risolve, deve più propriamente perseguire l'obiettivo dell'equilibrio di bilancio; è più direttamente condizionata da fattori di carattere economico: dal fine di lucro dal quale è mosso il concessionario specie privato; o, quanto meno, dall'esigenza sentita anche da ogni altro gestore, di tener conto dei limiti che per la soddisfazione di quell'interesse, derivano inevitabilmente dai limiti dei mezzi disponibili; con una pressione da parte di questi, e, quindi, con una compressione di quelli, che sono particolarmente stringenti quando il servizio sia comunque organizzato imprenditorialmente.

E che questi due suoi aspetti del servizio pubblico siano addirittura dialetticamente contrapposti, è in questa ultima ipotesi dell'esercizio in modo imprenditoriale che emerge con maggiore chiarezza. Perché della loro tendenziale contraddizione, come si è già accennato sinteticamente, in essa vi è un indice anche in quella diversità, del pari già anticipata, delle strutture cui l'uno e l'altro fanno riferimento: pur quando anche il suo gestore, oltre che il suo titolare, sia parimenti pubblico.

Tale diversità è evidente nell'ipotesi dei servizi locali: perché il comune o la provincia che sono titolari del servizio, non lo possono gestire con l'organizzazione che è loro propria, ma devono utilizzare strutture cui, per quanto le si voglia considerare loro strumenti, non può negarsi nei loro confronti, appunto una autonomia, e addirittura una contrapposizione (31). E, almeno

(31) Sul rapporto tra comune e azienda speciale, da questo punto di vista,

sotto questo limitato profilo, l'attribuzione esplicita della personalità giuridica, operata a favore delle nuove aziende speciali dall'art. 23, primo comma, della L. n. 142 del 1990, non sembra implicare molto di più di quanto nella sostanza veniva riconosciuto alle vecchie aziende municipalizzate: pur se, nel silenzio al riguardo della disciplina previgente, l'opinione assai largamente dominante negava loro tale personalità (32).

E della medesima diversità si trovano analoghe tracce strutturali pure per i servizi pubblici di livello nazionale, gestiti una volta con maggiore frequenza da aziende autonome dotate o meno di personalità giuridica propria, e poi, nel maggior numero dei casi, da enti pubblici speciali (si pensi, per esempio, alla evoluzione impressa dalla L. n. 210 del 1985, alle strutture di gestione del servizio ferroviario): giacché, sia pure attraverso soluzioni organizzative assai diversificate, sia strutturali che funzionali, al ministero di riferimento veniva attribuito un ruolo, e venivano assegnati corrispondenti poteri, che potevano essere largamente ricondotte già allora alla figura della titolarità del servizio. È ovvio, d'altra parte, che tale diversità è stata esaltata successivamente dalla legislazione più recente, con una sua emersione totale, quando e nei casi nei quali gli enti pubblici gestori di servizi pubblici nazionali sono stati trasformati in società per azioni, sia pure tuttora largamente in mano pubblica, conseguentemente operanti la loro gestione, solo in qualità di concessionari: giacché, allora, e sempre dal punto di vista adesso qui considerato, la loro posizione, contrapposta alla titolarità ormai più saldamente

cfr., peraltro, le considerazioni parzialmente diverse di CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pag. 100 ss.

(32) Sui caratteri delle vecchie aziende municipalizzate e su quelli delle nuove aziende speciali, nonché sui loro rapporti con l'ente locale di riferimento da questo diverso punto di vista, cfr. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 161 ss., 178 ss.; d'altra parte, per quanto possa qui rilevare la gestione dei servizi sociali locali, che, per contro, non ha carattere imprenditoriale (L. n. 142 del 1990; art. 22, lett. d), si deve notare che è sempre individuabile una contrapposizione tra il comune e l'istituzione cui tale gestione spetta, pur non avendo questa una personalità giuridica propria (arg. ex L. n. 142 del 1990, art. 23, primo e secondo comma); in proposito, cfr. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 102 ss., 195 ss.

attestata nell'amministrazione centrale dello Stato, si è venuta ad atteggiarsi in modo ampiamente analogo a quello della posizione dei concessionari privati.

Comunque sia, anche in riferimento alle epoche nelle quali era ben più diffusa di oggi la soluzione dell'attribuzione anche della gestione di un servizio pubblico ad un soggetto ugualmente pubblico, non ci si può ingannare su quale profilo fosse l'essenziale, e quale il secondario. Sembra che, anche allora, il servizio non fosse da considerarsi pubblico, perché era pubblico il suo gestore: giacché anche allora pare che dovesse negarsi la qualifica di servizio pubblico, ad una attività pur svolta da un soggetto pubblico, ma che del servizio pubblico medesimo non avesse i necessari elementi oggettivi. Ma che una attività che, viceversa, per la sussistenza in essa di questi elementi, tale potesse e dovesse essere definita, per tale sua qualificazione, allora più di oggi si riteneva che dovesse essere attribuita ad un gestore del pari pubblico. Perché tanto più numerose erano le voci, secondo le quali questa era la soluzione ottimale, per l'esercizio di una attività, che l'ordinamento tratti come un servizio, e un servizio pubblico: secondo opinioni, culture e ideologie che, sempre presenti fin dalla fine del secolo scorso anche se con toni diversi, sembrano abbiano toccato il loro apogeo un paio di decenni fa.

#### 11. *Ragioni e implicazioni dell'attribuzione ad un soggetto pubblico anche della gestione del servizio.*

Non importa qui enumerare esaurientemente tutte le ragioni, reali o solo proclamate, fondate o errate, apprezzabili o meno, con le quali la soluzione della attribuzione anche della gestione di un servizio pubblico ad un soggetto avente parimenti questo carattere, veniva giustificata, o si tentava di giustificare. Dalla idea politica generale a favore di una indiscriminata estensione della c.d. mano pubblica, ai concreti interessi non sempre commendevoli, che muovevano politici e amministratori pubblici, ad ampliare il più possibile la massa dei mezzi finanziari da amministrare, e l'area nell'ambito della quale potevano amministrarla.

Fino alla tesi che se il servizio pubblico consiste in una attività il cui svolgimento è vincolato da una doverosità funzionale, è

un gestore che abbia carattere pubblico quello che meglio potrebbe assicurare l'adempimento dei relativi obblighi: quasi una simmetria, e un riflesso sul piano soggettivo, della tendenza ad assicurare che le attività di maggiore rilevanza e delicatezza, come quelle relative alla sanità e all'istruzione, dovessero essere svolte oggettivamente nelle forme amministrative più tradizionali; e, d'altra parte, così lo sono tuttora quasi completamente, come si è visto. Del resto, quando, come avviene oggi, a tali attività si vuole imprimere un più o meno accentuato carattere imprenditoriale, esse rimangono pur sempre affidate alle loro attuali strutture di erogazione: unità sanitarie locali, ospedali, istituti di istruzione, ecc. E la loro distinzione strutturale da quelle cui rimane la titolarità del servizio, è raggiunta con l'attribuzione ad esse di una personalità giuridica propria. Che, però, è pur sempre di diritto pubblico. Tant'è che parrebbe emergere una linea di tendenza, secondo la quale la trasformazione in senso imprenditoriale di servizi pubblici precedentemente gestiti con gli strumenti tradizionali del diritto amministrativo, passa, almeno in un primo momento, attraverso la istituzione di enti pubblici, di tali servizi stessi erogatori per competenza propria. E non attraverso la loro concessione ad imprenditori privati: pur in settori, quali appunto la sanità e l'istruzione, nei quali questa forma di gestione del servizio non era prima sconosciuta: coesisteva già, come si è accennato in precedenza, con la gestione prettamente amministrativa, seppur in settori relativamente complementari e circoscritti.

E fino alla tesi che sarebbe un gestore avente tale natura pubblica, quasi per definizione non spinto e addirittura condizionato dall'esigenza di conseguire un profitto, quello il quale, per ciò stesso, eserciterebbe il servizio con maggiore attenzione agli interessi degli utenti.

Tesi, ambedue, più facilmente affermabili per il gestore pubblico operante per competenza propria; ma, almeno entro certi limiti, riferibili pure al gestore pubblico operante come concessionario. Tesi, comunque, sostenibili solo in astratto: perché, come ha ampiamente dimostrato l'esperienza concreta, al gestore pubblico non mosso dal fine di lucro, non mancano certo altre

cause e motivi per tenere un conto non adeguato del ruolo funzionale cui dovrebbe assolvere, e degli interessi dell'utenza che dovrebbe curare.

Qui, tuttavia, premerebbe precisare le implicazioni giuridiche dell'affidamento anche della gestione di un servizio pubblico ad un gestore pubblico. Implicazioni che, sotto vari profili, sono le traduzioni, giuridiche appunto, delle tesi suddette.

Si deve partire da un ordine di idee che, salvo lo sviluppo ultimo cui si accennerà, è stato profondamente elaborato ed è largamente condiviso dalla dottrina dagli orientamenti più tradizionali, e che si è cercato di richiamare e di esporre più ampiamente altrove (33). Ossia, in estrema sintesi. Le pubbliche amministrazioni sono dotate dall'ordinamento generale di una autonomia che esso riconosce o attribuisce loro, ma che al tempo stesso delimita *ab externo*: come riconosce e delimita *ab externo* quella dei suoi soggetti privati. L'autonomia dei soggetti pubblici, però, è anche ulteriormente e intrinsecamente vincolata: a differenza di quella dei soggetti privati, che entro i suoi limiti esterni si presenta, per contro, come libera. È ulteriormente e intrinsecamente vincolata, perché è riconosciuta e attribuita dal medesimo ordinamento generale solo per la cura di interessi pubblici: e, perciò, può essere esplicita solo in funzione di questi; mentre esso, pur subordinando il riconoscimento dei negozi espressione di autonomia privata al rispetto di oggettivi fattori causali che ritenga meritevoli di tutela, non le imprime scopi da perseguire. L'autonomia dei soggetti pubblici, dunque, è intrinsecamente finalizzata: per una finalizzazione la quale, viceversa, non è rilevabile in quella dei soggetti privati. Di qui, l'esigenza che l'una sia ulteriormente disciplinata con norme. Con le norme che si correlino a questa sua finalizzazione: che siano in funzione, e in funzione esclusiva, degli interessi pubblici alla cui soddisfazione tale autonomia di tali soggetti pubblici deve tendere. Con norme delle quali non vi è traccia nell'altra: delle quali nell'altra manca la stessa ragion d'essere.

(33) Cfr. MAZZAROLLI e altri, *Manuale di diritto amministrativo*, 1993, specialmente i parr. 8, 9 e 10 dell'Introduzione.

Le ulteriori norme funzionali, proprie della sola autonomia dei soggetti pubblici, vengono dette norme di azione (dell'amministrazione), o di esercizio dei (suoi) poteri, con termini che sono molto diffusi soprattutto dopo l'opera del Guicciardi. E, con l'ultimo e più opinabile sviluppo del ragionamento che si è anticipato, esse, nella specifica prospettiva della teoria istituzionale, potrebbero essere ascritte ad un ordinamento giuridico distinto da quello generale, anche se da questo derivato, che verrebbero a costituire: ad un ordinamento giuridico particolare di quei soggetti pubblici medesimi, nel senso che solo questi, e non anche quelli privati, vi sarebbero subordinati.

