

Diritto e processo amministrativo

Pons Italiane s.p.a. - Spedizione in A.P. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli

Edizioni Scientifiche Italiane

Diritto e processo amministrativo

Rivista trimestrale

Anno VIII – n. 4/2014

MARIA VACCARELLA

ASPETTI DELLA REGOLAZIONE DEL SERVIZIO FERROVIARIO NAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dal servizio pubblico al servizio di pubblica utilità. – 3. Proprietà e gestione dei beni ferroviari. – 4. La «materia» ferroviaria: legislazione esclusiva o concorrente? – 5. L'Autority per il trasporto ferroviario.

1. – Risulta sempre più evidente, nell'ambito della complessa materia dei servizi pubblici e in particolare dei servizi di pubblica utilità, destinatari di un numero massiccio di norme e disposizioni nazionali e comunitarie, che essi sono influenzati da una serie di fattori: politici, sociali, economici, ambientali che incidono in misura determinante sulla loro evoluzione.

Essi sono al crocevia di un lento ma continuo processo di riforma volta a realizzare, in modo sempre più compiuto, la loro privatizzazione e liberalizzazione per raggiungere obiettivi politico-amministrativi richiesti dall'adesione dell'Italia ai trattati europei.

Certamente risentono delle forti e contrastanti spinte economiche ma anche delle imprescindibili esigenze di sostenibilità ambientale e sociale oltre che delle esigenze di sicurezza, di efficienza e accessibilità da parte degli utenti.

Ancor oggi sembra che i privilegi di Trenitalia (ex gestore¹ mo-

¹ D.lg. 8.7.2003 n. 118 – *Attuazione della direttiva 2001/12/CE, della direttiva 2001/13/CE e della direttiva 2001/14/CE in materia ferroviaria*, – Gestore dell'infrastruttura – Art. 11 – *Principi*: comma 1: *Il gestore dell'infrastruttura ferroviaria è soggetto autonomo ed indipendente, sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, dalle imprese operanti nel settore dei trasporti.* comma 2: *Il gestore dell'infrastruttura ferroviaria è responsabile del controllo della circolazione in sicurezza dei convogli, della manutenzione e del rinnovo dell'infrastruttura ferroviaria, sul piano*

nopolista appartenente al gruppo Ferrovie dello Stato), che effettua il servizio di trasporto su ferro, siano dovuti alla sua contiguità

tecnico, commerciale e finanziario, assicurandone l'accessibilità, la funzionalità nonché le informazioni; deve altresì assicurare la manutenzione e la pulizia degli spazi pubblici delle stazioni passeggeri. comma 3: *Il gestore dell'infrastruttura ferroviaria è tenuto al rispetto della riservatezza delle informazioni commerciali in suo possesso.* comma 4: *Al gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, per la rete di propria attribuzione, sono affidati in via esclusiva i compiti e le funzioni relativi al calcolo e riscossione dei canoni e l'assegnazione di capacità sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 17 e 27.* comma 5: *Per quanto riguarda i gestori di infrastrutture ferroviarie regionali e locali, rientranti nel campo di applicazione del presente decreto, ove l'attività di gestione dell'infrastruttura ferroviaria sia svolta da un soggetto che sia titolare anche di un'impresa ferroviaria, le attività ed i compiti di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 devono essere espletati senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, attraverso una struttura aziendale autonoma e distinta, sotto il profilo patrimoniale e contabile, dalle altre strutture destinate allo svolgimento delle attività espletate in qualità di impresa ferroviaria. I criteri per la separazione contabile sono stabiliti dal regolamento (CEE) n. 1108/70.*

Il modello adottato dall'Italia è uguale a quello adottato in Germania, Austria, Belgio, Polonia e Grecia in cui il gestore dell'infrastruttura e il principale operatore ferroviario rappresentano due divisioni distinte di un unico gruppo societario. Il settore ferroviario è al centro delle politiche europee di mobilità sostenibile, che ne cercano il rilancio anche attraverso lo sviluppo di una rete connessa di linee ad alta velocità - alta capacità (a.v./a.c.) che metta in collegamento i diversi paesi dell'Unione Europea - U.E. e quindi la costruzione di corridoi multimodali di trasporto tra i vari Stati in modo da assicurare la libera circolazione di merci e persone all'interno della Comunità europea. Lo sviluppo dell'AV in Europa è decollato a seguito della crisi petrolifera del 1974 quando si impose la necessità di sviluppare un sistema di trasporto veloce e che non utilizzasse combustibili fossili. Purtroppo l'Italia è penalizzata dal limitato sviluppo del proprio sistema di intermodalità e dai limiti del sistema di interconnessione con gli altri sistemi di trasporto.

Il principale gestore della rete ferroviaria italiana, R.F.I. s.p.a., gestisce circa 16.700 km di rete statale; i rimanenti chilometri di rete di proprietà regionale sono gestiti da Ferrovie Nord s.p.a. (un'azienda appartenente al gruppo F.N.M. s.p.a. che rappresenta la più importante compagnia ferroviaria del Paese dopo il gruppo Ferrovie dello Stato) nei 17.000 chilometri di rete ferroviaria rilevati dalle statistiche europee non sono conteggiati i km di rete ferroviaria di proprietà delle Regioni gestite da imprese ferroviarie minori. Secondo il conto nazionale delle infrastrutture dei trasporti, l'estensione della rete regionale, esclusi i 300 km gestiti da Ferrovie Nord, ammonta a circa 3600 km, pertanto se si considerano i km di rete nazionale e tutti i km di rete ferroviaria regionale l'infrastruttura ferroviaria italiana ammonta a circa 20.600 km.

all'altra società italiana R.F.I., proprietaria e gestore delle infrastrutture e che ciò sia una delle cause principali della non completa attuazione della liberalizzazione del servizio di trasporto ferroviario.

Ma risulta anche evidente che situazioni intrinseche specifiche di ogni singolo Stato hanno comportato che la (formale) attuazione delle regole comunitarie sia avvenuta in maniera diversa per ciascuno di essi.

Ragioni storiche, organizzative, sociali, orografiche, logistiche, ragioni legate a consolidati usi e impieghi risalenti nel tempo ma soprattutto ragioni economiche, che non hanno consentito investimenti consistenti in moltissime parti del Paese, non hanno indubbiamente favorito una liberalizzazione incisiva del settore e quindi, in effetti, non è stata ancora attuata una piena contendibilità del servizio di trasporto su ferro; il servizio nazionale² in particolare risente anche in una certa qual misura delle difficoltà in cui si trova il servizio di trasporto regionale che, nonostante gli investimenti recenti nel materiale rotabile, ha finora incontrato difficoltà per quanto riguarda l'aspetto gestionale; esso presenta infatti ancora una mancanza di competitività tra compagnie pubbliche e private dal momento che fino ad oggi l'espletamento del servizio è stato assegnato prevalentemente attraverso

Le linee che compongono la rete R.F.I. sono classificate in linee fondamentali che comprendono le direttrici internazionali e gli assi di collegamento tra le principali città italiane. La rete fondamentale è divisa in 78 tratte commerciali. Le linee complementari con minore densità di traffico che sono la maglia di collegamento nell'ambito dei bacini regionali connettendo tra loro le direttrici principali. Essa a sua volta è costituita da rete secondaria, rete a scarso traffico, linee a spola. Linee di nodo che si sviluppano all'interno di grandi zone di scambio e collegamento tra linee fondamentali e complementari situate nell'ambito di aree metropolitane. Le linee di nodo riguardano le aree metropolitane di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Napoli.

² I servizi ferroviari non commerciali, c.d. a servizio universale (espressi notte e treni IC), sono affidati a Trenitalia tramite un contratto di servizio tra l'impresa e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. In prospettiva anche questi servizi potrebbero essere oggetto di gare a evidenza pubblica, per lotti o tratta per tratta, così da dare l'opportunità di partecipare alla fornitura del servizio anche ad operatori diversi da Trenitalia.

l'affidamento diretto³ e quindi tramite contratti di servizio regionale al vettore monopolista pubblico⁴.

³ Per quanto riguarda il trasporto ferroviario regionale nel 2000 sono stati conferiti alle Regioni e agli Enti Locali le funzioni di programmazione e di amministrazione per i servizi di interesse regionale e locale. Per quanto riguarda le modalità di affidamento, con l'integrazione apportate dal d.lg. 422/97 e dal d.lg. 400/99 era stato previsto per il trasporto ferroviario regionale l'obbligo delle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi, fatta salva comunque la possibilità di ricorrere ancora all'affidamento diretto durante il periodo transitorio. La logica di questo intervento legislativo era stata quella di aumentare la concorrenza per il mercato. L'apertura verso il mercato aveva tuttavia come conseguenza determinato un numero esiguo di gare, quattro, di cui una annullata. Il legislatore nazionale, con la legge 99 del 23.7.2009 (art. 61) era intervenuto abrogando l'obbligo di gara per i servizi regionali. Con il d.lg. n. 1 del 24.1.2012 tuttavia (art. 25) è stato nuovamente re-inserito l'obbligo per le Regioni di mettere a gara il servizio di trasporto regionale al termine della scadenza dei contratti vigenti, impedendo con ciò alle Regioni di poter rinnovare i contratti per ulteriori sei anni. Il quadro normativo è mutato nuovamente a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2012 n. 199 che ha abrogato l'obbligo di assegnazione tramite gara per i servizi di pubblica utilità dando la possibilità a Trenitalia di rinnovare/rinegoziare i contratti di servizio posti in essere. Tra gli aspetti cruciali per l'affidamento del servizio tramite gara c'è il problema del reperimento del materiale rotabile, la cui proprietà è di fatto prevalentemente in capo a Trenitalia, e la definizione della dimensione del bacino da mettere a gara i cui effetti sul grado di competizione nella procedura di gara sono rilevanti. Per cui si auspicano interventi regolatori ad hoc per favorire il ricorso alle gare ad evidenza pubblica.

⁴ Sono note le inefficienze concernenti la rete dei trasporti soprattutto la mancanza di un buon funzionamento e coordinamento nell'ambito dei collegamenti tra trasporto locale e nazionale. È stato evidenziato infatti che *il dato normativo di matrice comunitaria ha anzitutto evidenziato la sussistenza di politiche concernenti le reti infrastrutturali europee, la cui implementazione – ancora sul piano normativo – su scala nazionale, avrebbe richiesto, a sua volta, l'esistenza e l'efficiente funzionamento di una rete tra i diversi livelli di governo... Le reti, in definitiva, non solo quali ipotetici luoghi figurati di decisione e di scambio, ma quali strumenti per la piena realizzazione delle relazioni tra i vari livelli di governo* (F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005, 2 e ss.).

Risulta che sono più di 30 le imprese dotate di licenza e certificato di sicurezza che si contendono il mercato passeggeri nel segmento del trasporto pubblico locale anche se c'è stata fino al 2012 una determinante contrazione degli spazi competitivi determinati in questo settore dalla legislazione nazionale. M. TEBALDI, *La riforma del trasporto ferroviario in Italia: modello originario, processo di istituzionalizzazione e profili evolutivi*, in M. TEBALDI (a cura di), *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, Bologna, 89.

Sembrerebbe che la posizione monopolistica del gruppo F.S. all'interno del servizio di trasporto risponda alla necessità prioritaria di mantenere una linea di programmazione unitaria di sviluppo e di innovazione, quindi un forte potere decisionale che porterebbe ad escludere la possibilità di strategie di breve periodo (con possibile riduzione dei costi), frantumazioni societarie e spezzettamento di attività che potrebbero precludere a un miglioramento del settore⁵.

In effetti nel sistema economico attuale che continua ad essere connotato sotto alcuni aspetti da una forte criticità, il ruolo dello Stato si è andato rafforzando quasi come fattore stabilizzante, il che non vuol dire che con ciò si finisca per contrastare la logica concorrenziale, la liberalizzazione totale dei mercati, ma semplicemente che in determinati settori, come quello ferroviario, in cui sono molto alti i costi fissi (innovazione tecnologica) il ruolo dello Stato appare ai più come il motore di sviluppo e di stabilità del mercato e dunque modello di efficienza gestionale.

È stato anche osservato che l'attività dello Stato imprenditore affianca quella degli altri operatori economici ma sempre è allo Stato a cui si fa riferimento allorché si tratta di regolare il libero gioco del mercato.

Proprio in riferimento a quest'ultimo resta il problema che riguarda l'indipendenza decisionale e di gestione della società che gestisce l'infrastruttura: il gestore deve ottimizzare sicuramente l'utilizzo della propria infrastruttura ma ciò è impedito dal fatto che i sistemi di imposizione del diritto del suo utilizzo non consentono di raggiungere tale obiettivo in quanto esso deve calcolare l'importo del diritto in ciascun caso concreto applicando una formula fissata in precedenza mediante un Decreto Ministeriale; esso pertanto mancherebbe di autonomia e indipendenza e quindi di ampio potere decisionale al riguardo.

Ma riguardo al libero gioco del mercato appare problematico anche il fatto che beni strumentali all'esplicazione di un servizio di pubblica utilità, volto a realizzare interessi fondamentali della collettività, restino pubblici⁶.

⁵ Così M. TEBALDI, *op. cit.*, 86.

⁶ In riferimento a tale problema si è ritenuto che *nel trasporto ferroviario la ri-*

La proprietà pubblica di alcuni beni è considerata vitale in determinati settori e certamente può influenzarne la funzione avendo pre-

strutturazione legata al fenomeno delle c.d. privatizzazioni è stata poco più che formale: la presenza pubblica è ancora totalitaria e la regolazione dipende direttamente da organi governativi, tanto che la dottrina vi allude come regolazione amministrata dalla politica. Ci si domanda allora... quanto la regolazione possa essere efficace in presenza di una proprietà pubblica così forte. Nel settore ferroviario la regolazione è di fatto gestita direttamente da organi ministeriali: i trasferimenti pubblici restano a circa il 45% dei ricavi del Gruppo F.S., cifra cui occorrerebbe sommare i ricavi dell'alta velocità, attraverso leggi finanziarie, variate di anno in anno. Quanto forse è peggio è che la determinazione dei prezzi dei servizi non soggiace a regole predeterminate o in alcun modo chiare. Anzi, in un settore stretto tra norme nazionali ritagliate su un mondo assai diverso da quello di oggi e direttive europee pensate per un mondo che ancora non è stato costruito, non è neppure chiaro quale sia l'area nella quale Trenitalia possa liberamente decidere i propri prezzi, e quella dove i prezzi possano essere determinati da un qualche organismo pubblico. F.S., concessionario formalmente privato, resta così esposto al rischio regolatorio insito in un intervento pubblico altamente politicizzato: le sue risorse dipendono dalle decisioni del Parlamento e l'incapacità di impegni di spesa pluriennali si riflette sull'incapacità di impegnarsi con piani pluriennali sui servizi (M. DEL SIGNORE, L'attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di Giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia, AIC (Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti) agosto 2013.

Per quanto riguarda il problema della pubblicità della rete e dei beni funzionali all'espletamento del servizio di pubblica utilità c'è da dire che in giurisprudenza si è focalizzata l'attenzione sul fatto che il solo aspetto della demanialità (ma questo potrebbe valere, deve ritenersi, anche per i beni del patrimonio indisponibile) non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblica o privata, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo, risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominante della tipologia del bene cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il completo svolgimento della umana personalità. E ancora, la demanialità esprime una duplice appartenenza alla collettività e al suo ente esponenziale dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione. La demanialità presenta dunque un aspetto, almeno così appare dalla pronuncia giurisprudenziale, finalistico-funzionale. I beni pubblici non sono solo oggetto di diritto reale spettante allo Stato ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali. Detta natura di tali beni ha la sua origine costituita nella legge, quale ordinamento composto da una pluralità di fonti (in particolar modo

sente che questi ultimi sono vincolati agli obblighi e alle regole europee⁷.

Sembra tuttavia che continui a prevalere, per quanto riguarda determinati beni, l'idea che sia necessaria soprattutto la loro valorizzazione in quanto beni comuni dello Stato (comunità)⁸ a disposizione di attività di rilievo pubblico, utilizzati in funzione e in una prospettiva collettivistica con la sempre più forte partecipazione dei privati attraverso la libera concorrenza.

D'altra parte se si guarda alla legge 210/1985 (art. 15) istitutiva dell'Ente Ferrovie dello Stato risulta chiaro che l'attenzione non è rivolta al problema della titolarità dei beni attribuiti all'Ente ma alla loro regolazione, all'incentivazione e crescita del pubblico servizio, avendo presente che l'iniziativa pubblica si affianca a quella privata ma deve sottostare alle stesse regole di quella privata, e che, pure a fronte del contenimento della spesa pubblica così come imposto dai vincoli fissati dal Trattato di Maastricht ed a fronte dei principi volti a orientare in misura sempre maggiore l'apertura dei servizi pubblici alla concorrenza, ci sono scelte di politica sociale (fini sociali) che non possono essere disattese dallo Stato.

Alcuni dei problemi che riguardano il servizio ferroviario potranno con molta probabilità essere risolti in seguito alla piena entrata in operatività dell'A.R.T. (Autorità di Regolazione dei Trasporti italiana) che ha già avviato una serie di iniziative di regolazione⁹ e ha adottato atti di natura organizzativa volti al loro superamento e al raggiungimento di quelle finalità necessarie per migliorare il settore dei

la Costituzione) sulla base della sussistenza «all'attualità» di determinate caratteristiche previste dal legislatore (Cass. SS.UU., 16.2.2011 n. 3813).

⁷ Il Trattato di Maastricht definisce gli strumenti dello sviluppo economico a tutela di un elevato grado di convergenza dei risultati economici (art. 2) che consistono nello stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri nella definizione di obiettivi comuni condotta in conformità al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (art. 3A).

⁸ V. P.M. ZERMAN, *Il federalismo demaniale tra l'interesse della comunità e il risanamento del debito*, 31 maggio 2011, in www.giustamm.it.

⁹ Tali iniziative sono state intraprese nelle due principali fasi che hanno caratterizzato tale periodo: la prima precedente e la seconda successiva alla data di entrata in operatività avvenuta il 15 gennaio 2014.

trasporti¹⁰, e tra questi quello ferroviario, per renderlo sempre più competitivo¹¹.

2. – I processi di privatizzazione prima e di liberalizzazione¹² poi

¹⁰ V. Primo rapporto annuale al Parlamento in data 16 luglio 2014.

¹¹ Tra questi un mercato di trasporto ancora chiuso e poco trasparente, tariffe generalmente non orientate ai costi (anche per l'assenza di un'adeguata contabilità regolatoria) scarsa attrattività per gli investimenti privati, bassi ritorni dall'impiego di risorse pubbliche, scarsa integrazione e interoperabilità delle diverse piattaforme, Stato italiano in permanente conflitto di interessi nei suoi contestuali ruoli di concedente, concessionario e regolatore; esigua diffusione dell'innovazione tecnologica, ampie sacche di inefficienze e diseconomie di gestione, marcato livello di insoddisfazione degli utenti.

¹² Con la Direttiva CE n. 440/91 del 29 luglio 1991, attuata con il d.P.R. 8 luglio 1998 n. 277 e modificata dalla Direttiva 2011/12 CE e attuata poi con il d.lg. 188/2003, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, c'è stata la riorganizzazione del sistema ferroviario europeo. Essa ha imposto la separazione contabile tra la gestione dell'infrastruttura e quella dei servizi di trasporto ed ha posto le basi per la liberalizzazione, l'apertura della concorrenza e del mercato del trasporto ferroviario. Pertanto il principio della separazione tra regolazione e gestione è il presupposto sul quale si basa il processo di liberalizzazione che attribuisce allo Stato prevalentemente funzioni di regolazione. In Italia la Direttiva CE 440/91 è stata recepita con l'art. 17 dell'atto di concessione rilasciato alle Ferrovie dello Stato con d.m. 26 novembre 1993 che prevedeva la separazione contabile delle attività di gestione della rete dall'attività di gestione del servizio. Il d.P.R. n. 267 dell'8 luglio 1998 prevede la separazione della gestione della rete dall'esercizio dell'attività di trasporto e dunque la presenza di due gestori diversi, anche se collegati, autonomi dal punto di vista contabile.

Il trasporto merci è stato interessato dalla liberalizzazione in un tempo precedente a quello relativo al trasporto passeggeri. E sul punto è stato evidenziato che *la privatizzazione comporta la cessione ad operatori privati di ambiti economici produttivi gestiti dapprima dallo Stato o da Enti di diritto pubblico. La cessione produce una situazione di monopolio, oligopolio o concorrenza tra i diversi operatori privati. Le privatizzazioni prendono l'avvio negli anni novanta e investono sia le aziende pubbliche ovvero nazionalizzate come l'ENEL o le municipalizzate, sia le aziende partecipate dallo Stato tramite enti pubblici mono o plurisettoriali (IRI, ENI, EFIM). La liberalizzazione consiste nell'abbattimento di posizioni monopolistiche o di regole protettive vigenti in alcuni settori economici al fine di favorire una situazione di libera concorrenza... La liberalizzazione di un settore monopolistico pubblico... implica di fatto la privatizzazione di quel settore ovvero l'apertura del settore a una pluralità di operatori privati che si muovono sulla base della massimizzazione del profitto all'interno delle regole imposte dal mercato. Quand'anche si pro-*

hanno inciso fortemente sul tradizionale modo di intendere i servizi pubblici¹³, tra questi il servizio ferroviario (in particolare quello nazionale)¹⁴ che un lungo cammino ha portato all'attuale configurazione. Agli inizi del '900 esso aveva un carattere fortemente monopolistico e statalista¹⁵ che si imponeva in un tempo in cui era forte l'esigenza

spetti una liberalizzazione che crei in un determinato settore una concorrenza tra operatore pubblico e operatori privati, com'è pensata ad esempio nel dibattito politico sull'evoluzione delle ferrovie italiane, si avrà comunque a che fare con una privatizzazione sostanziale, nel senso di imposizione al pubblico di alcune logiche tipiche della gestione di impresa privata, come la concorrenza e (solo nei casi di impresa erogante servizi fiscalizzati) il principio di economicità e di massimizzazione del profitto (L. DORATO, La liberalizzazione dei trasporti ferroviari, a cura di M. Tebaldi, Bologna, 2011, 190-191).

¹³ La qualifica pubblica di un servizio ha una valenza socio-economica e politica. Ciò implica che la categoria dei servizi pubblici è aperta nel senso che la qualifica di pubblico va inserita nella dimensione del contesto socio-economico-politico di riferimento per cui il carattere di «pubblico» per un servizio può essere temporaneo e deve derivare da un riconoscimento legislativo esplicito. Tale riconoscimento solitamente viene attribuito a quei servizi che vanno a soddisfare la fascia dei «bisogni normali» cioè bisogni che sono riconosciuti irrinunciabili dai cittadini compatibilmente con il benessere sociale collettivo raggiunto (F. BELLANTE, *Il sistema dei servizi pubblici*, Padova, 2010, 19-20). In particolare vediamo che l'art. 22 della legge 42/1990 recita: *i servizi pubblici hanno per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità*. Tale definizione mette in relazione la produzione di beni e attività con l'obiettivo sociale di sviluppo; questo dipende anche dalla sua capacità di armonizzazione nel contesto europeo e dalla disciplina europea di riferimento (F. BELLANTE, *op. cit.*, 20).

¹⁴ In seguito alla Legge Fortis è emanata una serie di leggi, tra queste la legge del 7 luglio 1907 n. 429 che conferisce allo Stato l'aspetto giuridico e organizzativo che mantiene fino al 1981. Ciò è dovuto all'importanza strategica, militare ed economica del sistema ferroviario e alla difficoltà delle preesistenti imprese private di sostenersi, garantendo un adeguato regolare traffico e dunque un adeguato livello di manutenzione delle infrastrutture e del materiale rotabile. Di conseguenza abbiamo la nazionalizzazione e quindi la nascita di aziende ferroviarie statali dipendenti dal Ministero dei Trasporti, affiancate da società private operanti su tratte minori in regime di concessione.

¹⁵ Nella seconda metà del secolo scorso sin dalla realizzazione delle prime linee ferroviarie erano presenti le due opposte esigenze di coinvolgere finanziamenti privati nell'importante sforzo di costruzione delle infrastrutture ed, al contempo, di mantenere il controllo pubblico dello sviluppo dei servizi in modo da assicurarne la

di accentrare nello Stato, ancora giovane e di fatto diviso¹⁶, una serie di attività e servizi come ad esempio quello postale.

regolarità... (N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Tomo II, Milano, 2000, 1701 e ss.). *L'intervento dell'industria privata si è rivelato, dagli esordi, inadeguato ai compiti affidati, non consentendo di superare i problemi finanziari della gestione ferroviaria, sovente affrontati attraverso finanziamenti pubblici. Nonostante questo, con la legge 20 marzo 1865 n. 2248 sono cedute all'industria privata le ferrovie piemontesi e create cinque società di gestione e con la legge 27 aprile 1883 n. 3048 l'esercizio delle ferrovie viene totalmente affidato ad imprese private...* Agli inizi del secolo coesistono ferrovie assunte direttamente dallo Stato... e ferrovie in concessione. Il modello dell'impresa-organo (che succede ai privati nella gestione delle grandi reti mediterranea, adriatica, sicula), realizza una completa commistione tra regolazione e gestione, dal momento che l'amministrazione dispone di poteri di consenso nei confronti degli esercizi privati e partecipa alla gestione. La gestione in concessione interessa le «ferrovie minori» secondo uno dei tre modelli della concessione per la costruzione e l'esercizio, concessione di esercizio e concessione di costruzione; il concessionario è sottoposto ad un regime parzialmente derogatorio dal diritto comune, che si compone di facoltà, come il diritto di espropriazione ed occupazione del suolo ed il «privilegio esclusivo» rispetto a qualsiasi altra concessione di ferrovia (vale a dire l'esclusione della possibilità di concessioni ad imprese private delle linee che congiungano due punti della ferrovia concessa o che corra lateralmente a questa), e di doveri, come il vincolo «di eseguire costantemente, con diligenza, esattezza e prontezza e senza concedere preferenza a chicchessia il trasporto... La legge 17 marzo 1985 n. 210 trasforma l'impresa-organo in impresa-ente che agisce in base a criteri di economicità ed efficienza ed interessata da meccanismi oggettivi di compensazione degli oneri derivanti dagli obblighi di servizio pubblico. L'impresa-ente viene poi trasformata in società per azioni a totale partecipazione pubblica, che opera ex lege in regime di concessione (rilasciata dal Ministero dei Trasporti e della Navigazione il 26 novembre 1993); il concessionario verticalmente integrato gestisce i tre quarti della rete nazionale ed assicura i servizi di trasporto sulle linee principali «in regime d'impresa», nel rispetto dei criteri di economicità ed efficienza ed è tenuto all'offerta del servizio nel rispetto delle regole di continuità ed eguaglianza di trattamento (N. RANGONE, *op. cit.*, 1704).

¹⁶ La legge 13 luglio 1862 n. 710 stabilisce che la fabbricazione dei tabacchi, l'estrazione del sale dall'acqua del mare, dalle sorgenti saline e dalle miniere e l'importazione e lo spaccio dei tabacchi e del sale erano riservati allo Stato e stabili pene per il contrabbando. L'esercizio postale statale è istituito con legge 5 maggio 1862 n. 604. Per le Ferrovie dobbiamo attendere la Legge Fortis in proprietà e gestione privata. La legge 21 agosto 1962 n. 763 concede all'industria privata la costruzione e gestione della rete ferroviaria meridionale e di alcune linee settentrionali; il r.d. 30 ottobre 1862 n. 1022 detta norme di polizia, sicurezza e regolarità

Per arrivare infatti alla statalizzazione del servizio ferroviario devono trascorrere i primi anni del novecento, con la promulgazione della legge 22 aprile 1905 n. 137 (Legge Fortis, dal nome del Primo Ministro Alessandro Fortis) e la sua entrata in vigore nel luglio dello stesso anno.

In seguito a ciò l'azienda statale (F.S.) sostituiva le concessioni ferroviarie del 1885 e con l'approvazione della legge nasceva l'amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato alle dipendenze del Ministero dei Lavori Pubblici.

