



COESIONE SOCIALE E TUTELA DELLA CONCORRENZA IN UN SISTEMA MULTILIVELLO

a cura di Adriana Vigneri*

(di prossima pubblicazione in: ASTRID, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di Claudio De Vincenti e Adriana Vigneri, Bologna, Il Mulino, 2006)

SOMMARIO: 1. Principi di coesione sociale e regole di concorrenza a livello comunitario. - 1.1 L'art. 86. La bomba ad orologeria. - 1.2 Interpretazione e attuazione del Trattato. - 1.3 Discipline settoriali.- 1.4 Elaborazione dei principi generali. - 1.5 *In house*, quando e come. - 1.6 I "paletti" all'*in house*. - 1.7 *Public utility regulation versus* erogazione amministrativa. - 1.8 Partenariato pubblico privato. - 1.9 Strumenti per compensare gli obblighi di missione, aiuti di stato e coesione sociale. - 1.10 Non solo concorrenza. La tutela degli altri valori (ambiente, occupazione, utenti). - 1.10.1 La tutela dei consumatori ed utenti. - 1.10.2 La protezione dell'ambiente. - 1.10.3 La tutela del lavoro. - 1.11 L'amministrazione di regolazione in Europa. - 1.12 La tutela della concorrenza nella revisione costituzionale del titolo V. - 1.13 Quale autonomia per le autorità nazionali di fronte al diritto derivato dal Trattato? - 1.14 Sulla clausola di reciprocità. - 2. La regolazione economica statale e la regolazione economica regionale e locale. - 2.1 Il quadro. - 2.2 Regolazione statale o soltanto regionale? - 2.3 Il titolo o i titoli della competenza statale? - 2.4 Sull'estensione dell'intervento statale. - 2.4.1 In tema di tutela della concorrenza. - 2.4.2 In tema di organizzazione dell'attività di regolazione. - 2.4.3 In tema di interventi di infrastrutturazione connessi all'erogazione

* Hanno partecipato al gruppo di lavoro: Massimiliano Atelli, Laura Ammannati, Andrea Boitani, Laura Cavallo, Claudio De Vincenti, Fabiana Di Porto, Alessandro Lucchetti, Alfredo Macchiati, Giorgio Macciotta, Massimiliano Pacifico, Renato Matteucci, Piero Rubino, Domenico Sorace, Vincenzo Visco Comandini.

di pubblici servizi. - 2.4.4 In tema di incentivi. - 2.5 Sui rapporti tra intervento statale e autonomia locale. - 3. Sintesi e conclusione.

1. I principi di coesione sociale e le regole di concorrenza a livello comunitario

1.1 L'art. 86. *La bomba ad orologeria*

L'interrogativo che si pone chi nel singolo stato membro si accinge ad intervenire legislativamente nella materia dei servizi pubblici concerne abitualmente il contenuto e l'estensione dei *vincoli* che gli derivano dalle fonti comunitarie, sul presupposto che lo stimolo alla liberalizzazione provenga esclusivamente dalla Commissione, e che per parte italiana si tratti, se non di difendersi e di individuare le vie laterali di uscita, quanto meno di adeguarsi con i minori "danni" possibili.

Molto meno frequentemente ci si chiede quale grado di autonomia abbiano gli stati membri nel disciplinare la materia, ove si intenda disporre diversamente, rispetto al punto di equilibrio raggiunto in sede europea, in ipotesi inserendo la tutela della concorrenza anche in rapporti che la normativa comunitaria non considera rilevanti.

In questa fase è proprio questo secondo il punto di vista che si ritiene più rilevante, in una prospettiva che non deve essere quella di adeguarsi all'ennesima direttiva comunitaria, bensì di valutare quali assetti concorrenziali e di regolazione giovano alla ripresa della competitività del sistema e alla crescita dell'economia italiana. Questa premessa non intende certo negare il ruolo fondamentale svolto per la liberalizzazione dalle istituzioni comunitarie. Anzi, raramente si prende coscienza del rovesciamento di prospettiva che consegue su questo tema dall'approvazione del Trattato di Roma. La tradizione costituzionale italiana garantiva la libertà di iniziativa economica ma ignorava il principio di concorrenza e il mercato; come rimedio al monopolio privato suggeriva il monopolio pubblico (art. 43 Cost.). Né tale principio poteva ricavarsi dal codice civile, dove non si richiede che la concorrenza debba esserci (ma soltanto che, se c'è debba svolgersi in modo leale). Il legislatore, in base alla Costituzione e al codice civile, poteva istituire i monopoli che credeva, con i deboli limiti ricavabili dall'art. 43 Cost. Servizio pubblico era, in origine, in Italia e negli stati del continente europeo, servizio reso dal soggetto pubblico, attraverso strumenti di diritto pubblico o in regime di riserva¹. Il rovesciamento di prospettiva inizia quando fa

¹ Al contrario, come vedremo, l'art. 86 del Trattato fissa le condizioni in cui il monopolio legale è ammesso ("Gli stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti ... esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle.." relative alla tutela della concorrenza). Soltanto la legge n. 281/1990 ha introdotto, ma con la sola forza della legge ordinaria, gli stessi principi dell'art. 86 (l'art. 8 peraltro non incide e non può incidere nei confronti di imprese che operano in regime di monopolio non giustificato dalla missione, cioè nei confronti delle norme di legge che lo consentono) e ha stabilito che l'interpretazione delle proprie norme è effettuata "in base ai principi dell'ordinamento della Comunità europea in materia di disciplina della concorrenza".

la sua comparsa nel Trattato di Roma la norma dell'art. 90, ora 86, incardinata nell'idea della *public utility regulation*. Con il senno di poi, una grossa sconfitta per i sostenitori dell'economia pubblica (Lowenberg, 2001) o l'inesco all'insaputa dei più di una vera e propria bomba ad orologeria (Merusi, 2000), celata in quel concetto di "servizi di interesse economico generale", volutamente assunto in un significato ampio e privo di specifici riscontri nei diritti nazionali degli stati fondatori².

Le tappe di liberalizzazione si realizzeranno soltanto progressivamente, temperate sempre dalla neutralità del Trattato in punto di proprietà pubblica o privata delle imprese (art. 295 Tr.) e dalla rilevanza della specifica "missione" di interesse generale: tanto più larga la missione, tanto più ristretta sarebbe stata l'applicazione delle regole di concorrenza, di cui peraltro non si avvertiva ancora il possibile conflitto con un interventismo pubblico esteso ed esercitabile, in base alle costituzioni nazionali e a quella italiana in particolare (art. 43 Cost.), anche nella forma del monopolio legale.

La deflagrazione del diritto comunitario nei confronti della tradizione continentale avviene molto più tardi, a partire dall'Atto Unico Europeo (art. 13) che nel 1986 inizierà a mettere in agenda anche per i servizi la realizzazione di uno spazio senza frontiere interne, cui seguirà il varo delle prime direttive di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni e poi, con qualche cautela, nei servizi postali, trasporti³, energia, radio e televisione. Per effetto di tali interventi si avvia progressivamente all'estinzione la figura dello stato che lavora e produce ed eroga e quindi quella⁴ matrice soggettiva della pubblicità dei servizi. I servizi di interesse generale, quand'anche in mano pubblica, vengono sottoposti in linea di principio alle medesime regole del mercato. Non nel senso che se ne imponga d'autorità la privatizzazione; ma che se ne proclama la natura schiettamente economica e dunque la necessaria sottoposizione alle regole di concorrenza⁵. Il servizio pubblico, destinato ad assicurare i grandi servizi per i membri della collettività, non è più né istituzione né speciale regime amministrativo. Soltanto in talune circostanze "qualora il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo" la rilevanza generale della prestazione torna a richiedere l'intervento delle autorità pubbliche (COM (2000) 580, n. 14). La distinzione tra

² La locuzione "servizio pubblico" è peraltro presente nel Trattato: all'art. 73 ("sono compatibili con il Trattato gli aiuti corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio").

³ A differenza che negli altri campi, in quello dei trasporti vi è una competenza specifica, art. 73 Tr.

⁴ Quella matrice, altre possono essere proposte al fine di salvare la concezione soggettiva dei servizi di utilità generale.

⁵ E' corrente l'affermazione che in un primo periodo (fino alla fine degli anni '80) i servizi pubblici sarebbero stati considerati in sede comunitaria come primariamente servizi, soggetti alle regole di mercato.

impresa pubblica e impresa privata può sopravvivere negli ordinamenti nazionali, ma è priva di rilievo sul piano comunitario.

E' opinione comune degli osservatori che, dopo una prima fase in cui la natura economica dell'attività è stata messa in primo piano, sia subentrato un periodo in cui – insieme ad una minore fiducia nella concorrenza – si è avuto un recupero della componente decisionale pubblica, di rifiutare o limitare ragionevolmente le regole di concorrenza, a fini coesivi e di socialità. In effetti nell'art. 16 Tr., inserito nel 1997 (Amsterdam) la Comunità fa i conti con il ruolo dei servizi nella promozione della coesione sociale e territoriale. Si tenta di coniugare insieme termini a lungo considerati inconciliabili: dinamismo del mercato, coesione e solidarietà. Ma in definitiva il testo che ne esce – pur valorizzando il contributo dei servizi “pubblici” al modello sociale europeo, riconoscimento di principio - non dice sul piano normativo nulla di diverso da quanto già contenuto nell'art. 86 Tr. (Cassese, 2004).

In verità, la clausola costituzionale dello stato sociale non richiede necessariamente uno stato gestore. Quei vincoli teleologici cui gli stati europei sono legati ben possono tradursi sul versante regolativo. Anzi, l'accento può più agevolmente spostarsi, come infatti avviene con la Carta di Nizza, sull'effettività dell'accesso ai servizi di interesse economico generale (“l'Unione riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente alla Costituzione”), espressione della figura di costruzione comunitaria del servizio universale. Non si tratta di considerare improvvisamente svaniti i nodi problematici di quelli che noi tradizionalmente chiamiamo servizi pubblici (che infatti riemergono ampiamente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia). Né di rinunciare a garantire un nucleo ramificato e capillare di prestazioni fondamentali (nel trattato costituzionale europeo lo sviluppo sostenibile non ha dimenticato la giustizia sociale, art. 3 n. 2), ma di battere strade diverse per raggiungere l'obiettivo. Ferma restando la persistenza [non (necessariamente) della gestione ma certo] della responsabilità politica dell'economia e dei servizi, che caratterizza il modello europeo di società. La sintesi di questa impostazione che tende ad armonizzare liberalizzazione e coesione sociale la si ritrova nell'art. I-3, comma 3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: l'obiettivo dello sviluppo sostenibile si basa su “un'economia sociale di mercato fortemente competitiva”.

1.2. Interpretazione e attuazione del Trattato: l'articolo 86

A parte il caso specifico dei trasporti (contemplati nell'art. 73 del Trattato), la base giuridica dell'intervento comunitario nella nostra materia è stata rinvenuta nell'art.

86 e in particolare nel suo comma 3. Con l'approvazione del Trattato costituzionale, art. III-6⁶, si è ottenuta una base giuridica aggiuntiva.

Se si esamina ora il contenuto dell'art. 86 Tr., ci si avvede che è indirizzato agli stati, sia il divieto di emanare o mantenere nei confronti delle imprese pubbliche o delle imprese cui sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle norme del trattato Ce, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 e da 81 a 89 inclusi (art. 86, par.1); sia la norma che assoggetta le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale alle regole di concorrenza, nei limiti in cui ciò non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata (86, p. 2)⁷. Sono regole di concorrenza quelle contenute negli artt. da 81 a 89. Sono poste a tutela della concorrenza e dettate in funzione della creazione di un mercato comune, le disposizioni sulla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (titolo I e titolo II della parte III), disposizioni che sono gli stati i soli in grado di violare.

Due sono i percorsi attraverso i quali è stata avviata da parte delle istituzioni comunitarie la liberalizzazione anche in questo campo:

- le discipline settoriali, graduate nel tempo e adottate per lo più mediante direttive;
- l'elaborazione di principi di carattere generale, fondamentali per i settori non normati e tra questi, come diremo, per i servizi di carattere locale.

In questo contesto la Comunità – attraverso la disciplina di due servizi, telecomunicazioni e poste - ha sviluppato il concetto di servizio universale, che stabilisce il diritto di ogni cittadino di accedere a taluni servizi considerati essenziali e impone l'obbligo alle industrie di fornire un servizio definito a condizioni specificate, che includono una copertura territoriale totale a prezzi abbordabili. Il concetto è dinamico, capace di adeguarsi ai mutamenti in campo sociale, economico e tecnologico, ma l'esperienza comunitaria finora è limitata ai due settori citati.

1.3. *Le discipline settoriali*

⁶ “Fatti salvi gli artt. III-55, III-56, e III-136, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale in quanto servizi ai quali tutti nell'Unione attribuiscono un valore e del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione della costituzione, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, segnatamente economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i rispettivi compiti. La legge europea definisce detti principi e condizioni”.

⁷ L'applicazione della deroga a protezione della missione di interesse generale è di stretta interpretazione e non è lasciata alla discrezione del singolo stato membro. La sua applicazione è sottoposta al controllo della Commissione, e, se in linea generale può dirsi che quest'ultima nello scrutinio di compatibilità è indotta a privilegiare un'interpretazione *market-oriented*, è anche vero che molto dipende dagli indirizzi politici di volta in volta prevalenti.