È indubbio, in ogni caso, ossia anche a prescindere dal suddetto sviluppo, che tali norme funzionali si concretano anzitutto in disposizioni: legislative, statutarie o regolamentari. Le quali, d'altra parte, in quanto non disciplinano totalmente e in ogni suo aspetto l'attività dell'amministrazione, né potrebbero arrivare a tale grado di compiutezza, né sarebbe auspicabile che vi arrivassero, le lasciano per il resto spazi per scelte proprie. Ma tali norme funzionali, anche quando non si presentano come disposizioni del genere, e cioè in questi ambiti residui, non per questo vi sono assenti: non per questo in essi non sono rilevabili. Perché, pur non essendo formulate in disposizioni esplicite, sono desumibili sistematicamente, e vincolano comunque almeno nel fine le soluzioni che l'amministrazione può adottare: imprimendo alla sua possibilità di adottarle il carattere della discrezionalità, e non della libertà propria dell'autonomia dei soggetti privati. Con una finalizzazione che è giuridica: perché i provvedimenti che non vi si conformassero, sarebbero viziati per eccesso di potere, ossia per un vizio che è di legittimità e non di merito.

La funzionalizzazione intrinseca dell'autonomia dei soggetti pubblici, la peculiarità di tale funzionalizzazione come carattere di questa, la conseguente esistenza di norme ugualmente sue peculiari, ulteriori rispetto a quelle che la delimitano *ab externo*, e che la medesima funzionalizzazione concretano, sono state rilevate e analizzate in riferimento anzitutto ai poteri parimenti pubblicistici che ne fanno parte; e, quindi, ai provvedimenti che ne so-

no espressione. Ma è intuitivo che questa funzionalizzazione di tale attività dei soggetti pubblici, investa anche quell'altra che essi esplicano: quell'altra che sia espressione di loro capacità e di loro poteri di diritto privato. Non si può dubitare che un'amministrazione che, poniamo, acquisti sul mercato beni e servizi che le siano necessari per l'esplicazione dei propri fini istituzionali, non sia tenuta, appunto istituzionalmente, ad ottenere le condizioni migliori in relazione ad essi, al minimo per quel che riguarda il rapporto qualità-prezzo. E che le ulteriori norme suddette che tale funzionalizzazione dell'attività degli enti pubblici concretano, correlativamente siano individuabili, anche nei confronti di quella parte di essa che sia espressione di tali loro capacità e poteri: cosa sono le disposizioni che disciplinano la formazione dei contratti delle amministrazioni, almeno di quelle tradizionali, secondo le varie procedure per ciò previste, se non norme di azione proprie di tale attività, norme di esercizio di tali poteri?

Certamente, non tutti i profili funzionali di non tutta l'attività di diritto privato di enti pubblici, anche degli enti pubblici cui l'ordinamento attribuisce precipuamente poteri pubblicistici, sono disciplinati da disposizioni del genere: da una forma di stipulazione di contratti quali la trattativa privata fino ad atti non negoziali come, per esempio, l'intimazione di sfratto. E, soprattutto, disposizioni del genere sono assenti nell'attività, tendenzialmente interamente privatistica, di tutta una categoria di enti pubblici: gli enti gestori di impresa, e in quanto lo siano, come tali non soggetti alle norme della contabilità pubblica. Ma non per questo si può pensare che le loro scelte che si concretano in atti di diritto privato, sfuggano a vincoli funzionali: non abbiano un carattere più vicino alla discrezionalità amministrativa, che alla libertà privata; seppur in significati, modi e misure variabili, secondo la variabilità degli scopi al cui raggiungimento devono essere funzionali. E che la mancanza di disposizioni del genere su tali scelte non ne elimini la intrinseca funzionalizzazione, ma la rende solo latente, è rivelato chiaramente da un dato: che pure l'ente pubblico economico, come tale non soggetto a regole eteronome relative alla c.d. evidenza pubblica della sua attività con-

trattuale, le può sempre inserire esercitando la propria attività regolamentare; con pari conseguenze in ordine alla legittimità sostanziale dei propri atti, e alla loro sottoposizione alla giurisdizione amministrativa.

Se la medesima funzionalizzazione, con le medesime regole, se non addirittura le medesime disposizioni che la concretano, è intrinseca pure nell'attività di soggetti pubblici che sia organizzata e prestata imprenditorialmente, una conclusione si impone: si deve affermare che quel che è intrinsecamente funzionalizzato e perciò ulteriormente normato, non è l'autonomia pubblica in contrapposizione a quella privata: è l'autonomia dei soggetti pubblici in contrapposizione a quella dei soggetti privati; è l'autonomia dei soggetti pubblici pure nei suoi profili di diritto comune.

E questa prospettiva di una completa funzionalizzazione dell'attività dei soggetti pubblici, di quella che si estrinseca in negozi di diritto privato non meno di quella che si esplica in provvedimenti, viene a convergere con un'altra, ancora più radicale: con quella secondo la quale è la stessa loro personalità, è la stessa loro soggettività giuridica che ha carattere solo funzionale. Nel senso che essi, siano sorti spontaneamente e quindi siano solo riconosciuti dall'ordinamento generale, oppure siano istituiti con atto in base al sistema normativo di questo, sono venuti ad esistere solo per l'assolvimento di funzioni di interesse collettivo: esistono solo in quanto devono assolverle (34). Anzi, da questo altro punto di vista, la funzionalizzazione della loro attività non sarebbe che una mera conseguenza della funzionalizzazione già della loro soggettività.

È in questo quadro concettuale che sembra che debba essere considerata la gestione di un servizio pubblico che sia soggettivamente del pari pubblica.

(34) Cfr. SANTI ROMANO, *Il Comune*, nel *Trattato Orlando*, pagg. 103-4 dell'edizione separata: « Si può anzi dire che tale ente (*scil.*: autarchico, inteso come sinonimo di ente pubblico), in tanto esiste in quanto esercita una pubblica funzione, la quale è a considerarsi come la causa, il fondamento della sua stessa personalità ».

12. Segue: *la funzionalizzazione della gestione di un servizio pubblico, che sia soggettivamente del pari pubblica.*

Queste valutazioni, infatti, sembra che siano pienamente riferibili anche all'ente pubblico che sia gestore di un servizio pubblico: pur se organizzato imprenditorialmente; almeno, in quanto lo sia per competenza propria.

Si era già notato come l'attività di un ente pubblico sia intrinsecamente funzionalizzata, anche quando sia espressione di capacità e di poteri di diritto privato: in correlazione col carattere funzionale della sua stessa soggettività. E che sia così funzionalizzata, anche quando sia organizzata e prestata imprenditorialmente: anche se in modo variabile, secondo i fini per i quali è dall'ordinamento generale imposta, o almeno consentita. Adesso si deve precisare che l'ente pubblico gestore di un servizio pubblico per competenza propria, opera imprenditorialmente non solo come qualsiasi altro imprenditore pubblico: non solo per assicurare una presenza pubblica sul mercato; ossia per influenzarlo genericamente, sia pure per scopi pubblici, di politica economica, industriale, e così via: come lo potrebbe influenzare per scopi viceversa egoistici qualsiasi imprenditore privato. Ma per esplicitare al meglio il servizio pubblico che gli pertiene di esercitare. Con conseguenze tutt'altro che irrilevanti: perché per esse assumono tratti giuridicamente più precisi le tesi prima richiamate. Nel senso, cioè, che l'attribuzione ad un siffatto gestore pubblico dell'esercizio di un servizio pubblico, fa diventare suo fine istituzionale, sia pure solo per quel che attiene alla gestione e non anche alla titolarità di tale servizio, la soddisfazione dell'interesse collettivo per il quale esso è stato istituito: per il quale l'offerta ai potenziali utenti delle prestazioni nelle quali questo si risolve, è stata disciplinata come doverosa da parte dell'ordinamento generale; e lo fa diventare suo fine istituzionale, non solo per quel che attiene alla sua attività: anche già per quel che riguarda la sua stessa soggettività.

Questi effetti sono analoghi a quelli che produce per un soggetto pubblico, per un soggetto stavolta necessariamente pubblico, come si è visto, l'attribuzione ad esso addirittura della titola-

rità di un servizio pubblico. Anche se qui si manifestano, come si è subito notato, solo ad un livello più modesto: perché relativamente a quell'interesse collettivo, solo così come si atteggia nel mero esercizio di tale servizio; ossia, in una fase che, rispetto all'assunzione della titolarità di questo, si pone come meramente esecutiva.

In ogni caso, gli obblighi inerenti alla prestazione del servizio, anche se inerenti solo alla prestazione del servizio, se il gestore è pubblico, si fanno suoi doveri istituzionali; almeno se sia gestore pubblico per competenza propria; e malgrado che lo sia in forma imprenditoriale. Esso, con la soddisfazione degli interessi dell'utenza, mediante la prestazione dell'attività a ciò necessaria, perviene ad assolvere a quella che è la sua funzione istituzionale.

In base alle considerazioni fin qui svolte, si può arrivare a concludere che anche i provvedimenti e i negozi di diritto privato di un gestore pubblico siffatto, sono soggetti alle norme, se non alle disposizioni giuridiche funzionali che nell'adozione di essi deve osservare qualsiasi pubblica amministrazione. S'intende, solo in linea di principio; ossia, nei modi e nei limiti variabili che di volta in volta l'ordinamento dispone: con la modulabilità dei quali che si è già rilevata, quando si è notata la tendenziale inapplicabilità in proposito, delle disposizioni concernenti la c.d. evidenza pubblica.

E, soprattutto, solo quando tale gestore, nell'esercizio di tale suo ruolo, debba anche adottare provvedimenti, e, più spesso, stipulare contratti: perché, come si è visto, la prestazione di servizi pubblici implica talvolta l'emanazione di atti giuridici di vario genere, pur se essa consiste assai più largamente in comportamenti di fatto (cfr. il precedente par. 4; e, per l'ipotesi che ad adottare gli atti suddetti sia il concessionario privato, in forza della concessione che basa tale suo ruolo, il successivo par. 16).

(Anzi, è proprio questa ultima considerazione, è proprio la riflessione sui servizi pubblici e sul tipo di azione che è loro più specifica, a porre interrogativi di più ampio respiro: quelli relativi alla possibilità che principi e regole elaborate dal diritto amministrativo più tradizionale in riferimento all'attività giuridica del-

l'amministrazione, e soprattutto, e specialmente, ai suoi provvedimenti, vadano estesi anche alla sua attività di fatto. A cominciare dalla questione della utilizzabilità del concetto di rapporto organico: che è stato pensato per costruire l'imputabilità diretta all'ente degli atti giuridici posti in essere dai suoi agenti, ma che potrebbe essere applicato anche per delineare in modo analogo le conseguenze a suo carico dei meri comportamenti di questi. E da qui, eventualmente, per arrivare ad applicare anche a tali comportamenti, configurazioni e norme disegnate e formulate per le più classiche funzioni giuridiche dell'amministrazione.