Nel corso degli anni venti il modello pubblicistico governativo finisce col prevalere su quello privatistico gestionale¹⁷.

Con la legge 17 maggio 1985 n. 210 l'azienda è trasformata in Ente Ferrovie dello Stato in seguito alle privatizzazioni che modificano la struttura dell'economia italiana a partire dagli anni ottanta.

del loro esercizio. In questi anni c'è una poderosa legislazione economica dovuta alle preoccupazioni di natura economica ma anche preoccupazioni di ordine sociale. V. sul punto S. CASSESE, *Fare l'Italia per costituirla poi*, relazione al Convegno di S. Giustino 2011 - Paestum. Come evidenzia l'A., la redazione del disegno di legge del 1861 sulle ferrovie menzionava la suprema necessità della nazione di riavvicinare tra loro quanto prima le varie province. La commissione della Camera dei Deputati, discutendo delle ferrovie calabro-sicule, nello stesso anno notava che occorreva ricostruirle per fare atto di giustizia distributiva nel novello consorzio delle province italiane e per correggere rapidamente i vizi della storia e quelli della geografia (32).

¹⁷ L'azienda è incardinata in un Ministero ed il Ministro è chiamato a svolgere funzioni di ordine politico e di capo dell'azienda: con l'istituzione nel 1924 (legge 30 aprile 1924 n. 596) del Ministero delle Comunicazioni che assumeva le competenze ferroviarie delle Poste e della Marina Mercantile, l'autonomia dell'Azienda già ridotta con le riforme del 1907 e del 1909 legge 7 luglio 1907 n. 429, legge 25 giugno 1909 n. 372, risultò ulteriormente limitata e ne venne riavviato il riordino negli anni precedenti la seconda guerra mondiale e successivamente le ferrovie raggiunsero un grado di avanzamento tecnico notevole e la rete ferroviaria si sviluppò in tutta la penisola. Durante la seconda guerra mondiale la struttura subì dei mutamenti. In particolare col d.lg. 12 dicembre 1944 n. 413 il Ministero delle comunicazioni fu ripartito in due distinti Ministeri e la Direzione generale delle Ferrovie fu assorbita dal Ministero dei Trasporti. Questa struttura rimase fondamentalmente inalterata ma a partire dagli anni settanta cominciò ad emergere l'esigenza di un'autonomia gestione delle Ferrovie e quindi un modello di tipo imprenditoriale in seguito all'impulso del Consiglio Europeo (decisione C.E. n. 75/327).

Verso la metà degli anni ottanta, sotto la spinta del processo di integrazione europea va in crisi il sistema in base al quale i servizi pubblici sono appannaggio dei soggetti pubblici, gestiti dallo Stato o da un altro ente pubblico in concessione mantenendosi in tal modo sia la titolarità che l'esercizio del servizio oppure mediante concessione ai privati i quali svolgono l'attività di esercizio del servizio la cui titolarità rimane comunque in capo al soggetto pubblico¹⁸.

L'azienda, trasformata in ente pubblico, successivamente diventa società per azioni¹⁹; abbiamo dunque il passaggio verso le aree di mercato con la trasformazione delle imprese pubbliche in s.p.a. assoggettate ad un regime privatistico.

Le varie vicende economiche, politiche e sociali susseguitesi nel tempo che hanno investito il settore ferroviario, soprattutto nazionale, hanno certamente influito sul modo di intendere il servizio pub-

¹⁸ Sul punto cfr. F. BELLANTE, *cit.*, 33-34, che evidenzia come questo processo porti verso un contesto di liberalizzazione di vasti settori, favorendo un orientamento gestionale ispirato alla creazione del valore di mercato. L'intervento pubblico deve quindi assumere un carattere complementare rispetto al mercato ma non sostitutivo del mercato medesimo e lo strumento privatistico quale la s.p.a. permette all'impresa di entrare in una dimensione di sviluppo internazionale. L'istituzione di organismi indipendenti per la regolazione dei servizi di interesse pubblico... consente l'introduzione di meccanismi che da una parte saltano il ruolo di indirizzo nella gestione dei servizi e dall'altra aprono nuovi spazi di mercato alle imprese. I pubblici poteri mantengono la titolarità e la capacità giuridica di attribuire ad un determinato servizio la qualifica di pubblico cioè l'idoneità del servizio a soddisfare un bisogno di interesse generale. Le attività per soddisfare tali bisogni possono essere svolte liberamente da qualsiasi operatore; la limitazione della concorrenza ha carattere eccezionale ed è giustificata nei casi in cui l'equilibrio economico possa essere realizzato solo attraverso un gestione esclusiva o nei casi di impianti, di reti non economicamente duplicabili.

¹⁹ In base al d.l. 11 luglio 1992 n. 333 convertito in legge 28 agosto 1992 n. 359 con modificazioni e con deliberazione del Comitato Interministeriale per la programmazione economica il 12 agosto 1992 le funzioni relative ai servizi di trasporto ferroviario sulla rete ferroviaria sono assegnate alla società per azioni. Al Ministero del Tesoro sono attribuite le azioni della nuova s.p.a.. I diritti dell'azionista nei confronti della società dovevano essere esercitati d'intesa dal Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica e dal Ministro dei Trasporti. Al Ministro dei Trasporti è attribuita la competenza di definire i contenuti e le modalità delle concessioni da intestare alla Società.

blico²⁰; notevoli e numerosi infatti sono stati i contributi della dottrina e della giurisprudenza anche per il fatto che il legislatore non si è mai preoccupato di darne una precisa definizione²¹.

²⁰ Cospicui sono i contributi della dottrina sul tema: cfr. F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo dig. it.*, vol. XVII, 218 e ss.; ID., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001 AIPDA*, Milano; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001, 322 e ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Dir. Amm.*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1993, 740 e ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2003; ID., *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 138 e ss.; A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 831 e ss.; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di servizi pubblico locale*, in *Diritto Amm.*, 1, 2007, spec. 79.

²¹ I dibattiti sulle teorie soggettiva ed oggettiva hanno avuto molto spazio soprattutto nella prospettiva di evidenziare l'elemento della pubblicità del servizio guardando da angolature differenti: si è guardato soprattutto al carattere centrale del servizio pubblico cioè all'interesse perseguito e dunque al fatto che non rileva il carattere pubblico o privato di chi espleta il servizio pubblico ma l'esistenza di uno specifico vincolo tra il gestore e l'amministrazione pubblica. Tale vincolo rappresenta il collegamento organizzativo che ha carattere centrale: nel servizio pubblico, poste le finalità a cui è preordinato, l'interesse pubblico risiede in determinate modalità gestorie, le quali si assicurano – appunto – tipizzando l'organizzazione del servizio... il rilievo soggettivo del servizio pubblico non deriva dalla natura del gestore (che può anche essere un privato) bensì a) dall'imputabilità o titolarità del servizio all'amministrazione pubblica, che ha assunto (istituito) il servizio o alla quale lo stesso è stato assegnato dal legislatore come compito da curare; b) dalle finalità alle quali il servizio risponde, perché se esse sono pertinenti alla soddisfazione di esigenze della collettività, emerge una corrispondenza biunivoca con i compiti dell'amministrazione pubblica (posto il ruolo di essa nell'ordinamento); c) dalla presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio mirata ad assicurare specifiche modalità gestorie. Tali elementi devono concorrere e non semplicemente essere presenti in alternativa. Dunque la nozione di servizio pubblico di matrice soggettiva (per la pertinenza della pubblica amministrazione) ha carattere complesso, dovendo coniugare i caratteri sostanziali dell'attività diretta a fornire utilità ai cittadini (le prestazioni) e il dato organizzativo predisposto per assicurare determinate modalità gestorie. La configurazione e combinazione specifica degli elementi... cioè i vari modelli di gestione dei differenti servizi pubblici, derivano dalla disciplina normativa (G. CAIA, *I servizi pubblici*, Bologna, 2005, 156-157).

In effetti molte di queste teorie, che hanno avuto come obiettivo quello di giungere ad una definizione univoca di servizio pubblico, non hanno avuto fortuna; la nozione infatti è nelle sue applicazioni concrete e nella sua operatività assai proble-

I giuristi hanno compiuto notevoli sforzi diretti a qualificare²² tale

*matica: da tempo essa si è frammentata in una serie di sottofigure, ciascuna con il proprio ambito di applicazione e il proprio regime giuridico. Ne derivano le difficoltà operative e le incertezze teoriche che ormai da tempo hanno aperto la strada alle riflessioni sulla crisi del «service public»... La Costituzione italiana non ricorre alla figura del servizio pubblico ma detta il principio per cui la legge «determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (art. 41, comma 3) (E. FERRARI, Introduzione, in Id. (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici I servizi a rete in Europa*, Raffaello Cortina Editore, 2000, XXVI e ss.).*

²² Sembra che l'aggettivo pubblico attribuito a servizio attualmente possa acquistare un significato diverso: nel senso che deve vivere sul mercato a disposizione del pubblico, degli utenti secondo criteri strutturali e funzionali di imprenditorialità, almeno tendenziale o anche solo potenziale. In particolare risulta che nelle più recenti ricostruzioni dottrinarie, pertanto, sia il profilo soggettivo sia quello oggettivo concorrono alla definizione di che cosa debba intendersi per pubblico (servizio). Il criterio oggettivo è utile infatti per operare una compiuta descrizione dei tratti salienti del carattere pubblico del servizio. È basandosi su questo profilo che si osserva che le prestazioni nelle quali i servizi pubblici da concedere si risolvono, devono essere offerte e comunque rivolte al pubblico (e non all'Amministrazione) (A. POLICE, *Spigolature*, cit., 86). La concezione c.d. oggettiva del servizio pubblico individuava il servizio pubblico in un'attività che avesse carattere di servizio di pubblica utilità e di pubblico interesse per la collettività, a prescindere dal soggetto che l'assumeva... nella formulazione più generica questa ricostruzione presentava un punto di partenza comune con l'altra teoria e cioè il riconoscimento dell'interesse che l'attività presenta per lo Stato. Sul piano concettuale, da questo punto di partenza, seguivano sviluppi diversi, riferiti da un lato all'elemento soggettivo, riflettendosi sul ruolo dei poteri pubblici che operano il detto riconoscimento e che fanno propria l'attività e, dall'altro, all'elemento oggettivo cioè all'interesse pubblico che giustifica il riconoscimento. Pertanto, mentre nella concezione soggettiva ci si limitava a constatare il comportamento che viene tenuto dal soggetto pubblico e ad osservare semmai il modo in cui l'attività si pone rispetto alle altre dello stesso soggetto, nella concezione oggettiva il discorso veniva allargato perché la qualificazione di interesse pubblico dell'attività assumeva una propria rilevanza giuridica. In virtù di tale rilevanza oggettiva, la natura e la disciplina del servizio pubblico si sarebbero manifestate indipendentemente dal soggetto cui l'attività era istituzionalmente collegata: il servizio avrebbe potuto essere direttamente ed indifferentemente imputato ad un soggetto pubblico o privato. A sostegno della teoria «oggettiva» si portava anche la nozione di pubblico servizio assunta dalla Carta costituzionale, che ne fa menzione tra le attività economiche che possono essere oggetto della collettivizzazione. (cit., 83-84).

In particolare è stato osservato che solo laddove il servizio di interesse econo-

nozione e hanno cercato di ancorarla ad una concezione oggettiva o soggettiva²³ a seconda degli elementi sostanzialmente presi in considerazione guardando da una diversa angolazione il carattere della pubblicità attinente al pubblico servizio.

Oggi, a seguito della liberalizzazione in atto, ancora per alcuni

*mico generale non è in grado di raggiungere la propria missione secondo le comuni regole di mercato, ci si riavvicina alla concezione nazionale del servizio pubblico. Nell'ipotesi derogatoria emerge, infatti, il ruolo dell'intervento pubblico che interviene per mezzo di imprese che agiscono come strumenti dei pubblici poteri, sicché è lì che la nozione comunitaria interseca quella interna. Infatti, elemento peculiare del servizio pubblico è quale che sia la nozione che si sceglie di sposare, la titolarità del pubblico servizio in capo al soggetto pubblico. La scelta politica di intervenire per la fornitura ed erogazione del servizio alla collettività è necessaria ed ineliminabile perché il servizio sia pubblico, finanche nella concezione oggettiva... Le motivazioni sociali impongono l'esclusività della gestione sicché la competizione e la libertà di iniziativa privata arretrano. La formula organizzativa diventa necessaria in quanto legislativamente obbligata, una volta deciso di assumere l'attività come servizio pubblico. (M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, 2011, 3-4).*

²³ Per quanto riguarda il carattere soggettivo o oggettivo del servizio pubblico v. A. POLICE, *Spigolature*, cit., 87-88, che evidenzia che né la più ampia nozione di servizio di interesse economico generale, di cui all'art. 86 del Trattato, né quella più specifica di servizio universale sembrano in grado di spostare nettamente la considerazione sul piano esclusivamente oggettivo ovvero su quello esclusivamente soggettivo.... Dall'art. 86 si ricava infatti un modello certamente teso a legittimare soltanto marginalmente l'intervento del pubblico potere rispetto alla regola del mercato concorrenziale, regola che vale anche per la categoria dei servizi di interesse economico generale. Così nell'ambito di una individuazione tendenzialmente oggettiva di quest'ultima tipologia di servizi possono aversi riserva pubblica o regimi speciali solo ove il mercato non sia in grado di soddisfare le esigenze dei cittadini, valendo, in caso contrario, la sottoposizione alla concorrenza. Ma in questo senso la titolarità pubblica di un mercato o la sua regolamentazione presuppongono sempre una scelta pubblica, contingente e storicamente determinata, sulla rilevanza dell'interesse economico generale e sulla insufficienza del mercato ad assicurarne le finalità. Senza tale individuazione non può aversi deroga lecita al regime della concorrenza. Inoltre, come sottolinea l'A., si può ricavare una conferma alla compresenza tra aspetti soggettivi ed oggettivi dei servizi ad esso riconducibili, laddove l'individuazione da parte dell'Autorità legittima un regime derogatorio – più o meno ampio – mentre l'elemento oggettivo costituisce il limite, alla stregua del principio di proporzionalità e ragionevolezza, della sua legittimità (87-88).

aspetti in itinere, la problematica sembra riprendere un certo vigore anche se appare proprio la nozione di servizio pubblico in crisi²⁴ in seguito alla sua apertura al libero mercato²⁵.

La problematica sugli aspetti soggettivo e oggettivo dell'istituto in effetti sembra restare sullo sfondo dal momento che i servizi di c.d. *pubblica utilità* sono gestiti in modo concorrenziale; l'attenzione pertanto si è spostata soprattutto alla loro regolazione²⁶, alla vigilanza e al controllo dei mercati oltre che gli interessi (pubblici) ad esso sottesi tra cui quello rappresentato dalla tutela degli operatori nonché dei fruitori del servizio.

La necessità di assicurare l'erogazione dei servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza costituisce il contenuto di uno dei

²⁴ Non ci viene in aiuto per circoscrivere la nozione di servizio pubblico neppure la legge n. 142/1990 e l'art. 112 T.U.E.L. che soprattutto per il servizio locale si riferisce ad attività che hanno per oggetto *produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle realtà locali*. Risulta evidente che la definizione *talmente ampia da abbracciare qualsiasi attività finisce per riconoscere piena autonomia e quindi anche piena responsabilità politica in capo al comune e all'ente locale, salvo non esista l'indicazione del legislatore quanto all'obbligatorietà del servizio* (M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 6 c ss.).

²⁵ Il Trattato di Maastricht sancisce un limite alla politica economica degli Stati membri da ricercarsi nello *stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri nella definizione degli obiettivi comuni condotta in conformità al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza* (art. 3 A ed anche artt. 102 e 2 Tr. UE).

²⁶ In una fitta rete di interessi che si intersecano e che confliggono spesso nella quale poteri privati e poteri pubblici si confrontano, in uno spazio globale che è governato *non da volontà ma da interessi che appare fondato su convenienze e che sembra operare secondo il modello del mercato non secondo quello dello Stato... In un breve volgere di tempo (poco più di un ventennio) si è sviluppata una fitta rete di poteri pubblici, che producono regole, indirizzate a privati e a Stati. Questa rete continua a svilupparsi... costituisce una nuova arena per contestare il potere esecutivo statale ed ampliare la gamma dei diritti assicurati ai cittadini nei confronti dei loro stessi Stati di appartenenza, in questo senso giocando lo stesso ruolo delle assemblee elettive e dei giudici nazionali. Non si tratta, dunque, di cercare una legittimazione delle istituzioni globali, essendo esse stesse un fatto di legittimazione del potere* (S. CASSESE, *C'è un ordine nello spazio giuridico globale?*, in *Politica del diritto*, XLI, 1 marzo 2010, 139 e ss.).

diritti fondamentali riconosciuti in via generale dalla legge 30 luglio 1998 n. 281 recante la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti²⁷.

Gli aspetti riguardanti l'efficienza del servizio prestato, la tutela della concorrenzialità, la contendibilità, l'accessibilità alle reti, la sicurezza ma anche il controllo delle tariffe, sembrano appannare la nozione di servizio pubblico almeno così come finora inteso, poiché nella pubblicità (caratteristica fondamentale del servizio) assume un ruolo predominante la componente della doverosità: esso è servizio reso al pubblico, alla collettività, sono i cittadini i fruitori del servizio pubblico (aperto e regolato²⁸), i destinatari del-

²⁷ È stato approvato il 4 luglio 2014 dall'Autorità (A.R.T.) il Regolamento ed il Modulo di reclamo per l'accertamento di irrogazione delle sanzioni previste dal d.lg. 17 aprile 2014 n. 70. Risultano pertanto garantiti i diritti dei passeggeri con relativi poteri sanzionatori dell'Autorità verso le imprese ferroviarie inadempienti. È stata quindi attuata così la disciplina sui diritti ed obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario contenuta nello Regolamento comunitario CE n. 1371/2007.

²⁸ In seguito alla liberalizzazione e privatizzazione dei servizi, il bisogno di regole, di norme, non è venuto meno anzi è aumentato, anche se inevitabilmente la disciplina dei vari settori è diversa rispetto alla fonte da cui promanano, infatti abbiamo norme emanate dal Parlamento e dal Governo e molto di più emanate da organismi non elettivi dotati di particolari competenze tecniche quali la Commissione Europea e le autorità di regolamentazione. In particolare c'è da sottolineare che *la novità di queste norme deriva dal loro obiettivo o, forse meglio, dai loro obiettivi... disciplinare la posizione dell'utente rispetto ai diversi servizi e disciplinare la posizione degli imprenditori che operano in concorrenza tra loro... La privatizzazione dei servizi non ha prodotto la de-regolazione degli stessi, ma ha richiesto e richiede una loro ri-regolazione. Ciò comporta che attività che nel passato erano controllate soprattutto per vie politiche oggi lo sono per vie giuridiche. Laddove ieri lo Stato interveniva in quanto «proprietario» di determinate imprese, interviene ora invece un complesso sistema di regole giuridiche, il sistema appunto della regolazione per la tutela della concorrenza e per la garanzia dei diritti delle persone. Quantità e qualità dei servizi, rapporti e posizioni reciproche tra utenti e operatori e degli operatori tra loro erano disciplinati nel passato soprattutto dal potere dello Stato e degli altri enti pubblici di nominare gli amministratori, di formulare piani e i programmi, di emanare direttive... Oggi emergono figure in parte nuove quali gli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, il diritto di accesso e l'obbligo di interconnessione: sono istituti la cui disciplina è il frutto di una stratificazione complessa da parte delle prescrizioni comunitarie, passa per le norme nazionali di recepimento, giunge alla loro articolazione ad opera di autorità di regolazione. Il ruolo*

l'attività ai quali deve essere garantita la migliore fruizione in modo continuo²⁹.

È stato osservato che nella nozione di servizio pubblico l'elemento soggettivo e l'elemento oggettivo sono comunque presenti, intrecciati per così dire, soprattutto bisogna riconoscere che ormai l'attenzione non è più rivolta, riguardo al primo, alla titolarità dell'attività svolta quanto piuttosto alla sua gestione, posto che i pubblici servizi sono com'è noto gestiti anche da soggetti privati.

La formula «servizi di pubblica utilità» sta a testimoniare l'esigenza, attualmente avvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, di studiare i servizi in relazione al tipo di attività e al modo in cui essa viene esercitata, nella quale gli aspetti pubblici – esercizio di poteri autoritativi – e aspetti privatistici sono strettamente interconnessi, al fine di favorire una gestione il più possibile efficiente «a disposizione del pubblico», di servizio.

Le tradizionali ricostruzioni giuridiche relative alla nozione di servizio pubblico sembra che non riescano a trovare più le loro basi dogmatiche ora che sempre più alle regole provenienti dallo Stato allora si sostituiscono, più spesso si affiancano, quelle del mercato. Il

del destinatario del servizio diviene nettamente più attivo, sia perché le sue preferenze in quanto utente trovano espressione nella possibilità di scelta tra più operatori, sia perché la nuova disciplina «giuridica» dei servizi gli offre maggiori possibilità di tutela giurisdizionale. (E. FERRARI, op. cit., XIII). C'è da dire anche che la comunità imbocca la strada alla utilizzazione della rete da parte di una pluralità di operatori disciplinando adeguatamente il corrispondente diritto di accesso. Per i servizi, l'apertura a una pluralità di operatori in concorrenza tra di loro si basa poi sulla libertà di iniziativa economica privata che viene garantita appunto anche attraverso una determinata disciplina del diritto di accesso alle reti e si sviluppa in una serie di norme a garanzia del funzionamento del servizio e della sua erogazione anche agli utenti in condizioni disagiate (XXII).

²⁹ Importante è a tal fine la predisposizione delle Carte dei servizi. Per quanto riguarda il settore dei trasporti è dunque lo schema generale di riferimento per la predisposizione delle carte dei servizi nel settore dei trasporti – Carta della Mobilità – quello adottato con d.P.C. 30 dicembre 1998 in vigore fino alle nuove direttive della Presidenza del Consiglio che a livello nazionale costituisce la normativa per le imprese operanti nel campo della mobilità a cui si affiancano le varie prescrizioni previste nei vari contratti di servizio. Sul punto v. G. MASTRANDREA, *Le carte dei servizi ferroviari e la qualità della prestazione*, in www.giustizia-amministrativa.it.

valore sociale, oltre che economico, di molti servizi (in particolare quelli di interesse economico generale) influenza il modo in cui sono oggi intesi: la presenza pubblica, l'intervento pubblico c'è ma si manifesta in modo diverso per la forte esigenza che il libero gioco della concorrenza e del mercato sia vigilato, sorretto da regole³⁰.

Al di là della riserva o meno alla mano pubblica acquista dunque un rilievo essenziale la disciplina alla quale è sottoposta l'attività economica svolta attraverso i servizi pubblici, tra questi, il servizio ferroviario nazionale in cui si è verificata la distinzione tra proprietà e gestione della rete (R.F.I.) e la gestione del servizio è aperta al mercato e alla concorrenza; essi dipendono in gran parte dai meccanismi economici, anche se regolati, e da scelte politiche che necessariamente devono avere come obiettivo l'utilità e coesione sociale oltre che lo sviluppo del tessuto economico-imprenditoriale del Paese.

Ciò presuppone una serie di interventi e di programmi volti a realizzare coerenti linee strategiche che non possono trascurare soprattutto il miglioramento delle aree più depresse del Mezzogiorno.

L'attenzione in realtà è sempre più rivolta non solo ai diritti dei

³⁰ Si è posto l'accento sulla non distinzione nel diritto dell'Unione europea tra potere normativo e potere amministrativo, infatti *la non sempre chiara distinzione tra i due poteri richiama forse quei settori appena aperti ai processi di liberalizzazione, dove i compiti di regolazione vengono affidati alle autorità amministrative indipendenti. Ed un dato comune, nel processo di evoluzione della giurisprudenza, è stato quello di valorizzare, sia a livello comunitario che a livello interno, tutte quelle forme di consultazione preventiva che tendono ad arrivare ad una regolazione il più possibile condivisa* (328-32). In particolare la giurisprudenza si è posta il problema di giustificare l'attribuzione, ad autorità amministrative indipendenti di tipo regolatorio, di ampi poteri normativi, regolatori appunto, in cui vi era il problema del rispetto del principio di legalità rispetto a questi ampi poteri affidati all'autorità regolatoria. Il motivo per cui poteri così ampi quasi in bianco sono affidati alle autorità amministrative indipendenti di tipo regolatorio secondo l'A. è perché in settori particolarmente tecnici, vi è la difficoltà obiettiva del parlamento, accentuata dal nostro parlamento, di adottare normative in linea con i tempi, che non rischiano di essere obsolete già al momento della loro entrata in vigore: per questo si affida la normativa più tecnica, più di dettaglio, alle autorità amministrative indipendenti, però con una delega di poteri quasi in bianco (R. CHIEPPA, *I pubblici poteri tra modelli semplificatori e liberalizzazioni nel diritto interno e nel diritto dell'Unione europea*, in *I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera*, a cura di G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, V. Tondi Della Mura, F. Vetrò, Napoli, 2011, 328-329).

fruitori ma anche ai diritti degli operatori, alle pari opportunità di accesso alle reti da cui in parte sembra dipendere l'efficienza del servizio e quindi alla tutela della concorrenza utile al miglioramento di settori particolarmente importanti per la vita e il lavoro delle persone avendo presente che il trasporto ferroviario è il motore per lo sviluppo del sistema Paese che a sua volta presuppone lo sviluppo dei sistemi locali³¹.

L'intreccio degli elementi pubblicistici di regolazione e privatistici di gestione, l'interferenza del diritto comunitario sembrano far perdere interesse alle costruzioni teoriche sviluppatesi in passato mentre nel tempo presente si assiste ad un certo ridimensionamento della concezione tradizionale di Stato sociale di cui agli artt. 41 e 43 della Costituzione che si basava su continui interventi pubblici in campo economico in funzione di fini sociali³² da raggiungere ed era incen-

³¹ Da tempo è stato messo nel giusto rilievo che necessariamente la tutela della concorrenza si coniuga con l'ispirazione solidaristica che permea la nostra Costituzione. v. M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in D.A., n. 4/2004, 705 e ss., e F. ROTA, *Incentivi finanziari pubblici e competenze istituzionali*, in *Incentivi finanziari pubblici nella prospettiva del diritto europeo*, Napoli, 2010, 69, secondo cui il principio di concorrenza, pur se costituzionalizzato, non assume valore assoluto e deve coniugarsi con le ragioni della solidarietà in modo da contribuire alla crescita sociale ed economica senza far venire meno l'ispirazione solidale e il principio personalistico presente nella Costituzione. In riferimento ad attività economiche e servizi svolti in forma imprenditoriale e concorrenziale bisogna aver riguardo alla disciplina comunitaria che pur spingendo verso l'apertura dei mercati, contiene anche principi come la coesione economica e sociale e lo sviluppo sostenibile che non possono essere ritenuti meno rilevanti e meno influenti del principio della libera concorrenza. Tale affermazione sembra trovare conferma sia nell'art. 1 del Trattato di Lisbona che ha introdotto la formula «economia sociale di mercato» sia in quella giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha escluso le attività di esclusivo rilievo sociale dall'ambito di applicazione delle norme sulla concorrenza, seguita peraltro in Italia dalla Corte costituzionale (op. cit., 64).

³² Bisogna osservare sul punto che la concezione tradizionale di Stato sociale basata su controlli, programmi, forme di nazionalizzazione, collettivizzazione, ordinamenti giuridici sezionali, regolazione autorizzativa dei prezzi, ecc., trova ora con la creazione di un mercato unico un «drastico ridimensionamento». Con la conseguenza che l'art. 41 e l'art. 43 della Costituzione devono quantomeno essere reinterpretati in chiave critica e adattati al Trattato di Maastricht. Soluzione questa obbligata sia in funzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E. da sempre sfavorevole all'attività delle imprese pubbliche, sia perché non è più solo questione di sin-

trata su alcune caratteristiche come attività riservata, gestione pubblica, titolarità dell'impresa che hanno riguardato da vicino e caratterizzato i servizi pubblici.