Le discipline settoriali di attuazione dell'art. 86 sono recenti, e consistono in una serie di interventi di liberalizzazione ed armonizzazione di servizi a rete espletati tradizionalmente da monopoli pubblici. Vengono progressivamente aperti al mercato: attività di telecomunicazione (direttive di prima e seconda generazione e Direttiva quadro 2002/21/CE), di trasporto pubblico (Regolamenti del Consiglio n. 1191/1969 e 1192/1970, dir. Ce 440/1991 e 96/48/Ce per i trasporti ferroviari; i tre pacchetti per il traffico aereo comunitario di linea che hanno portato alla libera prestazione dei servizi al 1 aprile 1997), servizi energetici (dir. 96/92/Ce per il mercato elettrico; dir. 94/22/Ce e 98/39/Ce per il gas) e postali (dir. 67/97/Ce e 2002/39/Ce). Lo studio di queste discipline ha fatto emergere le tecniche di intervento utilizzate, sintetizzabili nei seguenti termini: a) distinzione tra carattere pubblico del servizio e natura pubblica o privata del gestore; b) non coincidenza tra natura pubblica del servizio e gestione riservata, e in funzione di questo, separazione tra reti e servizi e tra servizi di base e servizi a valore aggiunto; c) separazione tra regolazione e gestione; d) equilibrio economico dei servizi pubblici; e) la continuità, l'uguaglianza di trattamento e l'adeguamento ai bisogni; f) l'universalità della prestazione (Rangone, 1999)⁸.

Recentemente, peraltro, l'attività delle istituzioni comunitarie su questo piano è molto rallentata, sia nel senso della dilazione nel tempo dell'applicazione di regole competitive, sia nel senso di una vera e propria rinuncia (quanto meno nel settore trasporti) all'obbligo delle gare per l'assegnazione di contratti di servizio pubblico, giustificata con i principi di sussidiarietà e flessibilità. In questo senso la proposta di Regolamento della Commissione relativa ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e su ferrovia (COM (2005) 319 def.)⁹.

1.4. *L'elaborazione dei principi generali*

⁸ La separazione tra rete e servizi si basa sulla dottrina dell'*essential facility* e sui conseguenti diritti di accesso alla rete. Nonostante alcune serie critiche a tale dottrina (Areeda, 1990) che suggeriscono di limitarne l'ambito a casi eccezionali, in cui il carattere dell'infrastruttura in questione sia definibile senza ambiguità o incertezze come essenziale per lo sviluppo della concorrenza, la sua inclusione fra i criteri cui tenere conto in sede di regolazione ex ante o ex post è stato e continua ad essere ampio. In Europa, l'ambito di applicazione del concetto di infrastruttura essenziale è stato profondamente influenzato dalla decisione *Bronner* (C-7/97) in cui il giudice si è espresso in merito ad un conflitto fra un editore che chiedeva di poter usufruire della rete di recapito di un quotidiano nazionale suo concorrente al fine di allargare l'area di distribuzione del proprio quotidiano locale. Secondo la Corte la mera detenzione da parte di un'impresa in posizione dominante di una propria infrastruttura con vantaggio rispetto a concorrenti non giustificava in quel caso la richiesta di questi di accedervi.

⁹ Si veda il commento di Boitani (2005). La Corte ha ritenuto che il mero fatto che un'impresa in posizione dominante che detenga una propria infrastruttura per il proprio uso abbia un vantaggio rispetto a concorrenti non giustifica la richiesta di questi accedere al suo uso.

L'elaborazione dei principi generali ha un interesse anche maggiore. Il primo documento in cui li troviamo ordinatamente esposti è la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02), in cui – con riferimento anche ai casi in cui un'autorità pubblica affida ad un soggetto la gestione di servizi al pubblico di carattere economico – sono elencati i principi di parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, mutuo riconoscimento. Dai quali la Commissione deduce la necessità della messa in concorrenza dell'attività, eccezion fatta per i casi in cui “tra concessionario e concedente esista una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice”. Nella Comunicazione della Commissione di poco posteriore specificamente dedicata ai servizi d'interesse generale in Europa (COM (2000) 580 def.) l'obiettivo è di chiarire il campo e i criteri di applicazione delle norme in materia di concorrenza e di mercato interno quando si tratti di servizi di interesse generale di carattere economico, che danno luogo a scambi tra gli stati membri e sono perciò soggetti all'art. 86. Alla base dell'applicazione dell'art. 86, dice la Commissione, ci sono tre principi: la neutralità (quanto alla proprietà), la libertà di definizione (nell'individuazione dei servizi), la proporzionalità (rispetto alla missione di interesse generale). Ulteriore requisito, che le attività in questione “diano luogo a scambi tra gli stati membri”. Requisito inteso per un lungo periodo in senso restrittivo, cosicché se gli elementi della controversia sottoposta alla Corte erano tutti confinati all'interno di un solo stato membro (non vi sono prestazioni transfrontaliere) il diritto del Trattato non applicava (9 settembre 1999 RI.SAN/Comune di Ischia, C-108/98).

Quell'orientamento interpretativo prudenziale della Corte – già palesemente contrario alla libera circolazione delle imprese e dei servizi – è ormai superato (v. la successiva sentenza 7 dicembre 2000 (C-324/98) - dal rilievo che il rispetto dell'obbligo di trasparenza è essenziale per consentire ad ogni potenziale concorrente di concorrere e quindi perché possa darsi il caso dello “scambio” tra gli stati membri. Da questa sentenza in poi il nuovo orientamento interpretativo si è consolidato. E' stato ad esempio confermato dalla sentenza 27 ottobre 2005 (C-458/03) *Gemeinde Brixen*), in cui la Corte ha detto che “non si può escludere che (nella causa principale) imprese stabilite in stati membri diversi dalla Repubblica italiana potessero essere interessate a fornire i servizi di cui si tratta. Ora, in mancanza di pubblicità e di apertura alla concorrenza dell'attribuzione di una concessione di pubblici servizi quale quella di cui alla causa principale, si ha discriminazione, per lo meno potenzialmente, a danno delle imprese”. Il pregiudizio non è dunque escluso per il solo fatto che le imprese coinvolte siano di un unico stato membro e/o che la loro attività si svolga in un unico stato.

Questo orientamento sembra superare anche il problema, che pure è stato posto, della dimensione del mercato rilevante.

1.5. *In house, quando e come*

La prima conseguenza è che nel diritto comunitario la disciplina dell'attività economica è uniforme, qualsiasi sia la natura pubblica o privata del soggetto che la svolge. Sembrerebbe agevole desumerne che le imprese in mano pubblica che gestiscono servizi economici di interesse generale sono soggette alle medesime norme, di concorrenza e a tutela della concorrenza, delle imprese private. E quindi ai principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento dai quali consegue la necessità di messa in concorrenza.

La questione è, almeno allo stato degli atti, più complessa e per più ragioni dipendenti dai percorsi che ha imboccato il diritto derivato nell'attuazione del Trattato. Anzitutto, le nozioni di: società in mano pubblica, impresa e organismo di diritto pubblico sono state sovrapposte, con le confusioni che ne derivano. Basti pensare che l'organismo di diritto pubblico è soggetto attivo dell'applicazione delle regole di concorrenza e non passivo.

In secondo luogo la disciplina comunitaria in genere non ha direttamente vietato agli stati (e quindi agli altri soggetti pubblici) l'erogazione dei servizi economici di utilità generale mediante la propria organizzazione. E sia la Commissione sia la Corte di Giustizia hanno ribadito più volte che l'erogazione diretta del servizio è sempre ammessa. Affermazioni che sono state fatte tuttavia nel tempo con sfumature diverse¹⁰. Nel libro bianco sui servizi di interesse generale del 2004 (COM (2004) 374 def.) ci si riferisce in primo luogo alle mani libere delle autorità pubbliche: "In assenza di una armonizzazione a livello comunitario, le autorità pubbliche competenti degli stati membri sono sostanzialmente libere di decidere se fornire in prima persona un servizio di interesse generale o se affidare tale compito ad un altro ente (pubblico o privato)".

¹⁰ Nella Comunicazione interpretativa del 2000 sulle concessioni si legge: "Le relazioni tra autorità pubbliche e imprese pubbliche incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ricadono in via di principio nell'ambito della comunicazione. E' vero che secondo una giurisprudenza costante della Corte non c'è nulla nel Trattato che possa impedire agli stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza per motivi di pubblico interesse di natura non economica, taluni servizi di interesse generale conferendo dei diritti esclusivi (sent. Sacchi, 1974 e Elleniki Radiophonia, 1991). La Corte aggiunge tuttavia che le modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così istituito non devono violare le disposizioni del trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi o le norme di concorrenza. Inoltre, anche le modalità di conferimento di tali diritti esclusivi sono sottoposte alle norme del trattato e possono, pertanto, ricadere nel campo di applicazione della presente comunicazione". La Commissione pensa dunque – e lo esplicita nel par. 3. - che il conferimento del compito all'impresa pubblica non possa avvenire *in modo fiduciario*.

Ma si aggiunge subito: “Tuttavia i fornitori di servizi di interesse economico generale, ivi compresi i fornitori di servizi interni, sono costituiti da imprese e, in quanto tali, sono soggetti alle norme sulla concorrenza previste dal trattato” (par. 4.3.). Se poi nel Libro verde 2003 sui servizi di interesse generale si dice più genericamente che spetta alle autorità nazionali (regionali, locali) “definire, organizzare, finanziare e monitorare” tali servizi¹¹, nel Libro verde 2004 sul partenariato pubblico privato (COM (2004) 327 def.) si tratta esclusivamente dell’applicazione al fenomeno dei PPP del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, a valle della scelta economica e organizzativa. Infatti “la scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici compete esclusivamente alle autorità pubbliche”, in assenza di disposizioni diverse in regolamenti o direttive.

Una disposizione diversa in verità è stata progettata, nella proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, nel settore del trasporto di passeggeri per ferrovia, su strada e per via navigabile interna, GU C 151 E del 25.6.2002, in cui si imponeva agli stati membri di utilizzare le concessioni di servizio pubblico, escludendo l’autogestione. Ma quel regolamento non è mai stato approvato¹². Una disposizione dello stesso tipo è stata invece introdotta dall’art. 8 della Direttiva servizio universale (2002/22/CE, art. 8 e *cons.* n. 14).

La Corte di Giustizia da parte sua conferma spesso la libertà di autoproduzione pubblica, da ultimo nella sentenza 11 gennaio 2005 (C-26/03) nella quale ha ribadito che un’autorità, che sia un’amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne¹³. Anzi, nell’ultima versione di *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia* (COM(2005)319 def.) si consente esplicitamente l’autoproduzione del servizio¹⁴.

¹¹ “Organizzare” può significare genericamente: decidere sull’organizzazione.

¹² Si ha notizia che in seno al Consiglio sarebbe di nuovo in discussione il testo del regolamento trasporti, ma non si sa in quale versione.

¹³ L’autoproduzione (normalmente monopolistica) esclude l’applicazione tanto delle norme in materia di appalti (quando il gestore sia legato all’amministrazione aggiudicatrice da un contratto di appalto), quanto di quelle in materia di concessioni di servizi (quando il gestore sia remunerato prevalentemente dagli utenti), non sussistendo la possibilità di distinguere tra due soggetti diversi, l’amministrazione pubblica e il gestore. In definitiva, toglie qualsiasi possibilità di fare questione di pubblicità e di trasparenza delle procedure.

¹⁴ Art. 5 par. 2: “Le autorità competenti a livello locale hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico o di procedere ad aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico ad un operatore interno, a condizione che l’operatore interno o qualsiasi soggetto sul quale esso eserciti un’influenza anche minima esercitino integralmente le loro attività all’interno del territorio dell’autorità

In sintesi dunque, e in assenza di discipline comunitarie specifiche, né la Commissione né la Corte mettono in discussione l'autoproduzione del servizio. Si può censurare l'aspetto monopolistico, anche se pubblico, dato che certamente un monopolio ingiustificato è contrario alle norme del Trattato, ma non la gestione pubblica diretta.

1.6. I "paletti" all'in house

Tuttavia la giurisprudenza della Corte

- ribadisce che la gestione *in house* o *quasi in house* è un fatto eccezionale;
- sottolinea che di autoproduzione vera e propria deve trattarsi¹⁵.

Se l'impresa cui è affidata la gestione è distinta dall'autorità pubblica tornano ad essere applicabili le norme richiamate dall'art. 86 Tr.. In un periodo, quale è quello attuale, di estesa utilizzazione anche in ambito pubblicistico delle società di capitale, l'attenzione si concentra quindi sull'individuazione degli elementi che consentono di sostenere, nonostante la personalità giuridica, nonostante i caratteri propri delle società (ampio oggetto sociale, autonomia e responsabilità degli amministratori, nessun vincolo territoriale, etc.), che non vi sono in realtà due soggetti distinti, ma uno soltanto.

Di qui gli sforzi della giurisprudenza comunitaria – di fronte all'uso diffuso di modelli di gestione *in house* – di circoscrivere il fenomeno mediante una serie di paletti (si vedano le sentenze della Corte di Giustizia del 2005)¹⁶ al fine di evitare l'elusione

competente e che non partecipino a procedure concorsuali organizzate fuori del territorio dell'autorità competente”.

¹⁵ La Corte di Giustizia, cui si deve la prima sentenza (la notissima sentenza *Teckal*) che ha consentito di costruire poi l'*in house providing* come modello di gestione, ha reagito precisandone i presupposti, nell'evidente intento di “limitare i danni”, di fronte all'uso potenzialmente (e in molti casi effettivamente) generalizzato di una formula organizzativa che essa stessa aveva considerato “eccezionale”. La Corte ha ammesso che vi è autoproduzione nei casi in cui : - il soggetto gestore è giuridicamente distinto e fornito di personalità giuridica, ed anche se si tratta di società di capitali disciplinata dal codice civile; - la destinazione dell'attività è diretta a terzi e non all'ente controllante; - la società è costituita ad hoc per la gestione diretta. Ha invece escluso che vi sia il modello *in house*:

- se la società, largamente maggioritaria pubblica, ha un socio privato (sentenza *Stadt Halle*); perché in tal caso non può esservi “controllo analogo” sulla società;
- se, trattandosi di società partecipata da più comuni, “la partecipazione è talmente esigua (0,97 % del capitale) da non consentire tale controllo” (sentenza *Coname*);
- se la società è dotata di autonomia decisionale (ha un oggetto sociale esteso a ulteriori importanti settori, il cui capitale deve essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente) (sentenza *Parking Brixen*).

