

INTRODUZIONE E OGGETTO DELLO STUDIO

L'Italia dell'Ottocento vide, come molte altre nazioni occidentali, un processo di rapida urbanizzazione legato al parallelo sviluppo delle industrie. L'incremento della popolazione pose le basi per una domanda territorialmente concentrata di nuovi servizi i quali, in passato, erano stati per lo più riservati alle classi sociali elevate. Allo stesso tempo, i progressi della tecnica e l'industrializzazione dei processi produttivi consentirono di intraprendere l'offerta su larga scala di questi servizi: distribuzione dell'acqua, del gas, dell'energia elettrica, trasporti in comune ecc.

Il fenomeno assunse sin dal principio rilevanza sul piano degli istituti giuridici. I poteri pubblici erano interessati a governare il processo, a farse-ne promotori e comunque a indirizzarlo verso obiettivi che essi stessi definivano. Per la prestazione dei servizi, d'altra parte, le imprese dovevano fare uso dei suoli pubblici nei territori comunali – strade e sottosuoli stradali – o entrare in contatto con varie potestà comunali di polizia sulle attività locali. Ciò rendeva i poteri pubblici uno snodo fondamentale per ogni attività imprenditoriale in questi settori.

Facendo leva su tali poteri, nel tempo i comuni avevano assunto come propri molti dei nuovi servizi locali. L'assunzione, in una prima fase, era avvenuta accogliendo le proposte di imprenditori privati e concludendo accordi sulle modalità di fornitura dei servizi. In un momento successivo, i comuni iniziarono a sperimentare forme di esercizio diretto dei servizi, istituendo propri uffici dedicati. In entrambi i casi, i comuni avevano la possibilità di conformare i servizi verso il perseguimento di obiettivi particolari, con regole sul prezzo, sulla diffusione, sulla qualità, sulla continuità ecc. che sarebbero divenute espressione dello standard di servizio pubblico.

L'alternativa tra l'affidamento a terzi e l'esercizio diretto, la natura giuridica degli atti di affidamento, le forme di organizzazione degli uffici comunali, sono divenuti progressivamente i temi centrali della discussione. Rispetto a questi profili organizzativi, è sempre più restato nell'ombra un problema che in origine aveva una sua autonomia: i regimi giuridici delle attività coinvolte, le condizioni per potere distribuire l'acqua o il gas, trasportare persone, raccogliere rifiuti ecc. senza essere un'impresa comunale o senza

dovere concludere un accordo con il comune sulla modalità di svolgimento e sui fini dei servizi. Si può dire, anzi, che i due aspetti della vicenda si siano a lungo confusi. Le imprese ammesse al mercato erano *solo* quelle comunali o affidatarie del servizio comunale. Le modalità di svolgimento dell'attività erano *necessariamente* quelle indicate dal comune, accordandosi con il privato o dirigendo la propria impresa. Indagare tali atti di organizzazione dell'ufficio comunale voleva dire anche ricostruire la disciplina delle attività coinvolte, senza che vi fosse spazio per attività materialmente simili – sempre volte a distribuire acqua, gas a trasportare persone ecc. – ma di altri imprenditori e non conformate al programma comunale di servizio pubblico. Tanto che quando Massimo Severo Giannini lamentava l'esistenza di una normazione "occulta" sui servizi municipali, si riferiva essenzialmente alle poche norme statali sull'attività che interferivano con le norme generali sull'organizzazione delle aziende municipalizzate¹.

Questo studio affronta i profili organizzativi dei servizi pubblici locali solo nella misura in cui essi possano spiegare il regime delle attività coinvolte. Lo studio dà per assunto che determinate attività di produzione di beni e servizi possano essere qualificate come "servizi pubblici" e che perciò possano ricevere una disciplina particolare dall'ordinamento. Non sono oggetto di esame, se non incidentalmente, neppure le condizioni che consentono ai comuni di affidare direttamente i servizi a soggetti con personalità giuridica distinta. Lo studio cerca invece di spiegare i processi che hanno condotto a identificare la disciplina organizzativa dei servizi pubblici locali con i regimi delle attività coinvolte e che hanno garantito alle imprese comunali di esercitare tali attività in una condizione che, in prima approssimazione, si può dire monopolistica o esclusiva. L'analisi segue il filo di eventi che hanno origini risalenti e che hanno dimostrato una particolare continuità nel tempo, sino a influire in modo significativo sul diritto attuale e sulle sue interpretazioni.