Sembra dunque che l'interesse si vada ormai appuntando maggiormente sul rapporto intercorrente tra il proprietario della rete e gli operatori-gestori del servizio, su quello intercorrente tra questi ultimi nonché sul rapporto degli operatori-gestori con gli utenti, la cui posizione viene ad essere tutelata in modo diverso e più intenso rispetto al passato³³.

*dacato interno verificare se l'iniziativa economica privata risulti in contrasto con i limiti di cui all'art. 41 sia perché lo stesso principio di programmazione è assoggettato al controllo comunitario, quanto alla compatibilità dei fini sociali con gli obiettivi del Trattato, a garanzia dell'assenza di ogni forma di discriminazione e di tutela del mercato unico comunitario e di un'effettiva concorrenza tra imprese e tra operatori economici. Analoghe considerazioni sono da farsi in ordine all'art. 43 dal momento che l'art. 47 del Trattato obbliga gli Stati membri ad un progressivo riordinamento dei monopoli nazionali, giusta anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE secondo la quale il Trattato impone di evitare che sia falsato l'ambito della concorrenza a danno del mercato unico e che siano create discriminazioni a danno della produzione e della distribuzione.... I trattati europei dopo le modificazioni apportate dall'Atto Unico Europeo e dall'Accordo di Maastricht non privilegiano certo modelli giuridici ed economici misti fondati su una piena equivalenza tra imprese private e imprese pubbliche. Tanto non implica ovviamente che l'iniziativa economica pubblica ne risulti inibita: ma ridotta nel senso di ricondotta alle regole di quella privata, inevitabilmente al punto che la sua stessa funzione di riequilibrio, a forte connotazione programmatica, è decisamente ridimensionata.... Non è dubbio lo sfavore della Corte di Giustizia verso le nuove imprese pubbliche di interesse economico generale con il mantenimento alla creazione di diritti speciali: e, in ogni, le imprese pubbliche sono soggette alle norme sulla concorrenza e al divieto di norme di favore, compresa la disciplina degli aiuti pubblici. Il passaggio dall'economia di Stato all'economia di mercato ed il vincolo della concorrenza non implicano un divieto assoluto a livello nazionale e comunitario di monopoli, purché si propongano direttamente quali eccezioni alla regola generale e siano giustificati da cause precise e sottoposti a rigidi controlli (G. LADU, *I principi costituzionali e la finanza pubblica*, in *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2011, 18 e ss.).*

³³ In proposito è stato osservato che nell'ambito dei servizi pubblici in passato veniva in evidenza più l'interesse pubblico come svolgimento di una funzione amministrativa rispetto a quello della collettività (del pubblico). Pertanto, nell'ambito dei servizi di pubblica utilità, così come disciplinati a seguito delle privatizzazioni e/o liberalizzazioni, non sembra possibile continuare a qualificare sempre e comunque (quasi per dogma o quantomeno tralaticciamente) ogni attività svolta dalla p.A.

In un quadro complesso nel quale i servizi pubblici di interesse economico generale sono caratterizzati dalla redditività ed economicità, dall'efficienza e dunque dall'adeguatezza dei livelli qualitativi agli interessi dei fruitori, l'esercizio di potestà, l'emanazione di norme e di regole, se da un lato controlla il libero mercato e la concorrenza,

*come funzione amministrativa in senso proprio e cioè quella attività caratterizzata – pur nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. – dal fine precipuo della cura in concreto dell'interesse pubblico e consistente nella determinazione o – nel caso di esercizio di un potere non discrezionale – nella affermazione, ma comunque imparziale (e cioè, per definizione, non neutrale), della regola che esprime in concreto un giudizio di valore in ordine all'assetto tra l'interesse pubblico primario (di cui la stessa p.A. è portatrice) e gli altri interessi (pubblici e privati) secondari ad esso contrapposti (A. DE CHIARA, *Dai servizi pubblici ai «servizi di pubblica utilità»: evoluzione della morfologia giuridica dell'interesse pubblico e riflessi sulle situazioni soggettive – L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. II, Napoli, 771). Secondo l'A., inoltre, per lungo tempo il quadro costituzionale non ha influito significativamente sull'assetto disciplinare dei pubblici servizi e sulla relativa ricostruzione teorica in termini soggettivi poiché... le implicazioni della scuola orlandiana del metodo giuridico, per un verso, hanno fatto sì che si trascurasse sostanzialmente la considerazione della possibilità di esercizio delle attività di servizio da parte dei privati, nonché, per un altro, a causa del «rigido imperativo di proscrivere il sociale dal campo giuridico», hanno sminuito il rilievo del «profilo determinante» costituito dal «fine che col servizio pubblico deve essere raggiunto». Si è venuta così a determinare l'artificiosa ampia assimilazione delle attività di servizio pubblico alle pubbliche funzioni di cura di «interessi generali, considerati come tali, senza alcun riguardo agli interessi particolari che vi sono compresi», o tutt'al più, a quelle di cura di «interessi generali compenetrati con differenti interessi particolari, come tali qualificati» (783). Le privatizzazioni e liberalizzazioni hanno fatto sì, per un verso, che di fronte all'utente si trovi un gestore del servizio avente, a sua volta, la natura di soggetto privato e, per un altro, che emerga la rilevanza delle relazioni giuridiche tra gli stessi gestori privati... L'interessi dei gestori privati si confrontano tra di loro radicandosi nel diritto costituzionalmente riconosciuto di libera iniziativa economica (785-786).*

V. anche G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, 429 e ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, che evidenzia che la posizione degli utenti si rafforza sempre di più e trova particolare tutela anche e soprattutto giurisdizionale anche sotto forma di risarcimento e indennizzo: questi sono «titolari di diritti»; L. PERFETTI, *Contributo a una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *D.A.*, 1995.

dall'altro tutela le diverse posizioni di quanti operano nel settore, gli interessi e i diritti dei consumatori che sono i destinatari del servizio pubblico³⁴. E proprio l'incrocio e l'interferenza tra i vari diritti in gioco implica necessariamente la loro armonizzazione a garanzia della qualità dei servizi stessi³⁵ ponendo mente al fatto che gli interventi normativi comunitari hanno come obiettivo quello di consentire l'accesso al servizio pubblico da parte degli imprenditori in base a criteri di equità e di non discriminazione.

Di certo il servizio è reso al pubblico in modo efficiente se si evitano le distorsioni del mercato e si definiscono in modo trasparente gli obblighi di servizio pubblico³⁶ che devono essere chiari, definiti

³⁴ Nel Trattato CE la concorrenza non costituisce un obiettivo fine a se stesso ma uno strumento per il perseguimento degli interessi della comunità. *Dalla analisi del diritto derivato emerge il collegamento tra concorrenza ed interessi dei consumatori e dunque sotto tale profilo... la tutela degli utenti è configurata come un portato e al tempo stesso il fine ultimo dell'affermazione della concorrenza* (A. DE CHIARA, *op. cit.*, 792).

³⁵ L'incrocio di interessi sottolinea l'importanza delle funzioni «contenziose», ovvero l'esercizio dei poteri giustiziali delle autorità di regolazione, allorché si riconosce in capo alle autorità l'attribuzione di funzioni «contenziose» comportanti un potere decisorio su diritti soggettivi, basato cioè sulla identificazione di posizioni giuridiche tutelate e non di valutazioni semplicemente discrezionali circa la sussistenza di un interesse pubblico: Cons. Stato, Sezione VI, 21.9.2007 n. 4888, in *Giurisprudenza amministrativa*, 1, 2007, 1293. Sul punto v. A. DE CHIARA, *op. cit.*, 803 e ss.

³⁶ La disciplina comunitaria si ispira al principio di sussidiarietà e privilegia, com'è noto, il mercato concorrenziale imponendo forti limiti agli obblighi di servizio pubblico, che sono individuati a livello comunitario ed anche forti limiti all'erogazione di sostegni finanziari giustificati per coprire oneri derivanti dagli obblighi di servizio pubblico. I vincoli ad un sistema di mercato di tipo concorrenziale intervengono solo se le forze di mercato non consentono il raggiungimento degli obiettivi inerenti alle specificità proprie del servizio pubblico.

Il servizio trasporto passeggeri è suddiviso in diversi segmenti, infatti alcuni sono soggetti a concorrenza, altri, i servizi soggetti ad *obbligo di servizio pubblico*, affidati tramite contratti di servizio ad uno specifico operatore. I servizi di trasporto passeggeri sono soggetti alle regole di mercato e forniti in concorrenza in Italia. Tra i servizi di trasporto passeggeri soggetti a obblighi di servizio pubblico ci sono i servizi di trasporto a media-lunga percorrenza. Questi servizi sono in genere forniti da un solo operatore tramite contratto di servizio apposito firmato con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Al momento in Italia il fornitore di questi servizi è Trenitalia. Altri servizi offerti tramite contratto di programma sono i

in modo certo non solo a tutela degli utenti ma anche per evitare ingiustificate discriminazioni nelle possibilità di accesso al mercato³⁷. Importanti sono dunque gli aspetti pubblicistici che intervengono nella fase della gestione dei servizi, come testimoniano d'altra parte le numerose deroghe al regime privatistico anche se la gestione non appartiene più a soggetti pubblici monopolisti³⁸.

servizi di trasporto interregionali e regionali il cui livello di fornitura è definito tramite contratti di programma tra l'operatore di trasporto e le Regioni. Risulta che dal 2008 in avanti si è assistito alla diminuzione della domanda di trasporto tradizionale che ha determinato la riduzione della domanda di trasporto totale nonostante in questo periodo ci sia stato un aumento della domanda di trasporto ad alta velocità in seguito all'entrata in funzione di nuove tratte. Risulta tuttavia che l'aumento della domanda di trasporto sulle linee AV non è stata in grado di controbilanciare la riduzione della domanda di trasporto tradizionale (Primo rapporto annuale al Parlamento A.R.T. – Autorità di Regolazione dei Trasporti – Camera dei Deputati, 16 luglio 2014).

³⁷ E ciò considerando che, in modo sempre più evidente, anche per effetto della separazione tra regolazione e gestione imposta dal diritto comunitario e realizzatasi mediante la privatizzazione sostanziale (e a maggior ragione nei contesti in cui sono già realizzate vere e proprie liberalizzazioni), negli attuali servizi di pubblica utilità si riscontra un'alterazione significativa del modello tradizionale del servizio pubblico, nel quale, invece, la natura (pur assunta come) privata e paritaria del rapporto instaurantesi nella fase di gestione era significativamente compromessa dalla sostanziale (o, addirittura, in taluni casi anche formale) identità del soggetto gestore e di quello regolatore (G. DE CHIARA, *Dai servizi pubblici ai servizi di pubblica utilità*, cit., 787).

La dottrina ha ben evidenziato come l'identità di regolatore e gestore faceva sì che il «momento organizzativo del servizio orientato al perseguimento dell'interesse pubblico, prevalesse su quello erogativo del rapporto di utenza volto, invece, alla soddisfazione dell'interesse individuale di ciascun fruitore delle prestazioni» (G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in AA.VV., *Annuario 2001 AIPDA*, Milano, 142 e ss.).

³⁸ Bisogna tuttavia considerare che per quanto riguarda il settore del trasporto ferroviario nazionale Trenitalia la s.p.a. che fa capo a Ferrovie dello Stato (F.S.) che gestisce il servizio ferroviario appartiene allo stesso gruppo cui fa parte R.F.I., la s.p.a. che gestisce l'infrastruttura ferroviaria che è utilizzata anche dai concorrenti di Trenitalia.

Le Ferrovie dello Stato hanno affidato la gestione del servizio passeggeri a Trenitalia mentre la gestione delle linee ferroviarie (già F.S.) è stata affidata al gestore dell'infrastruttura R.F.I. – Rete Ferroviaria Italiana; Trenitalia e R.F.I. sono controllate al 100% da Ferrovie dello Stato. R.F.I. tra i compiti ha quello soprattutto

Quel che rileva è che la privatizzazione ha influito sul modo di intendere il servizio pubblico (reso al pubblico) sull'attività dei ge-

della manutenzione della rete, la gestione della circolazione su di essa, l'assegnazione della capacità ferroviaria (tracce orarie), la riscossione dei diritti di circolazione, l'attività di controllo delle società operatrici di servizi (imprese ferroviarie) per quanto riguarda la sicurezza della circolazione. Per quanto riguarda la funzione di regolare i rapporti tra le imprese ferroviarie e il gestore dell'infrastruttura R.F.I. essa viene esplicitata attraverso il prospetto informativo di rete - PIR. Sono note le polemiche per quanto riguarda il fatto che Trenitalia e R.F.I. sono solo teoricamente separate in base al decreto 138/2000, mentre tale separazione è solo sulla carta, e per il fatto che le compagnie ferroviarie concorrenti si sono trovate in un mercato nel quale l'operatore dominante riceve sussidi da parte dello Stato per poter offrire servizi concorrenziali. Dunque, in seno all'azienda ferroviaria integrata di proprietà statale, Ferrovie dello Stato S.p.A., si è verificata una suddivisione dei ruoli ed una separazione tra le strutture aziendali responsabili della gestione dell'infrastruttura e della produzione dei servizi di trasporto e la separazione non è stata solo contabile ma si sono create due distinte aziende: una appunto società di trasporto Trenitalia creata il 1° giugno 2000 (contestualmente al rilascio della nuova licenza di esercizio essa ha come missione di progettare ed erogare servizi per la mobilità di persone e merci) e quella responsabile per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale: Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (R.F.I.) che è stata costituita il 1° luglio 2001 in seguito appunto al fenomeno di liberalizzazione del settore ferroviario, processo che ha riguardato varie fasi. La prima si è avuta con l'emanazione del d.P.R. 8 luglio 1998 n. 267 che ha recepito la Direttiva n. 91/440CE e con l'emanazione del d.P.R. 16 marzo 1999 n. 146 che ha recepito le Direttive 95/18CE e 95/19CE. Tuttavia bisogna ammettere che *molti problemi sono nati dal fatto che la disponibilità della rete di erogazione del servizio è rimasta in capo all'operatore, se del caso ex monopolista e incumbent che opera a valle nella gestione del servizio, persino in posizione di dominanza* (F. CINTIOLI, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in D.A., n. 2/2007, 314).

La societalizzazione realizza la separazione tra attività di trasporto e attività infrastrutturali. Si è ritenuto in particolare che si sono instaurate in tal modo dinamiche cliente-fornitore tra le varie realtà del gruppo ferrovie dello Stato dando l'avvio al processo di decentramento di strumenti gestionali e di responsabilità (G. MASTRANDREA, *Le carte dei servizi ferroviari e la qualità della prestazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 3 e ss.). Secondo l'A. *punto di riferimento di questa evoluzione è la carta dei servizi che definiscono gli impegni che le imprese ferroviarie assumono nei confronti dei loro clienti in materia di qualità, informazione e sicurezza... trasparenza dei servizi resi al passeggero. Allorché ci si allontana sempre più dal regime di monopolio o di oligopolio e sulla strada della liberalizzazione l'utente viene ad avere una maggiore facoltà di scelta: ciò costituisce una spinta per l'impresa erogatrice a migliorare ed adeguare il servizio. In tal ottica la Carta dei ser-*

stori dei servizi e sui beni (reti) oggetto degli stessi che hanno un vincolo di destinazione³⁹, sono cioè strumentali alla gestione del servizio pubblico pur non avendo più la caratteristica della necessaria appartenenza al soggetto pubblico.

Caratteristica di tali beni è la destinazione alla soddisfazione di un interesse pubblico di rilievo economico e sociale seguendo un modello gestionale efficiente e regolato che presuppone un loro giusto incremento e valorizzazione.

In effetti, ancora oggi un elemento importante della nozione di servizio pubblico è rappresentato proprio da quei beni destinati al suo esercizio sulla cui natura (demanialità) non si è mai dubitato ma che in seguito alle privatizzazioni risultano privi dell'appartenenza soggettiva pubblicistica, sostituita da quella privata (s.p.a.) dei pro-

vizi contribuisce a specificare in concreto il contenuto dell'obbligo di prestare il servizio che non può più consistere in una prestazione indeterminata ed indefinita ma al contrario deve essere oggettivamente valutabile... E in riferimento al servizio ferroviario con la Carta dei servizi vengono definiti e resi pubblici gli obiettivi della qualità. Gli indicatori utilizzati riferiti a specifici aspetti del servizio hanno lo scopo di rendere misurabile e perciò oggettiva ogni singola performance aziendale... uno degli obiettivi della Carta dei servizi è la costante misurazione dei risultati. Occorre peraltro a tale fine effettuare un monitoraggio circa le performance aziendali (qualità erogata) e la misura del gradimento che i servizi offerti riscuotono presso la clientela attraverso indagini apposite della customer satisfaction qualità percepita.

³⁹ Sulla nozione di interesse pubblico rileva molto il regime dei beni. Sul punto cfr. F. CINTIOLI, cit., 305, che rileva che al tempo della costituzione dell'Ente Ferrovie dello Stato in luogo della preesistente azienda autonoma, l'art. 15, comma 2, della legge n. 210/1985 ha disposto che «i beni destinati a pubblico servizio non possono essere sottratti alla loro destinazione senza il consenso dell'ente» il che equivale a dire che permaneva il medesimo vincolo caratteristico della disciplina dei beni pubblici e che il garante della permanenza ed effettività del vincolo di destinazione era identificabile, appunto, nel proprietario. Questa disposizione è stata richiamata dall'art. 15 comma 1 del d.l. n. 16/1993 e riferita alle Ferrovie dello Stato S.p.a.. Una serie di richiami ha perpetuato questo sistema normativo anche nei riguardi di R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana, gestore dell'infrastruttura e destinataria del ramo d'azienda per la gestione della infrastruttura, art. 131 comma 1 legge 23 dicembre 2000 n. 388. Anche in questo comparto l'assunzione del classico interesse pubblico della p.A. proprietaria (o se si preferisce, di alcuni riflessi di questo) in capo alla società formalmente privata è un dato inconfutabile.

prietari e gestori delle reti ai quali è affidato il compito determinante del buon funzionamento di essi.

In realtà si ritiene che riguardo ad essi non ci sia stata una vera modificazione e che non siano «beni privati» dal momento che il regime a cui sono sottoposti ne sottolinea il carattere pubblico: la loro funzione è quella di garantire l'esercizio di un diritto di libertà (*parità delle armi* – Merusi), la libera concorrenza tra le imprese, l'accessibilità, il miglioramento della fruizione da parte degli utenti del servizio pubblico.

La commistione tra elementi pubblicistici e privatistici (profitto) non fa perdere di vista l'aspetto «pubblico» dei beni in questione per la presenza di regole particolari a tutela della loro efficienza, essendo questi beni funzionalizzati al raggiungimento di scopi di pubblica utilità e di fini di interesse generale⁴⁰ tenendo conto soprattutto delle regole a tutela della concorrenza tra gli operatori ma anche di quelle necessarie affinché il servizio si svolga secondo criteri di legalità.

Pertanto non è più rilevante la titolarità dei beni (reti) che sono comunque destinati, come sopra evidenziato, ad un pubblico servizio⁴¹ ma la loro efficienza essendo questi sottoposti ai poteri di vigi-

⁴⁰ Sembra che ormai nel tempo, in modo sempre più consistente è andata avanti una privatizzazione che, partendo dai soggetti pubblici, avrebbe investito i beni di loro proprietà. Si è posto l'accento sulla privatizzazione del regime giuridico di alcuni beni e da qui ha preso le mosse un dibattito volto a stabilire se si sia in presenza di una privatizzazione di beni diretta ovvero indiretta, sostanziale ovvero solo formale. (F. CINTIOLI, op. cit., 295). Le reti sono beni particolari anche a seguito della privatizzazione in quanto molti poteri di rango pubblicistico legati all'identificazione dei beni come pubblici ed alla vigilanza ed autotutela su di essi sono rimasti in capo alla p.A. però (in alcuni settori in maniera più evidente e in altri meno) sono state conferite ai soggetti privati importanti facoltà pubblicistiche derogatorie del diritto comune, che hanno il medesimo fine, che integrano il regime giuridico del bene e che confermano un dato di fondo di grande rilievo: che il privato non è affatto deresponsabilizzato rispetto alla funzione cui è destinata la rete e che questo coinvolge l'imputazione soggettiva di un interesse pubblico al proprietario avente per oggetto non già il profitto bensì l'effettiva continuità della missione all'interesse generale (F. CINTIOLI, op. cit., 307).

⁴¹ Per quanto riguarda i beni dell'ente pubblico economico (più tardi evoluto in s.p.a.) «Ferrovie dello Stato», esclusi dalla demanialità pur se destinati al pubblico servizio con la legge 17 maggio 1985 n. 210 (art. 15: «...piena disponibilità dei beni secondo il regime civilistico della proprietà privata... ma i beni destinati a pubblico

lanza e tutela riservati alla p.A.⁴². Nonostante la perdurante mancanza di una definizione di servizio pubblico⁴³ nell'ordinamento nazionale

*servizio non possono essere sottratti alla loro destinazione senza consenso dell'ente»)... (ciò è) utile a comporre un quadro di reale economicità ed efficacia dell'attività amministrativa di servizio di pubblica utilità... I beni strumentali rispetto al servizio pubblico non possono dunque restar soggetti se non alla disciplina dello specifico servizio al quale sono destinati, in particolare allo scopo di giovare alla reale utilizzazione economica di strumenti altrimenti sottoutilizzati. Può forse dirsi soppressa, di conseguenza, la «pubblicità necessaria» dei beni di patrimonio indisponibile destinati al servizio pubblico. Della loro amministrazione si renderà conto, come in precedenza, nelle sedi competenti, in particolare dinanzi alla Corte dei Conti, ma l'ordinamento evolve verso il loro impiego nel processo industriale con l'apprestamento di strumenti sempre più economici ed efficaci per il servizio pubblico, superando in tal modo, quando è necessario, la barriera del vincolo di pubblicità (V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità di Italia*, Napoli, 2012, 179-180).*

⁴² La gestione in regime di riserva e titolarità del bene si collegava tradizionalmente al fatto che l'Amministrazione assumeva in carico la responsabilità di un determinato servizio per venire meglio incontro alle esigenze della collettività territoriale avendo presente che naturalmente tale regime escludeva la concorrenzialità. Ma proprio quest'ultimo aspetto che si collega sempre di più alla rilevanza giuridica ed economica di un'attività «a disposizione del pubblico», degli utenti, mostra il mutamento nel modo di intendere il servizio da parte della dottrina e della giurisprudenza (v. A. POLICE, *Spigolature*, cit., 85). In particolare è stato osservato che l'intervento del pubblico potere è necessario a regolare un certo tipo di attività. v. R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussione e problemi*, Milano, 2008, 8 e ss.

⁴³ Riguardo a tale argomento bisogna riflettere sul fatto che la liberalizzazione di settori in precedenza gestiti da un unico operatore in regime di riserva stabilendo i casi in cui è «eccezionalmente» ammesso il conferimento di diritti speciali ed esclusivi, erode la nozione di servizio pubblico tradizionalmente intesa. Il servizio pubblico cessa di essere tale per divenire di pubblica utilità. Si è osservato che certamente la trasformazione del servizio pubblico in servizio di pubblica utilità si avverte proprio nella maggiore tutela che viene offerta agli utenti in seguito alle privatizzazioni e liberalizzazioni del settore ferroviario a) in quanto maggiori sono le fonti nelle quali l'utente può trovare regole che disciplinano i suoi diritti e i suoi interessi, b) maggiori sono i rimedi che si hanno a disposizione nei confronti del gestore (giurisdizionali, rimedi preventivi e alternativi, tutele in forma specifica), c) più efficaci sono i controlli, in particolare in ragione dell'azione delle autorità indipendenti di regolazione (U. FANTIGROSSI, *Il servizio pubblico ferroviario e la tutela degli utenti*, in *Amministrare*, Bologna, 2010, 151). L'A. ritiene che l'intreccio degli aspetti pubblicistici e privatistici si riverbera necessariamente sulla prestazione dei

e comunitario quest'ultimo ha influito tuttavia sul modo di intendere l'effettiva funzione, missione, a cui beni fondamentali come le reti sono serventi.

Di certo tale funzione in alcuni settori, tra cui quello ferroviario⁴⁴,

servizi ma si fa sentire anche sulla promozione della concorrenza; tra le linee di indirizzo della linea comunitaria c'è l'esigenza che essa sia compatibile con la necessità di assicurare e realizzare gli obiettivi del servizio pubblico nonché lo scopo di promuovere la coesione sociale e territoriale attraverso l'accesso di tutti i cittadini e di tutte le imprese a servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi abbordabili (144).

Risulta evidente tuttavia che il mondo dei servizi pubblici appare in gran parte restituito al mercato ed ormai lontano dalle regole dell'operare pubblico. Riguardo agli interessi della collettività, in seguito all'apertura al mercato, gli apparati pubblici deputati alla produzione diretta ed esclusiva dei servizi sono stati ridimensionati adottando la veste di società di capitali ove già non le possedevano. La privatizzazione ha conosciuto i tentativi degli Stati di mantenere speciali poteri pubblici di governance societaria rispetto a quelli ordinariamente riconosciuti dal diritto commerciale. Poteri in seguito ridotti a più riprese sotto la spinta della giurisprudenza comunitaria. La privatizzazione ha comunque dispiegato significativi effetti anche nel caso in cui il controllo degli operatori è rimasto saldamente pubblico; tra i più eloquenti la sottrazione delle reti infrastrutturali, da essi eventualmente gestite, al regime codicistico dei beni pubblici... Con l'apertura al mercato e la separazione tra gestione, generalmente in monopolio, delle reti e prestazione dei servizi (contendibile nel mercato) ed il riconoscimento agli operatori di un diritto di accesso, di interconnessione alle infrastrutture essenziali non duplicabili, proprio ed in riferimento ai servizi di interesse economico generale c'è la necessità che interessi diversi trovino un'armonizzazione e quindi proprio la presenza degli operatori determina che i loro interessi devono misurarsi con quelli di carattere generale sottesi alla tradizionale gestione pubblica (M. CAPANTINI, *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 72-73). Per quanto riguarda principi e regole e moduli nell'ambito dei servizi «avviati al libero mercato» questi in realtà mirano a garantire risultati, primo fra tutti il corretto funzionamento tecnico del settore ma anche la possibilità che in esso si sviluppino dinamiche concorrenziali che difficilmente potrebbero essere assicurate dalla sola applicazione di regole e principi civilistici, primo fra tutti quello di buona fede (op. cit. ult., 90).

⁴⁴ Il servizio ferroviario rientra tra i servizi di interesse economico generale mentre non rientrano in questa categoria ad esempio la scuola dell'obbligo, la previdenza sociale, le attività di esercizio delle potestà sovrane quali la sicurezza pubblica, la giustizia, lo stato sociale. Il servizio di interesse economico generale include in sé il servizio universale che è rappresentato da un nucleo centrale di servizi di carattere essenziale – insieme minimo di servizi – il cui standard qualitativo sia ac-

è fortemente influenzata dalle fluttuanti condizioni economiche e da scelte politiche spesso orientate alla prevalente soddisfazione di determinati interessi pubblici rispetto ad altri pure rilevanti avendo presente che la mobilità, il trasporto afferiscono a diritti delle persone, imprescindibili, fondamentali, il cui soddisfacimento, di certo, ha come presupposto la predisposizione di regole e provvedimenti chiari. Sembra che il mercato pur liberalizzato deve essere idoneo ad assicurare, grazie ad una pluralità indeterminabile a priori di operatori⁴⁵ la for-

cettabile, che deve essere fornito in ciascun stato membro ad un prezzo accessibile a tutti gli utenti, indipendentemente dalla localizzazione geografica.