¹⁶ Sentenze 11 gennaio 2005, C-26/03, 21 luglio 2005, C-231/03, 13 ottobre 2005, C-458/03, 27 ottobre 2005, C-187/04 e 188/04.

dell'art. 86 Tr.. Linea che la Corte ha seguito nonostante le reazioni ostili e il sostanziale dissenso degli avvocati generali¹⁷.

L'indicazione della "eccezionalità" è stata fin qui priva di svolgimenti, ma sembra sottintendere che la scelta tra autoproduzione e affidamento ad altro soggetto debba necessariamente passare per la valutazione della consistenza dell'attività e della situazione di mercato, attuale o potenziale e di ogni altro elemento rilevante al fine di decidere se il ricorso al mercato confligge con l'adempimento della missione. E' opinione comune che ai sensi dell'art. 86, le deroghe alle regole della concorrenza siano ammesse soltanto al fine di consentire lo svolgimento della specifica missione affidata. Tali deroghe non consistono soltanto nel conferimento di diritti esclusivi o di diritti speciali, ma anche nelle modalità di conferimento (l'affidamento diretto, il rapporto fiduciario). Se si abbandona questo presupposto¹⁸, la prospettiva comunitaria cessa di offrire indicazioni sul versante delle liberalizzazioni, e ciascuno stato membro è autorizzato a decidere secondo i propri contingenti interessi.

1.7. Public utility regulation versus erogazione amministrativa

Se dal diritto derivato si ritorna al Trattato, si constata agevolmente che esso non considera affatto lo svolgimento dell'attività economica da parte del soggetto pubblico, perché presuppone che le attività economiche siano svolte da attori diversi, privati e pubblici, ma su di un terreno di gioco sottoposto a regole comuni. Conosce la nozione di impresa pubblica¹⁹, che è un'impresa come le altre, ma di proprietà pubblica. In quanto tale soggetta alle regole del Trattato sulla concorrenza (81 e ss.), alle connesse regole della trasparenza nelle relazioni finanziarie (dir. 80/723/CEE e succ. mod.) e al divieto di aiuti di stato. Lo stesso "modello pubblicistico" possibile di fronte a fallimenti del mercato non consiste nell'assumere il servizio in gestione pubblica, ma nella concessione di particolari diritti (monopolio compreso) o aiuti. Non senza aggiungere che le regole del Trattato e derivate possono essere interpretate nel senso che impongano di gestire il servizio come attività economica, non come prestazione amministrativa. L'erogazione del servizio da parte dello stato – che corrisponde al modello non dell'impresa ma della prestazione amministrativa – fa uscire l'attività dal

¹⁷ Ci riferiamo in particolare alle Conclusioni dell'avv. gen. J.Kokott nella causa C-458/03.

¹⁸ Non vi è dubbio che le regole della concorrenza si applicano anche alle attività economiche di interesse generale, in forza dell'art. 86.

¹⁹ "Un'impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina".

concetto stesso di attività economica, è una situazione non confrontabile con l'art. 86 – che parla d'altro. Quindi deve avere il proprio fondamento altrove. Ma non nell'art. 295 Tr., che fa salva l'esistenza di due (o più) regimi di proprietà, ma nulla dice sulla relativa disciplina, tanto più se la proprietà si riferisce ad un'attività economica.

Il fondamento – in mancanza d'altro – della “riserva” di autoproduzione è direttamente e puramente politico. Si tratta di un “casame” del regime pubblicistico precedente diffuso nell'Europa continentale, che nulla ha a che fare con l'impostazione dell'art. 86. E' un *a priori* che si fonda sull'idea che l'ente pubblico debba fornire²⁰ il servizio²¹. Anche il punto di vista assunto dalla Corte (attenta all'applicazione delle regole sugli appalti e poi sulle concessioni) ha portato a questo punto morto, che focalizza l'attenzione sull'esistenza/non esistenza dell'alterità. E' impossibile ridurre a coerenza questo mix di presupposti diversi; non per nulla la Commissione è continuamente alle prese con l'esigenza – mai interamente soddisfatta - di fare chiarezza²².

Si può quindi trarre una prima conclusione: la possibilità di autoproduzione, in assenza di disciplina diversa, non assicura che venga considerata conforme al Trattato una legge come quella italiana (art. 113, comma 5, lett. c) del Tuel) che consente a priori, senza alcun presupposto giustificativo nella situazione del singolo settore, di saltare a piè pari il mercato e di ricorrere all'amministrazione di erogazione. La Corte ha una soluzione a portata di mano, sviluppare le sue stesse affermazioni sulla “eccezionalità” dell'*in house providing*. L'occasione per farlo c'è: la richiesta di pronuncia pregiudiziale del TAR di Lecce (C- 410/04) che sottopone alla Corte precisamente la domanda se sia compatibile con il Trattato la previsione del ricorso ordinario all'*in house*²³.

1.8. *Il partenariato pubblico privato*

Incertezze non minori di quelle che si incontrano nella utilizzabilità dell'*in house* riguardano le c.d. società miste pubblico privato, cui sembra corrispondere, nel

²⁰ E' evidente la grande differenza tra fornire il servizio ed operare perché sia fornito, intervenendo eccezionalmente quando la fornitura non è garantita (*provider e producer*, SORACE, 1999)

²¹ Se lo fornisce il soggetto pubblico, *nulla quaestio*, siamo in un altro ambiente giuridico, al di fuori dall'art. 86. Se lo forniscono i terzi, si applicano le regole a tutela della concorrenza fino a che compatibili con la missione.

²² A favore di un ripensamento del ruolo dell'art. 86, par. 2, si veda il saggio di Laura Ammannati in questo stesso volume.

²³ Ma se si leggono le conclusioni dell'avv. gen. L.A. Geelhoed 12 gennaio 2006, nulla di buono ci si può attendere.

linguaggio comunitario (Libro verde citato del 2004), la figura del partenariato istituzionalizzato.

La società mista affidataria diretta dei servizi pubblici è stata considerata a sua volta, per metterla al riparo dall'applicazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza, una variante organizzativa dell'amministrazione pubblica. In quella versione (art. 22 legge n. 142/1990 e poi art. 113 del d.lgs. n. 267/2000) è stata oggetto dei rilievi della Commissione in sede di procedura d'infrazione. La collaborazione con il privato, relevantissima per il contributo finanziario e di competenze, è realizzata dunque immettendo il privato all'interno della gestione pubblica e rendendolo partecipe delle rendite che l'amministrazione pubblica è in grado di assicurare, se non altro garantendo l'esclusiva nella gestione del servizio.

La variante (dichiaratamente introdotta per superare i rilievi di legittimità della Commissione) contenuta nell'art. 113, comma 5, dalle riforme di fine 2003, si segnala per alcuni caratteri originali, che la distanziano dalla classica società mista: la gara per la scelta del socio ha per oggetto lo svolgimento del servizio (e non il contributo del socio alla società) e deve essere svolta con le stesse regole che si applicano per l'individuazione del gestore; la durata della società deve corrispondere alla durata del servizio; alla scadenza la gara per la scelta del socio deve essere rinnovata in rapporto al servizio di cui si tratterà in quel momento; la società non può concorrere per altri servizi, che esulano da quell'unico oggetto sociale per il quale è stato acquisito il socio. Se ora confrontiamo questa nuova figura con quella appena profilata²⁴ a livello comunitario, un'impresa a capitale misto, notiamo che si presuppone che nella sostanza vi sia l'attribuzione di un incarico ad un privato, che la scelta debba basarsi (non soltanto sull'apporto in capitali o in esperienza) ma anche dell'offerta in relazione alle prestazioni specifiche da fornire; che avvenga la pubblicazione del bando per la scelta del partner privato; che la posizione del socio si collochi in un quadro contrattuale; che la durata dell'impresa coincida con la durata del contratto o della concessione attribuita; che la parte pubblica non può sommare la posizione di azionista di una simile impresa con privilegi esorbitanti non basati su un'applicazione normale del diritto societario. In definitiva la Commissione segnala che "la partecipazione dell'organismo aggiudicatore alla società mista, che al termine della procedura di selezione diventa titolare e del contratto, non giustifica la mancata applicazione del diritto dei contratti e delle concessioni in occasione della selezione del partner privato. L'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non dipende infatti dal carattere pubblico, privato o misto del co-contraente dell'organismo aggiudicatore".

²⁴ Si tratta per ora di analizzare un fenomeno sempre più diffuso, non prevedendo il diritto comunitario regimi specifici comprensivi del fenomeno dei PPP.

Il libro verde sui PPP 2004 è soltanto un insieme di interrogativi e di preoccupazioni (sotto il profilo dell'elusione delle regole comunitarie sui contratti), e non di indicazioni e ricostruzione di principi. Se ne desume tuttavia con sufficiente chiarezza che la società mista²⁵ – con applicazione delle regole sulla scelta del contraente/concessionario alla fase di scelta del gestore futuro socio – è concepita come accordo per un'attività e per la durata di quell'attività. Questi dati confermano la lettura dell'art. 113, comma 5, lett. b) nel senso sopra rapidamente esposto: la conformità comunitaria richiede un tipo di gara che nulla ha a che fare che le motivazioni (irrobustire finanziariamente l'impresa) a base della ricerca di un nuovo socio²⁶. Se è così, se non siamo di fronte ad una società mista normale, disciplinata dal codice civile, dinamica rispetto al mercato, vi è da chiedersi se è possibile e credibile ingessare la società nell'oggetto, nell'espansione territoriale, nell'acquisizione di nuovi soci, e continuare a chiamarla società.

D'altra parte la Corte di Giustizia, nelle recentissime sentenze nelle quali ha escluso l'affidamento diretto a società mista pubblico privato, ha utilizzato un argomento (l'interesse del privato "inquina" e costituisce per lui un indebito vantaggio) dal quale consegue non soltanto che quella società non può essere considerata *in house*, ma anche che non può essere destinataria di un affidamento diretto neppure con altra "etichetta".

Resta la questione – ancora indefinita - dei presupposti per la praticabilità, senza violare o eludere le norme sugli appalti e sulle concessioni, delle forme di partenariato pubblico privato.

Si può trarre a questo punto una seconda conclusione: dal punto di vista comunitario un legge come quella italiana (art. 113, comma 5, lett. d) del Tuel) che consente l'affidamento diretto a società mista è compatibile soltanto se tra l'amministrazione aggiudicatrice e il privato vi è un rapporto contrattuale in esito ad una procedura di gara secondo le regole degli appalti o delle concessioni di servizi. Ma si tratta di una società "ingessata", che poco nulla ha a che fare con lo strumento principe delle attività commerciali ed industriali.

1.9. *Strumenti per compensare gli obblighi di missione, aiuti di stato e coesione sociale*

Da altro punto di vista, la normativa comunitaria valorizza la presenza di obblighi di servizio pubblico consentendo di compensare gli oneri relativi mediante una

²⁵ La terminologia utilizzata è anche: *joint ventures*, *PPP associatives*, *Kooperationsmodell*.

²⁶ Cfr. ancora il saggio di Laura Ammannati in questo stesso volume.

pluralità di strumenti. Il conferimento di diritti speciali ed esclusivi (riserva), per consentire sovvenzioni incrociate (*Corbeau* e *Albany*). L'applicazione di limiti alla concorrenza limitata, come la clausola di approvvigionamento esclusivo nei confronti di distributori locali da parte di un distributore regionale di energia elettrica (*Almelo*). Deroghe alla libera circolazione delle merci e dei servizi (diritti esclusivi di importazione ed esportazione di elettricità e gas, *Commissione-Paesi Bassi* ed altre). Compreso il conferimento di aiuti di stato per compensare obblighi di servizio pubblico (*FFSA* e *Commissione, Ferring*). Non sempre si tratta di deroghe alla concorrenza, ma sempre si tratta di “favori” giustificati dalla rilevanza sociale dell'attività.

Particolare rilevanza ha il tema degli aiuti finanziari, oggetto ora di una pluralità di soluzioni (Libro verde 2003, p. 85), che comprendono le diverse forme di compensazione, interne (c.d. sussidiazione incrociata), esterne (fondi di compensazione alimentati dagli operatori del settore o dai fornitori o trasferimenti da bilancio) e miste, cui si aggiungono le compensazioni perequative (utilizzate nei settori dell'energia e del gas e delle comunicazioni elettroniche) e le compensazioni coperte finanziariamente dallo stato²⁷. Dal punto di vista della compatibilità con le regole della concorrenza, le compensazioni finanziarie vanno trattate come “aiuti compatibili” e sottoposte all'obbligo della previa notifica ex art. 88 Tr.Ce, “a condizione che l'aiuto sia diretto soltanto a compensare il costo supplementare generale dell'adempimento della missione particolare cui l'impresa è preposta”, che tale misura finanziaria sia necessaria per l'adempimento della missione, che sia rispettata la trasparenza delle relazioni finanziarie tra stati membri e loro imprese pubbliche (Dir. 2000/52/CE).²⁸ Si legge infatti nel Libro verde 2003: “90. Le norme sul mercato interno, sulla concorrenza e sugli aiuti di stato intendono assicurare che ogni sostegno finanziario concesso ai fornitori di servizi di interesse economico generale non abbia effetti distorsivi sulla concorrenza e sul finanziamento del mercato interno. Inoltre la vigente normativa specifica del settore garantisce soltanto che i meccanismi di finanziamento attuati dagli

²⁷ Art. 13, par. 1, lett. a) della Direttiva 2002/22/CE sul servizio universale

²⁸ Secondo tale prospettiva la compensazione è in ogni caso un “aiuto di stato”, pur in linea generale consentito, soggetto agli artt. 87 e 88 del Tr. Secondo una diversa prospettiva il finanziamento o compensazione, in qualsiasi forma riconosciuto, rientra nelle deroghe alle regole di concorrenza consentite dall'art. 86, p. 2, ed è qualificabile aiuto di stato soltanto nella misura in cui esorbita dall'adeguata remunerazione e dall'entità dei costi aggiuntivi (*Altmark*, C-280/00). Con le relative conseguenze in termini di regime giuridico (nel primo caso il controllo della Commissione è preventivo, nel secondo è successivo e limitato al caso di errore manifesto).

stati membri siano il meno distorsivi della concorrenza e agevolino l'ingresso sul mercato”²⁹.