Di certo, l'angolo visuale su questi problemi che si può avere dal punto di vista della gestione dei servizi pubblici, è solo parziale: giacché, per esempio, i comportamenti di fatto che la concretano, sono solo una parte, e forse neppure la maggiore, di quelli che quotidianamente pongono in essere agenti dell'amministrazione; sono solo un tipo di essi, e sono suscettibili solo di alcune tra le varie qualificazioni giuridiche ipotizzabili, come ad essi applicabili: tra l'altro, e in particolare, sul piano della loro liceità e legittimità. Soprattutto, tali problemi, se sono qui evocati in relazione alla materia qui considerata, in tutta evidenza hanno una portata generale che la trascende, e di molto. Perciò, si deve qui rinunciare ad una loro trattazione approfondita. Pur se rinunciare qui non si vuole, viceversa, almeno ad indicare i due campi di analisi che parrebbe più importante e pressante esplorare.

In primo luogo, i comportamenti di fatto puri e semplici degli agenti di amministrazione. E, in particolare, perché qui di particolare interesse, quelli che costituiscono le prestazioni di un servizio pubblico. Per valutare quanto si possa e si debba applicare alla materia, dei principi e delle regole tradizionalmente elaborate soprattutto per l'adozione dei provvedimenti. In questo ordine di idee, ci si dovrebbe chiedere se le norme funzionali di azione delineate a tal fine specifico, tanto che sono anche dette di esercizio dei poteri di cui tali provvedimenti medesimi sono espressione, possano valere anche per quei comportamenti. Così che, per esempio, le regole tecniche che deve rispettare, poniamo, il sanitario operante presso una struttura pubblica di diagnosi e cura, potrebbero venire a tradursi forse, e, se si vuole, solo

molto ipoteticamente e dubbiosamente, in norme funzionali di azione, alla stregua delle quali debbano valutarsi i suoi comportamenti: almeno se, e nei limiti, entro i quali siano riferibili direttamente alla struttura pubblica personificata in cui esso è inserito, e per la quale opera.

Ma non solo. Perché tra i provvedimenti e i negozi che il gestore parimenti pubblico di un servizio pubblico abbia occasione di emanare formalmente, e i suddetti meri comportamenti di fatto dei suoi agenti, si deve rilevare l'esistenza, per così dire, di una zona grigia: quella in cui vengono a collocarsi le scelte operative di questi, che non si traducono in atti espliciti. Che, in ragione di quel tanto di contenuto decisionale che in ogni caso hanno nella sostanza, almeno di quel suo minimo che non possono non avere, potrebbero venire ad atteggiarsi come atti: s'intende, come atti impliciti. E, per di più, come atti i cui caratteri giuridici e la cui conseguente disciplina sarebbe comunque tutta da definire.

Tra gli esempi, numerosissimi, che si potrebbero addurre in proposito, si vorrebbero citare le scelte dei destinatari del servizio, dei beneficiari, o utenti, cui erogarlo con priorità: quando non siano espresse formalmente con atti giuridici, ma che gli agenti del gestore pubblico del servizio stesso, devono ciò non di meno adottare, se non altro in fatto, nella prestazione di questo. Si preferisce richiamare queste ipotesi, perché ricorrono nei campi e nei casi più disparati. Poiché si sono appena ricordate le prestazioni dei sanitari, viene spontaneo, allora, pensare alle scelte che opera, poniamo, il medico di guardia al pronto soccorso, circa la selezione dei malati e degli infortunati da curare per primi: s'intende, secondo rigorosi criteri tecnici di valutazione delle varie gravità e urgenze. Ma, d'altra parte, dal medesimo punto di vista, acquistano rilievo le priorità, poniamo, nel concreto allacciamento delle utenze telefoniche da parte degli agenti del relativo gestore che fosse soggettivamente pubblico.

Sono facilmente intuibili quali potrebbero essere gli esiti ultimi ai quali potrebbe pervenire l'analisi di questi esempi; come, in genere, degli infiniti casi di scelte operative degli agenti del gestore pubblico di un servizio, implicite nei loro comportamenti di fatto: almeno quando si potessero ritenere imputabili diretta-

mente a tale gestore. Si potrebbe arrivare a configurare tali scelte come atti giuridici: anche se, appunto, impliciti. E amministrativi; cui sarebbero applicabili, perciò, i principi e le regole elaborate per l'attività pubblicistica dell'amministrazione: a cominciare dal principio di imparzialità. E si potrebbe dover arrivare a concludere che quelle scelte, e la loro liceità come la loro legittimità, dovrebbero essere valutati giuridicamente, dal punto di vista dei doveri funzionali del gestore pubblico cui fossero riferibili: dei doveri funzionali che esso non ha potuto non assumere all'atto stesso della assunzione della sua gestione, anche quando questa fosse improntata a criteri di imprenditorialità.

### 13. *La gestione soggettivamente privata di un servizio oggettivamente pubblico.*

Ma è opportuno non insistere su questi temi legati alla gestione di un servizio pubblico che soggettivamente sia del pari pubblica: perché ormai appare come dominante la tendenza che essa sia affidata in concessione a soggetti privati, e più esattamente a privati imprenditori. Non che le considerazioni prima svolte, in questa ipotesi siano irrilevanti: perché, come si vedrà, sembrano essere necessaria premessa per un suo più preciso inquadramento giuridico. Ma è questa l'ipotesi che oggi appare la più importante. Ed è questa ipotesi alla quale è dedicata la presente riflessione. Perciò, nell'economia di questa, non si può tardare oltre a considerarla specificamente.

Si è già accennato agli impulsi provenienti dall'ordinamento comunitario, a favore della gestione da parte di imprenditori privati pure di servizi che oggettivamente debbano essere considerati pubblici. Ed è anche a causa di questi stimoli, che tale soluzione tende a diventare sempre più prevalente. D'altra parte, pure a suo proposito, non importa elencare esaurientemente le altre ragioni che sono state addotte a suo sostegno (35), né valutare la loro fondatezza e la loro apprezzabilità. Dalla considerazione del-

(35) In proposito, si rinvia alle precise indicazioni di CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 1 ss., e agli scritti di G. PASTORI ivi citati.

le degenerazioni cui l'alternativa pubblicistica ha dato luogo, all'affermarsi della opinione della superiore efficacia e addirittura moralità dell'azione condizionata dalle (assertivamente ineludibili) regole del mercato, rispetto a quella disciplinata dalle (troppo facilmente trasgredibili) norme giuridiche; e alla ricerca da parte di imprenditori privati, specie grandi, di occasioni di impiego di capitali, di svolgimento di attività, di ricavo di profitti. Fino alla tesi della maggiore razionalità ed efficienza economica di una gestione privatistica, in particolare del maggior rigore di una gestione privatistica del personale, con conseguente abbattimento dei costi: anche se non è detto che questi miglioramenti del conto economico della esplicazione del servizio pubblico non si risolvano in pregiudizi per i suoi utenti, e che questo abbattimento, comunque, vada a beneficio dei suoi utenti stessi, o dei contribuenti che di tale servizio, in ultima analisi, sopportano le spese non coperte dai ricavi.

Qui si deve sottolineare, per contro, come la gestione di un servizio pubblico da parte di un gestore privatistico, esalti il contrasto dei suoi interessi, con quelli del soggetto necessariamente pubblico, che di tale servizio è il titolare. Tale contrasto, come si è visto, esiste pure nell'ipotesi che pure il gestore di tale servizio sia soggettivamente pubblico: anche se più o meno latente, specie in correlazione della minore o maggiore evidenza di una distinzione anche strutturale tra l'uno e l'altro. Ma esso qui viene addirittura radicalizzato: perché gli interessi contrapposti qui sono addirittura eterogenei. Lo sono, come riflesso di una eterogeneità che investe la natura medesima dei soggetti cui pertengono (36).

Il titolare del servizio pubblico è un soggetto necessariamente del pari pubblico, che deve interpretare, rappresentare e perseguire gli interessi dell'utenza di tale servizio; anche di quella solo potenziale. Anzi, questo riferimento appare troppo angusto: perché qui acquista rilevanza l'intera collettività che a quel sog-

(36) Cfr. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, 1967, pagg. 6 ss.

getto si collega, sulla quale finiscono per ricadere gli oneri economici delle sue scelte: almeno tendenzialmente, nel quadro delle varie alternative di finanziamento di un servizio pubblico la cui gestione sia deficitaria. Con un rapporto che acquista la massima pregnanza, quando esso, di tale collettività, sia addirittura esponenziale: sia un ente territoriale. E poiché quel soggetto è in ogni caso legittimato politicamente; e, in modo più o meno diretto, democraticamente: con tutte le implicazioni che ne conseguono.

Il gestore del servizio pubblico, se è un soggetto privato, tendenzialmente è un normale imprenditore. Che opera secondo le regole del mercato. Se e finché e nei limiti nei quali questa sua attività gli procura profitto. Il che equivale a dire che, di per sé, offrirebbe le prestazioni nelle quali tale servizio si risolve, solo in quanto, secondo tali regole, tale offerta gli sarebbe economicamente conveniente.

Ma l'inquadramento di tali prestazioni nella gestione di un servizio pubblico, l'impressione ad esse del marchio della loro « doverosità » che questa comporta, sbocca ad un risultato che è perfettamente antitetico: alla negazione che il concessionario di tale gestione possa essere lasciato libero di agire secondo i soli criteri della convenienza economica. O, più esattamente: è in base a tali criteri che esso sceglierà se chiedere, o accettare, che la gestione medesima gli sia concessa. Ma una volta che glielo è stata, esso è vincolato alla sua esplicazione: così come i suoi elementi quantitativi e qualitativi sono stati prefissati.

Riemerge qui in tutta la sua rilevanza, per questi motivi, quella nozione cui si era accennato, di « programma » del servizio: della sua gestione, o erogazione. Perché tale programma va visto ora come di determinazione dei vincoli del concessionario.

Allora, la definizione del programma del servizio pubblico era parsa parte integrante del ruolo che in ordine al servizio stesso deve essere riservato all'ente necessariamente pubblico che ne è titolare; seppur con le incertezze e le oscillazioni che devono rilevarsi nella individuazione degli elementi che al programma medesimo devono essere ascritti, e della delimitazione in genere di tale ruolo del titolare, rispetto a quello del gestore. Qui, però, si deve accennare alla eventualità che nella sua formulazione pos-

sa concorrere anche il concessionario: almeno per quelle specificazioni ulteriori, rispetto a quanto l'ente pubblico titolare del servizio deve determinare, come si è visto, addirittura prima della scelta che gli fosse riservata eventualmente, del modo di gestione di questo. O, meglio, alla eventualità che possa concorrervi, chi concessionario potrebbe diventare. Perché la modulazione dell'ampiezza e della rilevanza del suo concorso è condizionata dalle alternative delle procedure mediante le quali la concessione viene assentita. Esse potranno essere più rilevanti quanto più la procedura sarà caratterizzata da una trattativa. E tenderanno a scomparire, viceversa, nelle procedure basate su una gara: le cui condizioni, ovviamente, non potranno che essere prefissate; a parte la possibilità, cui si accennerà da ultimo, di accordi successivi, di carattere solo esecutivo.