⁴⁵ v. A. POLICE, *Spigolature*, cit., 91, secondo cui *la convinzione che la decisione (discrezionale) di assumere in carico all'Amministrazione un certo servizio per meglio incontrare le esigenze della collettività territoriale è il perno su cui ruota tutta la nozione di servizio pubblico, cosicché anche il rapporto con l'interesse (altrettanto rilevante) all'apertura al mercato ed alla concorrenza non può risolversi in una scontata prevalenza dei secondi*. L'A. evidenzia inoltre che in occasione della predisposizione del testo relativo alla Costituzione Europea, del resto, si era deciso di non rinnegare la natura composita della nozione di servizio pubblico (anche locale), affidando piuttosto la funzione di mediazione concreta tra le riferite esigenze alle amministrazioni nazionali: l'art. III - 122 della Costituzione infatti prevedeva che «fatti salvi gli articoli I-5, III-166, III-167 e III-238 e in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale in quanto servizi ai quali tutti nell'Unione Europea 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, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. La legge europea stabilisce tali principi e fissa tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto della Costituzione, di fornire, far eseguire e finanziarie tali servizi» (92). La nozione di servizio pubblico non può essere rapportata al tipo di gestione che può essere anche privata ma alla sua titolarità. Il fattore che differenzia il servizio pubblico da un'attività anche oggettivamente analoga è la valutazione effettuata dalla pubblica Amministrazione sulla «doverosità» del porre tale servizio a disposizione dei cittadini. Momento fondamentale delle vicende di un servizio pubblico è infatti quello in cui l'ente politico assume su di sé la titolarità del compito-servizio.(87).

Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 252 e ss.

Deve ammettersi che nel comparto locale invece il mercato non mostra generalmente un equivalente grado di maturità, come conferma il fatto che le misure di liberalizzazione disposte in sede comunitaria non abbiano inciso direttamente anche

nitura di attività essenziali a prezzi accessibili: ciò presuppone ovviamente una serie di azioni e progetti mirati in grado di far da contrappeso alla instabilità del mercato stesso.

Proprio la rilevanza economica del bene gestito secondo regole (anche di mercato) e la necessità che sia soddisfatto l'interesse generale e garantita la libertà di iniziativa economica d'impresa e la concorrenza tra gli operatori, la sottrazione dei beni gestiti al regime dei beni pubblici, fanno pensare che il servizio ferroviario – nazionale – di pubblica utilità è ormai sempre più attratto nell'orbita del mercato, di un'economia regolata, piuttosto che nell'ambito di un'economia caratterizzata, finora soprattutto, da prestazioni amministrative⁴⁶.

su questo segmento consentendo il permanere dei tradizionali modelli di intervento pubblico attraverso il diaframma della provvista/assunzione di responsabilità da parte degli enti locali di «beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale» – art. 112 d.lg. 267/2000 T.U.E.L. (C. ACOCCELLA, I servizi pubblici tra regolarizzazione e liberalizzazione: i recenti sviluppi nel comparto locale, in G. PALMA (a cura di), Lezioni, Napoli, 2011, 33-34). Quella di servizio di pubblica utilità appare la definizione più appropriata a descrivere limitatamente al piano nazionale, la realtà dei c.d. servizi a rete rispetto ai quali i processi di privatizzazione e di liberalizzazione appaiono, se non compiuti, irreversibile... l'esito che i processi di liberalizzazione e connessa armonizzazione si propongono di realizzare è il superamento, pur con una certa gradualità, peraltro disomogenea, nei diversi settori presi in considerazione, dei regimi di riserva. L'apertura a tutti gli idonei di spazi precedentemente occupati dal monopolista pubblico si accompagna alla previsione di una disciplina regolatoria tesa a garantire il funzionamento di mercati nei quali nonostante l'avvenuta liberalizzazione, permangono barriere tecniche, e la determinazione delle condizioni di offerta sia fortemente falsata dalla posizione dominante dell'ex monopolista (op. ult. cit., 30).

Vediamo che nella nozione servizi pubblici ci si riferisce a quei servizi erogati all'utenza a condizioni diverse da quelle di mercato, sulla base di una previsione legislativa e di incarico dell'amministrazione (S. CASSESE, op. cit., 40 e ss.)

⁴⁶ Risulta che da un punto di vista economico le imprese concorrenziali vendono agli utenti un servizio così come gli organismi pubblici erogano, in regime di esclusiva, lo stesso servizio: F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, Annuario AIPDA 2001, Milano, 65-66, secondo cui la concorrenza è contraddittorio ad armi pari, quando il contraddittorio non c'è l'autorità regolatrice deve crearne i presupposti o simulare con propri provvedimenti gli effetti di un contraddittorio inesistente... Come nel processo l'attività di regolazione non è che l'esercizio di un potere ordinamentale per determinare l'effettività del contraddittorio di tutte le parti

Si ritiene tuttavia che la pubblicità, caratteristica fondamentale dei servizi, in particolare di quelli a rete, come già evidenziato, permanga

*che «concorrono» su di un determinato mercato «rilevante» ai fini della regolazione... La regolazione non ha nulla a che fare con il servizio pubblico anche se (rimane) pur sempre l'onere di servizio universale imposto a quasi tutti i servizi pubblici introdotti o in via di introduzione, in un libero mercato (68). La programmazione e gli atti di indirizzo similari contenevano norme sostanziali sull'esercizio del diritto di libertà economica, la regolazione stabilisce soltanto regole processuali perché tutti i cittadini possano esercitare ad armi pari la stessa libertà consistente nella possibilità di concorrere in un mercato «rilevante» cioè in un luogo giuridico nel quale si possa formare un *litis consorzio* tra tutti gli interessati al contraddittorio (67). Evidenza inoltre opportunamente l'A. che tutti i cittadini hanno pari diritti di libertà economica, perché libertà politica e libertà economica coincidono e sono entrambi riassunti nel diritto di cittadinanza, gli oneri di servizio universale dettano norme per correggere una asimmetria del mercato rappresentata dal fatto che alcuni utenti marginali non potrebbero partecipare al contraddittorio *litis consorzile*. Tutti gli interessati ad un mercato rilevante debbono poter partecipare al contraddittorio concorrenziale, le imprese così come i cittadini utenti, perché si ritiene, nel nuovo assetto costituzionale determinato dalla comunità europea, che la libertà politica coincida con la libertà economica e che il luogo di esercizio della libertà economica sia il mercato... (69).*

*La regolazione non è un pubblico servizio.. e anche le regolazioni transitorie verso il mercato nonché i c.d. oneri di servizio universale, altro non sono che forme di regolazione del mercato, molti potrebbero obiettare che il servizio pubblico rinasce come la fenice dalle sue ceneri attraverso l'imposizione di obblighi di pubblico servizio ad imprese concorrenziali. le regolazioni transitorie Imposizione di oneri che rimetterebbe in discussione anche la natura regolativa del c.d. servizio universale o dei servizi economici di interesse generale di cui all'art. 16 del Trattato... sarebbe inutile o illusorio chiamarli regolazione se poi tali oneri imponessero alle imprese di erogare prestazioni amministrative del tutto identiche a quelle dei tradizionali servizi pubblici, al di fuori di un mercato, senza concorrenza e senza neppure la prospettiva di un mercato concorrenziale... La regolazione non è un fenomeno limitato a settori e neppure, in particolare, a settori nei quali esisteva prima un'erogazione di prestazioni amministrative in regime di «esclusiva» sul modello dei pubblici poteri, bensì un fenomeno generalizzato inteso a ricomprendere in un *litis consorzio* necessario tutti i soggetti interessati ad un mercato «rilevante». Fermo il principio che il mercato concorrenziale, il contraddittorio generalizzato tra le parti interessate, delle imprese tra di loro e degli utenti interessati, gli oneri di servizio pubblico altro non sono che provvedimenti di regolazione intesi a garantire artificialmente con strumenti giuridici... la *par condicio* tra gli attori del mercato..... Coinvolgimento dei destinatari in un mercato concorrenziale e proporzionalità delle misure adottate con l'esistenza e la conservazione di un mercato concorrenziale sono i parametri di*

pur dopo il loro passaggio dalla mano pubblica a quella privata. Essa persisterebbe indipendentemente dalla natura pubblica e privata di chi gestisce l'attività per il fatto che assume rilevanza particolare il loro soddisfacimento a bisogni che sono *generalmente avvertiti come primari e si pongono a loro volta come oggettivamente pubblici*⁴⁷.

In effetti, se il servizio pubblico può essere talora ancorato al regime del monopolio o della riserva, sotto la spinta del diritto comunitario, di certo risulta sempre più evidente la sua missione consistente nell'esercizio di un'attività economica di interesse generale⁴⁸, assumendo grande rilievo soprattutto il profilo teleologico del servizio e le modalità con cui esso è organizzato; queste ultime a loro

giudizio della legittimità dell'imposizione dei c.d. oneri di pubblico servizio. Non si tratta pertanto di provvedimenti liberi, dipendenti da valutazioni esclusivamente politiche... bensì di provvedimenti che sono legittimi solo se orientati alla creazione di un mercato concorrenziale in cui attraverso la parità delle armi, creata, se necessario, artificialmente, tutte le parti interessate possono fruire del medesimo diritto di libertà economica (75 e ss.).

⁴⁷ Sul punto v. F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete*, in *Studi diretti da F.G. Scoca*, Torino, 2005, secondo cui il servizio pubblico, in forza della natura dell'attività in cui si sostanzia, «sopravvive» alla sua privatizzazione e, conseguentemente, esso può riconoscersi, proprio come sostenuto nelle teorie oggettive, anche in un'attività svolta da uno (o più) soggetti privati... è convinzione diffusa... che se la «naturale» capacità del servizio pubblico (ovverossia dell'attività in cui esso si concretizza) di dare risposta ad esigenze insopprimibili della collettività comporta la «doverosità» della sua offerta al pubblico e, conseguentemente, fa sorgere in capo al soggetto pubblico (allo Stato o all'ente pubblico) il dovere di «occuparsi» di esso affinché le relative prestazioni vengano ad essere effettivamente fornite, non necessariamente, però, a tale compito il soggetto pubblico debba assolvere attraverso la gestione diretta del servizio (tantomeno poi in regime di riserva). Di qui il crescente favore istituzionale verso forme di intervento soltanto indiretto dei pubblici poteri nel settore dei servizi di pubblica utilità, ed in particolare verso forme di regolazione, le quali vengono considerate parimenti se non maggiormente efficaci, rispetto alla soluzione – pressoché indiscussa in passato – della gestione diretta... per garantire gli interessi generali sottesi alla erogazione dei servizi... (29-30).

⁴⁸ Il servizio di interesse generale comprende i servizi forniti dietro retribuzione o meno, considerati di interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al servizio pubblico. I servizi di interesse generale (di carattere industriale e commerciale) sono attinenti alle attività a carattere industriale e commerciale fornite a titolo oneroso e la cui offerta deve essere rispondente ai principi di continuità, uguaglianza, trattamento, adattamento ai bisogni.

volta dipendono dalle singole scelte dei vari Stati dell'Unione ma in gran parte anche dalla politica economica elaborata dalla Comunità.

Su di esso esercitano una forte influenza sia le variazioni dei mercati (fluttuazione) sia la prescrizione degli specifici obblighi di servizio pubblico che si ricollegano alla missione (pubblica) e dunque anche all'assolvimento del c.d. servizio universale che tramite di esso si espleta al servizio del cittadino. Attraverso la liberalizzazione del servizio ferroviario si realizzerebbe quell'interesse generale europeo che richiede soprattutto la promozione di una serie di azioni caratterizzate dal dinamismo e dall'efficienza, in grado di determinare l'integrazione economica dell'Europa, che si fonda su un mercato interno ma anche su una politica di coesione sociale e sul temperamento tra mercato interno e obiettivi di interesse generale, fermo restando che deve essere garantita la libera circolazione dei servizi e il principio di libera concorrenza⁴⁹.

Ciò in linea con un consolidato orientamento della Comunità eu-

⁴⁹ Determinanti sono gli orientamenti politici della Commissione sui servizi di interesse generale della Comunità Europea. La Commissione distingue tra servizi di interesse generale a carattere non economico (che costituiscono prerogative inerenti alla potestà pubblica) e di interesse economico generale che non possono essere trattati allo stesso modo, così come stabilisce il Trattato. *I servizi di interesse economico generale menzionati dal Trattato all'art. 90 designano servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono missioni di interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico. È questo in particolare il caso dei servizi resi dalle reti di trasporto, di energia e di comunicazione. Tuttavia, le missioni affidate ai servizi di interesse generale e i diritti speciali ed esclusivi che ne possono derivare discendono in ogni Stato membro da considerazioni anch'esse di interesse generale quali, segnatamente, la sicurezza dell'approvvigionamento, la tutela dell'ambiente, la solidarietà economica e sociale, la sistemazione generale del territorio, la promozione degli interessi dei consumatori* (E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 201). L'A. evidenzia che la comunità respinge la nozione soggettiva del pubblico servizio (che è tale in quanto sia assunto da un pubblico potere, nazionale o locale), come pure la nozione soggettiva di interesse pubblico, che non può coincidere con l'interesse anche organizzativo del titolare delle funzioni alle quali il servizio è collegato; ma punta la propria attenzione esclusivamente sul contenuto, cioè sul profilo oggettivo e teleologico del servizio pubblico: cioè alle missioni e alle condizioni alle quali esso è svolto. Da ciò l'interesse generale comunitario che coincide senza residui con l'interesse del pubblico, non con l'interesse pubblico (203).

ropea che nutre un chiaro disfavore verso monopoli di servizi sia pubblici che privati. E dal momento che questi devono aprirsi sempre più alla concorrenza, risulta evidente che i servizi pubblici a rete (di interesse economico generale) sono servizi «resi» al pubblico. Gli obiettivi e la missione specifica che attraverso di questi si realizza non sono espressione di una funzione amministrativa diversamente da quelli la cui funzione si collega strettamente a potestà pubbliche quali la sicurezza, la giustizia, la diplomazia, lo stato civile: per i primi viene meno lo stretto legame con un potere espressione di un interesse pubblico servente una pubblica funzione.

Essi non si collegano più tanto a prerogative inerenti a potestà pubbliche⁵⁰ ma, assolvendo a scopi di interesse generale, si collegano soprattutto ad interessi e diritti della generalità degli utenti e delle imprese nei rapporti tra loro.

Quel che appare rilevante sono non solo i precisi obblighi di servizio⁵¹ pubblico a cui l'attività economica è assoggettata dagli Stati

⁵⁰ In riferimento a ciò è stato osservato che *muta l'inerenza del servizio pubblico all'interesse: non è più l'interesse pubblico, in quanto interesse soggettivo dell'Amministrazione titolare delle relative funzioni amministrative; l'interesse pubblico designa invece l'interesse del pubblico, cioè della collettività degli utenti attuali o potenziali. Si allenta così anche il collegamento tra titolarità di funzioni amministrative e servizi pubblici strumentali, del resto già denotato nell'art. 22, legge 8 giugno 1990 n. 142.*

*Il servizio non è pubblico in quanto collegato all'esercizio di una funzione amministrativa di competenza dell'ente pubblico di riferimento (ad es. il Comune, la Provincia, la Regione) ma in quanto corrisponde ad un'esigenza del pubblico di utenti, cioè di una collettività locale o nazionale, che deve essere adeguatamente soddisfatta dai titolari delle funzioni pubbliche. Anche sotto questo profilo la funzione collegata al servizio pubblico non è più un potere, bensì un obbligo, cioè un compito: rovesciandosi così l'impostazione tradizionale, è la funzione amministrativa ad essere strumentale alla prestazione del servizio, in quanto rappresenta il modo per organizzarlo efficientemente. La concessione del pubblico servizio è un provvedimento organizzativo, nell'interesse del pubblico, cui corrisponde un interesse generale della Comunità e non nell'interesse pubblico settoriale istituzionalmente attribuito all'Amministrazione che deve normativamente organizzare tale servizio (E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., 200).*

⁵¹ Nel servizio universale si ritiene sia racchiuso il nocciolo della vecchia nozione di servizio pubblico (S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, cit., 14 e ss.). In particolare è stato osservato che la previsione di obblighi di

membri quanto la differente operatività, la diversificazione delle modalità attraverso le quali essa viene esercitata e dunque la regolazione a cui è sottoposta.

Com'è noto, indipendentemente da come viene organizzato il ser-

servizio pubblico o universale non si rivolge direttamente agli operatori del settore (e, di riflesso, agli utenti) ma si dirige in via immediata alle amministrazioni traducendosi nella responsabilità del servizio pubblico, nel compito pubblico di garantire la costante interpretazione del bisogno collettivo e il costante adeguamento ad esso dei servizi e dunque in quello di provvedere affinché le prestazioni siano rese in modo efficiente ai cittadini. E dunque *Si tratta di potestà non regolative ma di tipo conformativo e di cura completa degli interessi pubblici così confermati, che implica ponderazione di interessi e scelte di priorità e che paiono coesenziali alla nozione di servizio pubblico, in quanto riconducibili al fondamentale principio di adeguatezza e di costante adattamento delle prestazioni al bisogno collettivo, potestà che pertanto parrebbero consentire di delineare un ambito coperto da una riserva di amministrazione democraticamente legittimata* (E. SCOTTI, *op. cit.*, 333).

Inoltre, secondo l'A., *nelle caratteristiche essenziali del servizio universale i primi interpreti hanno ritrovato il «nocciolo duro» del servizio pubblico e i suoi elementi impliciti, e mentre i fautori del nuovo istituto (servizio pubblico comunitario) rinvenivano nella sua matrice comunitaria e nella obbligatorietà della sua stessa istituzione un rafforzamento della tutela degli utenti, in senso critico si osservava, specie da parte degli interpreti d'oltralpe, come il servizio universale non fosse altro che una riedizione comunitaria del servizio pubblico, diversa da quella tradizionale e riduttiva, in quanto ispirata all'idea del servizio minimo limitato alla sola soddisfazione degli interessi vitali della collettività. In tale prospettiva sono comunque apparse riferibili al servizio universale le categorie tradizionali: quelle del servizio pubblico in senso soggettivo, secondo alcune letture, e, secondo altre, quella della programmazione e del controllo (dunque del servizio pubblico in senso oggettivo) ricondotta, per adeguarle al lessico contemporaneo, alla nozione di regolazione; altra dottrina si è invece riferita alla regolazione in un'ottica di rottura concettuale rispetto alla tradizione del servizio pubblico. In tale prospettiva la regolazione è stata concepita nel suo più rigoroso significato di «formulazione di regole condizionali concernenti i rapporti interprivati a tutela di interessi (non pubblici in senso tradizionale) ma oggettivi della collettività nell'ambito di un'economia ispirata al mercato concorrenziale» (F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., 64) che dunque, nulla avrebbe a vedere con la programmazione che comprende norme sostanziali sull'esercizio del diritto di libertà economica e costituisce uno strumento tipico dei sistemi collettivistici né con il servizio pubblico, sia pure inteso in senso oggettivo, risolvendosi il servizio universale in misure regolatorie ci sarebbe pertanto il totale superamento della nozione di servizio pubblico nell'area dei servizi (ex pubblici) di interesse economico, la cui realtà si ritiene invece costituita dai mercati regolati* (E. SCOTTI, *op. cit.*, 325 e ss.).

vizio pubblico nell'ambito di ciascun Stato e quindi indipendentemente dalla politica economica adottata da ciascuno di esso, nella gestione di un'attività economica del servizio pubblico devono essere comunque rispettati quei principi costituzionali degli Stati membri della C.E. che sono la parità di accesso, l'universalità, la trasparenza, la continuità. E proprio la prevalenza del tipo di obiettivo da realizzare attraverso un servizio reso al pubblico rispetto alla status di diritto pubblico/privato delle imprese, la doverosità della vigilanza sui comportamenti di queste, la produzione vasta di norme e di azioni (progetti, iniziative di ricerche di sviluppo ecc.) attestano il mutamento del modo in cui esso è inteso: attraverso di esso si deve realizzare un risultato, un compito che doverosamente deve essere organizzato in modo efficiente e dinamico nel rispetto del generale principio di sussidiarietà⁵².

Posto che il servizio di interesse economico generale deve raggiungere la sua missione in base alle comuni regole di mercato al fine di favorire la crescita e l'ottimizzazione degli scambi economici così come vuole il modello comunitario (concorrenza nel mercato) in base a una competizione tra più operatori che svolgono una stessa attività di impresa, forti interessi vengono ad accentrarsi sull'attività di iniziativa privata ma talora, per scelta dell'Amministrazione, un'attività viene riservata al pubblico potere. In questo caso l'attività può essere ricondotta certamente al servizio pubblico come nel caso in cui la sua istituzione rappresenta l'esecuzione di previsioni di legge; esso sussiste anche in caso di fallimento del mercato per l'incapacità dei privati a fornirlo secondo determinate garanzie per la qual cosa si rende necessario l'intervento diretto del soggetto pubblico nella produzione ed erogazione del servizio⁵³.

Il servizio pubblico risponde ad un certo tipo di interesse, ulteriore rispetto a quello che è alla base del servizio «reperibile» nel mercato e soggetto alle sue leggi e a quelle della concorrenza: quest'ultimo di certo ha una «missione» le cui motivazioni sono in parte di-

⁵² Art. 3 del Trattato di Maastricht.

⁵³ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 216 e ss.; v. anche L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001.

verse rispetto a quelle che giustificano l'assunzione del servizio (pubblico)⁵⁴ da parte delle amministrazioni.

Così come è inteso il servizio a rete risulta dunque rispondente agli interessi di integrazione del mercato e a quelli della collettività statale e assolve al diritto basilare della mobilità delle persone e delle merci, ad assicurare un'integrazione tra i mercati⁵⁵ ed essere un'occasione di sviluppo economico.

Tuttavia non si può trascurare il fatto che gli interessi della collettività statale unitariamente considerati non sempre sono stati rispondenti agli interessi delle collettività e delle comunità territoriali locali che di queste fanno parte e che responsabilmente devono poter contribuire, come è stato evidenziato in dottrina, a scegliere il proprio sviluppo economico e sociale⁵⁶; sono note infatti le opposi-

⁵⁴ Sono stati sottolineati gli equivoci derivanti dal carattere polisenso intrinseco alla locuzione «servizi pubblici», equivoci in larga misura riconducibili a non sorvegliati atti comunitari che hanno smarrito l'originaria consapevolezza che una cosa sono i servizi di cui l'Amministrazione abbisogna e ne ricerca il fornitore nel mercato, altra quelli che intende assicurare ai cittadini tramite prestazioni dirette o indirette proprie (R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., VIII).

⁵⁵ È stato osservato che di recente l'A.G.C.M. riguardo alla situazione attuale ha lamentato la presenza ancora di barriere all'entrata dei potenziali concorrenti, dei legami proprietari tra R.F.I. e Trenitalia, la mancata chiarezza delle linee di confine, in termini contabili, tra servizio pubblico sussidiato universale e servizio commerciale con segnalazione del 1° giugno 2009 *Definizione di servizio universale nel trasporto ferroviario e affidamento dei conseguenti oneri di servizio* sarebbe quindi necessaria una concorrenza anche per la gestione dei servizi universali sussidiati al fine di minimizzare le risorse necessarie per lo svolgimento del servizio pubblico. C'è da chiedersi al riguardo se il margine di profitto richiesto dai privati (che altrimenti non intraprenderebbero tale attività) per l'esercizio del servizio universale, margine da includere nell'ammontare del sussidio, possa realmente essere compensato quantitativamente da eventuali diminuzioni di costo del servizio tramite potenziali aumenti di efficienza (L. DORATO, *op. cit.*, 230).

⁵⁶ V. I. M. MARINO, *L'uso del territorio*, Milano, 2004, 29, secondo cui se le libertà e gli interessi dei singoli si confrontano sul territorio e nel mercato con le esigenze e gli interessi dei gruppi, delle comunità e delle collettività, le risposte non possono essere assicurate soltanto dal diritto (forse meglio, dal modo tradizionale di intendere il diritto) o dalle leggi «economiche», ma, in maniera ben più impegnativa, da sentimenti e costumi tradotti in sentimenti e costumi politici. Secondo l'A. le infrastrutture sono di per sé un grande business, la loro natura strumentale deve metterle invece a servizio di interessi che non sono quelli di «mercato» delle infrastrut-

zioni e i contrasti forti verso determinate scelte: se certamente il potenziamento e la creazione di determinate infrastrutture può incidere molto sulle risorse a disposizione di ciascun territorio e sulla sua crescita, certamente potrebbe essere negativa la tendenza verso un sistema centralistico di gestione delle infrastrutture⁵⁷.

Determinate decisioni infatti se da una parte determinano il ne-

ture, bensì quelli dei territori e delle comunità serviti dalle infrastrutture. Sono le infrastrutture che devono essere calibrate agli interessi dei territori e delle comunità, che devono subire, per così dire, le sorti (giuridiche) delle articolazioni della collettività (Repubblica, art. 114, comma 1, Cost.) in modo da essere adeguate alle vocazioni, alle scelte, alle libertà (ultimo comma dell'art. 18 Cost.), alle autonome responsabilità di tali articolazioni... La complessità del riferimento alle infrastrutture dei trasporti, peraltro, è il riflesso dell'andamento complessivo dei sistemi contemporanei, frutto di un intenso dialogo fra globale e locale che ha comportato non soltanto il formale capovolgimento del rapporto centro/periferia, con l'altalenante voglia di renderlo effettivo o di ritornare alle preminenze centralistiche ma ha anche reso «tutti interessati a tutto» anche alle infrastrutture dei rapporti (254-255). Occorre sottolineare che è oggi impossibile ritenere che un'infrastruttura dei trasporti, sol perché suscettibile per le sue dimensioni di una valutazione con riferimento ad interessi nazionali o transnazionali non rilevi per i comuni e per le province o per le città metropolitane o per le regioni ovvero per i cittadini che impattano positivamente o negativamente con quella infrastruttura... l'infrastruttura dei trasporti va valutata piuttosto in termini di principi riferiti al nuovo sistema che non in termini di separazione di attribuzioni e competenze... la tendenziale ricerca del giusto equilibrio tra esigenze unitarie e valorizzazione locale si coglie agevolmente dal Trattato dell'Unione europea, da Maastricht in poi, dove le esigenze di consolidare un mercato unico sono bilanciate dalla costante attenzione alla protezione dell'uomo (salute, ambiente) e delle sue vocazioni (sviluppo armonioso e sostenibile, qualità della vita), a partire dagli artt. 2 e 3 del Trattato stesso (256-257).

⁵⁷ Sulla circostanza che il sistema centralistico di gestione delle infrastrutture rischi di creare «privilegi monumentali» senza riuscire a risolvere i problemi più comuni dei trasporti (snodi intorno alle città, stazioni e ammodernamenti delle reti esistenti, e così via) rivelandosi una manna per le banche e per poche imprese, opinionisti ed economisti hanno già avuto modo di esprimersi, anche con riferimento al «collegato» sulle infrastrutture, esaminando l'ampia possibilità di ricorrere ai subappalti e i rischi che questo comporta. Il compito del giurista non è tuttavia quello di riprendere tali considerazioni, ma quello di interrogarsi se oggi, in base all'ordinamento vigente, la modernizzazione del Paese anche con riferimento alle infrastrutture dei trasporti, compete (allo Stato amministratore o) allo Stato legislatore, al di là dei principi fondamentali in materia, e la risposta non può che essere negativa (I. M. MARINO, *L'uso del territorio*, cit., 260).

cessario collegamento delle infrastrutture dei trasporti con i mercati finiscono per influire sull'autonomia delle articolazioni locali che, essendo parte del tessuto di cui si compone la nazione, devono poter prendere attivamente parte a decisioni che non possono non avere come punto di riferimento la valorizzazione del proprio territorio. Ciò mette sempre in gioco il problema delle competenze la cui soluzione certamente riguarda i rapporti Stato-Regione dal momento che è ancora presente l'intenzione di modificare nuovamente il Titolo V della Costituzione.