La materia richiederebbe una disciplina quadro, del resto prevista dal nuovo trattato costituzionale (art. III-6), che indichi specificamente *le condizioni economiche e finanziarie* degli aiuti tra i principi e le condizioni che l'UE e gli stati membri debbono definire rispetto ai servizi di interesse economico generale. Si segnala peraltro la decisione della Commissione del 28 novembre 2005 (2005/842/CE) diretta agli stati membri che stabilisce – a precisazione della portata dell'art. 86, par. 2 – le condizioni alle quali gli aiuti di stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico sono considerati compatibili con il mercato comune ed esentati dall'obbligo di notificazione (GUCE L 312 del 29.11.2005).

Sembra dunque che il rapporto tra regime dei servizi di interesse economico generale e obiettivi di coesione sociale territoriale sia correttamente impostato. Vi è tuttavia almeno una lacuna: non vi è stata finora la possibilità di attribuire rilevanza agli investimenti in infrastrutture e sicurezza (Cammelli, 1998). Recentemente peraltro (Libro verde 2003, p. 91) la Commissione ha preso in considerazione un elemento nuovo e significativo esattamente in questa direzione: “91. La normativa comunitaria non considera altri criteri pertinenti per la scelta del meccanismo di finanziamento, quali l'efficienza o gli effetti redistributivi. Non sono oggetto di studi specifici gli effetti del meccanismo scelto sugli investimenti a lungo termine dei fornitori di servizi e di infrastrutture e la sicurezza della fornitura”. Anche questa lacuna potrà dunque essere colmata. E ci consente di fissare una prima considerazione. L'accresciuta consapevolezza dei vincoli comunitari ha spesso coinciso, nell'opinione pubblica, con la convinzione di una deriva mercantilista cui sarebbero esposti i rapporti economici e la politica industriale italiana. L'esposizione che precede consente – ci sembra - di affermare che non è così. Nell'ordinamento comunitario regole per la concorrenza e

²⁹ Per citare un esempio in tema di servizi postali, nel calcolare i costi supplementari della missione di servizio pubblico assegnata all'EPI/PI, la Commissione ha fatto riferimento alla contabilità separata certificata calcolando che nel periodo 1994-1999 i costi supplementari erano di circa 3 000 miliardi di lire (circa 1,5 miliardi di euro) all'anno e i fondi concessi all'EPI/PI nello stesso periodo ammontavano a 17.960 miliardi di lire (oltre 9 miliardi di euro). Poiché questi costi potevano essere spiegati attraverso una serie di fattori, molti dei quali strutturali (v. C. Lettieri, in V. Visco Comandini, *Economia e regolazione delle reti postali*, Carrocci, Roma, 2006) la Commissione ha concluso che, poiché nel periodo in questione il costo netto supplementare della missione di servizio pubblico è risultato superiore al sostegno finanziario concesso all'EPI/PI, le misure esaminate, più il vantaggio conferito all'EPI/PI dal diritto esclusivo nel settore postale, non hanno portato a una sovracompensazione del costo netto supplementare della missione di interesse generale affidata all'EPI/PI e, di conseguenza, non costituivano aiuti di Stato.

mercato hanno confini ben definiti, e le sentenze della Corte di Giustizia hanno affinato gli strumenti per evitare il conflitto con gli obiettivi di coesione sociale e, più ampiamente, con l'esigenza di tutela di ulteriori interessi generali.

1.10. *Non solo concorrenza. La tutela degli altri valori (ambiente, occupazione, utenti)*

1.10.1. La tutela dei consumatori ed utenti

L'attrazione della disciplina dei servizi pubblici nell'area del mercato ha prodotto come conseguenza che le prestazioni che ricadono negli obblighi di servizio (universale) danno luogo a rapporti di utenza costruiti su relazioni di mercato e disciplinati, sui lati della domanda e dell'offerta, in parte dalla disciplina contrattuale, in parte dall'attività di regolazione (Napolitano, 2001). Con le conseguenze che derivano dalla qualificazione delle posizioni degli utenti come diritti soggettivi. Questa configurazione della posizione giuridica degli utenti – più evidente all'interno del servizio universale³⁰ – è necessariamente destinata ad espandersi, essendo collegata alla disciplina della regolazione e non ad un settore particolare. La Commissione (Libro verde 2003 e Comunicazione 2000) pone l'accento sulla necessità di impostare l'erogazione dei servizi di interesse generale in modo da garantire i diritti dei consumatori e gli utenti: l'accesso ai servizi in tutto il territorio dell'Unione e per tutti i gruppi di popolazione, il prezzo contenuto, con regimi speciali per fasce a basso reddito, la sicurezza materiale, la protezione e l'affidabilità, la continuità, la qualità elevata, la trasparenza e l'accesso alle informazioni. I diritti dei consumatori e degli utenti sono stabiliti nella normativa specifica per i settori delle comunicazioni elettroniche e dei servizi postali, ma anche dell'energia, dei trasporti e della radiodiffusione. L'attuazione di questi principi è collegata, da un lato alla presenza di autorità indipendenti di regolamentazione, dall'altro a disposizioni riguardanti la partecipazione attiva dei consumatori e degli utenti, fino alla disponibilità di adeguati meccanismi di risarcimento e compensazione.

1.10.2. La protezione dell'ambiente

La logica della concorrenza e del mercato hanno significato ben diverso dalla logica d'impresa: la prima, a differenza della seconda, consente di armonizzare i

³⁰ Il servizio universale stabilisce il diritto di ogni cittadino di accedere a taluni servizi considerati essenziali e impone l'obbligo alle industrie di fornire un servizio definito a condizioni specificate. La configurazione comunitaria del servizio come "universale" è limitata alle telecomunicazioni e alle poste.

principi di concorrenza e libera circolazione con la tutela di altri interessi collettivi, come ad esempio la tutela dell'ambiente. La protezione dell'ambiente è uno dei requisiti di interesse pubblico, insieme all'efficienza economica, al progresso tecnologico, alle misure per la disabilità ed altri, che sono considerati all'interno del concetto di servizio universale, che la Commissione considera un "pilastro portante" della politica della Comunità sui servizi di interesse economico generale.

E' anche interessante osservare che requisiti di protezione ambientale particolarmente restrittivi sono stati considerati ammissibili in una gara per l'aggiudicazione di servizi di trasporto urbano, nella sentenza della Corte di Giustizia 17.09.2002, C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab* ha deciso (aggiudicazione di trasporti urbani mediante autobus alla società di proprietà comunale) che "il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione criteri collegati alla tutela dell'ambiente (omissis) per il solo fatto che l'azienda di trasporti dell'amministrazione aggiudicatrice rientra tra le rare imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfa detti criteri".

1.10.3. La tutela del lavoro

La tutela del lavoro non è ignorata nelle direttive comunitarie di liberalizzazione. Si veda ad esempio la Direttiva 96/67/CE in tema di apertura del mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti comunitari, che autorizza (art. 18) ad adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente. Ma non fino al punto di porre nel nulla l'effetto utile della direttiva. Si veda infatti il caso della sentenza 9 dicembre 2004 (C-460/02) in cui si censura la legge italiana (decreto legislativo n. 18/1999) che, in caso di subentro di nuovo gestore al precedente, prescrive che sia salvaguardato il rapporto di lavoro e la continuità di tale rapporto con tutto il personale dipendente dal precedente gestore. Il subentro del nuovo gestore al precedente non è assimilabile alla cessione d'azienda – e non è bene che sia assimilato. Va tuttavia segnalato che di fronte alla difficoltà di ottenere il necessario consenso sulla scelta competitiva dei gestori, nel tentativo di giungere a far approvare il regolamento in materia di trasporti, la Commissione ha anche preso in considerazione una norma di tutela di tutti gli occupati dal precedente gestore, e che norme di questo tipo si ritrovano nella legislazione regionale. Il problema di tutela dell'occupazione quindi rimane e va diversamente risolto, mediante strumenti di protezione sociale (si veda il capitolo "Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti" in questo stesso volume).

1.11. *L'amministrazione di regolazione in Europa*

Buona parte delle regole settoriali comunitarie in materia di servizi d'interesse economico generale hanno suggerito la creazione a livello nazionale di autorità di regolazione, la cui istituzione è stata considerata essenziale nella legge n. 481/1995. Con il tempo, la discrezionalità degli stati in materia è andata diminuendo, fino all'avocazione a livello comunitario della titolarità a determinare buona parte dei caratteri, funzioni e procedure delle autorità stesse e alla creazione in sede comunitaria di organizzazioni composite, in parte nazionali in parte comunitarie, funzionalmente preminenti sulle amministrazioni nazionali. Cui si aggiunge il potere di veto della Commissione in procedure proprie di autorità nazionali. E' avvenuto in materia di comunicazioni elettroniche, con la Direttiva quadro 2002/21 e con la decisione della Commissione che ha istituito il gruppo dei regolatori europei per le telecomunicazioni (Cassese, 2003)³¹. E in materia di energia (Ammannati, 2005)³², con le Direttive 2003/54 relativa al mercato interno dell'energia elettrica e 2003/55 relativa al mercato interno del gas naturale, e con la decisione della Commissione 11 novembre 2003, che istituisce il gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità

In tema di applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, significativo è il regolamento Ce del Consiglio dell'Unione del 16 dicembre 2003 n. 1, che ha decentrato i poteri applicativi in favore delle autorità garanti nazionali e ha rafforzato i meccanismi di cooperazione a livello orizzontale e verticale, fino al punto di creare una comunità di autorità di concorrenza che applica (ai comportamenti d'impresa che siano tali da incidere sul commercio comunitario) il diritto nazionale della concorrenza ed insieme gli artt. 81 e 82 del Trattato.

³¹ La prima generazione (1990-1997) di direttive in materia di telecomunicazioni ha liberalizzato il mercato lasciando agli stati nazionali il compito di scegliere l'assetto organizzativo delle autorità di regolazione, con l'unica condizione della separazione tra regolatore e regolati. La seconda generazione (2002) introduce, oltre alla convergenza regolamentare dei tre settori, quella organizzativa, sia disegnando la struttura delle autorità nazionali di regolazione, sia istituendo una organizzazione comune di regolatori posta in sede comunitaria. I principi della direttiva quadro condizionano i compiti, le procedure e l'organizzazione delle autorità nazionali. Creano inoltre una organizzazione comune dei regolatori, che si articola: *a*) negli scambi di informazioni e nella cooperazione; *b*) nella rete delle diverse autorità come unità nei confronti dei terzi, organizzazioni internazionali, controverse transfrontaliere; *c*) l'istituzione mediante decisione della Commissione del Gruppo europeo dei regolatori, privo di poteri cogenti nei confronti dei singoli membri, vincolati a motivare gli atti che eccezionalmente si discostano dalle decisioni del Gruppo; *d*) cui si aggiunge la posizione della Commissione come regolatore comunitario sovraordinato alle autorità nazionali.

³² La decisione della Commissione 11 novembre 2003 ha istituito – con un atto vincolante per gli stati membri - il Gruppo dei regolatori europei per i gas e l'elettricità. Il Gruppo ha il compito di agevolare la consultazione, il coordinamento, e la cooperazione delle autorità nazionali di regolamentazione per contribuire all'applicazione coerente in tutti gli stati membri delle normative comunitarie. Interagisce inoltre con la Commissione, sia di propria iniziativa, sia su richiesta della Commissione e fornisce a quest'ultima consulenza e assistenza nell'opera di consolidamento del mercato interno dell'energia.

Si delinea dunque una crescente interazione tra autorità nazionali omologhe degli stati membri e tra le singole autorità e la Comunità. L'opera delle istituzioni europee è tanto più importante in quanto aiuta a frenare la tendenza nazionale a limitare o escludere l'indipendenza dei regolatori (Sorace, 2003). Si segnala anche il decisivo contributo al rafforzamento del ruolo delle autorità nazionali di garanzia venuto dalla sentenza della Corte di Giustizia 9 settembre 2003 (C-198/01) che ha affermato il potere dovere delle autorità nazionali di disapplicare le norme del diritto interno che si pongano in contrasto con il diritto comunitario della concorrenza. Esistono tuttavia anche rischi di "sezionalismo". La generalizzazione del metodo di costituire autorità di regolazione nazionali e comunitarie per settori porterebbe ad un arcipelago di organismi di settore difficilmente coordinabili.

In attesa di un'incidenza comunitaria di portata più generale, per ora la Commissione ha svolto un ruolo di critica e di stimolo sull'attività dei regolatori settoriali nazionali (sotto il profilo dell'indipendenza del regolatore, delle procedure e dei rapporti con le autorità antitrust) senza dare indicazioni in merito alla unicità o pluralità delle autorità di regolazione nazionali (Libro verde 2003, Allegato, p. 40 e ss.). Si rinvia su questo punto al capitolo "Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione", in questo stesso volume, e alla parte seconda del presente capitolo.

Al di fuori dei settori normati a livello comunitario, e salva l'applicazione delle regole generali di proporzionalità e trasparenza, vige per ora il principio di sussidiarietà, in forza del quale rimane l'autonomia delle singole competenti autorità nazionali, di individuare i servizi di interesse generale e di normarli anche sotto il profilo dell'organizzazione della regolazione.

1.12. *La tutela della concorrenza nella revisione costituzionale del titolo V*

Fino alla modifica costituzionale intervenuta con la legge costituzionale n. 3 del 2001, il vincolo ai principi di un mercato concorrenziale, temperato dall'art. 86 Tr, che andava assumendo sempre maggiore centralità, derivava per l'ordinamento italiano dall'ordinamento comunitario e passava quindi a quello interno attraverso l'art. 11 della Costituzione. Con la riscrittura dell'art. 117 Cost. la *tutela della concorrenza*³³ e del mercato (la concorrenza si svolge necessariamente nel mercato o per il mercato) è stata esplicitamente introdotta nella Costituzione italiana tra le competenze esclusive dello stato e diviene un'autonoma fonte di legittimazione. Se è vero che per effetto del

³³ Art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione

comma 1 dello stesso articolo 117 Cost. si è creato un collegamento continuo tra diritto interno e diritto comunitario, e che i principi del Trattato CE e le regole del diritto derivato sono sempre più chiaramente vincoli anche per i legislatori statale e regionale. E' vero anche il principio di concorrenza è divenuto un autonomo vincolo per la legislazione sia statale che regionale, e condizione per la sua legittimità.