La prima parte dello studio è dedicata al processo di formazione dei monopoli nei servizi pubblici locali e al contesto che lo favorì. L'esame dell'ordinamento nazionale fa emergere che il fenomeno fu in larga parte indipendente dalla previsione di riserve formali di attività. Regimi del genere, che pure esistevano, erano tuttavia rari e confinati a servizi di importanza

¹ M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1953, 611 ss.

secondaria. I monopoli comunali erano sorti per lo più come risultato di forme particolari di esercizio dei poteri comunali di polizia e di disposizione dei beni, in assenza di un fondamento legislativo puntuale. I comuni, grazie ai poteri di polizia, ponevano restrizioni quantitative all'accesso al mercato, sino a consentire a un solo soggetto – da essi stessi individuato – l'esercizio dell'attività. Con i poteri di disposizione dei beni, in particolare del suolo e del sottosuolo stradale, i comuni potevano influire su tutte le attività che richiedessero l'installazione di infrastrutture stabili o comunque usi "eccezionali" del bene. Nel concedere l'uso di tali beni, i comuni si impegnavano a non attribuire concessioni a imprese concorrenti. Questo diritto "di esclusiva" costituiva il corrispettivo per il concessionario. L'ordinamento francese e quello statunitense – oggetto sempre della prima parte dello studio – presentavano fenomeni simili. Nell'ordinamento francese – all'epoca "affiliante" quello italiano – tale similitudine si iscriveva in un contesto di principi e istituti non di rado interamente mutuati dall'ordinamento "affiliato". Anche nel sistema statunitense i meccanismi di formazione dei monopoli comunali seguirono logiche comparabili. La tradizione giuridica di riferimento e gli istituti mutavano in modo significativo, nondimeno le *municipal corporations* statunitensi riuscirono a costituire monopoli locali esercitando i loro *police powers* e di disposizione dei suoli, in forme simili a quelle seguite dai comuni italiani e francesi. I principi di libertà economica caratteristici dell'ordinamento statunitense resero il percorso più accidentato ma non impedirono che esso, alla fine, arrivasse a compimento.

In questa prima fase, i comuni agirono come regolatori delle attività economiche sotto due diversi profili. Per un verso, essi diedero ai mercati una precisa conformazione, non ricavabile dalle norme primarie, che consentiva a una sola impresa di operare. Per altro verso, i comuni regolarono i modi in cui le imprese ammesse al mercato dovevano esercitare l'attività. Lo strumento sul quale si basava tale regolazione era di tipo convenzionale – secondo gli ordinamenti, concessioni, *concessions* o *franchises* – e conteneva in sé un insieme di obblighi sui modi di esercizio dell'attività che, come si è detto, sarebbero nel tempo divenuti indicativi dello standard di servizio pubblico (o, nell'ordinamento statunitense, della disciplina delle *public utilities*).

Una volta che il modello è giunto a definizione, la prospettiva dell'organizzazione dell'impresa comunale di servizio pubblico ha finito per assorbire in sé la disciplina dell'attività. Nel tempo, la legislazione ha lasciato largamente intatto il quadro creato dalla prassi amministrativa comunale

e dalla giurisprudenza mentre ha agito periodicamente sull'organizzazione degli uffici comunali di servizio pubblico. Vi sono state oscillazioni nella preferenza per moduli di gestione pubblicistici o privatistici, per l'autoproduzione comunale o per l'affidamento a terzi, sino alle vicende più recenti che hanno visto lo svolgimento di un referendum abrogativo e una pronuncia di incostituzionalità delle norme adottate successivamente. La normazione non ha però distinto quasi mai il profilo dell'organizzazione del servizio pubblico comunale da quello attinente al regime delle attività private materialmente simili ma, almeno idealmente, esercitabili da altre imprese e non conformate al medesimo programma. Anche la dottrina non ha più dimostrato interesse per il tema e, in giurisprudenza, le pronunce si sono progressivamente rarefatte sino a scomparire.

Parallelamente alle vicende della loro organizzazione, i monopoli comunali hanno così intrapreso un percorso sotterraneo di sviluppo e consolidamento. La seconda parte dello studio – concentrata sull'ordinamento nazionale – evidenzia le implicazioni di tale percorso per il diritto vigente, a partire dai momenti in cui esso è tornato a essere visibile per l'interferenza con altri corpi disciplinari.

L'analisi, oltre a considerare le vicende delle vecchie e nuove private comunali, affronta anzitutto i processi di statizzazione di taluni servizi pubblici, che, per potersi affermare, hanno comportato limiti di varia natura ai poteri comunali di disposizione dei suoli. Ciò è avvenuto quando la legislazione ha iniziato a prefigurare l'ingresso di imprese statali – beneficiarie di riserve o di altri regimi privilegiati – sui mercati ove rilevavano i poteri comunali sopra menzionati. Per le telecomunicazioni, l'energia elettrica e il gas, la legge ha individuato varie soluzioni per evitare che l'attività dell'impresa statale, pur richiedendo il passaggio sui suoli comunali, potesse essere indirizzata dal comune verso un programma di servizio pubblico *locale*. A tal fine, le norme hanno circoscritto il contenuto dei poteri comunali di disposizione dei suoli, distinguendo in modo netto ogni profilo relativo all'esercizio dell'attività.