3. – Molti sono i problemi che si collegano all'esercizio ferroviario tra questi quello relativo alle priorità (scelte) nell'ambito della realizzazione e della progettazione delle opere infrastrutturali, quello relativo al facile contrasto di interessi tra soggetti proprietari e gestori dei beni ferroviari e loro eventuali concorrenti a causa del ruolo ambivalente di R.F.I. s.p.a., nello stesso tempo soggetto regolato e soggetto regolatore, riguardo alla locazione delle tratte ferroviarie⁵⁸, e ancora quello relativo alla scarsità delle reti dovuto agli esigui investimenti talora effettuati in modo discriminante e necessari ad incentivare la concorrenza nel settore⁵⁹, e quello attinente al-

⁵⁸ Direttiva n. 91/40CE art. 6.1. e Direttiva 2001/14CE, art. 4 punto 2. In base a tali Direttive qualora il gestore della rete sia verticalmente integrato può solo percepire i diritti di passaggio, i frutti dello sfruttamento economico della rete, ma non può occuparsi della ripartizione della capacità della rete stessa né della fissazione dei corrispettivi in quanto si trova in conflitto di interessi rispetto alla rete. La Direttiva 2001/14 CE richiede che il gestore verticalmente integrato non abbia alcun potere decisionale: la ripartizione della capacità dovrà essere svolta da un soggetto dipendente dalle imprese di servizio, almeno sul piano giuridico, organizzativo e decisionale. In particolare l'A.G.C.M. ha sottolineato l'esigenza di procedere, vista l'insoddisfazione dell'attuale configurazione del soggetto gestore della rete di procedere alla separazione della stessa auspicando un tipo di separazione proprietaria (v. A.G.C.M. AS 265 del 7.8.2003 e anche parere del 13 agosto 2003 sulla separazione tra gestione delle infrastrutture e servizi di trasporto ferroviario).

⁵⁹ v. Cass. civ., Sez. II, 11.6.2012 n. 9460: *Le strade ferrate incluse nel demanio pubblico a norma dell'art. 822, 2° comma c.c., comprendono il suolo e le essenziali strutture necessarie al funzionamento delle linee mentre fanno parte del patrimonio indisponibile ai sensi dell'art. 826, ultimo comma c.c. il materiale rotabile e gli edi-*

l'assetto proprietario⁶⁰ che rimanda alla natura dei beni (infrastrut-

fici non inerenti alle strade ferrate destinate al pubblico servizio ferroviario. Cfr. anche sentenze n. 17387/2004, n. 1466/2008.

La suddivisione dei beni attinenti al patrimonio ferroviario è stata considerata spesso farraginosa e formalistica. Si basa, com'è noto, sull'art. 822 c.c. secondo cui appartengono alcuni beni necessariamente al demanio dello Stato con una forma «forte» di tutela di carattere pubblicistico (art. 824 comma 2 c.c.) ovvero il demanio marittimo, idrico, militare; ma ci sono beni in cui sono indicati (art. 822 comma 2) una serie di beni costituenti il c.d. demanio accidentale o eventuale che sta a significare che questi possono anche appartenere a privati ma se appartengono ad enti territoriali sono soggetti al rigoroso regime dei beni demaniali; tra questi rientra il demanio ferroviario. Tuttavia si è ritenuto spesso che questi beni facciano parte del c.d. patrimonio indisponibile la cui caratteristica è la destinazione pubblica a cui non possono essere sottratti *se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano*. Essi non sono dunque assolutamente incommerciabili come i beni demaniali mentre per essi è rilevante il vincolo di destinazione (non possono ad esempio essere espropriati). La dottrina si è affannata spesso a superare la mera casistica indicata dal Codice cercando di effettuare una più netta distinzione dei beni demaniali e le categorie a cui fa riferimento la disciplina del Codice risulta incompleta e soprattutto non è tassativa dal momento che non comprende i beni che sono stati successivamente trasferiti alle Regioni. È stato osservato in particolare che *il carattere di indisponibilità attinente a un bene pubblico è dovuto a un atto di destinazione di natura legislativa, statale o regionale o a un provvedimento dell'Amministrazione che li destina a un determinato servizio secondo poi un'impostazione più sostanziale e dovuta alla loro concreta utilizzazione a fini pubblici* (P.M. ZERMAN, *Il federalismo demaniale tra interesse della comunità e risanamento del debito*, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁶⁰ A proposito della scarsità delle reti e degli investimenti degli ex monopolisti pubblici verticalmente integrati ma anche riguardo ai comportamenti talora opportunistici degli operatori delle reti a seguito delle liberalizzazioni, è stato sottolineato che *come insegnano gli economisti, quando dopo la liberalizzazione di un settore la rete viene lasciata nelle mani dell'ex monopolista, questi ha un incentivo precipuo a non realizzare investimenti in ampliamenti delle reti giacché essi andranno a vantaggio dei concorrenti e le nuove linee saranno assoggettate agli obblighi di accesso e di interconnessione* (F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, vol. VI, Padova, 2008, 181). *Nel caso delle ferrovie, come in qualche altro settore gestione e proprietà degli asset rimangono in capo all'unico soggetto esistente prima della privatizzazione formale* (174).

Si è rilevato inoltre che riguardo al problema se F.S. s.p.a. sia o meno titolare o concessionaria dei beni demaniali pare non potersi qualificare nemmeno come concessionario dei beni demaniali patrimoniali indisponibili tale società per il fatto che la proprietà rimane in capo allo Stato concedente in quanto *l'art. 43 comma 2*

ture⁶¹ – rete), appartenenti alla società Ferrovie dello Stato s.p.a. (ora Trenitalia); beni che hanno certamente una loro peculiarità: peculiarità sotto il profilo della loro rilevanza strategica, economica, sociale, della coesione territoriale e rilevanza ambientale.

Di certo c'è sempre stata la volontà del legislatore a lasciare in proprietà (quasi) totalmente pubblica la proprietà del bene rete (infrastrutture e sue pertinenze) e dunque la sua titolarità, vuoi per la forte rilevanza pubblica e sociale del bene in questione, vuoi probabilmente per la maggiore capacità di garantire in tal modo la soddisfazione di interessi pubblici e diritti fondamentali a vantaggio di tutti i cittadini – soggetti utenti; ciò ha determinato l'esigenza in seguito ai processi di privatizzazione e liberalizzazione di assoggettare il ser-

legge 448/98 sancisce espressamente il «trasferimento di proprietà dei beni mobili e immobili in passato costituenti il c.d. demanio ferroviario. La Ferrovie dello Stato mantiene la qualificazione di concessionaria esclusivamente con riferimento ai beni appartenenti al demanio marittimo necessario all'esecuzione del servizio ferroviario. Forse più agevolmente può sostenersi la natura patrimoniale indisponibile dei beni di proprietà delle Ferrovie dello Stato destinate al pubblico servizio ferroviario ed in tal modo escludere la possibilità di provvedimenti ablativi che intervengono in assenza della volontà dell'Amministrazione di far venire meno la destinazione... a pubblico servizio anche se occorre risolvere la questione della qualificazione della Ferrovie dello Stato s.p.a. (o per essa la R.F.I. s.p.a. appartenente al medesimo gruppo societario) come ente pubblico non territoriale che sembra la sola categoria di soggetti giuridici oltre allo Stato e agli enti pubblici territoriali cui il codice civile riconosce la proprietà di beni sottoposti a regime speciale del patrimonio indisponibile. Dunque la Ferrovie dello Stato sarebbe proprietaria di beni soggetti al regime speciale del patrimonio indisponibile e infatti può ritenersi non senza qualche difficoltà specialmente in ordine ai beni appartenenti al demanio accidentale che le disposizioni (art. 15 della legge 210/1981 e le disposizioni successive che disciplinano la trasformazione di Ferrovie dello Stato in s.p.a.) concernenti il patrimonio della Società sono norme speciali rispetto all'art. 830 c.c. che consentono ai soggetti privati di essere titolari del diritto di proprietà sui beni sottoposti al regime speciale del demanio del patrimonio indisponibile (D. CASALINI, op. cit., 9). L'A. ritiene che appare forse preferibile sostenere la qualificazione delle Ferrovie dello Stato s.p.a. come ente pubblico non territoriale ex art. 830 c.c. in base ad un'interpretazione evolutiva dell'espressione in questione riteneendola comprensiva di nuove categorie di soggetti pubblici elaborate sotto l'influenza del diritto europeo quali l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico (9).

⁶¹ C'è da osservare che le infrastrutture sono beni materiali che appartengono alla rete. Questa non si esaurisce nelle apparecchiature che la compongono.

vizio ferroviario a regole sempre più incisive al fine di garantire la libera concorrenza, l'accesso ad esso da parte degli operatori senza discriminazioni, con la previsione di una autorità indipendente capace di sorvegliare che le regole siano applicate, lasciando, peraltro, anche quest'ultima libera di poterle in parte determinare.

La qualità del bene rete⁶², la sua necessaria strumentalità all'espletamento del servizio hanno consentito, in seguito al processo di liberalizzazione europeo, la separazione fra gestione della rete e gestione del servizio ma non hanno determinato a tutt'oggi la separazione tra proprietà e gestione della stessa.

Ciò probabilmente è dovuto a scelte politiche ed economiche ma anche al collegamento che viene a instaurarsi tra i due elementi: rete e servizio; infatti l'operatività del secondo mediante l'accesso è condizionato dalla realizzazione, valorizzazione, manutenzione e ammodernamento della prima. Accanto alle ragioni politiche ci sono anche ragioni storiche, ma soprattutto organizzative che hanno sicuramente determinato, pur nella separazione delle due società R.F.I. e Trenitalia, il permanere dell'appartenenza della titolarità e della gestione della rete, oltre all'espletamento del servizio, alla holding Ferrovie dello Stato⁶³.

⁶² *L'insieme dei beni che costituiscono la rete ferroviaria ovvero le reti di pubblico trasporto per ferrovie sono da intendersi le strutture materiali necessarie che caratterizzano il percorso e lo svolgimento del servizio ferroviario caratterizzato dai binari e dalle stazioni ferroviarie. Questa interpretazione ha trovato conforto nella definizione di infrastruttura di trasporto di cui all'Allegato 1 del Regolamento della concessione n. 25958 del 18 dicembre 1970 a cui a sua volta ha fatto riferimento anche la direttiva comunitaria n. 440 del 1991 in tema di separazione tra gestione della rete ed esercizio del servizio ferroviario... L'infrastruttura ferroviaria è composta tra l'altro dalla sistemazione dei piazzali per viaggiatori e per merci compresi gli accessi stradali nonché gli edifici adibiti al servizio delle infrastrutture tra cui rientrano senza dubbio in primis le stesse stazioni ferroviarie (C.d.S., Ad. Plen., 23 luglio 2004 n. 9).*

⁶³ Nel caso delle Ferrovie gestione e proprietà degli asset rimangono in capo all'unico soggetto esistente prima della privatizzazione formale il quale continua ad operare nell'area pubblica. In particolare l'A.G.C.M. - A9265, in Boll. 32/2003, ha ritenuto che il gruppo F.S. continua configurarsi come un'unica entità economica, la società holding Ferrovie dello Stato infatti in seguito ai poteri di controllo e degli interessi economici in comune con le imprese R.F.I. e Trenitalia risulta in grado

In riferimento a ciò alcuni studiosi hanno sottolineato che sicuramente la destinazione pubblica di tali beni serventi rispetto ad un servizio di vitale importanza⁶⁴ per il Paese è certamente predominante rispetto al loro assetto proprietario.

L'esigenza, nonostante la regolazione⁶⁵ (ad es. obbligo di accesso

di condizionare le politiche di impresa delle società appartenenti al medesimo gruppo e che le imprese in questione operano nello stesso settore industriale e le azioni intraprese dall'una risultano suscettibili di influenzare l'attività dell'altra, in tal modo incidendo sul risultato economico dell'intero gruppo aziendale.

⁶⁴ Questa caratteristica persiste anche quando le reti appartengono a soggetti integralmente privati come nel caso delle reti telematiche.

⁶⁵ Com'è noto, l'obbligo e quindi il diritto di accesso consiste nel diritto di usufruire dell'infrastruttura riconosciuto ad un soggetto nei confronti dell'unico (o pochi) operatore che ne è titolare. E dunque il diritto di proprietà delle reti appare non originariamente conformato in senso limitativo dalla legge: ad imporre limitazioni anche gravi ai poteri di godimento del proprietario sono anzitutto le norme di legge. Sono queste ad esempio che impongono ai proprietari di procedere alla manutenzione e allo sviluppo della rete, che prescrivono obblighi informativi, che impongono l'obbligo di concedere l'accesso e ciò il legislatore può fare proprio al fine di assicurare che la rete sia posta al servizio del mercato e resa disponibile ai concorrenti... Risulta dunque che rispetto alle reti sorge un autonomo e diverso diritto dei fruitori delle stesse che comprime talune facoltà del proprietario: la fonte di tale obbligo è la legge: il provvedimento dell'autorità amministrativa, sia esso di regolazione o ministeriale, si limita a disciplinarne il contenuto (F. DI PORTO, *op. cit.*, 272). Vediamo in particolare che la soc. R.F.I. è proprietaria e gestisce interamente la rete ferroviaria, vende le imprese e le tracce e i relativi servizi accessori, regola la circolazione sulla rete. Per accedere alla rete ferroviaria gli operatori pagano un canone. Esso è disciplinato dal d.P.R. 277/98 e in base ad esso le associazioni internazionali di imprese ferroviarie, le imprese di trasporto internazionale di merci vi sono ammesse. Con il d.l. 70/2000 art. 5 e successiva legge 388/2000 il diritto di accesso è stato esteso anche ad altre categorie di utenti della rete non contemplate dalle Direttive CE. Con il d.lg. 188/2003 il diritto di accedere è stato riconosciuto a tutte le imprese ferroviarie comunitarie anche per lo svolgimento dei servizi di trasporto nazionale passeggeri e merci (art. 16 comma 4). Gli utenti, per accedere devono essere in possesso di alcuni titoli: intestatari di una licenza rilasciata dal Ministero delle Infrastrutture (art. 7 comma 2), avere un certificato di sicurezza rilasciato dal gestore dell'infrastruttura che può revocarlo se ne vengono a mancare i presupposti, devono concludere col gestore della rete accordi amministrativi, tecnici e finanziari (art. 6, 1° comma, lettera c) relativi agli aspetti del controllo e sicurezza (accordo quadro). Il gestore a sua volta ripartisce la capacità di infrastruttura ovvero assegna le tracce a far viaggiare i convogli tra due località in un determinato

alla rete), di lasciare all'incumbent (azienda dominante) la gestione della rete, dettata soprattutto dalla scarsità delle infrastrutture, ha po-

periodo di tempo (art. 3, lettera u, d.lg. 188/2003). Il gestore deve redigere ogni anno un prospetto informativo della rete – P.I.R. previa consultazione delle regioni e delle altre parti interessate e sulla base delle informazioni fornite eventualmente dal Ministero (art. 13); esso contiene normazioni sulle caratteristiche delle infrastrutture disponibili, sulle condizioni di accesso, sulle modalità di calcolo e riscossione dei canoni di accesso e modalità di assegnazione della capacità di infrastruttura, le misure per garantire un trattamento adeguato delle richieste di capacità. Per ottenere l'accesso le imprese presentano al gestore una richiesta di tracce con la quale si riservano l'utilizzo di una determinata capacità della rete. R.F.I. elabora pertanto un progetto di orario nel quale le richieste sono in tutto o in parte accolte. In seguito, ottenuta tale disponibilità, le imprese trasmettono al gestore tutte le informazioni necessarie per la stipula di un contratto di utilizzo della infrastruttura; questo non è inferiore o superiore alla durata di vigenza dell'orario di servizio (un anno), o gestore e impresa stipulano un accordo quadro che ha una durata media di cinque anni. Se la capacità è insufficiente o inadeguata a coprire tutte le richieste il gestore dichiara l'infrastruttura satura e assegna la capacità secondo criteri di priorità ridefiniti nel PIR tali da non creare discriminazioni. Accessi prioritari si hanno nei casi particolari per determinati tipi di traffico (designazione di infrastruttura specializzata). In tal caso devono essere garantiti itinerari alternativi e previa consultazione delle parti interessate (art. 32). Ciò per evitare che l'allocatione della capacità di infrastruttura avvenga con metodi non discriminatori. Sono previste misure per evitare che si verifichino comportamenti strategici che richieste di capacità eccessive o pretestuose simili pratiche possono impedire l'accesso alla rete da parte di vettori concorrenti (F. Di Porto, *op. cit.*, 228). Il gestore pertanto può imporre al richiedente per cause a lui non imputabili che non utilizza la capacità richiesta entro un mese ed oltre una certa soglia fissata dal prospetto informativo della rete di rinunciare. Sono previsti limiti alla capacità che può essere assegnata ad una sola impresa ferroviaria; i criteri di fissazione, calcolo e riscossione del canone sono fissati con decreto del Ministero delle Infrastrutture a seguito di un'istruttoria che includeva una relazione del gestore e l'intesa con i soggetti interessati. Sulla base di tale decreto il gestore calcolava il canone e procedeva alla riscossione. Riguardo a tale aspetto tuttavia l'Italia recentemente ha subito una condanna da parte della Corte di Giustizia (sentenza della Corte, I Sezione, 3.10.2013, nella causa c-369/11); infatti la Commissione Europea, all'esito di una procedura di infrazione avviata nel 2008 ha censurato la legge italiana sotto l'aspetto della insufficiente indipendenza del gestore della rete nell'imposizione delle tariffe per l'accesso all'infrastruttura nazionale. Bisogna considerare infatti che il requisito di indipendenza, secondo il parere della Commissione Europea, lo si ricava da una lettura congiunta degli artt. 4 e 30 della Direttiva 2001/14/CE i quali attribuiscono al gestore della rete compiti di determinazione delle tariffe, sotto il controllo dell'orga-

sto il problema del riequilibrio del rapporto tra l'incumbent e gli operatori entranti sprovvisti delle risorse e che devono fornire i propri servizi agli utenti finali.

Ora bisogna considerare che la proprietà del bene rete è sottoposta ad un *facere*: il miglior utilizzo della stessa, consentendo agli operatori-imprese di usufruire del bene stesso⁶⁶.

Essa pertanto risulta fortemente condizionata rispetto a una comune proprietà dominicale anche perché l'imprenditore – gestore e

nismo di regolazione e quindi non compiti di semplice mera liquidazione e riscossione del canone. La legge italiana dunque prevede che i canoni di accesso sono stabiliti dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dopo che è stata acquisita una motivata relazione da parte del gestore dell'infrastruttura ferroviaria previo il parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica (art. 17, comma 1, d.lg. 8 luglio 2003 n. 188). E dunque, proprio riguardo a ciò la Corte di Giustizia, ritenendo fondata la censura della Commissione a tal proposito, ha condannato lo Stato italiano, per quanto riguarda il diritto di accesso e quindi la potestà del Ministero di fissare l'importo del canone, per il fatto che il gestore della rete non avrebbe in tal modo sufficiente autonomia negoziale prevista dalle direttive comunitarie. E proprio in seguito a ciò la norma censurata per violazione del diritto europeo risulta modificata in base al d.l. n. 69 del 21 giugno 2013 (Decreto del fare) che ha determinato la vincolatività della proposta del gestore per l'individuazione del canone la quale è meramente approvata con decreto ministeriale: si veda art. 24, comma 1, d.l. 21 giugno 2013 n. 69: Disposizioni urgenti per il rilascio dell'autonomia, pubblicato in G.U. 21 giugno 2013 n. 144 S.O. e attualmente quindi il testo dell'art. 17 comma 1 del d.l. 188/2003 dispone: *Con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, acquisita una motivata relazione da parte del gestore dell'infrastruttura ferroviaria, previo parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, limitatamente ai servizi di loro competenza, è approvata la proposta del gestore per l'individuazione del canone dovuto per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale.*

L'accesso regolato, è stato osservato, presenta una connotazione negoziale rinvenibile nella partecipazione dei fruitori della rete. *L'utilizzo della infrastruttura avviene sulla base di accordi che il gestore della rete è tenuto a stipulare purché sussistano le condizioni da esso preventivamente fissate e soggette al penetrante controllo del Ministero delle Infrastrutture* (F. DI PORTO, op. cit., 229 e ss.). L'A. ritiene dunque che si è nel campo di una regolazione negoziata.

⁶⁶ Cass. SS.UU., 16 febbraio 2011 n. 3813. v. sul punto P. M. ZERMAN, *Il federalismo demaniale tra interesse della comunità e risanamento del debito*, in www.giustiziamministrativa.it.

proprietario – ha degli obblighi negoziali nei confronti degli operatori entranti; si è ritenuto dunque che sul bene siano presenti vincoli reali – oneri – certamente anche in considerazione della fondamentale utilità sociale che esso rappresenta⁶⁷.

Ma quel che appare significativo riguardo ai beni di cui si tratta è proprio il loro valore, valore che ne giustifica la disciplina (propria dei beni pubblici), valore che trascende quello puramente patrimoniale e che attinge alla centralità della persona e al bene dell'intera collettività: ragione per la quale sono stati talvolta accostati ai beni pubblici collettivi⁶⁸.

L'attenzione si è appuntata proprio sul valore di beni, sulla loro funzionalità, che inevitabilmente influisce sui diritti che ad essi sono collegati⁶⁹.

Pertanto, proprio la necessità di una massima valorizzazione funzionale dei beni e quindi della loro utilizzazione, per l'immenso valore sociale e umano che rappresentano che consente l'esplicazione dei diritti fondamentali della persona, ha fatto passare in secondo

⁶⁷ Con la delibera CIPE 12892 c'è stata la trasformazione dell'Azienda autonoma in ente Ferrovie dello Stato e si è ritenuto che ciò ha fatto venir meno il demanio ferroviario che presupponeva l'appartenenza del bene allo Stato a titolo proprio e non a titolo di concessione. v. in particolare M. RENNA, *I beni pubblici degli enti privatizzati*, in *Annuario AIPDA*, Milano 2004, 301 e ss., secondo cui questi beni sarebbero pertanto assoggettati al regime dei beni patrimoniali disponibili destinati a un pubblico servizio.

v. legge 23.12.1998 n. 448, *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo*, art. 43, comma 2: *L'acquisizione, l'attribuzione e la devoluzione, avvenute in base a specifiche disposizioni di legge, dei beni immobili che risultano iscritti nel bilancio della società Ferrovie dello Stato Spa al 31 dicembre 1997, così come certificato dalla società di revisione ed approvato dall'assemblea dei soci, si intendono avvenute a titolo di trasferimento di proprietà*. In seguito alla trasformazione dell'ente pubblico economico in s.p.a. a capitale pubblico e la privatizzazione del servizio pubblico le Ferrovie dello Stato hanno acquisito i beni facenti parte delle reti che sono diventati parte del proprio patrimonio sociale.

⁶⁸ Sul punto c'è da osservare che, come per i beni pubblici collettivi, l'appartenenza, la demanialità, è uno degli elementi ma non certo il più importante in quanto assume valore preponderante la funzione a cui i beni sono destinati. Lo stesso può, entro certi limiti, dirsi per tali beni. v. P.M. ZERMAN, *op.cit.*

⁶⁹ Ad esempio, contrattazione ai fini dell'accesso alla struttura.

piano, come è stato sottolineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il problema della loro titolarità⁷⁰.

E riguardo all'assetto proprietario continua talora a ritenersi da parte della giurisprudenza che i beni strettamente serventi all'esercizio ferroviario costituenti il vecchio demanio ferroviario non avrebbero mutato la loro natura giuridica a seguito della privatizzazione (formale) di Ferrovie dello Stato e che, seppur l'accezione rigida della demanialità sembra superata, ci si trova di fronte comunque ad una proprietà pubblica speciale⁷¹: non una semplice esplicazione di un ser-

⁷⁰ Leggiamo nella sentenza delle SS.UU., 16.2.2011 n. 3813 che *Fermo restando il dato essenziale della centralità della persona (e dei relativi interessi) da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, emerge l'esigenza interpretativa di «guardare» al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica. Ciò comporta che più che allo Stato apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto all'effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termini di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) – privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati. In considerazione di ciò le SS.UU. rilevano inoltre che già da tempo la dottrina ma anche la stessa giurisprudenza hanno fatta propria l'idea di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività, fino ad ipotizzare casi di gestione patrimoniale dei beni pubblici (con la loro alienazione e cartolarizzazione). E dunque il solo aspetto della «demanialità» non appare esaustivo per individuare beni che, per la loro intrinseca natura, sono caratterizzati da un godimento collettivo, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo, risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominicale... cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità.*

⁷¹ Legge 23.12.1998 n. 448: *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo: L'acquisizione, l'attribuzione e la devoluzione dei beni mobili che risultano iscritti nel bilancio della Ferrovie dello Stato s.p.a. al 21 dicembre 1997, così come certificato dalla società di revisione ed approvato dall'assemblea dei soci, si intendono avvenute a titolo di trasferimento di proprietà.*

Le proprietà dei beni finalizzate all'esclusivo esercizio ferroviario rappresentano

vizio ma uno strumento di vitale importanza, per il consolidamento e il progresso delle relazioni tra le diverse parti del Paese e dell'Unione Europea.

Vediamo in particolare che ci sono stati forti dubbi sulla persistenza o meno della natura demaniale di tutti quei beni iscritti al bilancio della Società Ferrovie dello Stato che in seguito alle disposizioni contenute nelle leggi finanziarie 97 e 98 alla data del dicembre 1997 sono divenuti di proprietà della medesima Azienda dal momento che il gruppo Ferrovie dello Stato s.p.a. nel 2001 è diventato Rete Ferrovie Italiane s.p.a.; essa ancora oggi ha la proprietà e gestione della rete e concorre con gli altri operatori all'esercizio del servizio ferroviario.