A questo punto sorgono alcuni interrogativi: sul significato dell'espressione "tutela della concorrenza", sulla relazione con i principi del Trattato, sulle relazioni tra tutela della concorrenza ed altri valori costituzionali.

Al primo interrogativo ha risposto la Corte Costituzionale italiana con le sentenze 14 e 272 del 2004, che hanno respinto i tentativi di circoscrivere la nozione alla disciplina *antitrust*. Sono compresi nella tutela della concorrenza anche gli strumenti che introducono la concorrenza dove prima non esisteva e quindi la regolazione, intesa come insieme di regole intese a produrre condizioni artificiali di concorrenza, ed anche come insieme di regole dirette alla funzionalizzazione di specifiche attività economiche³⁴. La Corte giunge a questo risultato con un percorso un po' tortuoso, che prende le mosse dalla nazione comunitaria degli aiuti di stato, per concludere che la tutela della concorrenza è una delle leve della politica economica statale e può consistere in politiche promozionali che rendono possibile una più equilibrata competizione.

Sulle relazioni tra tutela della concorrenza e principi del Trattato ed altri valori costituzionali interni, si osserva che se è vero che l'interpretazione della lett. e) va compiuta alla luce del Trattato, è vero anche che si richiede di collocare quella "funzione" all'interno del testo costituzionale; operazione che consente, sia di definire il contenuto anche promozionale della funzione attraverso altro percorso argomentativo rispetto a quello che prende le mosse dal Trattato, sia di definire gli spazi di tutela della concorrenza rispetto ad altre regole costituzionali.

Lo stato - che per regola costituzionale deve tutelare il mercato - può intervenire con propri strumenti in deroga alle regole della concorrenza, non soltanto in presenza di "fallimenti del mercato", ma anche nei settori sottratti al mercato o destinati alla coesistenza di stato e mercato per norma costituzionale.

Le attività aventi esclusivo rilievo sociale si collocano al di fuori di quelle regole³⁵, e quelle che, pur avendo finalità sociali, hanno rilievo economico non possono

³⁴ Ammannati (2003).

³⁵ La difesa è servizio esclusivamente statale. L'istruzione è un servizio reso necessariamente dallo stato, ma è possibile che esista un mercato dell'istruzione ma necessariamente di dimensioni limitate, dato che lo stato deve istituire scuole di ogni ordine e grado. La sanità è un servizio pubblico rivolto a tutti e non soltanto agli indigenti. La sicurezza sociale è spazio occupabile in parte dallo stato, in parte dal mercato.

essere sottoposte a regole che ne impediscano la missione. Lo stato ha uno strumento specifico per definire la missione: la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale.

Al di fuori dei campi citati e degli altri nei quali la Costituzione autorizza o impone restrizioni alla concorrenza – restrizioni che vanno comunque ammesse nei limiti segnati dal diritto europeo – la concorrenza deve essere tutelata.

1.13. *Quale autonomia per le autorità nazionali di fronte al diritto derivato dal Trattato?*

Come si è visto, le autorità nazionali, regionali e locali di ciascuno stato membro sono, in linea di principio, liberi di definire ciò che considerano essere un servizio di interesse economico generale. La Commissione ha il compito di vigilare ha il compito di vigilare affinché non vi siano errori manifesti per quanto riguarda la definizione di tali servizi; così come ha il compito di svolgere lo scrutinio di compatibilità tra le deroghe degli stati ex 86 e le regole comunitarie Il principio (di sussidiarietà verticale) è confermato dall'art. 16 del Trattato Ce, che affida la disciplina dei servizi di interesse economico generale alla Comunità e agli stati membri *secondo le rispettive competenze*.

E' impossibile definire in generale il grado di libertà degli stati. Esso dipende dalle scelte adottate dalle istituzioni comunitarie nei singoli settori. Alcune lasciano agli ordinamenti nazionali uno spazio regolatorio limitato o molto limitato (v. il codice delle comunicazioni elettroniche), altre (v. il progetto di regolamento trasporti nell'ultima proposta della Commissione) molto ampio. In linea generale può affermarsi tuttavia che le forme di tutela della concorrenza e del mercato definite a livello comunitario costituiscono un minimo e non un massimo, e corrispondono per lo più allo schema: se A, B. In altri termini, non esiste un principio secondo il quale la tutela della concorrenza sia tanta quanta stabilita dalle istituzioni comunitarie. Lo impediscono anzitutto la stessa struttura degli interventi normativi comunitari, ed inoltre principi di sussidiarietà e flessibilità. Ciò è vero sia che si tratti di direttive (che come è noto lasciano maggiore discrezionalità ai singoli stati) sia che si tratti di regolamenti (il caso dei trasporti), che hanno invece carattere del tutto vincolante³⁶.

³⁶ In determinati settori (v. Direttiva servizio universale 2002/22/CE) la disciplina è così completa (dai contenuti delle prestazioni ai criteri di selezione dei destinatari, ai metodi di finanziamento e alle modalità di scelta del gestore) che al legislatore nazionale spetta un ruolo sussidiario, comunque marginale. Non c'è spazio per una maggiore tutela perché ha già provveduto il legislatore comunitario.

Nulla (sul piano giuridico) impedisce al legislatore nazionale di introdurre discipline che accentuino la promozione della concorrenza rispetto alla disciplina comunitaria, le deroghe alla concorrenza essendo formulate come possibilità e non come doverosità.

Assai diverse le considerazioni da farsi sotto il profilo politico, essendo evidente il peso di una posizione comunitaria che adotti regole molto permissive in materia di tutela della concorrenza (come quelle che si profilano in materia di trasporti). Tale peso, tuttavia, sarà tanto maggiore quanto le autorità nazionali avranno in passato giustificato il proprio intervento liberalizzatore con la necessità di adeguarsi a “costrizioni comunitarie” piuttosto che alla cura dell’interesse nazionale, inserito nel mercato unico europeo.

Nessuna regola comunitaria impedisce, ad esempio, al legislatore nazionale di escludere l’autoproduzione del servizio da parte delle pubbliche autorità, anche quando si tratti di attività da riservare necessariamente ad un unico soggetto. Ed infatti è avvenuto senza contestazioni sul piano della legittimità³⁷.

1.14. *Sulla clausola di reciprocità*

Nell’ordinamento italiano vi sono diversi esempi di clausole di reciprocità. L’art. 18, lettera *a*) del D.Lgs. n. 422/1997 e succ. mod., nel disporre in tema di gare nei trasporti, esclude dalla procedura “le società che, in Italia o all’estero, gestiscono servizi in affidamento diretto o attraverso procedure non ad evidenza pubblica e le società dalle stesse controllate”, e la norma è stata applicata almeno in un caso³⁸. Il comma 6 dell’art. 113 del Tuel esclude dalla partecipazione alle gare le società che in Italia o all’estero gestiscono servizi senza una procedura ad evidenza pubblica. Il comma 15-quater dello stesso articolo affida al Governo di stabilire con regolamento (mai emanato) “le condizioni per l’ammissione alle gare di imprese estere, o di imprese italiane che abbiano avuto all’estero la gestione del servizio senza ricorrere a procedure di evidenza

³⁷ La diffusa affermazione che, se monopolio ha da essere, meglio sia pubblico, era forse condivisibile se riferita ai tempi, almeno in linea di principio superati, in cui i monopoli privati godevano di situazioni incontrollate di privilegio. Ora l’attività del monopolista deve essere sottoposta alla regolazione di un’autorità indipendente, conosce i vincoli del diritto di accesso, se ne devono controllare le posizioni di rendita. La ragione che consiglia di evitare la concentrazione in unico soggetto di posizioni di indirizzo politico-amministrativo, proprietarie e di gestione non è la tutela della concorrenza, ma quella stessa che ha indotto la Comunità europea ad imporre (nei propri interventi settoriali) regole di separazione tra regolazione e gestione: la trasparenza dell’attività..

³⁸ In Lombardia – gara per servizi ferroviari regionali - il concorrente straniero (*Citypendeln*, controllata dalle francesi *Keolis* e *Connex*) è stato eliminato perché la Francia non garantisce la reciprocità, cioè non prevede gare per i servizi ferroviari sul suo territorio.

pubblica, a condizione che, nel primo caso, sia fatto salvo il principio di reciprocità e siano garantiti tempi certi per l'apertura dei relativi mercati". L'espressione "estero" potrebbe essere intesa nel senso che riguardi imprese e paesi diversi dai membri dell'Unione, ma l'interpretazione corrente e l'applicazione sono invece estensive. Anche la legge Marzano (L. 239/2004, "Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia") si avvale della clausola di reciprocità laddove prevede (art. 1, comma 29) che "fino alla completa realizzazione del mercato unico dell'energia elettrica e del gas naturale, in caso di operazioni di concentrazione di imprese operanti nei mercati dell'energia elettrica e del gas cui partecipino imprese o enti di stati membri dell'Unione europea ove non sussistano adeguate garanzie di reciprocità, il Presidente del Consiglio dei ministri (omissis) può (omissis) definire condizioni e vincoli cui devono conformarsi le imprese o gli enti degli stati membri interessati allo scopo di tutelare esigenze di sicurezza degli approvvigionamenti nazionali di energia ovvero la concorrenza nei mercati".

La propensione espressa nel volume – e come si è detto perfettamente praticabile dal punto di vista istituzionale – per l'applicazione sempre laddove possibile delle regole di trasparenza che la concorrenza porta con sé, rende necessario affrontare brevemente la questione della conformità comunitaria del principio di reciprocità, inteso come espressione della parità di trattamento, nella sua applicazione che prevede non sussista l'obbligo di consentire l'accesso ad un mercato rilevante liberalizzato (in una delle forme possibili) ai soggetti che godono in casa propria di una posizione non acquisita in forma competitiva.

Se l'apertura dei mercati su impulso del diritto europeo procede uniformemente, il problema non sorge. Il problema sorge se l'inerzia comunitaria consente situazioni di sostanziosa disparità, e se il diritto comunitario autorizza situazioni di chiusura dei mercati nazionali. In tal caso lo stato membro che voglia invece aprire il proprio mercato nazionale o i mercati regionali, è tenuto ad accettare la competizione di imprese che non gestiscono in forza di una gara e che spesso sono di proprietà di altri stati membri? Non si può neppure dire, in quest'ultimo caso, che la soluzione deve venire dalla Commissione o da altre istituzioni comunitarie, dato che queste abbiano accettato di rimettere la decisione se aprire o non aprire determinati mercati alle autonome determinazioni degli stati membri (così avverrebbe se fosse considerato legittimo l'art. 113, comma 5, lett. c) del Tuel – nella sua interpretazione ed applicazione corrente – non soltanto dalla Commissione ma anche dalla Corte di Giustizia).

In sintesi, si può concludere nei termini seguenti: 1) in presenza di una disciplina comunitaria uniforme ma non uniformemente applicata si può sostenere che la clausola di reciprocità adottata dal singolo stato non è conforme ai principi del Trattato, perché

consiste in una ritorsione unilaterale in presenza di poteri degli organismi comunitari di ricondurre la situazione al rispetto della disciplina comunitaria; 2) laddove non c'è invece uniformità di disciplina, se la legislazione del singolo stato membro compie delle aperture alla concorrenza cui non è tenuto, il ricorso a clausole di reciprocità diviene una scelta obbligata. Potremmo sintetizzare paradossalmente dicendo che nei settori in cui vige il *principio* di reciprocità la *clausola* non dovrebbe essere utilizzata, mentre essa può essere utilizzata dove il principio di reciprocità non esiste.

La Commissione ha preso in considerazione norme di questo tipo almeno in un caso, in una delle varie stesure del regolamento trasporti³⁹, disponendo che “gli operatori di servizi di trasporto pubblico di passeggeri nonché gli operatori direttamente o indirettamente controllati dagli stessi non sono autorizzati a partecipare a gara pubblica ai sensi dell’art. 6 se hanno beneficiato di un’aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico nel proprio paese”. Si tratta soltanto di una ipotesi di disciplina sostanzialmente identica a quelle sopra citate vigenti in Italia, che non si è concretizzata ma è ugualmente significativa. Pertanto vi è ragione di ritenere che sull’invocazione della clausola di reciprocità nelle situazioni sopra descritte non vi siano sostanziali obiezioni da parte della Commissione.

2. Regolazione economica statale e regolazione economica regionale e locale

2.1. *Il quadro*

Il disegno complessivo di dislocazione delle competenze disegnato dal nuovo art. 117 Cost. è il risultato di una forte spinta ad una progressiva regionalizzazione di compiti in precedenza statali. Ne può derivare una forte differenziazione sia di carattere legislativo che nei modi di esercizio delle funzioni amministrative, che potrebbe avere effetti negativi soprattutto nelle materie economiche di potestà legislativa residuale. Il legislatore regionale potrebbe decidere di introdurre discipline diversificate non solo poco rispettose delle esigenze di unità del sistema ma anche dirette ad introdurre elementi di competizione tra livelli di governo omogenei. Come molte teorie ci hanno mostrato, il “federalismo” tende alla differenziazione e non agevola il perseguimento di obiettivi uniformi. Uno scollamento (orizzontale e verticale) tra i vari livelli di governo ha un peso maggiore in ambito economico laddove i comportamenti e le relazioni richiedono condizioni il più possibile uniformi e certe. In questa prospettiva l’attuazione

³⁹ Regolamento che ha subito poi trasformazioni sostanziali, e che tuttavia non è stato ancora approvato.

della riforma potrà conseguire risultati soddisfacenti solo grazie ad un costante bilanciamento tra unità e diversità.