In ogni caso, con l'accettazione della concessione della gestione del servizio da parte dell'imprenditore concessionario, il « programma » di essa diverta per lui vincolante.

Con una prima conseguenza: che non può interrompere il suo svolgimento, neppure quando sarebbe per lui opportuno. Così che, pur se il complesso delle prestazioni che il gestore è tenuto ad offrire alla collettività, coincidesse, in sé e per sé considerato, con quello che per lui sarebbe comunque più conveniente offrirle, tale doverosità della loro offerta è già un elemento di rigidità nella sua libertà di impresa: è già una forzatura della sua gestione, che già altrettanto di per sé ha un valore economico negativo.

Ma poi, è evidente: questa prima ipotesi è del tutto astratta e di scuola. Perché è ovvio che il complesso di prestazioni che il gestore di un servizio pubblico deve offrire alla collettività, nella realtà tende quasi sempre a non coincidere con quello economicamente più conveniente: questa è la principale ragione dell'esigenza della sua doverosità; e, quindi, del suo inquadramento in un servizio che sia pubblico: da cui questa doverosità consegue. E più il complesso delle prestazioni la cui offerta è per il gestore del servizio pubblico doverosa, si discosta da quello che per lui sarebbe economicamente conveniente, e più l'offerta di tali pre-

stazioni gli diventa economicamente passiva. Almeno, se considerata ancora una volta in sé e per sé.

Perché, allora, deve intervenire il soggetto necessariamente pubblico che del servizio è il titolare: per riequilibrare il bilancio dell'imprenditore concessionario. Fino a riportarlo in un ragionevole attivo, almeno in una valutazione *ex ante*. Giacché altrimenti esso, in tutta evidenza, non riuscirà mai a trovare alcun gestore del genere, che del servizio medesimo accetti di farsi carico dell'esercizio.

#### 14. *Le modalità di erogazione del servizio pubblico e le loro controprestazioni.*

Preliminarmente, occorre precisare meglio quali siano le condizioni e le ragioni che possano portare ad uno squilibrio economico nella gestione di un servizio pubblico che sia data in concessione; e data in concessione ad un imprenditore privato: secondo l'ipotesi di gran lunga più frequente, e comunque qui precipuamente considerata. Della gestione di un servizio pubblico, cioè, che per questo solo fatto deve essere esplicita imprenditorialmente: anzitutto nel senso che deve tendere a finanziarsi il più possibile sul mercato.

In una gestione del genere, allora, è evidente che i principali ricavi derivano, o dovrebbero derivare, dai pagamenti che, in base alle tariffe prefissate, i suoi utenti effettuano come corrispettivi delle prestazioni che ricevono dal suo gestore. Il problema della determinazione di tali tariffe, come del resto quello della definizione di tali prestazioni, come si è detto, deve rientrare nella predisposizione del programma di gestione del servizio, riservata almeno tendenzialmente alla competenza dell'amministrazione che ne è titolare; con una possibilità limitata di concorso del concessionario, cui si è già parimenti accennato.

Questi aspetti, peraltro, saranno ulteriormente ripresi tra breve. Ma fin da ora si può notare che lo squilibrio economico suddetto può derivare o dalla fissazione di corrispettivi a carico degli utenti, delle prestazioni che essi ricevano, che siano troppo basse rispetto al costo di queste: quasi sempre, per le ragioni so-

ciali che si sono già considerate; da una causa, cioè, che, all'infuori del caso estremo nel quale la misura di tali corrispettivi siano oggettivamente imposta dalle condizioni del mercato, consiste in una scelta dell'amministrazione: dell'amministrazione che si assume per semplicità, e secondo le tendenze che paiono affermarsi sempre di più, essere quella concedente. O dalla « doverosità » a carico del gestore, di prestazioni troppo onerose rispetto ai prezzi che il mercato consente di pagare per esse: che ciò nonostante sono definite in tal modo, ugualmente in vista della soddisfazione di interessi collettivi; da una causa, cioè, che all'infuori del caso estremo nel quale le prestazioni minime perché il servizio possa dirsi erogato, siano già di per sé fuori mercato, consistono in una scelta dell'amministrazione che quella « doverosità » ad esse imprime: dall'amministrazione che ancora più pianamente può essere identificata con quella concedente.

Quando l'ipotizzato equilibrio economico nella gestione di un servizio pubblico si verifica, dunque, esso è provocato per l'una o l'altra delle cause suddette, o, più realisticamente, per il concorso di entrambe: non perché tale gestione debba essere economicamente passiva di per sé, ma perché lo diventa a causa delle modulazioni cui è sottoposto il suo esercizio, per scelte dell'amministrazione che del servizio stesso è titolare. Per scelte di tale amministrazione, nella determinazione, o, meglio, nella predeterminazione, di quel che si è già visto essere il « programma » della erogazione del servizio stesso. Sarà questo soggetto, allora, che dovrà a offrire le utilità atte a superarlo: sempre nel quadro della definizione del programma suddetto.

Utilità che non sempre e non necessariamente devono essere pecuniarie.

Anzitutto, si può notare che la concessione assentita dal soggetto pubblico titolare del servizio presenta di per sé un vantaggio economico per il concessionario: in quanto gli consente di esplicare una attività economica il cui esercizio gli sarebbe altrimenti precluso. L'osservazione è evidente, e vale pienamente per i servizi il cui titolare pubblico lo sia in esclusiva. Ma parrebbe da condividersi, almeno in qualche misura, anche nell'ipotesi opposta.

Inoltre, l'entità dei ricavi che può ottenere il concessionario va valutata anche alla luce di un fattore della massima importanza. Il titolare del servizio pubblico, all'atto nel quale gliene concede l'esercizio, e per il solo fatto che glielo concede, gli mette a disposizione un mercato, una clientela: come è stato giustamente osservato (37). Questo profilo della concessione della gestione di un pubblico servizio è del pari indiscutibile quando essa, di nuovo, sia in esclusiva: eventualmente, come riflesso e prosecuzione della esclusività della titolarità del servizio stesso da parte del soggetto pubblico concedente. Ma, di nuovo, è riscontrabile anche nell'ipotesi opposta, pur se in limiti più ristretti. Perché l'offerta al pubblico di determinate prestazioni, se è inquadrata in un servizio pubblico, se cioè per tale ragione diventa doverosa, acquista per tale suo carattere in stabilità e affidabilità; e, quindi, almeno da questo punto di vista, diventa più appetibile: come risvolto simmetrico nella sua maggiore onerosità per il gestore, la quale, come si è prima notato, deriva dal fattore di rigidità che tale doverosità introduce nelle sue scelte imprenditoriali.

Talvolta, inoltre, il soggetto pubblico titolare del servizio, quando ne concede la gestione, può mettere a disposizione del concessionario risorse di cui potrebbe essere il detentore addirittura esclusivo: di fatto o giuridicamente. Si pensi, per esempio, alla eventualità che esso possa concedergli anche l'uso di beni pubblici: gli possa assentire, poniamo, l'installazione sotto o sopra aree pubbliche, di tubature o di cavi, o comunque di opere fisse, senza le quali l'esplicazione dell'attività economica nella quale la prestazione del servizio pubblico si risolve, non sarebbe praticabile da alcun imprenditore: ugualmente per ragioni di fatto o di diritto. E anche l'acquisizione da parte del gestore di questa utilità, si traduce per lui in un vantaggio economicamente apprezzabile.

Non vi è dubbio, tuttavia, che il concorso diretto nella spesa della gestione del servizio pubblico da parte del titolare di

(37) Vedi, di CAVALLO PERIN, la comunicazione in questo volume, e *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, *Riv. dir. amm.*, 1994, 111.

questo, sia il modo più semplice e lineare per il raggiungimento del necessario riequilibrio dei conti del concessionario. Spesso, l'unico praticabile. Specie quando i costi medi unitari di tale gestione, risultanti dalla somma delle prestazioni più onerose con quelle che lo sono meno, siano comunque superiori ai ricavi: ai ricavi parimenti medi unitari, risultanti dalla somma delle prestazioni più redditizie con quelle più diseconomiche.

15. *La determinazione della disciplina della erogazione del servizio pubblico in concessione; il ruolo del soggetto pubblico che ne è titolare.*

Per tutte queste ragioni, si manifesta in tutta la sua rilevanza il ruolo che ha, che deve avere, nella determinazione del programma di gestione del servizio pubblico, l'amministrazione che di tale servizio ha la titolarità. Seppur, lo si ripete anche da questa specifica angolazione, in modo variabile secondo le varie ipotesi. Perché è evidente quanta maggiore autonomia al riguardo tendenzialmente abbia il gestore, se esso sia un ente pubblico operante per competenza propria. E quanto maggiori, per contro, debbano essere i poteri relativi dell'ente titolare, se tale gestore sia, viceversa, un privato imprenditore concessionario: che è il caso, che adesso si sta considerando specificamente.

Soprattutto nel quale, è nella determinazione, più o meno contrattata, di tali modalità di erogazione del servizio che il soggetto che ne è titolare, dovrà svolgere il suo ruolo più significativo e importante: in particolare modo nei confronti della collettività che ad esso fa riferimento, che rappresenta, i cui interessi deve istituzionalmente curare, e verso la quale, in ultima analisi, in modo diretto o indiretto, è politicamente responsabile. Perché, anzitutto, dovrà interpretare i suoi bisogni, individuando le prestazioni la cui offerta da parte dell'imprenditore che del servizio medesimo potrebbe diventare il gestore, meglio li soddisfi. Poi, dovrà anche difenderne la doverosità nei suoi confronti. Inoltre, dovrà stabilire le relative tariffe: nei limiti nei quali gli sia consentito fattualmente e giuridicamente (cfr. i rilievi in proposito accennati nei precedenti parr. 9 e 14). Spesso, operando

già delle opzioni discrezionalmente, se non addirittura politicamente delicate. Non solo utilizzando le determinazioni tariffarie per influenzare le scelte dell'utenza nell'utilizzazione del servizio. Ma anche, e soprattutto, decidendo quanto dei relativi costi debba gravare direttamente su di essa, o quando debba finire col ricadere sul contribuente: magari solo indirettamente, e con l'intermediazione di altri soggetti pubblici che debbano eventualmente finanziare il *deficit*; e, in ogni caso, in modo pesantemente condizionato dalla spettanza o meno al medesimo titolare del servizio, pure di una sua capacità impositiva col cui esercizio pareggiare il passivo suddetto. E, infine, ma certo non per questo meno importante, dovrà valutare l'opportunità di sostenere i costi di ognuna di esse, oppure di rinunciarvi: anche alla luce di quanto questi ricadano sulla collettività suddetta. Valutarne l'opportunità, sia confrontando l'utilità per l'utenza di ciascuna prestazione desiderata, col suo costo; come, in una prospettiva più ampia, comparando questa sua ofelimità, con quella delle altre esigenze collettive, in settori diversi e magari molto eterogenei e lontani, che dalla destinazione ad essa nei necessari mezzi finanziari rimarrebbero alternativamente sacrificate.