Riguardo all'appartenenza, il patrimonio pertanto continua ad appartenere alle Ferrovie dello Stato s.p.a. (per esso Rete Ferroviaria che appartiene a sua volta ad uno stesso gruppo societario) e ciò ha determinato di recente la sanzione inflitta dalla Corte di Giustizia Europea che ha condannato lo Stato italiano per non aver correttamente interpretato, e quindi dato seguito, alle direttive europee di liberalizzazione per quanto riguarda l'indipendenza nella gestione dell'infrastruttura; ma bisogna considerare che il patrimonio ferroviario che appartiene a Ferrovie dello Stato, ente pubblico non territoriale, categoria alla quale, insieme allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali, il Codice riconosce la proprietà di beni sottoposti al regime speciale del patrimonio indisponibile⁷², è una proprietà speciale gravata,

un proprietà speciale con tutte le cautele e garanzie che tali finalità comportano. (C.d.S., V Sezione, 4 giugno 2003 n. 3074, in C.d.S. 2003, I, 1268, Ad. Plen. 23 luglio 2004 n. 9)

⁷² Si è ritenuto, con qualche difficoltà in ordine alla titolarità di beni appartenenti al demanio accidentale, che le disposizioni (in primis l'art. 15 legge 210/1985 e tutte le successive disposizioni che disciplinano la trasformazione in società per azioni) concernenti il patrimonio della società siano norme speciali rispetto all'art. 830 c.c. che consentono a soggetti privati di essere titolari del diritto di proprietà sui beni sottoposti a regime speciale o del demanio o del patrimonio indisponibile. *Appare preferibile sostenersi la qualificazione delle Ferrovie dello Stato come s.p.a. come ente pubblico non territoriale art. 830 c.c. in base ad un'interpretazione evolutiva dell'espressione in questione ritenendola comprensiva di nuove categorie di soggetti pubblici elaborate sotto l'impulso del diritto europeo quali l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico...* (D. CASALINI, *Proprietà pubblica, classifi-*

come già detto, da oneri-doveri la cui appartenenza in effetti è giustificata da particolari scelte di politica economica.

cazione e uso dei beni pubblici, cit., 9). In passato il Consiglio di Stato (Sezione IV, 18 settembre 1991 n. 721, in *Foro It.* 1992, III, 230) si è espresso nel senso che la destinazione pubblica del bene e il suo regime pubblicistico demaniale non sono esclusi per il fatto che attualmente ne sia proprietario un soggetto privato in quanto si tratta della società concessionaria che esercita pro tempore un diritto della stessa natura di quello di cui sarebbe titolare l'Amministrazione concedente. Ma più di recente (Consiglio di Stato, 23 ottobre 2001 n. 5585) si ritiene che ci si debba orientare per una sdemanializzazione dei beni ferroviari. Si ritiene inoltre che la trasformazione delle Ferrovie dello Stato in ente pubblico economico che succedeva ex art. 1, comma 3, legge 210/1985, in tutti i rapporti attivi e passivi facenti capo all'Azienda autonoma aveva già determinato una sdemanializzazione ex lege dei beni passati in proprietà al nuovo ente. Si evidenzia inoltre in dottrina che *sempre più la prestazione di attività connessa al servizio pubblico è offerta da soggetti che non sono enti pubblici territoriali in senso proprio in vista di una progressiva «patrimonializzazione del demanio»*. Proprio le vicende della privatizzazione che hanno riguardato l'ente pubblico Ferrovie dello Stato trasformandolo in società per azioni, l'appartenenza esclusiva dei beni pubblici a persone giuridiche strutturate in forma pubblicistica, risposta al progressivo oggettivarsi della funzione amministrativa. E ancora, la demanialità si è evoluta in vincolo di destinazione all'utilizzo del bene per il soddisfacimento di un interesse pubblico a prescindere dalla natura del soggetto proprietario... La nozione di demanialità non può più ignorare il principio di sussidiarietà espressamente menzionato nella nostra carta costituzionale, nella sua declinazione orizzontale, la quale contribuisce certamente a forgiare una più complessa nozione di buon andamento per il conseguimento del quale anche il privato può essere chiamato a svolgere funzioni pubbliche un tempo esercitate da soggetti pubblici (V. PARISIO, *Beni ferroviari, servizio di trasporto ferroviario, demanio e patrimonio*, in *Foro amm.* - C.d.S., 2007, 26667-2668, Relazione al convegno di studi *La regolazione e la gestione dei beni pubblici*, Tor Vergata, 16-18 novembre 2006). v. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, il quale evidenzia che il permanere della natura pubblica dei beni non è contraddetto dall'allentamento delle caratteristiche che contraddistinguono i beni pubblici, basta pensare agli interventi legislativi più recenti in base ai quali si è attenuato il vincolo dell'appartenenza pubblica e il divieto di circolazione giuridica di beni destinati all'uso collettivo, senza con ciò pregiudicare la loro intrinseca pubblicità sostanziale e senza privarli della loro originaria destinazione istituzionale (312 e ss.). D'altra parte, l'ente Ferrovie dello Stato di cui alla legge 210/1985 art. 1, comma 3, prevedeva che l'ente di cui si è detto, *succedesse in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi: beni, partecipazioni, gestioni speciali, già di pertinenza dell'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato; i beni già nel patrimonio disponibile dell'ente risultavano trasferiti nel patrimonio non vincolato dell'ente...* l'ente Ferro-

Attualmente si ritiene che pur non essendo intervenuta riguardo a beni che compongono il patrimonio ferroviario una sdemanializza-

*vie dello Stato peraltro proprio in quanto ente è dotato di personalità giuridica e dunque le strade ferrate definite demanio eventuale perdevano uno dei caratteri fondamentali della demanialità ossia la necessaria appartenenza allo Stato o a un altro ente pubblico territoriale. L'art. 15, legge 210/1985, ha dato avvio a un serrato dibattito laddove ha previsto che i beni mobili e immobili, trasferiti all'ente o comunque da questo acquisiti, «costituiscono patrimonio giuridicamente ed amministrativamente distinto dai restanti beni delle amministrazioni pubbliche e di essi l'ente ha piena disponibilità secondo il regime civilistico della proprietà privata, salvi i limiti su di essi gravanti per la difesa nazionale». La piena applicabilità del regime civilistico infatti doveva armonizzarsi con la finalità a cui i beni destinati al pubblico servizio erano chiamati, anzi sarebbe risultata recessiva qualora avesse compromesso lo svolgimento del pubblico servizio cui il bene era preordinato, fino a quando non si fosse registrato il venir meno di questo utilizzo.... si prevedeva inoltre che i beni destinati a pubblico servizio non potessero essere sottratti alla loro destinazione senza il consenso dell'ente, formula che echeggiava l'art. 830 c.c. che a sua volta rinvia all'art. 828 comma 2 c.c. e cosicché i beni destinati a pubblico servizio non potevano essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardavano.... In base all'art. 15 della stessa legge tutti i beni dell'ente Ferrovie dello Stato erano assoggettati al regime giuridico del patrimonio, rete ferroviaria inclusa. Lo stesso per le pertinenze: stazioni, impianti, viadotti, ponti, che seguivano la destinazione della cosa principale. Il legislatore stabiliva due limiti alla trasformazione di cui all'art. 15 legge 201/1985: il primo riferito al regime civilistico della proprietà privata, che deve far salvi i limiti gravanti sui beni per le esigenze nazionali; il secondo, più generale, in base al quale i beni destinati al pubblico servizio non potevano essere sottratti alla loro destinazione senza il consenso dell'ente. Tale statuizione normativa è sembrata costituire una sorta di sdemanializzazione dei beni di proprietà del nuovo ente (ente pubblico economico) anche in considerazione del concetto di patrimonio e del richiamo esplicito al regime civilistico della proprietà privata effettuato nell'art. 15 avente l'effetto di trasformare i rapporti concessori concernenti i beni ferroviari in rapporti di concessione. L'art. 822 però non fu abrogato e le strade ferrate risultavano ancora ricomprese nel demanio né vi era stato un provvedimento amministrativo di passaggio dal demanio al patrimonio. In realtà si era semplicemente inteso rafforzare con l'art. 15 legge 210/1985 il vincolo di destinazione dei beni la cui titolarità era trasferita dallo Stato ad un ente pubblico economico (V. PARISIO, *op. cit.*, 2654-2655). Secondo l'A. il tenore del disposto di cui all'art. 15 legge 210/1985 appare calzante con la statuizione di cui all'art. 830 (beni degli enti pubblici non territoriali): con quest'ultima norma infatti si stabilisce (comma 1) una generale applicabilità delle norme codicistiche, salve le disposizioni delle leggi speciali, e (comma 2) un rimando al vincolo di destinazione per i beni del patrimonio indisponibile destinati a pubblico servizio. L'A.*

zione, questi fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato poiché la demanialità, caratteristica dei beni appartenenti allo Stato o ad enti pubblici territoriali, non sarebbe giustificata in seguito al loro trasferimento a soggetti strutturati in forma privatistica.

L'attuale assetto proprietario si giustifica col fatto che l'interesse pubblico che prima era perseguito attraverso prestazioni amministrative che erano garantite dallo Stato attraverso una riserva originaria di attività ora è perseguito attraverso un'attività svolta in concorrenza con altri operatori: un'attività imprenditoriale la cui funzione è indiscutibilmente pubblica anche se volta al perseguimento del profitto e sottoposta alle regole del mercato⁷³.

Ed è indubbio che l'attuale situazione normativa nella quale la gestione della rete (infrastrutture) è nelle mani della società per azioni R.F.I. appartenente alla holding Ferrovie dello Stato può spiegarsi an-

sottolinea che tale statuizione normativa è sembrata costituire una sorta di sdemanializzazione dei beni di proprietà del nuovo ente anche in considerazione del concetto di patrimonio e del richiamo esplicito al regime civilistico della proprietà privata effettuato nell'art. 15 avente l'effetto di trasformare i rapporti concessori concernenti i beni ferroviari in rapporti di locazione con giurisdizione del giudice ordinario. Il Consiglio di Stato (Sezione IV, 7 gennaio 1993 n. 5) ritenne che i beni fossero stati sdemanializzati e sottoposti al regime civilistico della proprietà con i soli limiti previsti dall'art. 15 legge 210/1985. In base a questa interpretazione i beni dell'ente Ferrovie dello Stato non costituirebbero demanio né patrimonio indisponibile ma sono per scelta del legislatore appartenenti al patrimonio disponibile riguardo ai quali valgono i principi che regolano l'autonomia negoziale. Quest'ultimo non è titolare di poteri pubblicistici nei confronti dei beni quanto alla loro gestione ma in senso contrario si è espresso il Consiglio di Stato, Sezione VI, 1 febbraio 1990 n. 181. Secondo l'A. privilegiando l'aspetto sostanziale su quello formale si possono includere tra i soggetti pubblici quei soggetti che pur essendo formalmente privati di fatto svolgono un'attività amministrativa sotto il controllo più o meno penetrante di un soggetto pubblico previa l'effettuazione di una valutazione circa la necessità della sua esistenza fatta dai pubblici poteri. Con questi criteri anche un soggetto come le Ferrovie dello Stato s.p.a., pur essendo formalmente una società commerciale, di fatto viene ad avere una sostanza pubblicistica ed essere inserito tra i soggetti pubblici quindi a godere di un regime di specialità rispetto alla società per azioni regolata dal Codice civile (260).

⁷³ C'è da considerare che, riguardo all'attuale assetto societario vediamo che il controllo proprietario è esercitato dal gruppo Ferrovie dello Stato su entrambe le società di gestione della rete e del servizio di trasporto.

che con motivi essenzialmente tecnici quali ad esempio la necessità di creare raccordi, stabilire un coordinamento tra materiale rotabile e opere infrastrutturali, attuare un coordinamento tra investimenti e gestione della rete. Ciò implica la necessità di dover effettuare scelte che richiedono un elevato grado di responsabilità.

La gestione della rete in particolare non può prescindere da scelte tecniche legate al territorio visto nei suoi vari aspetti: geologico, economico, ambientale, sociale. Esse si legano a loro volta a quelle politiche, di programmazione, che richiedono necessariamente la composizione dei vari interessi in gioco⁷⁴ interferenti tra loro.

⁷⁴ Sul punto si è osservato che è necessaria una effettiva imparzialità e neutralità rispetto agli interessi economici in gioco e che tale esigenza è stata affrontata dal Governo italiano attribuendo al gestore della rete i compiti fondamentali di regolazione dell'accesso alla rete, quali la ripartizione e negoziazione dell'utilizzo della capacità dell'infrastruttura con le imprese di trasporto (art. 8 d.P.R. 16 maggio 1999 n. 146 abrogato ora dall'art. 38 d.lg. 8 luglio 2003 n. 188). Questa scelta è stata giustificata dalla necessaria competenza tecnica della quale deve essere dotato il soggetto che deve svolgere una delicata funzione di coordinamento nell'assegnazione delle tracce orarie agli operatori ferroviari sulla rete. Ration per cui la società che gestisce l'infrastruttura, R.F.I., è legata al Governo; l'intero pacchetto azionario è di proprietà del Ministero dell'Economia e delle Finanze il quale esercita i diritti dell'azionista in concerto con il Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture. La società opera attraverso una concessione ministeriale che è stata integrata da un contratto di programma, mediante il quale il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti svolge funzioni di vigilanza e di controllo condizionandone fortemente l'attività. L'attribuzione alla società di gestione della rete della funzione di allocazione della capacità infrastrutturale, presupposto essenziale per creare le condizioni necessarie per lo svolgimento delle attività liberalizzate, consente al Governo di mantenere un sostanziale controllo sul territorio (L. LORENZONI, *op. cit.*, 3 e ss.). Vediamo che *l'autorità antitrust italiana ritiene che ciò crea un conflitto di interessi tra la massimizzazione dei profitti del gruppo attraverso una produzione integrata (vietata dal diritto europeo) e l'apertura del mercato dei servizi di trasporto alla libera concorrenza; tale aspetto è venuto in rilievo attraverso una serie di controversie nelle quali il gruppo F.S. è stato oggetto di procedimenti istruttori attraverso le sue controllate strategie escludenti volte ad ostacolare l'ingresso ai nuovi entranti nel mercato...* È dunque evidente che permane il problema della proprietà dei beni ferroviari dal momento che il Ministero esercita un'influenza decisiva sulla holding e quindi sulla principale impresa ferroviaria nazionale. Rimane insomma aperto il problema dell'assetto proprietario verticalmente integrato dell'industria ferroviaria nonché il penetrante controllo pubblico sulla gestione della rete che sembrano dimo-

L'assetto proprietario certamente fa la sua parte e condiziona l'attuale assetto gestorio dal momento che, come si è detto in precedenza, il gruppo societario R.F.I. è interamente controllato dallo Stato⁷⁵ così come anche Trenitalia, per lo svolgimento del servizio⁷⁶.

strare la forte difficoltà per lo Stato a cedere il proprio potere di influenza sul settore. In tal senso v. L. LORENZONI, *op.cit.*, 6 e ss.

⁷⁵ In realtà proprio per questo motivo risulta forte la domanda di regolazione economica innovativa ed efficiente da parte dei passeggeri, degli investitori e del mercato. In settori come quello del trasporto ferroviario sappiamo che operano imprese dominanti verticalmente integrate; è essenziale pertanto che la gestione delle infrastrutture sia separata dalla fornitura dei servizi, sul piano organizzativo e su quello societario altrimenti non ci sarebbero incentivi a saturare la capacità disponibile né adeguate garanzie di accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture. Molti beni e strutture essenziali ai fini dello sviluppo dei nuovi servizi competitivi devono essere accessibili ove necessario attraverso l'imposizione di adeguati obblighi di separazione come ad esempio la disponibilità del materiale rotabile, i servizi di manovra, i centri di manutenzione, i sistemi di assistenza e accesso dei passeggeri alle stazioni, quelli di prenotazione, acquisto dei titoli di viaggio.

La regolazione e la tecnologia sono intrecciate come lo sono regolazione e riforme infrastrutturali, la qualità e i tempi per il rilascio del dividendo regolatorio dipendono dal mantenimento della pressione sull'acceleratore delle riforme delle politiche e dei trasporti (Relazione del Pres. Andrea Camanzi, 16 luglio 2014, Primo rapporto annuale al Parlamento).

Nella Relazione si evidenzia inoltre la necessità che il mercato ha bisogno sempre più di un regolatore efficace, che bisogna mettere al centro i passeggeri e i beni trasportati e non, come è stato fatto finora, l'infrastruttura utilizzata o il mezzo tecnico che li trasporta.

⁷⁶ Attualmente, come già evidenziato, abbiamo il servizio ferroviario in concessione a Trenitalia, la maggiore società svolgente tale servizio, partecipata interamente dallo Stato. In passato il settore è stato affidato a imprese monopolistiche, verticalmente integrate e soggette a pubblici poteri. È stato osservato che, gravando i costi legati alle infrastrutture anche sulle imprese ferroviarie, sembrava impossibile per queste raggiungere il pareggio di bilancio. Tale assetto organizzativo non permetteva infatti una gestione secondo criteri di economicità ed efficienza. Già con le prime direttive comunitarie, che hanno imposto una graduale apertura del mercato del trasporto per ferrovia, è nata l'esigenza degli Stati membri di realizzare un modello organizzativo del settore che consentisse una maggiore trasparenza nelle relazioni finanziarie tra il gestore della rete e imprese di trasporto e l'operatività di principi concorrenziali nel mercato dei servizi ferroviari (L. LORENZONI, *La regolazione del settore ferroviario nazionale: l'istituzione dell'autorità indipendente dei trasporti, la mancata indipendenza del gestore della rete e la sanzione della Corte*

Ma, a ben vedere, il Codice del '42, sancendo, com'è noto, la distinzione tra beni che non possono non appartenere al demanio dello Stato (art. 822, comma 1, c.c.) e beni che, se appartengono allo stesso o ad altri enti pubblici territoriali, sono soggetti al regime demaniale – tra questi il demanio ferroviario⁷⁷, comma 2, art. 822 c.c. – ha tracciato una distinzione in base all'importanza pubblica tra beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili. Di certo questa ora appare superata essendo essi ormai equiparati in sostanza, per quanto riguarda il loro regime giuridico, come già da tempo è stato evidenziato in dottrina, per corrispondere alla mutevolezza ed alla complessità dei fini che lo Stato continua ad assumere soprattutto in determinati settori e al radicale cambiamento imposto al riguardo dalla Costituzione repubblicana⁷⁸ sotto la spinta delle privatizzazioni e liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità.

L'assetto proprietario – appartenenza dei beni allo Stato o all'ente

di Giustizia, www.apertacontrada.it). Pertanto la mancata indipendenza del gestore della rete ha determinato l'emanazione di una sentenza della Corte di Giustizia europea che ha condannato lo Stato italiano per non aver adeguato in modo corretto le direttive europee di liberalizzazione sotto il profilo della indipendenza nella gestione della infrastruttura (3 ottobre 2013, causa c-369/11, in G.U. Unione Europea, 344/9, del 23 novembre 2013). Vediamo che essendo stata, in base al decreto del Ministro dei Trasporti e della Navigazione n. 338P, il 31 ottobre 2000, introdotta l'autonomia contabile e divisionale tra attività svolta in base alla concessione e quelle svolte in qualità di impresa ferroviaria di servizi ha stabilito che il concessionario provvedesse a costituire una società per la gestione delle infrastrutture ferroviarie. Di conseguenza, in attuazione di tale norma, è stata, com'è noto, costituita nel 2001 R.F.I., società Rete Ferroviaria Italiana, controllata interamente dal gruppo Ferrovie dello Stato. Il regime concessorio è stato a sua volta sostituito per tutte le attività di trasporto ferroviario includendo in esse anche quelle non liberalizzate dalle direttive comunitarie; il 23 maggio 2000 è stata rilasciata dall'allora Ministero dei Trasporti e della Navigazione la prima licenza per lo svolgimento dell'attività di trasporto passeggeri alla Società trasporti ferroviari, ora Trenitalia s.p.a., società parte del gruppo Ferrovie dello Stato s.p.a. insieme al gestore della rete R.F.I. s.p.a.. Con il sistema della licenza rilasciata all'operatore del servizio risulta ridimensionato l'intervento del pubblico potere statale in quanto essa consiste in una verifica non discrezionale dei requisiti prestabiliti dalla legge in capo alle imprese ferroviarie.

⁷⁷ Cass. civ., Sezione II, 11.6.2012 n. 9460; id 24.5.2011 n. 11402

⁷⁸ v. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 3.

territoriale o, nel caso che ci riguarda, a una società con capitale pubblico – va ricercato in qualcosa di diverso, più idoneo a definire la qualità pubblica di beni indispensabili allo sviluppo del Paese, alla sua conservazione e soprattutto allo svolgimento di alcuni servizi.

Le varie tesi sulla demanialità come caratteristica dei beni considerati necessari allo svolgimento di una determinante funzione dello Stato, che appartengono al demanio eventuale, susseguitesi nel tempo, si soffermavano spesso proprio sulla caratteristica della loro strumentalità, sull'essenzialità della loro funzione economica, sociale, politica, strategica, non interrompibile se non con gravissimo nocumento per l'interesse generale del Paese; evidenziavano quindi il valore rappresentato dal bene e l'essenzialità dell'attività ad esso connessa.

Le varie ipotesi sulla non chiara distinzione sostanziale tra le due categorie di beni demaniali e patrimoniali indisponibili⁷⁹, perdono importanza dal momento che l'attenzione degli studiosi si sofferma sempre più sull'aspetto del loro uso (regolato) più che su quello dell'appartenenza; uso che è espressione di facoltà che attengono ai fini fondamentali dello Stato-persona.

L'interesse va dunque sempre più riferendosi non al soggetto ma all'oggetto, al bene in sé, visto nella sua fruizione pubblica collettiva (dinamicità): riguardo alla rete in particolare va sempre più prendendo

⁷⁹ Con l'art. 829 c.c. per i beni del demanio artificiale o naturale la cessazione della demanialità deve essere dichiarata dalla pubblica amministrazione e il relativo provvedimento, comma 2, deve essere oggetto di pubblicità. Non si è escluso che possano esserci meri comportamenti concludenti dell'Amministrazione o manifestazioni di volontà anche implicite dalle quali si può ricavare la volontà della pubblica amministrazione di far cessare la destinazione originaria del bene – sdemanializzazione tacita – anche se questi casi sono rari talché la giurisprudenza, consapevole del ruolo decisivo della volontà dell'amministrazione, riconosce di rado fattispecie concrete di sdemanializzazione tacita pur ammettendone la possibilità sul piano teorico. E nelle pronunce del giudice ordinario sono divenute via via più rigorosi i requisiti dei comportamenti dell'amministrazione che devono essere accertati affinché possa ammettersi la sdemanializzazione in assenza di una formale declassificazione (M. RENNA, *op. cit.*, 46). Alla luce della legge n. 241/1990 non sembra che un bene del demanio artificiale possa essere svincolato dalla sua destinazione pubblica in assenza di un provvedimento espresso e motivato reso al termine di un procedimento aperto alla partecipazione degli eventuali controinteressati alla sdemanializzazione (M. RENNA, *op. cit.*, 49).

rilevanza l'aspetto gestionale che è pubblico ed anche la sua funzionalità, le modalità di utilizzo, ragion per cui è sottoposta ad un controllo pubblico sempre più incisivo.

I beni ferroviari – rete, infrastrutture, impianti e dotazioni strumentali all'esercizio – intesi talora demaniali ma considerati spesso beni patrimoniali indisponibili sono costruiti per volontà della pubblica amministrazione⁸⁰ e destinati alla realizzazione di interessi pubblici; la loro peculiarità sta nella difficoltà della loro gestione, nella difficoltà della loro duplicazione, «reperibilità sul mercato», che incide sulla commerciabilità; e se questi sono ormai da considerarsi beni patrimoniali indisponibili a causa dell'appartenenza a soggetti formalmente privati (s.p.a.) non sarebbero commerciabili per il vincolo e la protezione speciale a cui sono sottoposti (art. 14, comma 4 bis, d.l. 333/1992; art. 15, d.l. 16/1993); la loro protezione attualmente consiste soprattutto nel rafforzamento del loro regime di utilizzo.

La natura pubblica delle infrastrutture – rete ferroviaria – permane, pur essendo stata quest'ultima trasferita a titolo di proprietà alla società Ferrovie dello Stato; essa prescinde dall'appartenenza ad un soggetto formalmente pubblico, in particolare ad un ente pubblico territoriale, e si collega alla necessità, all'adequazione, al soddisfacimento di bisogni essenziali della collettività.

La pubblicità quindi si basa su una qualità più oggettiva che soggettiva la cui caratteristica importante è data tuttavia dalla patrimonialità, dall'essere oggetto di attività di impresa in un libero mercato.

Risulta evidente che la libertà delle imprese entranti di esercitare

⁸⁰ I beni patrimoniali devono considerarsi commerciabili, diventano incommerciabili quando la loro circolazione o la costituzione sugli stessi di diritti a favore di terzi li potrebbe sottrarre alla loro destinazione pubblica che li vincola in commerciabilità relativa contrapposta a quella prevista invece dal Codice per i beni demaniali qualificabile assoluta (M. RENNA, *op. cit.*, 67). Secondo l'A. c'è il sospetto che il vincolo finalistico stabilito per il patrimonio indisponibile possa essere convertito in uno dei divieti vigenti per i beni demaniali e che l'incommerciabilità pertanto sia molto meno eccezionale in concreto di quanto possa sembrare a prima vista... il concetto di indisponibilità evocherebbe un divieto di disporre dei beni e non si può trascurare che nel nostro ordinamento la primaria facoltà di disposizione di un bene spettante al suo proprietario è giustapposto rappresentata dal potere di alienarlo (78).

l'attività di impresa attraverso la negoziazione dei contratti di accesso (di fonte legislativa e disciplina regolatoria) con il gestore della rete e la costituzione del vincolo da parte di ognuna di esse con quest'ultimo, può risentire della permanenza dell'assetto proprietario del soggetto verticalmente integrato e del forte controllo pubblico sulla gestione della rete, attraverso il quale lo Stato conserva una forte influenza sul settore⁸¹.

In riferimento a questo aspetto occorre rilevare che se va comunque sempre tenuta distinta la proprietà della rete dalla sua funzione, dall'utilità sociale, dall'attitudine a produrre ed ottimizzare il profitto essa va considerata in modo diverso da quella corrispondente al comune diritto di proprietà; di conseguenza la permanenza della sua necessaria natura pubblica rende difficile il passaggio al patrimonio privato anche se va fatta una distinzione tra due componenti naturalmente scindibili: una relativa all'aspetto formale statico (appartenenza-proprietà) e l'altra relativa all'aspetto sostanziale e dinamico ovvero alla qualità dei beni e alla loro destinazione economica che comprende a sua volta la disciplina dei singoli aspetti attinenti alla loro organizzazione strutturale, la disciplina dell'aspetto contrattuale attraverso la regolazione dell'accesso alla rete e la programmazione attinente alla manutenzione, all'ammodernamento e all'ampliamento della stessa.

⁸¹ È stato opportunamente osservato che *l'autonomia negoziale delle parti non ha modo di esplicarsi liberamente, stante da un lato l'obbligo del gestore della rete di fornire l'accesso al richiedente e dall'altro la fissazione ex ante delle condizioni di accesso dall'autorità di settore... a ciò occorre aggiungere i controlli che l'autorità pubblica esercita sull'attività negoziale delle parti qualora sia infruttuosa, non aderente agli standards fissati ex ante...* si è evidenziato anche che *la disciplina dei contratti di accesso alle reti che limita fortemente la libertà di iniziativa economica è dettata non tanto per consentire alle parti di raggiungere i propri interessi, ma per consentire ai pubblici poteri di raggiungere i propri. La libertà negoziale è dunque funzionalizzata all'interesse pubblico del mantenimento della concorrenza* (F. DI PORTO, *op. cit.*, 268). Inoltre, c'è da dire che *il controllo proprietario esercitato dal gruppo F.S. su entrambe le società di gestione della rete e del servizio di trasporto crea un conflitto di interesse tra la massimizzazione dei profitti del gruppo attraverso una produzione integrata (vietata dal diritto europeo) e l'apertura del mercato dei servizi di trasporto alla libera concorrenza imposto dalla normativa europea* (L. LORENZONI, *op. cit.*, 5).

Ma sembra, anche per i motivi già detti, che non siano facilmente perseguibili forme di gestione alternative a quella attuale e sembra utile che questi beni restino nella disponibilità dell'ente pubblico a garanzia dei fini che ogni singolo Stato deve garantire alla collettività⁸². Bisogna considerare infatti che per quanto riguarda la scindibilità tra i due momenti, proprietà e gestione della rete, finora non è stato possibile effettuare un loro frazionamento e la mancata privatizzazione sostanziale della rete ferroviaria ha certamente determinato un maggiore bisogno di tutela pubblicistica per garantire l'effettiva possibilità da parte delle imprese di concorrere ad armi pari in un libero mercato.

E per migliorare l'offerta del servizio in un pubblico mercato è stato detto che *escludendosi qualsiasi prevalenza a priori del privato sul pubblico o del secondo nell'offerta di reti e superando la forte responsabilità pubblica per la loro realizzazione, il ruolo dello Stato deve concentrarsi soprattutto sulla individuazione di meccanismi regolatori che incentivano i privati ad investimenti in infrastrutture garantendone un'adeguata remunerazione, sostenendo quindi economicamente l'iniziativa privata nella realizzazione delle reti al fine di raggiungere una migliore qualità dell'offerta*⁸³. Ma in tal caso dovrebbe prevedersi un controllo dello Stato sempre più incisivo a tutela dei forti interessi pubblici sottesi al servizio ferroviario ed anche la presenza statale come azionista maggioritario in caso di partecipazione dei privati al patrimonio sociale; naturalmente potrebbero prevedersi varie forme di incentivazione oltre che di partecipazione agli utili di impresa in caso di concorso dei privati alla costruzione delle infrastrutture. In ogni caso si devono ancora porre le condizioni affinché nel mercato del trasporto regolato ci sia interesse da parte del capi-

⁸² Il fatto che R.F.I. e Trenitalia appartengano allo stesso gruppo societario e che quest'ultimo sia sottoposto a penetranti poteri da parte dell'azionista di maggioranza, continua a suscitare delle perplessità sotto il profilo della sua compatibilità con il processo di liberalizzazione e la normativa di derivazione comunitaria. E dunque per rendere l'operazione complessivamente compatibile con un mercato liberalizzato sarebbe auspicabile privatizzare la sostanza, ossia vendere la quota di maggioranza del pacchetto azionario della società... (V. PARISIO, *op.cit.*, 2662).

⁸³ F. DI PORTO, 171.

tale privato ad investire in tale settore, come risulta dalla Relazione del Pres. Andrea Camanzi al Parlamento⁸⁴.