La complessità delle relazioni economiche nei mercati “globali” induce una progressiva riduzione del tasso di differenziazione possibile nelle scelte. In questo senso i contenuti delle leggi regionali in materia economica non potranno divergere oltre un certo limite in quanto le stesse nozioni (il concetto di impresa o di aiuto di stato o di appalto) che qualificano i soggetti economici o loro comportamenti o attività vengono definite a livello sopranazionale. La presenza di norme comunitarie in tema di tutela della concorrenza, liberalizzazione e regolamentazione di alcuni mercati, rappresenta di per sé un elemento unificante⁴⁰ anche laddove la legislazione regionale che abbia ad oggetto l’attuazione di direttive comunitarie fosse tentata, per il futuro, di praticare la via di una crescente differenziazione. La quale è, tra l’altro, inefficiente se ad essa si accompagna una crescita dei costi sociali del sistema: maggiori costi per gli operatori economici e per i cittadini connessi al reperimento di informazioni o alla impossibilità di mettere in atto comportamenti uniformi in situazioni potenzialmente omogenee.

D’altra parte, e la novità è certamente da non sottovalutare, accanto alla pari dignità attribuita a stato e regioni di fronte alle fonti comunitarie, il nuovo modello di relazioni derivato dal riconoscimento costituzionale del diritto comunitario (e della sua supremazia) supera definitivamente la logica sempre ricorrente della “separazione” tra ordinamento interno e comunitario per accettare quella della “integrazione”.

Il modello che si presenta è, in sintesi, quello di una separazione delle potestà legislative e di una possibile differenziazione tra le regioni mitigata da un certo grado di uniformità di derivazione comunitaria e dal riconoscimento di un principio di continuità nell’interpretazione delle norme.

2.2. *Regolazione statale o soltanto regionale?*

L’intervento legislativo (ma anche amministrativo) statale è in generale giustificato dall’esistenza di esigenze di carattere unitario a livello nazionale. Nel caso della promozione della concorrenza e quindi dell’attività di regolazione pro-concorrenziale si è sostenuto che “non ha molto senso che lo stato detti discipline unitarie uniformi *più uniformi* di quelle dettate a livello europeo. In altri termini non si ritiene che debbano necessariamente esistere esigenze unitarie ulteriori rispetto a quelle già prese in considerazione a livello europeo. La soluzione opposta contribuirebbe a perpetuare la suddivisione del mercato europeo, che deve essere – secondo un crescendo

⁴⁰ Ammannati (2003)

storico – comune, unico e oggi interno. Il legislatore europeo provvederà ad individuare le imprescindibili istanze unitarie. In tale ambito ogni singola regione dovrà poter utilizzare tutti i possibili margini di manovra per valorizzare al meglio il proprio potenziale⁴¹. Se si condividesse questa impostazione gran parte di quel che segue non andrebbe scritto. Ma l'impostazione non appare condivisibile, per la decisiva ragione che l'argomento utilizzato adotta un punto di vista europeo (il quanto e come di regolazione pro-concorrenziale è fissato a livello europeo), per dedurre una regola interna agli stati membri (il riparto di competenze interno) notoriamente irrilevante da quel punto di vista. Vero è invece che nei rapporti tra disciplina comunitaria ed interna vige il principio di sussidiarietà e che, come abbiamo visto, la tecnica normativa europea indica il minimo della tutela e non il massimo della tutela⁴². Specificamente poi la Costituzione italiana ha affidato la legislazione pro-concorrenziale, nei limiti di cui diremo, al legislatore nazionale.

2.3. *Il titolo o i titoli della competenza statale*

Nel quadro interno il principio di concorrenza, che vincola stato e regioni, in quanto principio contenuto nel Trattato di Roma che ha efficacia nell'ordinamento interno italiano e ora anche in quanto contenuto nei commi 1 e 2 lett. e) dell'art. 117 della Costituzione, costituisce elemento unificante.

Se si esamina l'elenco di ciò che l'art. 117, c. 2, considera competenza legislativa esclusiva dello stato, ci si avvede che non sempre si tratta di "materie" (ambiti materiali di intervento), bensì di modi di disciplina (ordinamento civile), di valori da proteggere (ambiente), di fini pubblici da garantire (sicurezza dello stato). La tutela della concorrenza – che la lett. e) dell'articolo citato attribuisce alla competenza esclusiva dello stato - è una finalità o anche una modalità di disciplina, non una materia⁴³. Ne consegue che può riguardare materie diverse, di competenza statale (esclusiva o concorrente) e di competenza regionale (concorrente o residuale). La competenza regionale per materia non costituisce quindi una barriera (come diremo, non una barriera assoluta) alla penetrazione della disciplina statale a tutela della concorrenza.

⁴¹ Caranta (2004) circoscrive la competenza statale alla tutela della concorrenza che già c'è, vale a dire alla disciplina *antitrust*.

⁴² Le istituzioni comunitarie, quando parlano di applicazione efficace ed uniforme, si riferiscono agli artt. 81 e 82 e non all'art. 86 del trattato (v. *i Considerando* del Regolamento del Consiglio 2003/17/CE del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato).

⁴³ La Corte Costituzionale., sent. n. 272/2004 l'ha definita una "materia-funzione".

La tutela della concorrenza può applicarsi alle professioni, al commercio, e, per quanto qui rileva, ai servizi di interesse economico generale. Questi ultimi costituiscono una modalità di disciplina e svolgimento di un'attività economica. Le regioni non possono opporre, come pure hanno tentato di fare, una propria competenza residuale in tema di servizi pubblici, in quanto "materia" non elencata, né nel comma 2 del 117 (competenza statale esclusiva), né nel comma 3 (competenza regionale concorrente). Neppure possono le regioni guadagnare terreno a proprio favore sostenendo che la "tutela della concorrenza" comprende soltanto la normativa *antitrust*, e che quindi la regolazione pro-concorrenziale sarebbe di propria esclusiva competenza (in tutte le materie innominate, industria, commercio, turismo, lavori pubblici, ecc.). Non vi è dubbio ormai che con quell'espressione si comprende sia la tutela della concorrenza che già c'è, sia la promozione della concorrenza che ancora non c'è (Corte Cost. sentenze n. 14 e n. 272/2004).

Tutela e promozione della concorrenza, in quanto fini pubblici, fungono da limite alla potestà legislativa regionale *tutta*, si tratti di competenza *concorrente* come l'ordinamento delle "professioni", "l'ordinamento della comunicazione", "le grandi reti di trasporto e di navigazione" ed anche "la produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", o di materie "innominate" nelle elencazioni dell'art. 117 e quindi di competenza residuale o esclusiva delle regioni, come l'industria, il commercio, il turismo, le assicurazioni, i lavori pubblici e gli appalti, l'artigianato o il trasporto (escluse le grandi reti).

Se la competenza statale esclusiva in tema di tutela della concorrenza consente di incidere sulle modalità di svolgimento delle attività economiche (cioè anche sui servizi pubblici), che sono in gran parte di competenza regionale, lo stato ha ulteriori titoli di intervento. Basti qui citare la competenza esclusiva a determinare "i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e *sociali* che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (117, c. 2, lett. *m*), che ben possono riguardare i servizi di interesse economico generale. Attualmente non si hanno interventi legislativi statali a questo titolo nei servizi di rilevanza economica, mentre quella competenza è stata esercitata in materia di assistenza sanitaria e di istruzione. E' quindi da condividere l'affermazione della Corte Costituzionale (sent. 272/2004) che la disciplina sottoposta al suo esame (quella contenuta nell'art. 113 del TUEL) *non* attiene alla determinazione dei livelli essenziali (attiene infatti soltanto alle modalità di gestione), non l'altra, che la determinazione dei livelli essenziali riguarderebbe soltanto i servizi sociali e non quelli di rilevanza economica: è proprio perché esiste un obiettivo di carattere sociale non diversamente soddisfattibile che determinate attività economiche hanno un regime

giuridico differenziato⁴⁴. Anche i servizi di rilevanza economica danno luogo a “diritti civili e sociali”.

Se è dunque vero che la legislazione statale interviene sui servizi pubblici essenzialmente a tutela della concorrenza, non è vero che la tutela della concorrenza sia l'unico titolo che può legittimare l'intervento statale.

2.4. *Sull'estensione dell'intervento statale*

Se l'applicazione del principio di concorrenza vincola entrambi i soggetti, stato e regione, la tutela della concorrenza è compito esclusivo dello stato, ma fino a quale punto?

Il quadro dell'art. 117 è quello di un allargamento molto significativo delle funzioni di regolazione economica attribuite alle regioni. Materie che prima erano di esclusiva competenza statale, come il commercio estero, le professioni, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia, i porti marittimi, ora sono di legislazione concorrente. L'industria e il commercio interno, il turismo, l'agricoltura, l'artigianato sono competenze innominate e quindi regionali. Di conseguenza la “democrazia subnazionale” si rafforza anche nel campo della politica economica. Con la conseguenza che se si rafforzano i poteri di regolazione subnazionale, crescono anche i rischi di frammentazione e di eccesso di regolazione, ma anche di protezionismo e corporativismo, derivanti dalla maggiore vicinanza di queste istituzioni ai *local spirits*⁴⁵.

Si tratta dunque di stabilire come si risolve l'intreccio tra regolazione di settore, di ampia spettanza regionale, e tutela della concorrenza, per la quale lo stato ha ricevuto l'investitura esclusiva. Più ampiamente, vista la connessione che esiste⁴⁶ tra apertura alla concorrenza e realizzazione delle relative infrastrutture, come si risolve l'intreccio tra interventi di rilievo nazionale e competenze regionali, posto che tutti i lavori pubblici e non soltanto quelli di interesse regionale sono di competenza delle regioni; se il legislatore nazionale possa tuttora disporre di fondi ed incentivi (largamente previsti nei

⁴⁴ Neppure è da condividere l'altra affermazione contenuta nella stessa sentenza n. 272/2004, in cui la Corte sembra negare che vi possano essere funzioni fondamentali di comuni e province in tema di servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 117, lett. p). Vero è invece che – come dice la Corte – non si può considerare funzione fondamentale la “gestione” dei servizi.

⁴⁵ Per gli esempi di regolazioni locali restrittive o distorsive della concorrenza si rinvia alle Segnalazioni dell'AGCM, in particolare: Segnalazione 22 giugno 2000, AS 2002; 25 febbraio 1998, AS 124; 1 luglio 2004 AS 281; 12 dicembre 1996, AS 081; 17 aprile 2003, AS 259; 26 febbraio 2004, AS 277. Ora si possono aggiungere le leggi regionali censurate dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 80/2006.

⁴⁶ Il riferimento è in particolare ai capitoli su “Concorrenza e strategie di approvvigionamento nei settori dell'energia e elettrica e del gas” e su “Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi idrici e ambientali”.

capitoli dedicati ai settori per realizzare le aperture alla concorrenza); se le autorità di regolazione debbano o non essere aperte a contributi regionali.

Si tratta di temi che non possono essere trattati che con alcuni essenziali riferimenti, in relazione alle modalità di intervento.

2.4.1. In tema di tutela della concorrenza

L'estensione orizzontale o trasversale della competenza statale – proprio a causa della sua interferenza con competenze regionali anche esclusive o residuali – subisce limiti abbastanza rigorosi nel senso della sua “profondità”. La Corte Costituzionale ha a tale proposito affermato che la legislazione statale a tutela della concorrenza può esprimersi soltanto per disposizioni di carattere generale e verrà valutata con i criteri di *proporzionalità* e *adeguatezza*, per verificare se le esigenze di tutela legittimino o meno determinati interventi legislativi (sent. 272/2004)⁴⁷. Nel caso in cui l'intervento a tutela⁴⁸ della concorrenza incida su materia di competenza concorrente, esso viene a coincidere con la fissazione dei principi generali che competono allo stato; nel caso incida su materie di legislazione esclusiva o residuale, devono essere definite volta per volta le specifiche condizioni che permettono di garantire l'organizzazione concorrenziale del mercato. La difficoltà consiste nell'individuare dove si collochi il limite⁴⁹. Il criterio non può che essere il collegamento stretto, la funzionalizzazione all'obiettivo.

Qualche chiarimento è giunto ora da due sentenze della Corte Costituzionale, la n. 29 e la n. 80 del 2006. La prima fissa nella tutela della concorrenza il fondamento della competenza statale a dettare le disposizioni di principio contenute nell'art. 113 TUEL, e individua in quel testo normativo i principi che costituiscono vincolo per la disciplina regionale dei servizi pubblici (regionali e locali) di rilevanza economica⁵⁰.

⁴⁷ Peraltro la Corte dice anche che non è suo compito verificare se effettivamente occorre la regolazione economica statale, “se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato da postulare misure di tutela della concorrenza tali da trascendere l'ambito regionale”.

⁴⁸ Intesa sempre come comprensiva degli interventi di apertura alla concorrenza

⁴⁹ La Corte Costituzionale ha fatto una prima applicazione dei principi da essa stessa fissati di dubbia logicità, avendo ritenuto che i criteri di aggiudicazione delle gare fissati con la legge statale (D.L. n. 269/2003, art. 14, comma 1, lett. e) siano essenziali per la tutela della concorrenza, ma che nella specie fossero “di estremo dettaglio”, omettendo al contempo di considerare “precedenti esperienze di gestione nel settore” (curioso requisito da chiedere ad imprese che entrano per la prima volta in settori già monopolisti pubblici).

⁵⁰ Sono considerati principi i seguenti:

- la proprietà pubblica delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali;

Nel contempo afferma che le regioni ben possono integrare la disciplina dettata dallo stato, allargando il divieto di partecipazione a gare (“si presenta coerente con il principio d’ordine generale, pur se derogabile, che postula la separazione tra soggetti proprietari delle reti e soggetti erogatori del servizio”) e richiedendo la partecipazione del privato almeno al 40% nelle società miste (l’integrazione è ragionevole perché risponde all’esigenza di evitare che “partecipazioni minime o addirittura simboliche si possano risolvere in una elusione delle modalità complessive di conferimento della gestione del servizio pubblico locale”). Come si nota, si trattava di integrazioni pro-concorrenziali. La seconda sentenza – censurando alcune leggi regionali che allungando la durata del periodo transitorio nel trasporto locale hanno spostato nel tempo l’applicazione delle regole di concorrenza - ha detto che “la fissazione di un termine massimo entro il quale deve concludersi la fase transitoria e quindi generalizzarsi l’affidamento mediante procedure concorsuali dei servizi di trasporto locale assume un valore determinante, perché garantisce che si possa giungere davvero in termini certi all’effettiva apertura alla concorrenza di questo particolare settore”.