La chiave di ricostruzione dei vincoli giuridici che gravano su tale soggetto pubblico, nello svolgimento di questo suo ruolo così essenziale e specifico di determinazione del programma di erogazione del servizio, non può essere che quella dei suoi doveri funzionali: dei doveri di perseguire al meglio l'interesse collettivo alla cui soddisfazione il servizio stesso è finalizzato, che l'ordinamento generale ha soggettivizzato nella sua personalità, attribuendogliene la titolarità. Dei suoi doveri funzionali, cui può adempiere selezionando le soluzioni da preferire, tra le opzioni che fattualmente e giuridicamente rientrano nella sua disponibilità: selezionandole in modo così finalizzato, e cioè discrezionalmente. Almeno; ma, talvolta, con margini di apprezzamento di cui non sarebbe realistico disconoscere la sostanziale politicità intrinseca. E la medesima chiave dei doveri funzionali di tale soggetto pubblico è anche quella da utilizzare per la configurazione giuridica del programma suddetto che esso ha determinato: giacché questo definisce le modalità di erogazione del servizio, che

più e meglio quell'interesse collettivo possono soddisfare. Che possono soddisfarlo in modo così ottimale, secondo l'interpretazione che quel soggetto pubblico stesso ne ha dato; e nella concretezza della situazione nella quale le ha determinate.

Emerge così a tutto tondo la figura dell'ente titolare del servizio pubblico. Nello sviluppo di queste riflessioni, essa aveva cominciato ad assumere rilevanza (cfr., appunto, il precedente par. 9), quando si era osservato che tratto essenziale di tale servizio, è la doverosità della sua erogazione. E si era avvertita l'esigenza che questa doverosità venisse garantita: mediante la soggettivizzazione da parte dell'ordinamento generale, in tale ente, dell'interesse collettivo che il servizio medesimo deve soddisfare. Con l'attribuzione ad esso della scelta di rendere doverosa l'applicazione di una attività economica, imprimendogli i tratti del servizio pubblico, appunto: in quanto questo non sia già normativamente disposto; e di tutti i poteri necessari affinché tale sua funzione di garanzia sia effettiva. Il che già di per sé richiede che la sua natura sia pubblica. Adesso acquista rilievo il suo ruolo di soggetto che, almeno tendenzialmente, determina il programma di erogazione del servizio; e di cui, con esso sia pure ancor più solo di massima, si assume gli eventuali oneri finanziari. E questa sua ulteriore funzione rende ancor più evidente la necessità che il suo carattere sia pubblico.

A questo punto del ragionamento, sul ruolo dell'ente titolare del servizio pubblico così meglio precisato, si impongono due osservazioni.

La prima. Più il sistema si evolve nel senso che la gestione di tale servizio viene concessa ad imprenditori privati, e più acquista rilevanza e urgenza l'esigenza che tale ente rimanga il soggetto forte del rapporto col concessionario. Almeno il soggetto forte giuridicamente. Perché non ci si può illudere che, nelle attuali condizioni di crisi della finanza pubblica, possa esserlo anche economicamente. E che, nelle attuali condizioni di inefficienza dell'amministrazione, e di delegittimazione dei suoi referenti politici, possa avere la capacità, appunto amministrativa e politica, di esercitare effettivamente appieno e in modo ottimale rispetto all'interesse collettivo che deve perseguire, tutti i poteri giuridici

che l'ordinamento generale gli attribuisce. L'estendersi della gestione di un pubblico servizio da parte di un soggetto privato, esige un'accentuazione del ruolo del soggetto pubblico che del servizio medesimo è titolare, e dei poteri che vi si ricollegano, e mediante i quali può essere esplicato.

La seconda. L'ente titolare del servizio pubblico, si rivela essere una amministrazione in senso soggettivo, che oggettivamente svolge il suo ruolo suddetto mediante l'esercizio di tali poteri. Mediante atti giuridici, cioè: come le amministrazioni più tradizionali, e secondo la prospettiva del diritto amministrativo più classico. La quale era parsa superata, quando cominciò il ciclo dello sviluppo dell'amministrazione per servizi; il che in realtà ha significato, ormai dovrebbe apparire chiaro, l'espansione dell'amministrazione, più che solo come titolare di servizi, soprattutto anche come erogatrice diretta di essi. E il ciclo dello sviluppo delle ricostruzioni dottrinali più attente a questo fenomeno, qualche decennio fa relativamente nuovo. La situazione che adesso si sta delineando, allora, più che apparire inedita, si presenta come un ritorno all'epoca ancora precedente: al passato nel quale era più diffusa la gestione soggettivamente privata di quei servizi stessi.

Con questa conseguenza. Si è appena notato che la nuova espansione di tale gestione dei servizi pubblici, impone l'emersione in tutta la loro rilevanza, del ruolo dell'amministrazione che ne è titolare, e dei suoi poteri che di quel suo ruolo sono espressione. Adesso si deve precisare che è proprio questa sorta di riedizione di tale gestione, che, da questo specifico punto di vista, implica il recupero della visione dell'amministrazione per atti: per gli atti che di quei poteri sono esercizio. Implica il recupero di una prospettiva che nei decenni scorsi pareva appannata. Ingiustificatamente: perché se è astrattamente, per quanto non realisticamente pensabile una amministrazione che non presti servizi, non è neppure teoricamente immaginabile, viceversa, una amministrazione che non emani atti.

Rispetto alla situazione ancora precedente, quella di oggi, semmai, differisce per un diverso aspetto: negli atti giuridici che l'amministrazione adotta, è rilevabile, per così dire, un maggiore

tasso di consensualità. In primo luogo, perché essa, ora, determina assai più largamente le proprie scelte, solo mediante procedimenti più partecipati. E inoltre, e soprattutto, perché opera meno per provvedimenti unilaterali e autoritari: sia perché esplica più ampiamente la sua capacità di diritto privato; sia perché, anche quando rimane sul piano del diritto pubblico, più largamente e più frequentemente ricorre ad accordi di vario genere, le cui figure, d'altra parte, sono continuamente moltiplicate dalla legislazione e dalla prassi.

Tutto questo, in forza di tendenze che si manifestano in generale per tutta l'attività dell'amministrazione. È da verificare quanto queste incidano, sulla attività specifica dell'amministrazione in quanto titolare di servizi pubblici. Dalle considerazioni prima accennate circa il suo ruolo e i suoi poteri, è come si noterà ancora tra breve, non pare che in tale sua attività particolare i provvedimenti, come atti unilaterali e autoritari, possano elidersi del tutto: a favore di accordi, per quanto variamente definibili in termini giuridici, e variamente ascrivibili al diritto pubblico, o al diritto privato. Appare certo, peraltro, che ogni sviluppo in tale specifica attività degli enti pubblici titolari di servizi, di una azione giuridica per accordi, a detrimento di quella per provvedimenti, sarebbe dovuta soprattutto ai riflessi su di essa, di tali orientamenti di fondo del diritto amministrativo. E meno ad una evoluzione causata da esigenze sue intrinseche: le quali, semmai, parrebbero agire piuttosto in senso opposto, almeno entro certi limiti.

16. *La determinazione della disciplina della erogazione del servizio pubblico in concessione; il ruolo dell'imprenditore concessionario.*

Ad ogni modo, non pare dubbio che la disciplina dei modi, dei tempi, delle tariffe e di ogni altra caratteristica della erogazione del servizio che il soggetto pubblico che ne è titolare ha stabilito, più o meno contrattandola col concessionario, per queste ragioni si presenta come accentuatamente e intrinsecamente connessa con la sua funzione istituzionale.

Almeno dal suo punto di vista. Perché tale disciplina, viceversa, diversamente potrebbe apparire da quello dell'imprendito-

re concessionario: che la dovrà osservare, percependo dagli utenti i corrispettivi delle sue prestazioni, ed eventualmente *aliunde* quanto necessario per portare almeno in pareggio la sua gestione. Per tale concessionario, infatti, essa costituisce il programma della sua attività imprenditoriale: da svolgersi secondo gli impegni consensualmente assunti, o almeno accettati, in vista delle contropartite ugualmente pattuite, in modo da conseguire risultati economici di segno positivo. In un quadro di obbligazioni attive e passive apparentemente solo di preta marca civilistica, cui esso si è assoggettato, avendo per criterio di stima il proprio tornaconto; e per metro di valutazione della congruità del loro adempimento, i principi privatistici di diligenza e buona fede; in un contesto giuridico, quindi, cui sono estranee perfino le idee di funzione e di doveri funzionali. Per tale concessionario, dunque, tale disciplina si presenta allora come altrettanto accentuatamente e intrinsecamente connessa con la natura della sua soggettività: che è quella di un privato imprenditore.

Ma anche dal suo punto di vista, tale disciplina della gestione del servizio pubblico è solo questo? È solo quel che essa sembra essere in apparenza? Ad una considerazione appena più approfondita, parrebbe proprio di no.

Le modalità di erogazione del pubblico servizio che l'imprenditore privato concessionario ha contrattato col soggetto pubblico che ne è titolare, e che ha in ogni caso accettato, infatti, potrebbe essere considerata unicamente come programma della sua attività imprenditoriale, solo in presenza, nella concessione di un pubblico servizio, di un tratto, la cui sussistenza nell'istituto, viceversa, era stata subito esclusa: solo se le relative prestazioni fossero fornite da tale imprenditore a tale amministrazione. Ma fin dall'inizio di questa riflessione su tale concessione, si era notato che essa implica che l'erogazione del servizio sia effettuata al pubblico, derivandone la conseguenza della inapplicabilità al suo assenso della direttiva CEE n. 92/50, del 18 giugno 1992 (cfr. il precedente par. 5).

La medesima, e criticata definizione giuridica delle modalità suddette, potrebbe essere mantenuta, forse, se la esplicazione del servizio pubblico da parte del concessionario a favore degli uten-

ti, potesse essere configurata come mera fornitura a terzi beneficiari di prestazioni da esso pattuite con l'ente pubblico concedente. Ma è evidente quanto questa prospettiva non sia realistica. Perché è evidente che l'imprenditore concessionario svolge l'intero suo ruolo di gestore del servizio stesso nei confronti dell'utenza: nel modo più diretto definibile. È con l'utenza, come con la controparte immediata, stipula contratti, ed eventualmente adotta provvedimenti; assume obbligazioni, e vi deve adempiere; e così via.

È nei confronti dell'insieme dei suoi utenti anche solo potenziali, che esso svolge direttamente un simile suo ruolo. Di cui, d'altronde, non può sfuggire la complessità. Il quale, in definitiva, non è minore, né meno rilevante, di quello esplicato da un gestore che sia un ente pubblico: anche di quello che lo espi- chi per competenza propria (38).