4. – Spesso, anche di recente, si è manifestata una certa volontà del Governo di ridisegnare il sistema delle competenze, il sistema dei rapporti intercorrenti tra Stato e Regioni e di procedere ad una nuova modifica del Titolo V della Costituzione che si ritiene non sia mai

⁸⁴ Ciò può avvenire ad esempio, come risulta dalla Relazione, attraverso la sottrazione della gestione del rischio regolatorio alla mediazione politica e con l'impiego di modelli di contabilità regolatoria per la rilevazione dei costi ammissibili ai fini della determinazione delle tariffe che sono stati finora solo parzialmente utilizzati. Tali modelli invece potrebbero fornire ai gestori delle infrastrutture una base più sicura per la determinazione di canoni e pedaggi con evidenti benefici anche per gli investitori e gli utenti. E dunque si rende necessaria la creazione di un sistema di contabilità regolatoria per la determinazione dei costi diretti a base dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura secondo criteri fissati da A.R.T. in coerenza con il nuovo quadro europeo. C'è da evidenziare che sotto quest'ultimo aspetto l'Italia di recente ha subito una condanna da parte della Corte di Giustizia (I Sezione 3 ottobre 2013 nella causa c-369/11). La Commissione Europea infatti all'esito di una procedura di infrazione avviata nel 2008 ha censurato la legge italiana per l'insufficiente indipendenza del gestore della rete nell'imposizione delle tariffe per l'accesso all'infrastruttura nazionale. Secondo la Commissione il requisito dell'indipendenza è desumibile da una lettura congiunta degli artt. 4 e 30 della Direttiva 2001/14/CE i quali attribuiscono al gestore della rete compiti di determinazione delle tariffe sotto il controllo dell'organismo di regolazione e non di mera liquidazione e riscossione. La legge italiana prevede che i canoni di accesso dovuti dalle imprese ferroviarie per l'utilizzo dell'infrastruttura sono stabiliti dal Ministero per le Infrastrutture e i Trasporti in seguito ad una motivata relazione da parte del gestore dell'infrastruttura ferroviaria previo parere del Comitato Interministeriale per la Programmazione economica. In relazione a ciò la Corte di Giustizia di conseguenza ha accolto la censura della Commissione e ha condannato lo Stato italiano per aver affidato al Ministero la potestà di fissare l'importo dei diritti di accesso alla rete non consentendo dunque al gestore della rete la sufficiente autonomia negoziale prevista ed imposta dalle direttive comunitarie. Tuttavia la norma censurata (art. 17 comma 1, dlgs. 8 luglio 2003 n. 188) per violazione del diritto europeo è stata modificata dal d.l. n. 69 del 21 giugno 2013 (*Decreto del fare*) che ha reso vincolante la proposta del gestore per l'individuazione del canone la quale è meramente approvata con decreto ministeriale (si veda art. 24, comma 1, d.l. 21 giugno 2013 n. 69, *Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*, pubblicato in G.U. 21.6.2013 n. 144 S.O.).

stata attuata completamente e che comunque ha dato una svolta federalista al nostro assetto costituzionale⁸⁵.

Sul finire del secolo passato infatti si era sempre sentita più forte l'esigenza di dare maggiore autonomia e poteri alle Regioni e agli enti locali e in particolare di dotare di maggiori competenze le Regioni e assicurare gli opportuni trasferimenti di risorse «purché fosse osservata la trasparenza nella loro gestione» in grado di far fronte agli impegni sempre maggiori da esse assunti. Ciò era necessario per far ripartire il sistema locale dei Comuni affinché questi valorizzassero attraverso una propria maggiore autonomia gestionale e potestà normativa⁸⁶ le proprie funzioni e dunque le peculiarità insite in ciascuno di essi.

Un sistema costruito più sull'idea di concerto, dialogo, collaborazione, solidarietà, sussidiarietà, che sull'idea di separazione delle competenze. E proprio con la riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione si era in realtà data grossa rilevanza alle Regioni sia per le numerose materie di legislazione concorrente di loro competenza, sia per il fatto che ad oggi spetta alle Regioni *la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato*; una legislazione quest'ultima definita dalla dottrina residuale piuttosto che esclusiva e piuttosto ampia soprattutto se poniamo mente alle diverse materie o settori riguardanti materie non nominate espressamente nella modifica costituzionale che solo talvolta sono riconducibili a quelle nominate.

L'idea di modificare la Parte II del Titolo V della Costituzione d'altra parte era già maturata in questi ultimi anni allorché fu approvato a maggioranza assoluta, anche se inferiore ai 2/3 dei membri di ciascuna camera, il testo di legge costituzionale che recava appunto *Modifiche alla Parte II della Costituzione* con la possibilità, ai sensi dell'art. 138 Cost., di sottoporlo ad un referendum popolare per la sua approvazione⁸⁷.

⁸⁵ Da ultimo c'è stato il Disegno di legge costituzionale del 31 maggio 2014.

⁸⁶ *I Comuni, le Province, le Città Metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.*

⁸⁷ Si veda G.U. n. 269 del 18 novembre 2005, Testo di legge costituzionale, in

Nel referendum costituzionale, che si svolse il 25-26 giugno 2006, la maggioranza dei votanti si esprime contro la riforma costituzionale (varata nella XIV Legislatura) e la legge pertanto non venne promulgata.

Per quanto riguarda la materia ferroviario (settore?) com'è noto nel testo del 1948 non c'era alcun accenno ad essa; ed anche in seguito alla modifica della legge costituzionale n. 3 del 2001 (Titolo V della Costituzione) l'art. 117 non elenca tra le materie attribuite alla competenza esclusiva dello Stato la materia suddetta che andrebbe unitariamente considerata nei suoi due aspetti fondamentali: trasporti e infrastrutture. Semplicemente, tra le materie di legislazione concorrente, nelle quali spetta alla legislazione statale la determinazione dei principi fondamentali, sono annoverate solo *le grandi reti di trasporto e di navigazione* essendo chiara la necessità dell'apporto normativo e quindi dell'influenza delle Regioni riguardo alla materia stessa.

Nel testo costituzionale del 2001 non si fa riferimento alle reti strategiche che presentano, rispetto alle grandi reti (così ci sembra), un diverso rilievo, sia riguardo all'obiettivo dell'opera sia alla sua realizzazione (progettualità, impegno di spesa, localizzazione, tempi di consegna, ecc.).

Ora vediamo che nel nuovo testo di modifica al Titolo V della Costituzione della Parte II, approvato in via definitiva il 16 novembre 2005 ma non promulgato⁸⁸, si elencava tra le materie di competenza esclusiva dello Stato *Le grandi reti strategiche di trasporti e di navigazione di interesse nazionale e relative misure di sicurezza*, riservando alla legislazione concorrente solo le reti di trasporto e di navigazione⁸⁹ non di interesse nazionale.

particolare Capo I, Modifiche al Titolo I della Parte II della Costituzione. Il testo di legge è stato approvato dalla Camera dei Deputati in seconda votazione con la maggioranza assoluta dei suoi componenti, nella seduta del 20 ottobre 2005 e dal Senato della Repubblica in seconda votazione con la maggioranza assoluta dei suoi componenti nella seduta del 16 novembre 2005. Entro tre mesi dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del testo un quinto dei membri di una Camera o 500 elettori o 5 consigli regionali possono domandare che si proceda al referendum popolare.

⁸⁸ In base all'iter procedimentale previsto dall'art. 138, comma 2, Costituzione.

⁸⁹ Art. 39, comma 8, nel testo costituzionale pubblicato nella G.U. n. 269 del

Risulta dunque, leggendo il testo della legge costituzionale concernente modifiche alla Parte II della Costituzione, già la tendenza a voler spostare la materia delle infrastrutture, per quanto riguarda le grandi opere, al livello legislativo superiore (statale) modificando così l'ordine delle competenze.

Questa esigenza centralistica in effetti non è stata abbandonata ed appare ancora più evidente nel recente disegno di legge di iniziativa governativa in base al quale risulta nuovamente modificato il Titolo V della Costituzione⁹⁰ soprattutto per quel che riguarda la materia delle *grandi reti di trasporto e di navigazione* (2° comma dell'art. 117 della Costituzione del Disegno di legge). E dunque questa materia in base ad esso viene affidata alla legislazione esclusiva dello Stato, mentre non vi è alcun riferimento alle c.d. reti strategiche.

In effetti vediamo che in seguito alla recente proposta di modifica costituzionale oltre le *grandi reti di trasporto e di navigazione* alcune materie, attualmente di legislazione concorrente, sono affidate allo Stato in quanto ciò è più congruente, almeno così si ritiene, rispetto all'assetto precedente, dal momento che la normativa europea ha, com'è noto, un ruolo fortemente incidente sulla normazione dei singoli Stati.

Abbiamo in tal modo un ampliamento della legislazione esclusiva con la configurazione di nuove materie e ciò comporta anche la *correlativa ridefinizione restrittiva di corrispondenti materie di legislazione concorrente*⁹¹.

Appare chiaro che si vuole rendere ancora più evidente la posizione di supremazia⁹² dello Stato e la sua funzione di garanzia dei

18 novembre 2005. All'art. 117 secondo comma, della Costituzione, sono aggiunte le seguenti: *s-bis* – grandi reti strategiche di trasporto e di navigazione e relative norme di sicurezza; comma 9, all'art. 117, 3° comma, della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni:...d) le parole: «grandi reti di trasporto e di navigazione» sono sostituite dalle seguenti «reti di trasporto e di navigazione».

⁹⁰ Atto del Senato n. 3520 XVI Legislatura.

⁹¹ È evidente l'accentramento che si vuole operare rispetto non solo all'inserimento in legislazione esclusiva di materie sino ad ora non specificamente individuate nella Costituzione e che tuttavia sono emerse in sede di contenzioso costituzionale come materie suscettibili di un'autonoma configurazione o riferibili alla competenza esclusiva dello Stato.

⁹² Riguardo a questo aspetto cfr. I. MARINO, *op. cit.*, 272 e ss., che sottolinea il

diritti costituzionali e dell'unità giuridica ed economica della Repubblica⁹³.

fatto che possono venire mortificate le vocazioni di sviluppo delle comunità che subiscono un sistema di infrastrutture per un mercato o anche per una «immagine» che non corrisponde alle loro vocazioni turistiche, agricole o artigianali, e così via, frustrando l'effettività dell'art. 5 della Costituzione.

⁹³ Nello schema della bozza di d.l. costituzionale con l'art. 2, comma 1 (*Modifiche in tema delle potestà legislative delle regioni a statuto ordinario*), si apportano varie modificazioni alle disposizioni dell'art. 117 della Costituzione in tema di potestà legislativa; in particolare leggiamo (art. 2 comma 1) che all'art. 117 della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «le leggi dello Stato assicurano la garanzia dei diritti costituzionali e la tutela dell'unità giuridica ed economica della Repubblica oppure «il legislatore statale adotta gli atti necessari ad assicurare la garanzia dei diritti costituzionali e la tutela dell'unità giuridica ed economica della Repubblica»...», e dunque con la lettera a si introduce nel primo comma dell'art. 117 una formula di chiusura (di preminenza e di salvaguardia) in base alla quale spetta alla legge dello Stato, a prescindere dalla ripartizione delle competenze legislative con le Regioni, il compito di assicurare la garanzia dei diritti costituzionali e dell'unità economica e giuridica della Repubblica (così si legge nella Relazione del Disegno di legge costituzionale n. 3520 presentato in data 15 ottobre 2012).... al secondo comma, dopo la lettera s) sono aggiunte in fine le seguenti: «s-bis) porti marittimi e aeroporti civili, di interesse nazionale e internazionale, grandi reti di trasporto e di navigazione»;... il terzo comma è sostituito dal seguente: «sono materie di legislazione concorrente quelle relative a commercio con l'estero, turismo, tutela e sicurezza del lavoro, istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni, ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi, tutela della salute, alimentazione, ordinamento sportivo, protezione civile, governo del territorio, porti lacuali e fluviali, porti marittimi e aeroporti civili di interesse regionale, previdenza complementare e integrativa, valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali, casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale, enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente le Regioni esercitano la potestà legislativa nel rispetto della legislazione dello Stato che, nelle medesime materie, disciplina i profili funzionali all'unità giuridica ed economica della Repubblica, stabilendo, se necessario, un termine non inferiore a 120 giorni per l'adeguamento della legislazione regionale. Come si vede, per quel che ci riguarda, manca nell'elenco la competenza delle Regioni per quanto riguarda le reti di trasporto e di navigazione mentre c'è la configurazione di nuove materie di legislazione esclusiva (porti marittimi e aeroporti civili di interesse nazionale e internazionale, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione, trasporto e distribuzione di energia di interesse non

Ed è anche chiaro l'intento di affidare allo Stato la materia delle grandi reti e dunque di non demandare determinate scelte anche alle Regioni (soprattutto a quelle piccole ritenute evidentemente inadatte)⁹⁴.

In realtà le grandi opere (anche quelle strategiche) sono determinanti per lo sviluppo dello Stato ma incidono anche fortemente sullo sviluppo delle Regioni e delle collettività locali avendo presente che

esclusivamente regionale) con correlativa restrizione di corrispondenti materie di legislazione concorrente.

Si individua, peraltro, il ruolo della legislazione dello Stato che ha come presupposto la sua dinamicità nell'ambito dello svolgimento articolato dei poteri e delle competenze e dunque *la relazione fra leggi statali e leggi regionali viene impostata in forma assolutamente innovativa, superando il riferimento alla mera statuizione, ad opera delle prime, dei «principi fondamentali» della materia ed individuando il ruolo della legislazione dello Stato in una prospettiva funzionale/teleologica, quella dell'unità giuridica ed economica della Repubblica* – Disegno di legge Costituzionale presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (Monti) di concerto con il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione (Patroni Griffi), comunicato alla Presidenza il 15 ottobre 2012.

⁹⁴ Si dà quindi importanza primaria all'aspetto teleologico dell'attività legislativa perché l'intervento dello Stato viene ad essere più presente. Nelle materie di legislazione concorrente *le Regioni esercitano la potestà legislativa nel rispetto della legislazione dello Stato che, nelle medesime materie, disciplina i profili funzionali all'unità giuridica ed economica della Repubblica stabilendo, se necessario, un termine non inferiore a 120 giorni per l'adeguamento della legislazione regionale* (art. 117 nel d.d.l. Cost. cit.). In questo modo si viene a ridefinire il rapporto tra legislazione statale e regionale superando il concetto di principi fondamentali pertanto il ruolo della legislazione dello Stato si fa anche più attivo e più penetrante potendo intervenire appunto riguardo a profili specifici, funzionali e strumentali, a interessi della Repubblica che riguardano la sua unità (giuridica ed economica). E riguardo a ciò vediamo che *tale prospettiva, pur richiamando lessicalmente la formula di chiusura contestualmente inserita nel primo comma dell'art. 117, si differenzia da quest'ultimo in quanto non esprime un titolo di legittimazione all'intervento del legislatore statale all'infuori dei criteri di ripartizione di competenze, ma indica il nesso strumentale finalistico in relazione al quale le norme della legislazione statale possono legittimamente porre in ciascuna materia di competenza concorrente una parte della disciplina legislativa, in chiave di prevalenza e di complementarietà rispetto alle norme regionali. In coerenza con questa impostazione si prevede inoltre che la legge statale, che interviene in una materia di potestà concorrente, ove introduca una disciplina che renda necessario un coerente adeguamento da parte della legislazione regionale, possa stabilire un termine per tale adeguamento, che non potrà essere inferiore a 120 giorni.*

quasi tutte le attività sociali ed economiche sono collegate all'uso del territorio e al servizio dei cittadini.

Il settore o materia ferroviaria che dir si voglia se si collega certamente all'uso del territorio si collega fortemente anche alla materia della concorrenza che, com'è noto, appartiene alla legislazione statale.

Forse questo elemento ha fatto propendere nella proposta di modifica per la diversa collocazione delle grandi reti di trasporto nell'ambito della ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni dovendosi tenere in debito conto che le grandi reti e dunque le infrastrutture ferroviarie si collegano fortemente, come già detto, ai singoli territori con le proprie peculiarità sui quali influiscono in modo particolare gli interessi e le politiche del mercato che è legato, a sua volta, allo sviluppo delle stesse infrastrutture.

È indubbio che per opere di dimensioni notevoli quali sono le infrastrutture di interesse nazionale c'è un'esigenza di unità ma non può non disconoscersi che debba rimanere invariato il quadro attuale delle competenze fra Stato e Regione (*Grandi reti di trasporto e di navigazione, porti e aeroporti civili*) dal momento che la realizzazione di queste opere non può non veder coinvolti, come è stato sostenuto in dottrina, tutti i soggetti della Repubblica⁹⁵.

Potrebbe ritenersi utile a tal proposito, nell'ambito delle competenze legislative, un inquadramento della materia ferroviaria in realtà mai pensato dal costituente.

Essa di certo non può rientrare nella materia del governo del territorio proprio per la sua peculiarità, per la complessità delle decisioni, talvolta strategiche, che dipendono da scelte politiche mirate

⁹⁵ Avendo presente che collegati con le grandi opere ci sono i servizi a cui le infrastrutture sono funzionali e le problematiche che ai servizi si ricollegano. Infatti, riguardo al servizio pubblico questo ruota intorno a due aspetti fondamentali in Europa: *quello che vuole ricondurre i servizi al mercato e quello che, attraverso gli obblighi di servizio pubblico, vuole ricondurre i servizi all'esigenza di assicurare a tutti i cittadini europei i servizi essenziali a prezzi accessibili...* sono due aspetti fondamentali, in cui il primo tende normalmente a sopraffare il secondo. E questa tendenza sembra comprenda il caso della legge 443/2008 dove il problema delle infrastrutture appare soprattutto funzionale al mercato, anzitutto, ... al mercato delle infrastrutture stesse (I. MARINO, *op. cit.*, 270).

(economiche e imprenditoriali), attinenti anche ad assetti proprietari del sistema Paese.

Nella materia confluiscono, come già detto, due ambiti che, pur separati, sono in realtà interdipendenti; proprio questa peculiarità ha determinato, in seguito all'art. 1 del d.l. n. 181/2006, la soppressione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sostituito dal Ministero delle Infrastrutture e da quello dei Trasporti: questi in realtà operavano in base a funzioni collegate che richiedevano ovviamente un coordinamento⁹⁶.

Ma, con il d.l. 16 maggio 2008 n. 85⁹⁷, convertito in legge con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 14 luglio 2008 n. 121 (in vigore dal 16 luglio 2008), si è ritenuto di straordinaria necessità ed urgenza procedere al riordino delle attribuzioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri; in seguito a ciò all'art. 1, comma 1, si è previsto che con il *decreto legislativo 30 luglio 1999*

⁹⁶ Per meglio cogliere le opportunità di sviluppo del sistema ferroviario al servizio del Paese si è creato un Ministero dei Trasporti separato da quello delle Infrastrutture; ciò come è stato sottolineato dal Ministro dei Trasporti Alessandro Bianchi al fine di *creare un'organizzazione dedicata ai servizi per la mobilità del Paese... di partire dagli interessi degli utenti per modellare le scelte politiche... per il rilancio del trasporto su ferro... per uno sviluppo equilibrato e sostenibile... sulla considerazione che la liberazione da sola non è sufficiente ad assicurare né lo sviluppo del mercato dei servizi ferroviari, né la crescita del trasporto ferroviario e sulla constatazione conseguente dell'urgenza del perseguimento di un riequilibrio modale programmato attraverso la pianificazione delle azioni di contesto necessarie per il raggiungimento di quell'obiettivo. Da qui deriva l'esigenza che avvenga un riassetto guidato e responsabile in grado di dare risposte positive all'esigenze di sviluppo del settore anche necessario per la crescita economica del Paese. Il nuovo Ministero dei Trasporti ha una responsabilità fondamentale in termini di attività di pianificazione, attività che dal punto di vista logico-temporale si estende anche agli aspetti infrastrutturali, soprattutto fondamentale è nel principio di leale cooperazione il confronto con le Regioni... criterio guida delle attività di pianificazione è infatti «l'integrazione tra reti nazionali ed internazionali, tra reti di grande percorrenza e quelle destinate al trasporto pubblico locale ed ovviamente tra i modi di trasporto (La liberalizzazione del trasporto ferroviario, cit., Prefazione).*

⁹⁷ Disposizioni urgenti per l'adeguamento delle strutture di Governo in applicazione dell'art. 1, commi 376 e 377, della legge 24 dicembre 2007 n. 244.

n. 300 il comma 1 dell'art. 2 viene sostituito e ripristinato un (unico) *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*⁹⁸.

Insomma si è ritenuto utile accorpare nuovamente in un unico dicastero funzioni in realtà ben differenti anche se, come già detto, interdipendenti. Questo sta a dimostrare le incertezze e le oscillazioni riguardanti la sistemazione di due settori che erano stati presi in considerazione in modo autonomo ma ancor più l'esigenza di nuove e doverose riflessioni riguardo alla materia, che richiederebbe a sua volta una lettura più flessibile delle competenze proprio per la posizione peculiare che il servizio dei trasporti ha per l'economia del Paese. E questo per il fatto, occorre sottolinearlo nuovamente, che la materia ferroviaria unitariamente considerata (infrastrutture e trasporti) ha due ambiti di cui solo uno (quello attinente appunto alle infrastrutture e quindi alle grandi opere) rientra attualmente nella competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni e, come è stato d'altra parte già rilevato⁹⁹, sembra attualmente sempre più rilevante e determinante l'apporto collaborativo delle Regioni.

Inoltre, in riferimento alla materia ferroviaria che sta avendo un'importanza maggiore nell'ambito del sistema Paese non si può dimenticare che sempre più si avverte la necessità di dover partire dagli interessi degli utenti, dall'efficienza dei trasporti che, come tale, non può essere disgiunta da un'attenta programmazione e realizzazione delle linee infrastrutturali grandi e/o strategiche che collegando il Paese consentono gli scambi e la mobilità di merci e persone.

Trasporti e infrastrutture sono dunque, a ben vedere, due aspetti di un'unica realtà sociale ed economica che a loro volta hanno un'unica inevitabile convergenza e che sono collegati a scelte di politiche economiche che presuppongono la presenza degli interessi e dei diritti fondamentali delle persone, quali quello alla mobilità e altri di ispirazioni comunitaria come la parità di accesso alle infrastrutture sulla base di regole comuni, ecc..

C'è da rilevare che lo scenario di riferimento resta piuttosto in-

⁹⁸ Comma 3: *Al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sono trasferite, con le inerenti risorse finanziarie, strumentali e di personale, le funzioni attribuite al Ministero dei Trasporti.*

⁹⁹ Dal precedente Ministro Bianchi.

certo e che la creazione di un unico Ministero potrebbe significare l'accentuazione di un maggiore centralismo e quindi un maggiore potere statale considerando che permangono grossi squilibri tra nord e sud e tra le varie aree del Paese che talora hanno una valenza strategica. Il Mezzogiorno ad esempio rappresenta la via più facile di comunicazione per gli scambi commerciali nell'ambito del Mediterraneo¹⁰⁰.

Sappiamo che spesso nei casi di difficoltà di attribuzione di una materia a una determinata competenza o di riconducibilità di un ambito ad una determinata materia è stata la Corte Costituzionale e non il legislatore¹⁰¹ a dover decidere sul riparto di competenze.

¹⁰⁰ Bisogna considerare che le politiche industriali e i progetti di infrastrutture sono destinati al riequilibrio territoriale tra nord e sud, ma queste si sono spesso intrecciate, a volte confuse, con le politiche di contesto ovvero con gli interventi finalizzati a un rafforzamento della dotazione di capitale fisico e sociale: in entrambi i campi infatti il Mezzogiorno fa registrare forti criticità, che si traducono in ritardi nello sviluppo economico rispetto al resto del Paese. Anche oggi le politiche di infrastrutturazione sono considerate fra le priorità di spesa per il sud. Tuttavia gli interventi di contesto e gli investimenti in infrastrutture presentano due importanti caveat: sono costosi e richiedono tempi di realizzazione molto lunghi. Nella situazione attuale caratterizzata da risorse scarse e urgenza di ottenere risultati concreti, a maggior ragione vale per gli investimenti infrastrutturali lo stesso principio che dovrebbe guidare le politiche industriali nel loro complesso, ovvero l'individuazione di obiettivi specifici e la conseguente concentrazione delle risorse disponibili su un numero ben circoscritto di progetti (L. CAPPELLANI, R. PADOVANI e G. SERVIDIO, *Questione meridionale e questione industriale: il ruolo della politica industriale*, in A. GIANOLA, A. LOPES e D. SARNO (a cura di), *I problemi dello sviluppo economico e del suo finanziamento nelle aree deboli*, Carocci Editore, 2012, 296 e ss.).

¹⁰¹ Come è stato già da tempo rilevato in dottrina, vi sono materie/argomenti che non sono menzionati ma sono trattati in altre parti della Costituzione, sia di competenza di soggetti indistinti, sia di competenza di... soggetti autonomi. Materie e/o argomenti di cui apparentemente non c'è traccia in Costituzione e materie che il legislatore costituzionale elenca specificamente o fa sì che la loro esistenza sia ricavata per via interpretativa. Vi sono materie dunque affianco a materie di competenza esclusiva dello Stato e materie di competenza concorrente espressamente indicate dall'art. 117; ma esistono materie e/o argomenti non menzionati nell'art. 117 Cost. ma che sono riconducibili in via interpretativa a materie che vi compaiono sia materie e argomenti che non menzionati nell'art. 117, al di là di ciò che può sembrare, non sono riconducibili a nulla. Ci sono ancora materie che non sono tali in

Infatti, nella continua ricerca di nuovi assetti per quanto riguarda l'attribuzione di nuove materie a Stato e Regione risulta soprattutto evidente la difficoltà di una loro delimitazione proprio per la vastità di alcune di esse, espressamente indicate, che comprendono in sé altre materie o ambiti ad esse riferibili, basti pensare alla materia del governo del territorio nella quale rientrano i molteplici usi del territorio e la loro gestione. Ciò ha determinato, come sappiamo, talora

*senso tecnico, piuttosto un valore (ambiente) che investe altre competenze che ben possono essere regionali e se spetta allo Stato il compito di fissare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale ciò non esclude interventi specifici del legislatore regionale che si attengano alle proprie competenze. Analogo discorso vale anche con riguardo alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che materia certo non è (L. MAZZAROLLI, *Il concetto di materia nell'art. 117, Titolo V, Cost.*: «se i lavori pubblici e gli appalti pubblici» si prestino ad esservi riportati e come si attui, per essi, il riparto di competenze tra enti», in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, 2007, III, 436 e ss.). L'A. nel su citato lavoro sottolinea il fatto che perfino quando è da escludere la presenza di un'attribuzione legislativa esclusiva ma ci sia di mezzo un'attività statale che dovrebbe coinvolgere anche potestà legislative concorrenti, un'eventuale legge statale che occupi uno spazio apparentemente lasciato libero non è di per se stessa illegittima ma per giudicare se essa è o no invasiva delle attribuzioni regionali bisogna prima stabilire se costituisce o no applicazione dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza e per farlo, in caso del genere, diviene elemento valutativo essenziale la previsione di un'intesa tra lo Stato e le Regioni interessate alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina (442). Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 242/2005 e n. 6/2004. Lo Stato può intervenire quando si tratta di assicurare l'esercizio unitario di una certa funzione sulla base dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza sia in relazione a funzioni amministrative che siano riconducibili a materie di legislazione concorrente, sia in relazione a materie ove sia pure riconosciuta una competenza legislativa residuale delle Regioni, sia anche laddove le norme costituzionali affidano solo limitati poteri legislativi allo Stato e persino quando la presenza di un'attribuzione legislativa esclusiva dello Stato sia da escludere... Il comma 4 dell'art. 117 della Costituzione si riferisce in generale alle materie espressamente riservate alla legislazione dello Stato e non solamente alle materie espressamente riservate alla legislazione dello Stato... il che avrebbe dovuto subito far pensare all'esistenza di materie e di insieme di materie o di sub materie menzionate «qua e là» nella Costituzione oltre a quelle indicate nell'art. 117 Cost.. Ciò che risulta collocato in questa disposizione non costituisce un orto chiuso: l'art. 117 rappresenta cioè una sede dove si tratta di un argomento fondamentale (la potestà legislativa statale e regionale) ma è una sede che non esaurisce affatto l'argomento che pur considera (434).*

la necessità di procedere ad accordi tra lo Stato e le Regioni (come nel caso della materia del turismo), accordi sui quali poi si sono basate le pronunce della Corte Costituzionale¹⁰².