Questa ultima decisione – negando che la legislazione regionale possa “modificare ragionevolmente” ma in senso anticoncorrenziale le disposizioni statali introdotte sulla base del titolo legittimante “tutela della concorrenza” – sembra adottare una linea molto rigorosa. Fino al punto di aver ritenuto irrilevante la sopravvenuta proroga dei termini operata dall’ultima legge finanziaria statale, pur di riaffermare il dovere di conformità della legislazione regionale.

Sull’individuazione dei principi contenuti nell’art. 113 TUEL non vi sono osservazioni da fare se non per un aspetto. Se presa alla lettera, la sentenza 29/2006 dichiara principio vincolante per le regioni, sia l’affidamento diretto a società mista, sia la gestione *in house*. Con la conseguenza che alla Regione sarebbe precluso eliminare in un settore di sua competenza la forma della gestione diretta o restringerla ulteriormente (come ha fatto il legislatore statale per la distribuzione a bassa pressione del gas

- la possibilità per le discipline di settore (prevalentemente regionali) di stabilire i casi in cui l’attività di gestione delle reti e degli impianti può essere separata dalla erogazione del servizio, con le relative conseguenze sulle modalità di affidamento;

- il conferimento della titolarità del servizio pubblico per la sua erogazione mediante le tre alternative di cui all’art. 113, comma 5, del Tuel;

- il divieto di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione del servizio pubblico per le società che in Italia o all’estero gestiscono a qualsiasi titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica;

- l’operatività del divieto soltanto a partire dalla fine del periodo transitorio.

naturale⁵¹). Riteniamo che non possa essere questa l'interpretazione. La Corte Costituzionale si è limitata a discernere quali tra le norme dell'art. 113 (l'unico che contiene una disciplina generale sia pur limitata ai servizi pubblici locali) hanno portata di principio; non ha avuto occasione di affrontare il tema dell'autoproduzione, sulla quale manca ancora una valutazione di rango costituzionale⁵². Si noti inoltre che laddove esiste una disciplina comunitaria di settore dettagliata (come nelle telecomunicazioni), la competenza regionale pur essendo concorrente può non avere margini di espressione per effetto di una disciplina comunitaria "invadente" ma non per questo censurabile. Se una regione pretendesse di legiferare in materia di reti di comunicazione elettronica violerebbe l'art. 117 comma 1, per aver contravvenuto la norma interposta costituita dall'art. 1, comma 1, della dir. 2001/22/Ce.

In tema di tariffe, è stata contestata dal governo la legittimità costituzionale della legge della regione Emilia Romagna (art. 47 L.R. 7/2004) che attribuisce al presidente della giunta regionale la competenza ad individuare il metodo per la determinazione della tariffa relativa al servizio idrico integrato e alla gestione dei rifiuti. Secondo il governo si tratta di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" che devono essere garantite uniformemente su tutto il territorio nazionale (competenza statale esclusiva), ovvero di governo del territorio (competenza statale concorrente). La Corte ha dichiarato inammissibile la questione per indeterminatezza dei motivi di ricorso, dunque manca sul punto una valutazione di merito.

Un accenno particolare in tema di disciplina delle gare, disciplina che ha carattere essenziale per consentire il confronto tra più imprese aspiranti e che deve quindi rientrare nella competenza esclusiva statale. Se è vero che il comma 7 dell'art. 113 TUEL è stato censurato, è vero anche che la Corte nella stessa sentenza ha affermato che "è doverosa (da parte dello stato) la tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alle gare".

Un ultimo profilo va considerato, quello fiscale. Sull'ipotizzata tassa regionale sui tubi di trasporto del gas (ma si potrebbe anche trattare di elettrodotti o altro) che si trovano nel territorio regionale non vi sono riscontri. La sentenza della Corte Costituzionale n. 335/2005 si riferisce al diverso caso di un tributo statale (il tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi, art. 3 legge 549/2005) i cui introiti sono devoluti alla regione, la quale non può quindi disciplinarlo. A parte la considerazione, se soltanto una regione a statuto speciale abbia la competenza ad

⁵¹ La normativa relativa alla distribuzione del gas naturale, che esclude l'autoproduzione, è stata esaminata dalla Corte Costituzionale soltanto dal punto di vista della legittimità della disciplina transitoria, sentenza n. 413/2002.

introdurre un tributo del genere, o tutte, o anche le regioni a statuto ordinario, dal punto di vista della tutela della concorrenza non vi è dubbio che si tratterebbe di un onere capace di modificare gli equilibri economici interni alla disciplina del servizio pubblico di distribuzione del gas. Per questa ragione ci sembra che non potrebbe trattarsi di un atto unilaterale regionale, ma soltanto di un eventuale accordo stato- regioni.

In sintesi, gli standard di tutela uniformi sono definiti dal legislatore statale. La legislazione regionale può integrare la disciplina statale in senso pro-concorrenziale, non con effetti limitativi. Ma anche in tale direzione sono individuabili dei limiti regionali, se un'accentuata tutela della concorrenza in ambito regionale finisse con il pregiudicare altri valori o interessi costituzionalmente protetti.

2.4.2. In tema di organizzazione dell'attività di regolazione

Il completamento del sistema di regolazione indipendente – preferibilmente dando vita ad alcune, poche Autorità di regolazione, ciascuna competente per più settori⁵³ – richiede di affrontare la questione delle competenze regionali⁵⁴.

Se la regolazione pro-concorrenziale è competenza statale, tuttavia la sua incidenza in numerosi settori di competenza regionale, concorrente o residuale, e la stessa possibilità regionale di legislazione integrativa (Corte Cost. sent. n. 29/2006) conducono a ritenere preferibile il coinvolgimento regionale nella nomina dei commissari, per esempio consentendo alle regioni di esprimere un proprio componente in sede di Conferenza dei Presidenti. Resta da risolvere il problema delle procedure di selezione, già complesso per le designazioni statali, ed ancora più difficile da sottoporre a controllo diffuso nel caso di designazione collettiva da parte di tutte le regioni.

Se dunque in generale non si ritiene coerente con la necessaria uniformità delle decisioni un'articolazione regionale delle Autorità di regolazione, vi è un caso in cui tale articolazione già esiste: i CoReCom, organi decentrati dell'Autorità nazionale di garanzia per le comunicazioni, cui possono essere delegate funzioni, ma dipendenti dalle regioni sotto il profilo organizzativo e in larga misura finanziario. Fino al 2004 nessuna funzione dell'Autorità era stata delegata ma, a seguito dell'attivazione di un tavolo fra CoReCom, Conferenza Presidenti Regioni, Consigli Regionali, si è pervenuti

⁵³ Si veda il capitolo su “Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione”.

⁵⁴ Le regioni hanno fatto qualche passo verso la creazione di proprie strutture operative (agenzie) regionali e locali, separate dall'organizzazione burocratica regionale, ma che nulla hanno in comune con la figura dell'autorità indipendente (v. art. 18 L.R. Emilia Romagna n. 30/1998 e succ. mod., in materia di servizi di trasporto).

ad un accordo quadro che consente all'Autorità, se sussistono determinati requisiti di funzionalità, di delegare funzioni attraverso convenzioni attuative⁵⁵.

Il nuovo TU delle Comunicazioni non pone teoricamente limiti alla possibilità di svolgimento di funzioni in materia di comunicazione da parte dei CoReCom. Con la recente riforma costituzionale non è però più chiara la titolarità delle funzioni dell'Autorità finora gestite come delegate: se considerate di competenza statale, responsabilità e finanza rimarranno in capo al soggetto delegante, se giudicate invece di competenza esclusiva regionale, sarà la regione a dover finanziare interamente la spesa.

I Corecom pongono oggi problemi di adeguamento sotto i profili dell'indipendenza e della funzionalità.

Sul primo aspetto, le soluzioni adottate dalle regioni sono oggi le più varie, e si avverte la mancanza di un disegno chiaro che trasformi tali organi in garanti regionali indipendenti, ad esempio ricorrendo a personale dipendente dal Consiglio regionale e non dalla giunta e stabilendo che una parte consistente dei membri sia nominata dall'opposizione, escluso lo *spoil system*.

Sul secondo aspetto, la funzionalità è rilevante perché l'AGCOM deve utilizzare i Corecom per verificare il rispetto degli obblighi sul pluralismo (*par condicio*), sull'affollamento pubblicitario, per la conciliazione delle controversie fra utenti e operatori TLC, per la tutela dei minori. Si tratta di funzioni che sono svolte localmente o non sono svolte affatto. Occorre tener conto che alcune delle funzioni attualmente delegate sono "leggere" (vigilanza in materia di diritto di rettifica e di sondaggi), altre dal punto di vista organizzativo e finanziario sono particolarmente gravose (gestione del Registro degli Operatori di Comunicazione, monitoraggio delle trasmissioni televisive, per comunicazione politica e vigilanza sui minori).

2.4.3. In tema di interventi di infrastrutturazione connessi all'erogazione di pubblici servizi

Si può assumere come caso tipico quello che riguarda le infrastrutture nei settori dell'energia, in cui vi è una legislazione nazionale che dal 1998 al 2004 è intervenuta almeno otto volte. A ciò si aggiunge la sentenza della Corte n. 383 del 2005, che pur facendo salvo l'intervento in sede amministrativa dello stato⁵⁶, ha pronunciato

⁵⁵ Ad oggi sono stati istituiti 18 CoReCom che occupano complessivamente 470 dipendenti, ma l'Autorità ha stipulato convenzioni di delega solo con 13 regioni (Campania e Sicilia non hanno ricevuto deleghe). Ha carattere evidentemente politico la scelta se sviluppare compiti o accrescere l'efficienza dei CoReCom, che sono in grado di esercitare un controllo sulle TV locali, che avviene altrimenti attraverso il potere di mercato su impianti trasmissivi, frequenze e pubblicità.

⁵⁶ Con gli stessi argomenti utilizzati nella fondamentale sentenza n. 303/2003.

l'incostituzionalità di molte delle principali competenze statali come disciplinate dalla legge Marzano (L. n. 239/2004).

Dal punto di vista dell'adozione delle decisioni fondamentali, attraverso indirizzi, criteri, atti di programmazione e decisioni puntuali, può dirsi che lo stato abbia competenze consistenti. La previsione costituzionale che assegna alle regioni la competenza concorrente in materia di produzione, trasporto e distribuzione *nazionale* di energia non è stata interpretata nel senso di sottrarre allo stato la possibilità di esercitare funzioni amministrative fondamentali⁵⁷, ma nel senso che – per non vanificare le competenze regionali – occorre una preventiva “intesa in senso forte” tra lo stato e le regioni. Un'intesa che consista in un atto (in sede di Conferenza Unificata) a struttura necessariamente bilaterale non superabile con decisione unilaterale di una delle parti⁵⁸. Soltanto con una modifica dell'elenco delle competenze regionali concorrenti (117, comma 3) si possono modificare queste modalità di adozione delle scelte fondamentali di governo⁵⁹.

Di conseguenza: l'identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale con riferimento all'articolazione territoriale delle reti infrastrutturali energetiche di interesse nazionale; la programmazione delle grandi reti energetiche dichiarate di interesse nazionale; l'individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti strategici; gli indirizzi di sviluppo della rete di trasmissione nazionale; la definizione dei criteri generali per le nuove concessioni di distribuzione dell'energia elettrica e per l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti di generazione di energia elettrica di potenza superiore ai 300 MW termici; le

⁵⁷ Nel linguaggio della Corte Costituzionale, dalla sentenza n. 303/2003 in poi, si parla di “chiamata in sussidiarietà da parte dello stato”, di funzioni amministrative altrimenti regionali, sulla base di esigenze di carattere unitario ex art. 118, comma primo, cost. La legittimità della “chiamata” porta con sé la legittimità della disciplina legislativa statale delle funzioni da svolgersi a livello centrale. La Corte, da ultimo con la sentenza 383/2005, ha sostanzialmente avvallato la legislazione nazionale, da ultimo la legge Marzano, considerando ragionevole l'esistenza di esigenze unitarie a livello nazionale. Se ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerosi commi dell'art. 1 di quella legge, in considerazione della competenza regionale in materia di produzione, trasporto e distribuzione *nazionale* di energia, è soltanto perché non si prevede un'intesa forte con le regioni in sede di Conferenza Unificata.

⁵⁸ In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.1, comma 26, della legge n. 239 del 2004, nella parte in cui introduce il comma 4-*bis* nell'art. 1-*sexies*, del decreto-legge n. 239 del 2003, convertito, con modificazioni, nella legge n. 290 del 2003, che sanciva il potere sostitutivo dello stato ai sensi dell'art. 120 della Costituzione in caso di mancanza di intesa con la regione interessata nel termine prescritto per il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione ed esercizio degli elettrodotti; invece, in caso di inerzia o mancata definizione dell'intesa fra regioni, ritiene legittimo il potere sostitutivo dello stato. La Corte ammette (sent. 383, punto 30) che si possono determinare situazioni di stallo e autorizza il legislatore a introdurre “procedure parzialmente innovative volte a favorire l'adozione dell'atto finale”, ma nel rispetto della posizione paritaria delle parti coinvolte. Nei casi limite, può essere sollevato avanti la stessa Corte il conflitto di attribuzioni.

⁵⁹ Nella revisione costituzionale approvata il 20 ottobre 2005, la formulazione della competenza regionale in materia di energia è stata modificata con la soppressione dell'aggettivo “nazionale”.

determinazioni inerenti lo stoccaggio di gas naturale in giacimento; gli indirizzi per lo sviluppo delle reti nazionali di trasporto di energia elettrica e di gas naturale; sono tutte attività che per essere svolte dallo stato richiedono la preventiva “intesa” con le regioni. Altre competenze statali (costruzione e gestione impianti sopra i 300 MW, rigassificatori) già prevedono l’intesa regionale.