Si è esitato molto, prima di ricorrere a questo paragone. Per il timore che esso potesse suggerire una prospettiva ricostruttiva dell'istituto qui analizzato, di cui si è già affermata l'inattendibilità. Quella secondo la quale la gestione di un servizio pubblico in concessione ad un soggetto privato, sia un mero succedaneo di una sua gestione da parte di un soggetto pubblico. Da questo punto di vista, anzi, anche l'affermazione, pur tante volte e tanto autorevolmente sostenuta (39), secondo la quale la concessione di un pubblico servizio realizzerebbe un caso di sostituzione, potrebbe essere accolta solo con un significato che ne riduca di molto la portata. Infatti, configurare il concessionario come un sostituto di un soggetto pubblico, se riferito ad un ente pubblico gestore per competenza propria, implicherebbe quella valutazio-

(38) L'equipollenza tra gestore pubblico e gestore privato del pubblico servizio dal punto di vista della utenza, è sviluppato da CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 63 ss.

(39) Cfr., tra gli altri, in questo senso, ma in un quadro teorico di ampio respiro che investe la stessa nozione di ente pubblico, i già citati scritti di MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, pagg. 425 ss., e *Ente pubblico e concessione di servizio pubblico*, pagg. 359 ss.; per rilievi critici della nozione di concessione come sostituzione, sia pure da altri punti di vista, cfr. TRIMARCHI, *Profili organizzativi*, ecc., cit., pagg. 19 ss.

ne di normalità della gestione di servizi oggettivamente pubblici da parte di soggetti aventi del pari questa natura, che prima non era parsa molto fondata. E se riferito, per contro, all'ente necessariamente pubblico che del servizio stesso, viceversa, è addirittura il titolare, non potrebbe che implicare che questo, del medesimo servizio, ne sia, quasi naturalmente, anche gestore. Al contrario: è sembrato che questo ente, del servizio di cui è titolare, non ne sia, né ne possa essere gestore, almeno finché opera in tale sua qualità. In tale sua qualità, può solo concederlo. E concederlo mediante un provvedimento che, nel quadro delle classificazioni più scolastiche dei vari tipi di concessione, deve considerarsi a carattere costitutivo, e non traslativo (40). Questa tesi non esclude che il diritto positivo possa ammettere pure delle concessioni dell'esercizio di un servizio pubblico aventi viceversa carattere traslativo. Ma queste sarebbero tutt'altro istituto giuridico, e si distinguerebbero facilmente dalle prime. Perché sarebbero disposte non dall'ente necessariamente pubblico titolare del servizio, come uno strumento giuridico per la soddisfazione dell'interesse collettivo in esso soggettivato; ma dal gestore in ipotesi anche soggettivamente privato del servizio stesso, come mezzo, e mezzo tendenzialmente solo complementare, per assicurarne la gestione: presumibilmente, per di più, solo parziale. E, allora, sarebbero solo derivate; e, perciò, tenderebbero a configurarsi come mere sub-concessioni: come sarebbe addirittura ovvio, se a disporle fosse un gestore che agisse già come un concessionario, e non un ente pubblico per competenza propria.

Al paragone proposto, tuttavia, non si è potuto rinunciare: malgrado il rischio che comporta, di una confusione di nozioni; che, del resto, si spera essere stato ora fugato. Perché tale paragone pare essere il più calzante. Dal punto di vista che ora si considera, infatti, gestore pubblico e gestore privato di un servizio pubblico, paiono atteggiarsi con i medesimi tratti giuridici.

(40) Per rilievi critici, peraltro non completamente condivisibili, alla tesi del carattere traslativo della concessione della gestione di un pubblico servizio, cfr. TRIMARCHI, *Profili organizzativi*, ecc., cit., pagg. 10 ss.

In particolare, per un verso, con la medesima estraneità, ma anche con la medesima strumentalità, rispetto all'amministrazione che del servizio stesso è titolare. E come analoghi portatori di interessi diversi da quelli in questa soggettivati: anche se, lo si è già ammesso, con una più accentuata contrapposizione degli interessi del gestore, rispetto a quelli del titolare, se esso sia privato. Ma anche, per altro verso, con un ruolo di pari rilevanza e carattere.

Se, infatti, nella prospettiva della attuale esaltazione dei valori del « privato », si sostiene che al gestore pubblico del servizio non può riconoscersi la potenzialità di un ruolo maggiore di quello del normale imprenditore che ne sia concessionario, nella medesima prospettiva non può non ammettersi pure la proposizione inversa: che al gestore privato non può non riconoscersi un ruolo minore di quello che si è visto essere proprio del gestore pubblico; anche del gestore pubblico per competenza propria.

Conseguentemente, anche a proposito dell'attività, di fatto o giuridica, dell'imprenditore privato che espliciti un servizio pubblico in forza di concessione, si possono recuperare tutte le considerazioni circa la sua funzionalizzazione intrinseca, che si sono prima svolte a proposito dell'analoga attività del gestore pubblico per competenza propria. Applicabili anche a quella del gestore su concessione che sia una società di diritto privato in mano pubblica. E pure a quella del gestore su concessione che sia soggettivamente pubblico: in quanto si ritenesse che la concessione ne pubblicizzi ulteriormente il ruolo, oltre quanto non derivi già da questo carattere della sua soggettività.

In ogni caso, quindi, la concessione di un servizio pubblico ad un concessionario pur imprenditore privato, viene a sovrapporre alla sua soggettività, appunto privata, una qualità intrinsecamente pubblica. Così che il soggetto pur privato che espliciti un servizio pubblico in forza di una concessione, in forza di questa concessione viene ad assumere un ruolo oggettivamente pubblico (41): che, lo si ripete, diventa suo proprio in base ad una

(41) In questo ordine di idee, SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, 1988, pagg. 25 ss., che, anzi, pare andare ancora oltre (pag. 36), comprendendo nel ruolo del concessio-

attribuzione primaria da parte dell'ente necessariamente pubblico che del servizio medesimo è titolare, e non di un trasferimento da parte di questa amministrazione o di qualsiasi altra. Che tale suo ruolo oggettivamente pubblico possa essere inquadrato nella figura dell'esercizio privato di attività oggettivamente pubbliche, pare intuitivo (42); ma si preferisce rinunciare qui a delineare più precisi nessi di esso, con una figura che è stata tanto considerata, ma anche tanto dibattuta in dottrina: per non dover affrontare gli ulteriori problemi che implica una sua più precisa definizione, che d'altra parte in questa sede non sono ineludibili. Pare certo, d'altra parte, che tale suo ruolo oggettivamente pubblico sia l'unico, tra l'altro, che possa fondare quella sua competenza ad emanare non solo gli atti e contratti di diritto privato, ma perfino atti e provvedimenti amministrativi, che è affermata dalla giurisprudenza, e da almeno una parte della dottrina; tale suo ruolo, perciò, andrebbe ricollegato all'esercizio privato non solo di pubblici servizi, ma addirittura di pubbliche funzioni. Per la cui ricostruzione, comunque, la chiave delle obbligazioni, e dei principi propri del diritto privato, si rivela essere insufficiente. Perché appare necessario, adesso, adottarne una più adeguata al carattere di funzione, e di funzione pubblica, che tale ruolo gestorio si rivela avere: quella dei doveri funzionali, e dei principi propri del diritto amministrativo (43).

Gli obblighi circa le modalità di erogazione del servizio che l'imprenditore privato concessionario ha pattuito con l'amministrazione concedente, e che comunque ha accettato accettando la concessione, allora, non possono valere solo come programma della sua attività imprenditoriale. Se questa, dunque, risulta esse-

nario anche profili di valutazione dell'interesse pubblico che nel testo sono sembrati piuttosto di pertinenza dell'amministrazione titolare del servizio, e, semmai, attribuibili solo al gestore che sia un diverso ente pubblico operante per competenza propria.

(42) In proposito, cfr., peraltro, i rilievi critici, parimenti non completamente condivisibili, di TRIMARCHI, *Profili organizzativi*, ecc., cit., pagg. 29 ss.

(43) Per riferimenti, sulla applicabilità del principio di imparzialità anche al gestore di un servizio pubblico che sia soggettivamente privato, CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, cit., pagg. 80 ss.

re scandita da quel che giuridicamente devono dirsi suoi doveri funzionali, pure tali suoi obblighi, di conseguenza, devono finire con l'atteggiarsi, sul piano delle definizioni giuridiche, anche ulteriormente, e in modo differente: vengono a rilevare piuttosto come misura dei doveri funzionali cui esso si è vincolato. Solo al di là di quei suoi obblighi, cessa questa sua funzionalizzazione: al di là di una linea di confine, oltre la quale si apre l'ambito del suo lucro; oltre la quale, ma solo oltre la quale, si apre l'ambito in cui egli può lecitamente perseguire unicamente i suoi interessi imprenditoriali. Ed è una linea di confine di cui qui si può affermare l'esistenza, ma non anche definirne il contorno.

D'altra parte, dal medesimo dato già rilevato, per il quale il gestore pur concessionario privato di un servizio pubblico, è nei confronti della collettività che ne è l'utenza potenziale, e non dell'amministrazione concedente, che deve svolgere il suo ruolo, deriva pure una ulteriore corollario. È ugualmente nei confronti di tale collettività che ha assunto in primo luogo delle responsabilità: quelle che a tale suo ruolo intrinsecamente ineriscono. Così che, per esempio, non è detto che l'inadempimento dell'amministrazione concedente ai suoi doveri funzionali, se si vuole alle obbligazioni pattuite, automaticamente e di per sé lo legittimi a sospendere l'erogazione del servizio: anche in difetto di specifiche clausole che esso abbia accettato, o di particolari ed esplicite disposizioni normative che lo vincolino in tal senso.

17. *La concessione della gestione di un servizio pubblico come provvedimento unilaterale.*

È a partire dalla rilevazione, e dalla conseguente delimitazione delle situazioni giuridiche e dei rapporti che la concessione di un pubblico servizio fonda, che si può tentare di ricostruire i suoi tratti come atto giuridico; che, come si era anticipato, pare più opportuno tentarlo.

Per un verso, in primo luogo si deve insistere sul dato che è venuto gradatamente emergendo, come larga sintesi di quelle situazioni giuridiche e di quei rapporti: ricordandolo ancora una volta, malgrado l'evidenza che ha ormai acquisito, e sottolineandone ancora una volta l'importanza. Ossia: quel che l'ente neces-

sariamente pubblico titolare del servizio parimenti così aggettivato, concede di esso, è solo la sua gestione, il suo esercizio. E non la sua titolarità: che gli rimane saldamente imputata. E che appare addirittura intrasmissibile: come conseguenza ineliminabile della soggettivizzazione dell'interesse collettivo che il servizio stesso è destinato a soddisfare, operata a suo favore dall'ordinamento generale; e della conseguente attribuzione sempre a suo favore, e sempre da parte del medesimo ordinamento, della funzione destinata a perseguirlo, e delle competenze giuridiche di base necessarie perché lo possa perseguire. Dovrebbe rimanere incontrovertito, quindi, che l'espressione « concessione di un servizio pubblico », pur se normalmente usata dal legislatore (cfr., per esempio, l'art. 5 della L. n. 1034 del 1971, istituzione dei tribunali amministrativi regionali), è impropria: accettabile solo per brevità, come una ellissi. Perché quella corretta deve articolarsi maggiormente: per arrivare a segnalare inequivocabilmente che tale concessione si riferisce, appunto, solo all'esercizio di tale servizio; o alla sua gestione, o esplicazione, o comunque ad un oggetto che possa essere significato da termini del genere.