Lo studio esamina poi l'influenza dei processi di decentramento amministrativo – avviati prima e dopo l'istituzione delle regioni – sul regime giuridico delle attività di servizio locale. La disciplina dei trasporti pubblici di linea, in particolare, una volta accentrata a livello statale ha fatto emergere la distinzione tra le concessioni *statali* come titolo per accedere a un'attività e le concessioni *comunali* come atti di conferimento dell'ufficio di servizio pubblico locale. Le norme, in tal modo, hanno posto in evidenza che la de-

cisione comunale di attribuire un incarico di servizio pubblico a una determinata impresa non implicava, di per sé, che quell'unica impresa potesse accedere al mercato e che l'attività dovesse essere svolta secondo quello specifico standard. Con l'affermazione del decentramento, questa componente della disciplina è andata perduta e le norme sono tornate a occuparsi unicamente di come organizzare l'impresa comunale, diretta o in affidamento a terzi. Solo in tempi più recenti, la legislazione ha attenuato questa impostazione. Essa ha prefigurato l'ingresso di imprese diverse da quelle di servizio pubblico comunale e ha disciplinato le *autorizzazioni* per l'esercizio della loro attività come titoli distinti dagli atti di affidamento del servizio pubblico.

Le oscillazioni normative sui modelli di organizzazione e sulle condizioni per l'autoproduzione, da ultimo, hanno rappresentato il principale centro di attenzione per gli studiosi ma al contempo hanno oscurato alcuni caratteri dell'ufficio comunale che si andavano rafforzando. A partire dal primo periodo di formazione dei monopoli comunali, e similmente a quanto stava avvenendo nella statizzazione delle ferrovie, le risorse materiali e umane pertinenti all'ufficio comunale hanno acquisito stabilità e continuità sempre maggiori. Prima gli atti di affidamento, poi le norme primarie, hanno previsto come regola generale che i beni e il personale dell'ufficio di servizio pubblico locale fossero trasferiti, a parità di regime giuridico, in ogni passaggio dell'impresa: dai comuni ai privati, dai privati ai comuni o dai privati ai privati. In questo modo, l'ufficio comunale di servizio pubblico è divenuto in larga misura indifferente alle forme organizzative e di affidamento del servizio.

Le ricadute di tale quadro sulla situazione attuale sono oggetto della terza parte dello studio, che verifica anche se il diritto europeo possa costituire un fattore di mutamento. La sintesi tra il profilo organizzativo e il regime dell'attività ha portato anzitutto a rendere non immediatamente percepibili le ragioni giuridiche della conformazione monopolistica dei servizi. Per motivi simili, anche le liberalizzazioni e i fenomeni concorrenziali nei servizi pubblici locali sono stati visti essenzialmente come fatti organizzativi, nell'alternativa tra la gestione comunale diretta (o con società *in house*) e l'affidamento a terzi. Liberalizzare o introdurre la concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali ha perciò significato essenzialmente imporre o favorire l'affidamento a terzi del servizio pubblico comunale. Ciò, in presenza di uffici comunali di servizio pubblico che, come si è visto, si sono ormai stabilizzati e che dunque non risentono in modo significativo di tale genere di "concorrenza". Dall'altro lato, la concorrenza come rivalità tra imprendi-

tori indipendenti, non conformati a un programma di servizio pubblico, è stata per lo più trascurata, anche quando non vi fossero ostacoli derivanti dall'esistenza di regimi di riserva o da caratteristiche particolari delle attività coinvolte.

Il diritto europeo, in mancanza di divieti specifici nelle norme derivate, non è di per sé incompatibile con i monopoli nei servizi pubblici locali. Esso può tuttavia comportare un mutamento di paradigma nel processo conoscitivo. La formazione dei monopoli comunali è stata possibile grazie alla *sintesi* dei profili organizzativi e di quelli attinenti all'esercizio dell'attività, sintesi che è dipesa a sua volta dal sovrapporsi e dal confondersi di istituti e fini differenti: i poteri di disposizione dei suoli, quelli di polizia, le finalità di provvista di servizi alla collettività ecc. Il diritto europeo – specie nell'applicazione del principio di proporzionalità – favorisce una conoscenza *analitica* delle discipline nazionali. Ciascun potere va misurato distinguendo gli obiettivi suoi propri, gli strumenti a disposizione e l'intensità dell'azione necessaria. Questo implica un percorso di scomposizione degli elementi che erano stati progressivamente confusi. Le esigenze di regolare l'uso dei suoli, di "polizia" (sanitaria, ambientale ecc.), di provvista per gli affidatari dei servizi, possono tutte trovare una collocazione ma ciascuna di esse va distinta e verificata nella sua incidenza. Il diritto europeo, inoltre, offre una serie di dispositivi interpretativi che, nella ricerca delle posizioni giuridiche tutelate e dei modi d'uso dei beni strumentali alle attività economiche, consentono di adottare una nuova prospettiva. Il coinvolgimento di una potestà di polizia o di un bene pubblico non richiede più necessariamente la conformazione finalistica delle attività private coinvolte. I poteri pubblici possono limitarsi a regolare le interferenze tra le imprese e le congestioni nell'uso dei beni.

Vi sono dunque le premesse perché il percorso di formazione dei monopoli comunali sia riesaminato, con esiti non scontati e variabili da servizio a servizio.