Tutto quanto non è di competenza statale in forza delle esigenze unitarie nazionali è di competenza legislativa e amministrativa regionale. Spetta alle regioni disciplinare ed eventualmente distribuire con proprie leggi le funzioni non statali, ferme soltanto quelle fondamentali di comuni e province (art. 117, comma 2, lett. *p*), al momento non ancora individuate dal legislatore delegato. Con la conseguenza di una possibile disciplina differenziata da regione a regione. Potrebbe quindi essere rivista anche la decisione, assunta dal legislatore statale fin dal 1998, di attribuire direttamente alle province il rilascio delle autorizzazioni per gli impianti inferiori ai 300 MW termici⁶⁰. Mentre il “peso” dei comuni non deriva tanto dalle loro competenze specifiche in materia di energie rinnovabili, quanto dal ruolo politico che svolgono con il controllo del loro territorio.

A parte i danni derivanti dai continui interventi legislativi, dunque, i problemi che si presentano non sembrano derivare tanto dalla distribuzione delle competenze quanto dai procedimenti. Su quest’ultimo aspetto si sono succedute le recenti discipline statali – il che non ha giovato alla chiarezza - nell’intento di “blindare” le procedure. Si è introdotta l’autorizzazione unica (uso di siti industriali per rigassificatori, legge 340/2000), con superamento della VIA eventualmente negativa in Consiglio dei ministri; si è introdotta la dichiarazione per legge della pubblica utilità, con l’autorizzazione unica ministeriale, previa intesa con la regione e parere degli enti locali, che costituisce titolo a costruire, e obbligo di rilascio della VIA entro un termine (gli impianti sopra 300 MW e opere connesse, D.L. 7/2002); sul problema dei termini e sulla VIA si è ritornati con il D.L. n. 25/2003; con il D.L. 293/2003 ci si è specificamente dedicati alla semplificazione delle procedure per la realizzazione delle reti nazionali di trasporto dell’energia e per gli impianti superiori a 300 MW termici, imponendo un termine unico di sei mesi per il rilascio dell’autorizzazione (se la VIA non è richiesta, quattro mesi), con il vincolo per le regioni di disciplinare i propri procedimenti in conformità.

⁶⁰ Su questa materia le regioni hanno legiferato, prevedendo tra l’altro di usare poteri sostitutivi nei confronti di enti locali inerti.

Scontata l'esigenza di riordino e chiarimento della legislazione⁶¹, difficile affermare che si potesse "semplificare" di più. Se tuttavia le opere non procedono significa che "forzare" oltre misura i meccanismi istituzionali non produce i risultati attesi. E che il problema sta sì nel disporre di procedimenti che consentano di giungere in ogni caso ad una decisione, ma anche e soprattutto – quando si tratta delle opere prioritarie di rilevanza nazionale⁶² - nella capacità di costruire il consenso intorno alla soluzione che viene proposta⁶³.

Due sembrano gli aspetti da affrontare: l'individuazione di un ambito territoriale adeguato alla crescente complessità tecnico economica dei servizi, quando non si tratta di interventi su scala nazionale; l'individuazione di modalità di governo del territorio che facciano leva non sul comando ma sulla leale cooperazione tra i diversi livelli del territorio, resa indispensabile dalla frantumazione dell'assetto istituzionale esistente e dal potenziamento dell'autonomia ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001. La strumentazione prevista dalla legge 662/96 (articolo 1, commi 203 e seguenti) e dalla delibera CIPE del 27 marzo 1997, opportunamente rivisitata, può rappresentare la soluzione del problema⁶⁴.

2.4.4. In tema di incentivi

⁶¹ La natura degli elaborati tecnici costituenti il "piano tecnico delle opere" è ancora questione controversa. Si tratta di un passaggio di rilievo perché il processo autorizzativo produca gli effetti sperati. La definizione delle modalità di presentazione del progetto di cui sopra è particolarmente importante perché ad esso è associata la valutazione di impatto ambientale (VIA).

⁶² Per quelle di rilevanza regionale non si può che rimettersi alle capacità delle singole regioni.

⁶³ La costruzione del consenso richiede di essere affrontata con tecniche che conducano tutti gli interlocutori ad usare argomentazioni di carattere universale. Sull'utilizzazione dell'analisi multicriteri si veda Bobbio (2004).

⁶⁴ Al centro di tale strumentazione sta l'intesa istituzionale di programma, strumento pensato per governare l'impatto su un territorio di investimenti complessi attraverso "accordi di programma quadro" settoriali che individuassero la tipologia degli interventi, l'area di riferimento, le procedure necessarie per la gestione, le risorse e le fonti di finanziamento. Nel corso della concreta attuazione le intese hanno mostrato potenzialità più generali di governo della complessità (sono state utilizzate per delineare innovativi programmi di sperimentazione scolastica e per esaminare problematiche di riforma fiscale) e possono costituire la base di riferimento di procedure condivise per la gestione di servizi complessi. Strumenti di attuazione dell'intesa sono, tra gli altri, i patti territoriali che consentono di valorizzare le vocazioni di fondo di un territorio, legate alla sua storia ed alla sua cultura e non solo agli insediamenti produttivi, e le capacità delle amministrazioni di farsi carico di un disegno di modernizzazione delle strutture e dei servizi amministrativi, delle infrastrutture, dei servizi locali. Si tratta di riorganizzare un simile tessuto che è, allo stato, casuale e di spingerlo ad aggregazioni secondo una logica di multipli e sottomultipli.

La previsione di incentivi, con appositi fondi o con altre modalità, è uno strumento di politica economica tradizionalmente utilizzato. Sotto il profilo della competenza si è posto l'interrogativo se lo stato possa ancora avvalersene. Si può iniziare a rispondere osservando che se l'incentivo è disposto in funzione di una disciplina pro-concorrenziale, e vi è *proporzionalità* ed *adeguatezza* rispetto alla tutela della concorrenza, la competenza statale non può essere messa in discussione. In ogni caso soccorre la sentenza della Corte Costituzionale n. 14/2004 (e le molte altre successive) in cui la Corte si è chiesta (si trattava della legge n. 350/2003) "se lo stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul mercato, o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere ed assecondare l'attività delle autonomie. Vera questa seconda ipotesi, lo stato dovrebbe limitarsi ad erogare fondi o disporre interventi speciali in favore di regioni, province, città metropolitane e comuni, i quali sarebbero quindi da considerare come gli effettivi titolari di una delle leve più importanti della politica economica". Ed ha risposto positivamente, affermando che dal complesso delle disposizioni della lett. e) dell'art. 117 si ricava che è una "ineludibile responsabilità dello stato" l'utilizzazione di strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero paese. Il riferimento alla tutela della concorrenza qui sfuma nell'affermazione che "dal complessivo disegno di riparto delle competenze di cui al Titolo V della Costituzione ed in particolare dagli strumenti statali di intervento esclusivi elencati nell'art. 117 Cost, comma 2, lett. e), emerge l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero paese". Mentre spettano alle regioni "gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale". Dovrebbe trattarsi quindi di interventi che, per rientrare nella competenza statale, mirano allo sviluppo economico nazionale.

2.5 *Sui rapporti tra intervento statale e autonomia locale*

Poiché le decisioni in materia di organizzazione di gran parte dei servizi di carattere locale (fornitura dell'acqua, ritiro dei rifiuti, trasporto pubblico locale) hanno un impatto immediato su tutti i cittadini, si comprende la sensibilità di comuni e province su questi temi. Ora l'ente locale nel compiere la sua scelta, specie quella di autoprodurre il servizio, tra le modalità di gestione previste dall'art. 113, comma 5, del

TUEL, deve motivare in rapporto alla tutela della concorrenza⁶⁵, ma il legislatore può escludere la possibilità di autoproduzione sulla base delle caratteristiche tecniche ed economiche di un settore (ad esempio, la distribuzione del gas, ma anche i rifiuti e il trasporto), in cui vi sono operatori economici in grado di svolgere adeguatamente l'attività industriale, e per il numero e la consistenza delle imprese è ragionevole pensare che la competizione produrrà vantaggi tecnici, economici e quindi sociali. In sintesi, la valutazione, se sussistano le condizioni per l'apertura del mercato e quindi il mercato debba essere aperto, spetta in generale all'ente locale, ma può essere compiuta dal legislatore per interi settori. E' la possibilità di individuare i bisogni della propria popolazione e di provvedere al loro soddisfacimento determinandone i livelli quantitativi e qualitativi e la sostenibilità finanziaria che non può essere sottratta a comuni e province, politicamente responsabili di fronte alle loro popolazioni. Le modalità da osservare nell'erogazione dei servizi ha a che fare con un diverso ordine di temi, l'imparzialità, la proporzione, la parità di trattamento, che proteggono altri tipi di interessi o valori, anche (ma non solo) la tutela e la promozione della concorrenza. Interessi di cui l'ente locale non dispone, nel senso che devono essere assicurati uniformemente in tutto il paese.

3. Sintesi e conclusione

I segnali che giungono dall'Unione Europea sono in definitiva contraddittori. Rallentamenti e compromessi caratterizzano la normativa comunitaria successiva al 2000. Ora più che mai Parlamento e Consiglio europeo stanno vivendo una battuta d'arresto di cui la migliore dimostrazione è il progettato nuovo regolamento in materia di trasporti, che rinuncia ad imporre regole sulle modalità di gestione e sulla scelta del gestore, in definitiva sulla concorrenza. Più rigorosa, la Corte di Giustizia, tra il disaccordo degli avvocati generali e il malcontento dei legali, ha stretto i freni delle gestioni *in house*. Sul piano dell'intervento normativo è prevedibile che non vi saranno ulteriori sviluppi. Se si procederà a formulare in sede europea una disciplina generale in tema di servizi pubblici economici, come ora sembra si voglia fare, è possibile che si tratti più di uno strumento di difesa dalla, che non di promozione della, concorrenza.

La guida nelle decisioni del legislatore italiano deve essere costituita dall'analisi dei vantaggi che possono derivare dal miglioramento della diffusione, della qualità e del

⁶⁵ Rinviamo al saggio di Adriana Vigneri nella seconda parte di questo stesso volume.

prezzo dei servizi, oltre che dalla crescita delle imprese italiane. Il punto di vista interno deve cambiare: senza rinunciare a svolgere un'attività di pressione in sede comunitaria perché il processo liberalizzatore riprenda, si tratta di adottare quelle soluzioni istituzionali e quelle modalità di gestione che giovino anzitutto agli utenti e consumatori, che favoriscano la crescita delle imprese e che rendano il sistema più competitivo. Insieme, si tratta di tutelare le nostre imprese dagli ostacoli alla penetrazione nei mercati degli altri stati membri. Più competizione ma anche più protezione.

Il principio della concorrenza non riguarda soltanto la tutela della concorrenza che già esiste e che va salvaguardata e regolata, ma anche la sua promozione. Questo è vero a livello comunitario e quindi per il diritto interno, ma deriva anche autonomamente dall'attuale testo costituzionale. Spetta ora a noi dare attuazione ai principi del Trattato: laddove possibile, le attività dovrebbero essere liberamente esercitabili in regime di concorrenza "nel" mercato. E' ammesso il conferimento di diritti speciali o esclusivi secondo meccanismi di concorrenza "per" il mercato per assicurare gli obiettivi di coesione sociale e territoriale; le filiere unitarie vanno scomposte e liberalizzate le attività che si prestano ad esserlo; i monopoli (e quindi la concorrenza "per" il mercato) dovrebbero ridursi alla sola gestione delle infrastrutture non duplicabili (con conseguente separazione tra esercizio concorrenziale dei servizi e gestione unitaria delle reti). Misure regolamentari specifiche vanno introdotte per il caso in cui l'impresa (pubblica) sia ancora integrata, con lo scopo di impedire che si traggano vantaggi nell'erogazione dei servizi dal carattere di gestori monopolisti dell'infrastruttura; così come regole di accesso e interconnettività alle reti. La scelta dell'impresa deve essere effettuata, in primo luogo "nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività".

Il metodo di intervento legislativo deve assicurare la gradualità. E' un metodo che è stato sempre applicato a livello comunitario, e che è reso necessario dal fatto che l'incidenza della normativa riguarda organizzazioni imprenditoriali e rapporti di lavoro che non possono adattarsi repentinamente a differenti regimi giuridici.

In questa direzione non costituiscono un ostacolo le direttive comunitarie, che non impediscono di introdurre all'occorrenza una liberalizzazione più accentuata (più estesa, più rapida) di quella posta in atto dalla Comunità. Anche quando la Comunità utilizza la forma del regolamento e non della direttiva, è la tutela minima che è cogente.

L'esame dell'ordinamento interno italiano, ordinato in più livelli aventi rilevanza costituzionale, ha evidenziato che lo Stato ha gli strumenti necessari e sufficienti, sia a tutelare e promuovere la concorrenza, sia a definire e tutelare i livelli

essenziali delle prestazioni, posto che anche i servizi di rilevanza economica danno luogo a diritti civili e sociali. Le regioni possono integrare la disciplina statale in senso pro-concorrenziale, non con effetti limitativi o dilatori. Gli enti locali debbono avere gli strumenti di governo (indirizzo e controllo delle gestioni, qualità, diffusione e sostenibilità economica) che corrispondono alla loro responsabilità politica nei confronti delle popolazioni.

Accanto all'attività di regolazione si collocano una serie di attività complementari o strumentali, ma strettamente collegate, prima fra tutte la realizzazione delle infrastrutture. Il loro impatto sul governo del territorio rende necessaria in molti casi l'intesa stato-regione, e più ampiamente l'individuazione di modalità di governo che facciano leva non sul comando ma sulla leale cooperazione tra i diversi livelli del territorio, resa indispensabile dalla frantumazione dell'assetto istituzionale esistente e dal potenziamento dell'autonomia ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001.