Per altro verso, tuttavia, e sempre per quel che riguarda tale concessione come atto, una diversa osservazione si impone: l'effetto tipico che si rileva scaturire dalla concessione della gestione di un pubblico servizio, è, appunto, l'attribuzione di tale gestione. Il che implica, come si è visto, l'attribuzione al gestore anche imprenditore privato, di un ruolo la cui ricchezza, la cui rilevanza, il cui carattere oggettivamente pubblico si è prima delineata. Questa gestione, questo ruolo, perciò, si risolvono in situazioni giuridiche del concessionario, pur quando sia un soggetto privato, che sono tipicamente altrettanto pubblicistiche. Che possono essere costituite, quindi, solo come effetto giuridico di un atto il cui carattere non può essere che ugualmente pubblico; il che esclude di per sé che esso possa avere natura di contratto di diritto privato. Anche se non esclude, per contro, che norme, o meglio, principi del diritto privato delle obbligazioni e dei contratti, siano gli siano applicabili (44); o, meglio, siano applicabili al rap-

(44) Cfr. la tesi di F. GALLO, favorevole alla applicazione ai « contratti di

porto che istituisce: in ogni caso, secondo la previsione dell'art. 11, secondo comma, della L. n. 241 del 1990.

Di più. La concessione della gestione di un pubblico servizio disposta dall'ente necessariamente pubblico che ne ha e ne conserva la titolarità, appare per esso esplicitazione della funzione che l'ordinamento generale si è visto riservargli. E l'attribuzione al concessionario del suo ruolo specifico, l'effetto giuridico di tale concessione: la cui produzione, conseguentemente, del pari l'ordinamento giuridico pone nella sua disponibilità esclusiva. Conseguentemente, la concessione medesima, oltre che atto di diritto pubblico, appare essere atto ineliminabilmente unilaterale. Nella prospettiva sostenuta nel testo, perciò, parrebbe non condividibile il diverso orientamento contrattualistico, peraltro largamente sostenuto in dottrina (45) E deve lasciare perplessi la corrispondente terminologia talvolta usata dal legislatore (46). Giacché tale provvedimento pare costituire un vero e proprio provvedimento. Un provvedimento di organizzazione, è stato detto autorevolmente (47).

Sicuramente, tuttavia, l'affermazione che tale concessione sia un atto unilaterale, non implica affatto che il suo effetto tipico si produca coattivamente a carico del concessionario. È certo che la produzione di tale effetto presuppone il consenso di questo. Ma

---

concessione di pubblici servizi » dei comuni e delle province, delle regole civili-  
stiche sulla eccessiva onerosità sopravvenuta (*Foro it.*, 1981, V, 202). Più in gene-  
rale, per una prospettiva contrattualistica nella ricostruzione delle concessioni am-  
ministrative in genere, cui sarebbero applicabili numerose norme privatistiche,  
cfr. l'ampia monografia di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit.

(45) E affermato, tra gli altri, dagli autori citati alla nota che precede.

(46) Per esempio, all'art. 265 del R.D. 14 settembre 1931, n. 1175, T.U.  
per la finanza locale, dove ci si riferisce francamente a « I contratti con i quali gli  
enti locali concedono all'industria privata... » i servizi di cui all'art. 1 della L. 15  
ottobre 1925, n. 2578.

(47) Dal GIANNINI, da ultimo nella terza edizione, del 1993, del suo *Dirit-  
to amministrativo*, II, 433.; questi profili della concessione della gestione di un  
pubblico servizio sono stati particolarmente analizzati da TRIMARCHI, nella sua mo-  
nografia più volte citata, intitolata, appunto, *Profili organizzativi della concessione di  
pubblici servizi*, Milano 1967, con ampi riferimenti bibliografici cui si rimanda (v.  
anche, ivi, pagg. 101 ss., le proposte di distinzione di tale figura organizzativa da  
altre affini, a cominciare dalla delega).

sarebbe sufficiente che tale consenso si manifesti come accetta-  
zione della concessione medesima: *ad instar* della rilevanza giuri-  
dica della accettazione da parte dell'aspirante ad un pubblico im-  
piego, della nomina ad esso, secondo la classica impostazione  
dottrinale, secondo la quale il conseguente rapporto trova il fat-  
tore che lo costituisce in tale nomina come provvedimento unila-  
terale; esclusivamente in tale nomina così ricostruita.

Non vi è dubbio, peraltro, che la prospettiva contrattualisti-  
ca sia meglio in grado di tenere adeguato conto di elementi con-  
sensuali che nella vicenda dell'assenso della concessione dell'e-  
sercizio di un servizio pubblico, e ancor più nella sua attuazione,  
spesso sono di rilevanza maggiore di una simile mera accettazione  
da parte del concessionario. Ma di questi ulteriori aspetti, e della  
possibilità di conciliarli con la diversa impostazione del testo, si  
dirà tra breve.

#### 18. *La concessione della gestione di un pubblico servizio e gli accordi sostitutivi di provvedimento.*

La tesi che la concessione della gestione di un pubblico ser-  
vizio, come atto, debba essere vista con i tratti del provvedimen-  
to unilaterale, parrebbe divergere dalle tendenze che, come si è  
ricordato, nel nostro tempo paiono marcare più fortemente il di-  
ritto amministrativo, inteso sia come diritto positivo che come  
sua ricostruzione dottrinale; e che, come si è ammesso, sembra-  
no investire pure la materia qui specificamente considerata. Os-  
sia, dalle tendenze secondo le quali l'attività anche pubblicistica  
dell'amministrazione, in ambiti sempre più larghi si atteggia e  
viene delineata, come una attività sempre meno autoritaria e  
sempre più consensuale. Rispetto alle quali, si potrebbe ritenere  
più coerente che tale concessione possa concretare, viceversa, un  
accordo, seppur di diritto pubblico.

Più precisamente, si potrebbe considerare come possibile  
equipollente della concessione dell'esercizio di un servizio pub-  
blico come atto unilaterale, anche in relazione alla produzione  
dell'effetto che si è visto esserle più specifico, l'accordo sostituti-  
vo di provvedimento, così prospettato dalle ultime parole del

primo comma dell'art. 11 della L. n. 241 del 1990, «...nei casi previsti dalla legge...». Ma il problema sembra esulare dal tema di questa riflessione. In primo luogo, infatti, si potrebbe osservare che non risultano emanate in questi anni, disposizioni legislative concernenti concessioni qui considerate, le quali stabiliscano una simile equipollenza. È vero che la norma richiamata potrebbe essere interpretata non solo come prefigurazione di successive discipline legislative, ma anche come inquadramento generale di ipotesi così disciplinate, che possono essere già preesistenti nel nostro ordinamento, seppur per disposizioni singolari. Ma, data l'angolazione di questo studio, sarebbe un fuor d'opera estenderlo in questa direzione: fino all'analisi, cioè, di specifici « casi » di concessioni, al fine di valutare l'inquadrabilità nella nuova norma stessa, della loro antecedente disciplina. E, in ogni caso, perché l'interprete possa pervenire ad un simile inquadramento di tali « casi », parrebbe argomento troppo fragile, la terminologia in tal senso che, come si è accennato, il legislatore potrebbe avere usato al riguardo.

D'altra parte, è un'altra la ragione più importante, che consiglia comunque questa rinuncia a tale approfondimento. La possibilità di riscontrare anche per l'attribuzione ad un concessionario della gestione di un pubblico servizio, casi di quella equipollenza dell'accordo al provvedimento prevista in linea generale dal citato art. 11 della L. n. 241 del 1990, sembra dipendere assai meno dall'esame dei caratteri dei vari tipi delle relative concessioni, e ben di più dalla ricostruzione della effettiva portata di tale norma. Già per quel che riguarda l'ambito della sua applicazione: non occorre ricordare qui, tanto sono note, le difficoltà di individuare ipotesi che sicuramente vi rientrino, le quali, a loro volta, finora sarebbero comunque solo sporadiche. Ma ancor più per quel che attiene alla definizione giuridica dell'istituto, e alla precisazione dei nessi logici per i quali la produzione di effetti giuridici propri di provvedimenti ovviamente unilaterali, possa derivare viceversa da accordi: degli schemi concettuali per i quali gli uni, come atti giuridici produttivi di quegli effetti, possano essere assorbiti, o comunque sostituiti dagli altri. È vero che la norma richiamata, pur recente, è già stata fatta oggetto di infiniti stu-

di e convegni. Ma sembra che alla quantità delle analisi non abbia ancora fatto riscontro una pari chiarezza e attendibilità dei risultati. Con tutta probabilità, anche per l'opinabilità e la scarsità già rilevate, dei casi cui questi sarebbero applicabili; così che appare prevedibile che le interpretazioni della norma medesima non potranno acquistare sicurezza e generalità di consensi, finché tali casi non siano più certi e numerosi: prima che le analisi dell'istituto, nuovo almeno con tratti di generalità, siano in grado di superare lo stadio meramente teorico e astratto.

#### 19. *Concessione della gestione di un pubblico servizio e disciplina della sua erogazione.*

Fin qui, la riflessione sui caratteri della concessione della gestione dei pubblici servizi come atto, ha tenuto conto solo del suo effetto tipico: l'investitura del concessionario che ne consegue, nel ruolo di gestore di tale servizio. Ma, ora, occorre ampliare la prospettiva: per considerare più specificamente quel profilo di tale concessione che, come si è visto è tanto rilevante, e addirittura essenziale: la disciplina della gestione stessa. La predisposizione, vincolante per il concessionario medesimo, ma anche per l'amministrazione concedente, del « programma » di tale gestione: delle modalità quantitative e qualitative, dei ritmi, dell'intensità di erogazione delle prestazioni, come dei corrispettivi a carico dei beneficiari, e degli eventuali concorsi nella spesa da parte dell'amministrazione suddetta, o di altri soggetti pubblici.

Che la predisposizione del « programma » della gestione del servizio pubblico venga operata unilateralmente dall'amministrazione che ne è titolare, appare come la soluzione che anche nella sostanza è la più coerente col ruolo che abbiamo visto dover essere riservato a tale amministrazione: specie quando il servizio stesso sarà erogato da un imprenditore privato concessionario. Questa, quando considera quali e quante domande potenziali dell'utenza debbano essere soddisfatte, con quali corrispettivi e, eventualmente, con quali altre risorse aggiuntive, sicuramente dovrà valutare realisticamente le possibilità che il gestore, e, in particolare, l'imprenditore concessionario, accetti di vincolarsi.

Ma ciò non toglie che dovrebbero spettare ad essa, e spettarle unilateralmente, le scelte definitive al riguardo.

Sarebbe altrettanto irrealistico, tuttavia, non riconoscere che anche il concessionario, nella concretezza delle esperienze pratiche, nella determinazione del programma suddetto, finisce col giuocare spesso un suo ruolo. In forme variabili, come si è già notato, in correlazione alle diversità dei procedimenti a seguito dei quali è la concessione come tale che viene assentita.

Così, se il concessionario viene selezionato secondo una classica gara, se quel programma, perciò, tenderà ad essere predisposto preventivamente, e, quindi, unilateralmente dall'amministrazione concedente, è difficile che il concessionario stesso possa prestare più che una adesione ai vincoli ivi previsti.

Anche in questa ipotesi, tuttavia, può darsi che il programma di erogazione del servizio venga definito mediante una sorta di pattuizione tra amministrazione concedente e concessionario. E, quindi, che la determinazione di tale programma venga ad atteggiarsi come un accordo. Il quale, allora, inevitabilmente tenderà ad emergere come un atto avente una propria autonomia giuridica rispetto alla concessione vera e propria. E, in ogni caso, è questa la configurazione giuridica che apparirebbe la più appropriata, quando l'assenso della concessione stessa avvenga a seguito di una trattativa che l'amministrazione suddetta abbia condotto con uno o più concessionari potenziali: nell'ipotesi più interessante, cioè; che, perciò, va ora partitamente considerata.

L'individuazione di un simile momento di pattuizione, di accordo nel rilascio della concessione qui studiata, parrebbe contrastare con la sua configurazione prima sostenuta, di provvedimento prettamente unilaterale. Ma, almeno in una prospettiva teorica generale, questa potrebbe essere ancora salvata. È evidente, d'altra parte, che la plausibilità di questa soluzione dipenderebbe a sua volta, da quale se ne voglia accogliere, del problema che, da questo punto di vista, apparirebbe come pregiudiziale e cruciale: il nesso tra la concessione della gestione del servizio, e la definizione dei tempi, modi, corrispettivi, ecc., della sua erogazione.

Al riguardo, si può prospettare per prima una alternativa: quella più linearmente coerente con l'impostazione generale qui preferita. Ossia, che la determinazione del programma di erogazione del servizio la cui gestione è concessa, faccia tutt'uno con la determinazione dell'oggetto dell'atto che la concede. In questo ordine di idee, cioè, si dovrebbe ritenere che non è possibile giuridicamente, e prima ancora concettualmente, configurare l'assenso di una concessione della gestione di un pubblico servizio, di cui non si definiscano contestualmente i termini quantitativi e qualitativi: a pena di dover qualificare giuridicamente la concessione stessa, come nulla per indeterminatezza dell'oggetto.

La determinazione del programma di erogazione del servizio, quindi, si rivelerebbe essere comunque elemento, ed elemento essenziale, della relativa concessione. E se essa derivasse da una pattuizione tra amministrazione concedente e concessionario potenziale, tale pattuizione, allora, verrebbe a collocarsi in un momento anche logicamente antecedente al suo assenso. E a configurarsi giuridicamente come un accordo previo a provvedimento. Come una figura, cioè, ugualmente prevista dal primo comma dell'art. 11 della L. n. 241 del 1990. Ma che, viceversa, dogmaticamente è ben più assestata dell'altra, e che ben più agevolmente si può riconoscere che ricorra già in molti più casi regolati dal diritto positivo e noti alla pratica: perché è più facilmente inquadrabile nella cultura del diritto amministrativo classico, per la quale l'amministrazione amministra soprattutto per provvedimenti unilaterali.

È ovvio che l'accordo previo a provvedimento, quando ricorra, quando sia giuridicamente ammissibile, condizioni l'emana-zione di questo: più precisamente, ne determini il suo contenuto in qualche elemento o in qualche aspetto. Ma esso non rilevarebbe direttamente per la produzione degli effetti giuridici propri del provvedimento medesimo: i quali conseguirebbero, seguirebbero a conseguire esclusivamente da questo. D'altra parte, è altrettanto ovvio che il programma di erogazione del servizio può vincolare il concessionario, solo in quanto vi abbia prestato adesione. Però, nella prospettiva per il momento adottata, correlativamente esso vi sarebbe vincolato non per il consenso espresso

alla pattuizione preliminare: per la quale assurgeva addirittura ad elemento costitutivo; ma per quello espresso accettando la concessione: ossia, come una mera condizione della sua efficacia.

20. *Il programma di erogazione del servizio pubblico tra provvedimento unilaterale di concessione e accordo; gli accordi esecutivi di provvedimento.*

Non si può negare, peraltro, che la dottrina dominante attribuisce all'accordo mediante il quale fosse determinato il programma di erogazione del servizio, una rilevanza giuridica che sopravvive al rilascio della concessione; e gli riconosce, rispetto ai rapporti e alle situazioni giuridiche che ne conseguono, un ruolo di produzione degli effetti, giuridici appunto, autonomo ed ulteriore rispetto a quello della concessione medesima. L'erogazione del servizio, allora, verrebbe regolata dal complesso di atti costituito da tale accordo non meno che da tale concessione.

Anche se, d'altra parte, il consenso di questa parte della dottrina si manifesta quasi esclusivamente su questo orientamento di massima. Perché le varie opinioni in materia, divergono subito, poi, non appena si tratti di definirne i più specifici tratti: in particolare, di precisare che cosa attenga alla concessione e che cosa all'accordo; come questo debba essere configurato giuridicamente; e, soprattutto, quali nessi tra questi due atti esattamente intercorrano.

Sembra che l'essenziale del contenuto della dottrina ricordata, peraltro, possa essere rappresentato con la nota formula della c.d. concessione-contratto (48). Questa, infatti, segnala chiaramente che nella vicenda costituita non solo dal rilascio della concessione della gestione di un pubblico servizio, ma anche della

(48) La letteratura in materia è così ampia, e d'altra parte così nota, da rendere insieme troppo gravoso ed inutile per il lettore un panorama di citazioni non arbitrario. In proposito, si rinvia alle già ricordate voci di SORACE e MARZUOLI, e di D'ALBERTI, sulle concessione amministrative, e alle monografie già parimenti citate di GULLO e di D'ALBERTI. E, per la definizione in questo senso della concessione della gestione di un pubblico servizio, TRIMARCHI, *Profili organizzativi*, ecc., cit., pagg. 96 ss.

esplicazione di questa gestione, rilevano ambedue questi atti, con propria autonomia giuridica. E, per il suo valore significativo dell'orientamento dottrinale ora considerato, in questi limiti può essere qui accolta. Sia pure con la riserva per la quale, in ogni caso, si preferirebbe sostituire il termine *accordo* a quello *contratto*: perché quest'ultimo è proprio del diritto privato; perché la sua utilizzabilità nel diritto amministrativo, s'intende nella sua versione pubblicistica, è, come si sa, profondamente controverso; e perché, per contro, la pattuizione che intercorra tra amministrazione concedente e concessionario, o aspirante tale, per tutte le argomentazioni prima sviluppate, pare doversi presentare con caratteri prettamente pubblicistici.

Questa costruzione, malgrado la sua apparente persuasività, in realtà lascia insoluti, se non addirittura insolubili, troppe questioni, e troppe questioni non secondarie: dalla precisazione delle relazioni che intercorrerebbero tra l'uno e l'altro atto, alla distinzione degli effetti giuridici che discenderebbero dal primo, da quelli che deriverebbero dall'altro. E, soprattutto, rispetto alla tesi prima proposta come preferibile, non sposterebbe, o non sposterebbe di molto l'intrinseca unitarietà, che comunque sarebbe da rilevare, tra concessione della gestione di un pubblico servizio, e determinazione del programma di questa gestione medesima. Perché, in ogni caso, l'una implica l'altra. Tale determinazione della gestione, se non si basasse sulla concessione di questa, sarebbe priva di oggetto. Ma anche tale concessione della gestione, se non venisse definita mediante la determinazione di questa, rimarrebbe indeterminata. D'altra parte, sembra pacifico in dottrina, che il venir meno di tale concessione, travolga conseguentemente il contratto, o, meglio, l'accordo su tale determinazione. Ma, malgrado voci contrarie, non sembra che tale concessione possa sopravvivere al venir meno di tale contratto, o, meglio, di tale accordo: perché ritornerebbe ad essere indeterminata. Insomma, per esprimere quanto in ogni senso l'una presupponga l'altra, sembra che si possa ricorrere con profitto alla nota formula: *simul stabunt, simul cadent*.

Può darsi, peraltro, da un punto di vista teorico generale, che la soluzione più aderente ai tratti dell'istituto che si analizza,

sia un'altra, in un certo senso intermedia tra le due fin qui esposte. Ossia. La concessione della gestione di un pubblico servizio, in ogni caso deve contenere una sua prima disciplina: precisata fino ad una misura tale che la concessione medesima abbia un oggetto che non possa dirsi indeterminato. Mentre, più realisticamente, si può ammettere che tale gestione sia regolata anche da un contratto, o, meglio, da un accordo, che però dettagli solo quanto già stabilito. Il contratto, o l'accordo, di conseguenza, logicamente, e anche cronologicamente, dovrebbe seguire la concessione; e, d'altra parte, potrebbe essere variato successivamente, secondo le esigenze che via via emergano durante l'esplicazione del servizio suddetto: senza che questa sua modificazione implichi un mutamento anche degli elementi della concessione. Rimane ovvio che il contratto, o l'accordo, presupponga sempre la concessione: non avrebbe oggetto, o lo perderebbe, senza di essa, o se essa venisse meno. Ma la relazione tra i due atti potrebbe ora essere vista in termini meno stringenti, se considerata in senso opposto: perché la mancanza del contratto o dell'accordo, o il suo successivo venir meno, rilevarebbe solo per l'operatività della concessione, e non addirittura per la sua esistenza o sopravvivenza.

A conclusione di questa riflessione sulla materia delle concessioni della gestione di pubblici servizi, di cui sono evidenti le esigenze di approfondimenti, è così emerso un altro tema, che ugualmente meriterebbe di essere studiato meglio: quello degli accordi successivi a provvedimento, ed esecutivi rispetto a questo, nel senso che disciplinano ulteriormente, ma anche subordinatamente a quanto esso aveva già disposto, i rapporti e le situazioni giuridiche, che dal provvedimento medesimo erano già stati costituiti; che solo dal provvedimento medesimo trovano la loro fonte primaria (49). Sono accordi di un terzo tipo, per così dire, che dovrebbero essere collocato accanto al tipo di quelli previ a provvedimento, già sufficientemente definiti ed ambientati nella

(49) Cfr., peraltro, 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.

teoria generale del diritto amministrativo, e al tipo di quelli addirittura sostitutivi di provvedimenti, di più problematico inquadramento. Forse, potrebbe stupire che la legge sul procedimento, che pur ha previsto questi altri accordi, che pure è così attenta a tutte le forme di amministrazione per consenso, e così tesa a incentivarla, li abbia viceversa ignorati. Eppure, sembra che possano avere un grande ruolo nella ricostruzione dei tratti generali del diritto amministrativo dei nostri giorni: come punto d'incontro tra l'impostazione più tradizionale dell'amministrazione per provvedimenti, e quella che in questi ultimi decenni sembra avere gradatamente prevalso, dell'amministrazione per accordi. Perché dà spazio all'accordo come fonte di disciplina di un rapporto amministrativo: almeno per certi suoi elementi e aspetti. Ma fa salva la riserva al provvedimento della costituzione e della definizione di questo rapporto medesimo: almeno per quel che attiene alle linee essenziali del suo assetto.