La difficoltà nella delimitazione di alcune materie è dovuta non solo alla complessità che queste rivestono per la confluenza in esse di profili trasversali che riguardano, come già detto, altre materie ma anche per il fatto che in esse è presente un'interazione, un'interconnessione tra interessi diversi appartenenti a gruppi, organizzazioni, comunità locali e interessi statali che comunque rappresentano pur sempre un momento unificante, utile a superare settarismi discriminatori.

In effetti, la difficoltà circa l'attribuzione di una materia ad una competenza o a un'altra può essere determinata dal veloce evolversi delle dinamiche sociali, urbane ed economiche, dalla necessità e difficoltà crescente di creare consensi riguardo a scelte spesso difficili,

¹⁰² Si è osservato che vi è stato un anomalo ricorso alla Corte costituzionale con centinaia di impugnazioni in via principale da parte dello Stato e delle Regioni. Va evidenziato che il diritto vivente è opera della Corte costituzionale, che crea le materie, le delimita e dispone... non solo di una capacità di interpretazione tecnica particolarmente elevata ed autorevole, ma anche di un rilevante grado di autonomia politica (G. TERRACCIANO, *La configurazione della posizione e del ruolo dell'ente regione a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione*, in G. PALMA (a cura di) *Lezioni*, Napoli, 2011, 757). Dal nuovo sistema emerge che le Regioni, dal punto di vista qualitativo – non quantitativo – stando alle attribuzioni riconosciute dal Titolo V... assumerebbero nel nostro ordinamento un ruolo di una centralità tale da sostituirsi quasi a quella dello Stato. Gli atti attuativi non sono però coerenti con una simile lettura del dato normativo ed anche le decisioni della Corte costituzionale non sembrano riconoscere come linea di indirizzo quella dell'accrescimento dei poteri a livello regionale, essendosi piuttosto espresse in termini di mantenimento a livello centrale di poteri significativi, soprattutto in ragione della ricostruzione in alcune materie dell'ambito di intervento statale rispetto a quello regionale (754). L'A. evidenzia inoltre che nel 2° e 3° comma dell'art. 117, anche se vi sono espressioni che fanno riferimento a materie «lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie» in realtà non sono affatto individuate materie in senso proprio, come ha rilevato da subito la Corte costituzionale. Si potrebbe trattare piuttosto di ambiti omogenei di legislazione, all'interno dei quali talvolta si riconoscono materie che attono all'art. 117 previgente o alla ricostruzione che avvenne con il primo decentramento attuato con il d.P.R. 616/77 (755). Per quanto riguarda dunque le materie, l'A. ritiene che si tratta di ambiti, delimitazioni che a volte sono ancora alla ricerca di un loro significato pieno.

particolari, plurisetoriali, che sempre più richiedono la previsione di meccanismi di concertazione¹⁰³, con un ruolo attivo dei privati, come ad esempio nel caso dei procedimenti di elaborazione ed attuazione di piani e programmi integrati di intervento ma può essere determinata anche dalla complessità crescente attinente allo svolgimento delle funzioni pubbliche che a loro volta richiedono un ampio contesto di intese, meccanismi di negoziazione (tra pubbliche amministrazioni statali, regionali, comunali) ai fini della composizione di interessi¹⁰⁴.

Quello che emerge, anche dal recente disegno di modifica di alcuni articoli della Costituzione sopra richiamato, è il problema, sempre presente, della distribuzione dei poteri tra i vari livelli istituzio-

¹⁰³ In Francia ad esempio le modalità con cui sono elaborati i grandi progetti di infrastrutture ferroviarie dalla legge 2 febbraio 1995 e dalla Circolare Ministeriale del 28 dicembre 2000. In seguito a ciò si è creata la Commissione Nazionale *Din debat public* (CNDP) organo indipendente e neutrale, terzo rispetto al Ministero e società proponenti, promotore delle attività di consultazione del territorio dei grandi progetti infrastrutturali di interesse nazionale. La procedura di consultazione – dibattito pubblico e inchiesta pubblica – con le realtà sociali coinvolte termina con la dichiarazione di utilità pubblica in seguito al parere del Consiglio di Stato sull'utilità pubblica dell'opera sulla base dei risultati dell'inchiesta pubblica. E ciò per selezionare le priorità e le fattibilità finanziarie e ambientali degli interventi a carico dello Stato. Con la partecipazione di RFF (analogo di R.F.I.) e SNCF e di Regioni ed enti locali. Il dibattito pubblico è condotto dalla Commissione nazionale sulla base di studi preparatori svolti da RFF e SNCF. Seguono tre fasi del progetto: *Etudes preliminaires* che definiscono le caratteristiche principali e la capacità di realizzazione; poi ci sono *Etudes d'avant projet sommaire* (progetto preliminare più approfondito) che è sottoposto su decisione ministeriale ad una concertazione formale (inchiesta pubblica) al termine della quale si procede alla *Déclaration d'utilité publique*. A questo atto segue il parere eventualmente positivo del Consiglio di Stato e la sua adozione con decreto ministeriale. Il progetto è così immodificabile salvo piccole sistemazioni. Un *Etude d'avant projet détaillé* (progetto definitivo) viene sviluppato successivamente per il dossier di consultazione delle imprese nella fase di gara per l'aggiudicazione dei lavori di costruzione.

¹⁰⁴ Sul punto è stato osservato che *la normazione – in subdola controtendenza – traduce sul piano procedimentale operativo un'accentuata sovraordinazione di certi interessi che, unita ai condizionamenti di tipo politico, si traduce nella negazione della ratio della stessa consensualità e ripropone una forte gerarchizzazione degli interessi, peraltro operata spesso non in base al «peso» dell'interesse, ma dell'ente che lo rappresenta* (F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici – Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, 2012).

nali¹⁰⁵, la problematicità della scelta tra accentramento o un federali-

¹⁰⁵ Nell'ambito della sempre più forte attenzione alle materie di competenza dello Stato o delle Regioni è stato già chiarito che *non si può mettere ragionevolmente in discussione che permangono interessi di livello nazionale (e comunitario) e, tuttavia, il giurista non può mettere seriamente in discussione che questi interessi sono oggi, in via di principio, riconducibili allo Stato qualora debbano essere assicurati attraverso la legislazione esclusiva e la potestà regolamentare (o anche puntualmente provvedimentale) dello Stato nelle stesse materie di legislazione esclusiva. Il nuovo art. 117 Cost. ha fatto un elenco di materie che dalla lettera a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato, rapporti dello Stato con l'Unione Europea... alla lettera s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali) individua lo spazio di interessi riconducibili alle attribuzioni dello Stato. Nessun altro interesse è giuridicamente nazionale nel senso che comporta la compiuta attribuzione legislativa e provvedimentale in capo allo Stato. Questo non esclude certo che altri interessi rilevino per lo Stato, come dimostra peraltro l'ulteriore elenco di materie che nello stesso art. 117 prevede per la legislazione concorrente delle Regioni, l'intervento dello Stato con legge per la determinazione dei principi fondamentali. Acquista tuttavia particolare significato il dato che la potestà dello Stato in questa materia (tra cui porti, aeroporti, grandi reti di trasporto,...) non è solo limitato ai principi fondamentali, ma anche delimitata dalla qualità giuridica dell'intervento dello Stato: con atti legislativi. Lo Stato infatti potrà determinare i principi fondamentali con la sua legislazione, ma non ha nelle materie di legislazione concorrente potestà regolamentare e provvedimentale (art. 117, comma 6, Cost.) (I. MARINO, 262). Inoltre, secondo l'A., in una Repubblica costituita secondo il disposto del comma 1 dell'art. 114 Cost., l'interesse nazionale o le esigenze unitarie non possono essere individuate dallo Stato - al di fuori delle materie di sua legislazione esclusiva e dei principi fondamentali ad esso riservati dalla legislazione concorrente - bensì da procedimenti che coinvolgono tutti i soggetti costitutivi della Repubblica, in modo da corrispondere effettivamente con «leale collaborazione» ai commi da 1 a 9 dell'art. 117 e dell'art. 118 Cost. (270). Come evidenzia inoltre l'A., il principio di sussidiarietà non è un principio che «deroga al normale riparto delle competenze stabilito nell'art. 117 Cost.» poiché la sussidiarietà è al contrario principio che regge il riparto delle attribuzioni (e gli interessi sottostanti). Ed è ben vero che - come afferma la Corte - l'istanza unitaria deve essere valutata nella sua reale consistenza «e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni astratte, salvaguardandone la posizione costituzionale» come è vero che le oggettive caratteristiche dell'opera e dell'organizzazione per realizzarla non giustificano l'attrazione dell'opera da parte dello Stato, perché potrà comunque riscontrarsi la possibilità che quegli interessi possano essere interamente soddisfatti dalle Regioni; ciò che non convince è che a questo possa sopperirsi con il principio o «modulo» collaborativo tra Stato e Regioni, facendo funzionare la sussidiarietà come un modello collaborativo, derogatorio rispetto alle attribuzioni locali e regionali (267).*

smo più accentuato e soprattutto la difficoltà di decisioni riguardanti la programmazione e l'attuazione di infrastrutture¹⁰⁶, snodi, linee e relative opere di supporto necessarie per lo sviluppo del sistema Paese.

La materia ferroviaria, se la si vuol ritenere materia a sé stante, pur scissa nei suoi due aspetti fondamentali ed autonomi, presenta una sua unitarietà proprio in considerazione della complessità dei problemi ad essa collegati e degli aspetti che in modo particolare la caratterizzano quali la presenza della tutela dell'imprenditorialità, la tutela della concorrenza, l'interesse alla velocizzazione degli scambi economici, la tutela e la regolarizzazione del traffico ferroviario e delle grandi linee di percorrenza, la sicurezza dei trasporti, la tutela dei diritti degli utenti¹⁰⁷.

¹⁰⁶ *La nostra Costituzione ha dato con il nuovo Titolo V, Parte II, una più adeguata attuazione all'art. 5, meglio palesando l'indicazione preferenziale (per quanto coniugata con ulteriori esigenze) circa la sede più vicina ai cittadini quale sede prescelta per la cura degli interessi di quei cittadini consociati in comunità; meglio palesando il diritto di scegliere il modello di sviluppo congeniale a quella comunità. Un principio costituzionale di democraticità nella scelta del futuro della «comunità statuale» che va di pari passo con il principio della libertà della scelta del futuro lavorativo individuale (art. 4 e 41 Cost.) (254). L'A. evidenzia inoltre che la complessità del riferimento alle strutture dei trasporti è il riflesso dell'andamento complessivo dei sistemi contemporanei, frutto di un intenso dialogo tra globale e locale che ha comportato, non soltanto il formale capovolgimento del rapporto centro/periferia, con l'altalenante voglia di renderlo effettivo o di ritornare alle preminenze centralistiche ma ha anche reso «tutti interessati a tutto» anche alle infrastrutture dei trasporti (I. MARINO, op. cit., 255).*

¹⁰⁷ *È stato osservato infatti opportunamente che per quanto riguarda la concorrenza anche nel Trattato CE non costituisce un obiettivo fine a se stesso ma piuttosto uno strumento per il perseguimento degli interessi della comunità, mentre dall'analisi del diritto derivato emerge il collegamento tra concorrenza ed interessi dei consumatori (e, dunque, sotto tale profilo, degli utenti) (A. DE CHIARA, Interesse pubblico tra politica e amministrazione, Napoli, vol. II, 2009, 792). E da questo collegamento deriva che la tutela degli utenti è configurabile nella maggior parte dei casi come un portato, ma al tempo stesso, come il fine ultimo dell'affermazione della concorrenza. R. PEREZ, Telecomunicazioni e concorrenza, Milano, 2002, 4 e ss., che evidenzia che nel Trattato la concorrenza ha una connotazione particolare in quanto non costituisce un fine bensì un mezzo e un criterio di condotta per realizzare, ai sensi dell'art. 2 (ex art. 2) uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile, non inflazionistica, rispettosa dell'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, il miglioramento del tenore*

Ciò per le profonde trasformazioni che hanno interessato il settore del trasporto ferroviario che inevitabilmente, nel passaggio dal regime monopolistico a quello concorrenziale, ha richiesto una sempre maggiore regolazione da parte di organi pubblici che a sua volta richiede un necessario adeguamento alle numerose criticità che continuano ad afferrire al settore.

Non va dimenticato nel settore dei trasporti il ruolo fondamentale delle Regioni, in seguito alla modifica del Titolo V della Costituzione e prima ancora alla riforma introdotta con il d.lg. 422/97 (modificato dal d.lg. 20 settembre 1999 n. 400), alle quali è stato affidato il compito di governare il sistema dei trasporti locali con compiti di normazione, regolazione, programmazione, pianificazione, vigilanza e controllo sui processi e sui prodotti; ad esse quindi sono state date importanti funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale subentrando allo Stato nel rapporto con le Ferrovie dello Stato s.p.a. e stipulare i relativi contratti di servizio¹⁰⁸.

e della qualità della vita e che in base agli artt. 2 e 3 (ex artt. 2 e 3) in materia di concorrenza va applicato il principio di protezione sociale, dell'ambiente e del consumatore. Da ciò risulta che la tutela della concorrenza non è fine a se stessa ma serve per la protezione di altri beni di un forte rilievo sociale.

¹⁰⁸ La Direttiva CE 440/91 prevedeva il principio della separazione tra rete infrastrutturale e servizio partendo dall'idea dell'esistenza di un monopolio naturale per la rete e di una situazione potenzialmente concorrenziale per il servizio ferroviario e l'obiettivo minimo era comunque la separazione contabile, non necessariamente quella proprietaria. *Si trattò di un primo passo verso un processo di deregolamentazione accelerando il distacco tra pubblici poteri e imprese di trasporto che dovevano poter operare in condizioni di massima indipendenza organizzativa e gestionale al fine di poter concorrere sul mercato alla stregua di normali aziende private.* La direttiva del 91 non regolava la disciplina delle licenze per le imprese ferroviarie entranti né stabiliva i criteri di ripartizione dell'infrastruttura e di fissazione dei canoni di locazione della rete. Com'è avvenuto con le direttive 18 e 19 del 1995. La direttiva 440 impone di attuare una ripartizione della capacità infrastrutturale equa e non discriminatoria (equità, imparzialità e non discriminazione) impedendo quindi di fatto, fatte salve clausole di salvaguardia per situazioni particolari, la concessione di diritti speciali a favore di specifiche imprese ferroviarie e limitando quindi le capacità discrezionali da parte dell'azienda pubblica (e indirettamente delle pubbliche autorità (proprietaria dei servizi di rete. Da un punto di vista favorevole ai principi guida della liberalizzazione tale divieto di discriminazione è una base indispensabile per il buon funzionamento di un mercato libero capace di garantire tra-

Da ciò risulta in modo sempre più evidente l'esigenza di un maggiore raccordo e coordinamento nel settore ferroviario tra trasporti locali nazionali e locali e tra le funzioni dello Stato e della Regione, non solo riguardo alle modalità di percorribilità e quindi dell'accesso alle reti ma anche ai fini della sicurezza della circolazione sulle infrastrutture ferroviarie ed a un loro potenziamento avendo presente che soprattutto il servizio ferroviario regionale presenta tra le molte e diverse criticità la scarsità del materiale rotabile e dunque la conseguente poca qualità dei servizi con il relativo problema dei costi¹⁰⁹.

mite la concorrenza l'abbassamento dei prezzi e il miglioramento dei servizi. Tuttavia, adottando un punto di vista differente, si può obiettare che l'uguaglianza di trattamento potrebbe imporre all'operatore pubblico una sostanziale rinuncia alle attività a carattere universale in favore di una sempre più massiccia sostituzione con attività di mercato profittevoli, a danno quindi dell'utenza utilizzatrice di tratte meno frequentate (L. DORATO, *op. cit.*, 229).

¹⁰⁹ Sul punto occorre evidenziare dapprima che rispetto alla disciplina dettata dall'art. 113 del d.lg. 267/2000 v'è stato un processo di riforma volto all'introduzione e generalizzazione del principio di liberalizzazione del settore dei servizi pubblici a rilievo economico e sull'apertura dei mercati di riferimento, iniziato con l'art. 23-bis del d.l. 112/2008 convertito in legge 133/2008 e suo regolamento attuativo d.P.R. 168/2010 e poi proseguito con l'abrogazione dell'art. 23-bis in seguito al referendum del giugno 2011 e dell'abrogazione della disciplina regolamentare, con l'art. 4 del d.l. 138/2001 convertito con modificazioni in legge 148/2011 s.m.i. poi modificato dalla legge di stabilità 2012 – art. 9 della legge 183/2011 e dall'art. 25 del d.l. 1/2012, convertito in legge 27/2012 – decreto liberalizzazioni – che con l'introduzione dell'art. 3-bis ha inserito altre disposizioni concernenti l'organizzazione sovracomunale dei servizi pubblici c.d. a rete. Vediamo che una scelta legislativa di disciplinare in modo molto preciso le modalità di affidamento dei servizi di rilievo economico, sul presupposto della loro riconducibilità alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza ex art. 117, comma 2, lettera e, Cost., anche se è stata ritenuta legittima dalla Consulta (pronunce 24/2011 e 325/2010) soprattutto riguardo alla possibilità di introdurre regole concorrenziali più rigorose rispetto al nucleo minimo descritto dal diritto comunitario, essa ha suscitato da subito, dopo l'entrata in vigore della norma, molti dubbi di incostituzionalità sia sotto il profilo della lesione del vincolo referendario ex art. 75 Cost. sia sotto il profilo dei canoni di autarchia e autodeterminazione degli enti locali in base agli artt. 5, 114, 118 Cost.. In questo contesto è intervenuta la pronuncia della Consulta n. 199/2012 che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 138/2011 per violazione dell'art. 75 Cost., dal momento che la disciplina così introdotta ripristinava la normativa abrogata in sede referendaria. Sul punto v. A. Az-

Sembra opportuno che le Regioni destinatarie al pari dello Stato di direttive europee sempre più incisive partecipino ai processi deci-

ZARITI, *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale e delle recenti novità normative*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2012, 857 e ss. L'A. evidenzia in particolare che la Corte pone una serie di canoni interpretativi sia in relazione ai limiti e ai caratteri della competenza legislativa esclusiva nella materia dei servizi pubblici locali di rilievo economico, sia in relazione agli spazi di competenza legislativa regionale residuale che agli ambiti di autonomia organizzativa degli enti locali... E dunque l'introduzione di regole concorrenziali nell'ambito delle scelte organizzative per l'affidamento dei servizi non può essere intesa come un obiettivo imposto all'ente locale, da perseguire, com'era disciplinato dall'art. 4 d.l. 138/2011, mediante un nucleo dettagliato e prescrittivo di regole ma deve essere letta come uno strumento del quale gli enti locali devono avvalersi nell'ambito delle loro scelte organizzative, nell'ottica del perseguimento di un regime di concorrenza effettiva. (863). E lo stesso principio lo ritroviamo nella pronuncia 200/2012 dove in relazione all'art. 3 del d.l. 138/2001 che introduce misure di liberalizzazione si afferma che la competenza del legislatore statale in materia di tutela della concorrenza non debba tradursi in una regolamentazione delle attività economica eccessivamente intrusiva e sproporzionata rispetto alla tutela di altri beni costituzionalmente protetti. La liberalizzazione delle attività economiche, in quanto strumento di promozione della concorrenza, viene letta come disposizione di principio, tale da richiedere «ulteriori sviluppi normativi» sia da parte del legislatore statale che da parte del legislatore regionale, nei propri rispettivi ambiti di competenza... Dunque il Giudice delle Leggi sancisce il divieto di utilizzazione legislativa statale dalle forme di gestione dei servizi pubblici locali escludendo del tutto le Regioni. Come leggiamo anche nella pronuncia n. 272/2004 la potestà legislativa statale in materia di tutela della concorrenza ex art. 117 comma 2 lettera e, Cost., non può tradursi in un'eccessiva compressione dell'autonomia regionale e locale, poiché riguarda una materia trasversale che va a intrecciarsi con una pluralità di interessi alcuni dei quali rientrano nell'ambito della competenza concorrente o residuale delle Regioni. Con la sentenza n. 199/2012 si afferma la lesione dell'art. 4 d.l. 138/2011 in seguito alla violazione dell'art. 75 Cost. degli spazi di competenza legislativa residuale della Regione. Quel che risulta evidente è dunque la necessità che ci sia un *contemperamento tra il rispetto delle regole concorrenziali di matrice comunitaria e le scelte attinenti all'organizzazione degli enti locali nell'ambito della propria sfera di autonomia e di competenza*. E dunque per effetto della pronuncia della Corte costituzionale l'affermazione dei principi comunitari volti all'instaurazione di un regime di concorrenza effettiva non può essere prescritta dall'esterno agli enti locali a cui compete la facoltà di scelta circa le modalità di organizzazione e gestione dei propri servizi derivandone l'illegittimità costituzionale di vincoli e condizioni imposti in tal senso (866). Alla luce dei dati giurisprudenziali più recenti va ritenuto che l'ente locale debba verificare se vi siano mar-

sionali riguardanti lo sviluppo del sistema ferroviario ed in particolare modo l'aspetto infrastrutturale¹¹⁰.

L'apporto delle Regioni sembra oltremodo indispensabile proprio per raccogliere le sfide che vengono da quello spazio globale che appare *fondato su convenienze e che sembra governato non da volontà ma da interessi e che sembra operare secondo il modello del mercato, non secondo quello dello Stato*¹¹¹: avendo in debito conto che attraverso le s.p.a. comunque lo Stato persegue specifiche politiche economiche ed industriali ed anche specifici obiettivi di interesse pubblico pur nell'ambito della redditività e dell'utile di impresa (in regime di competitività e concorrenza)¹¹².

gini di liberalizzazione del mercato, motivando eventualmente il mancato ricorso al mercato (868).

¹¹⁰ È nota l'arretratezza del sistema di trasporto in alcune parti del Paese, soprattutto nel Mezzogiorno ed è stato osservato in particolare che non è possibile non risolvere questo problema dal momento che *il prorompente sviluppo delle economie asiatiche sposta a sud il riferimento dei circuiti internazionali di trasporto merci e l'arretratezza infrastrutturale ed organizzativa delle regioni meridionali senza adeguati interventi sarà destinata a riflettersi negativamente sull'intero sistema nazionale con il rischio di perdere l'occasione offerta dai mercati globalizzati per un generale sviluppo dell'intero Paese* (AA.VV., *La liberalizzazione del servizio ferroviario*, a cura di M. Tebaldi, Bologna, 96). È d'altra parte del nostro tempo la perdurante arretratezza delle infrastrutture del Mezzogiorno, gli scarsi collegamenti già lamentati dal noto meridionalista Gaetano Salvemini in passato si v. *La sinistra e la questione meridionale*, in cui l'A. riflette anche sul sistema ferroviario del Mezzogiorno e dunque ogni volta che si è concesso al Mezzogiorno un tronco ferroviario la concessione è stata fatta sempre di malavoglia ed ha avuto l'aria di un'elemosina, basta ricordare la importantissima linea Foggia-Napoli che si fece aspettare 13 anni e che la linea circumsiciliana è ancora un sogno (18).

¹¹¹ Così S. CASSESE, *C'è un ordine nello spazio giuridico globale?*, in *Politica del diritto*, XLI, marzo 2012, 146.

¹¹² Sono numerosi gli interventi dello Stato imprenditore, secondo gli ultimi dati del Ministero dell'Economia e delle Finanze lo Stato detiene partecipazioni dirette totalitarie o di controllo in una trentina di società. E a proposito del ruolo dello Stato imprenditore esso non solo dovrebbe essere inteso come «holding» ma altresì essere considerato attraverso lo strumento di cui si serve, quindi come partecipe di un'impresa in sé funzionale, quale lo è quella organizzata in forma di s.p.a., a politiche aziendali elastiche, flessibili, «comprehensive». Influenza esercitata dall'interesse pubblico soggettivato nell'amministrazione dovrebbe quindi essere valutata in termini di compatibilità con l'interesse pubblico cui appunto corrisponde, secondo l'or-

La cura e la soddisfazione di interessi¹¹³ e di diritti fondamentali che si estrinsecano attraverso direttive e normative di regolazione e limitazioni all'autonomia degli operatori e quindi al potere di iniziativa economica¹¹⁴, la soddisfazione degli interessi generali e nello stesso

ordinamento generale, la «società per azioni», con il composito «interesse sociale» da quell'ordinamento riconosciuto come interesse della stessa s.p.a. «impresa-istituzione»... La società per azioni appare davvero il più duttile e versatile degli strumenti a disposizione dei pubblici poteri per realizzare le proprie finalità, piegandosi, modellandosi, dilatandosi, secondo le finalità di volta in volta perseguite attraverso il suo utilizzo: dalla più efficiente gestione delle attività economiche all'elusione dei rigorosi vincoli pubblicistici che impongono sulle pubbliche amministrazioni organizzate in forme tradizionali, o solo a un loro più efficace svolgimento. (M. G. DELLA SCALA, Società per azioni e Stato imprenditore, Napoli, 2012, 296 e ss.). In effetti, c'è da osservare che è sempre presente il conflitto tra interesse pubblico soggettivo nello Stato azionista che si realizza anche e soprattutto attualmente attraverso l'attività di impresa è l'immanente caratteristica della s.p.a. di essere strumento preordinato secondo l'ordinamento generale alla realizzazione di «utile economico» in regime di mercato. v. sul punto M. G. DELLA SCALA, op. cit., 295.

¹¹³ *La soddisfazione di questi presuppone tra le diverse attività quella di pubblicare i dati concernenti l'organizzazione e l'erogazione dei servizi al pubblico che attiene al miglioramento continuo dei servizi pubblici, il quale si realizza anche sotto il profilo del buon andamento dei servizi pubblici e della corretta gestione delle relative risorse, pure con il contributo degli stakeholders al ciclo della performance. L'accessibilità on line dei dati relativi all'attività amministrativa, consentendo il coinvolgimento dell'intera collettività, costituisce una forma di garanzia del cittadino, quale destinatario della stessa e quale utente finale dei servizi pubblici (P. TANDA, Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione, Torino, 2012, 86).*

¹¹⁴ *Da tempo si è evidenziato che ormai si è determinata la volontà di recedere dal servizio pubblico per ciò che concerne il trasporto passeggeri di media e lunga percorrenza e il trasporto merci, i quali si ritengono segmenti non caratterizzati da monopolio naturale e nei quali la regolazione deve puntare soprattutto a garantire adeguate condizioni di contendibilità... e di circoscrivere il servizio pubblico di trasporto quasi esclusivamente a livello locale... tale linea tendenziale sembra avallata da un atteggiamento comunitario indifferente rispetto ai servizi pubblici di trasporto e dalla prioritaria attenzione fino ad oggi avuta per l'apertura del mercato (E. SCOTTI, Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee, Padova, 2003, 279 ss.). In dottrina si tende ad accomunare nella categoria dei servizi di interesse economico-generale servizi pubblici in senso oggettivo corrispondenti a potestà di regolazione conformativa e servizi pubblici in senso ambigualmente oggettivo e soggettivo, che l'Amministrazione sarebbe invece tenuta a garantire alla collettività per*

tempo la garanzia di funzionalità del mercato non possono essere riferiti solo a livello statale in quanto le ottimali condizioni realizzabili sui mercati concorrenziali richiedono approfondite riflessioni e valutazioni, scelte che richiedono inevitabilmente una conoscenza approfondita di ciascun territorio, dei suoi usi e delle sue peculiari caratteristiche naturali ed economiche. E se è compito del legislatore effettuare scelte in cui sono coinvolti aspetti pubblici e privati, sarà poi compito, almeno così sembra, dell'Autorità del servizio ferroviario operare il bilanciamento tra questi per garantire un servizio che sia effettivamente corrispondente – costantemente adeguato – al bisogno collettivo e tale da impegnare la responsabilità degli operatori pubblici e privati in concorrenza tra loro.

Ora, se è vero che gli Stati conservano piena responsabilità nella gestione delle finanze pubbliche e nelle riforme economico-sociali e in tutti gli Stati europei diverse autorità indipendenti contribuiscono a rafforzare lo Stato di diritto così come anche le Corti dei Conti, gli organi di controllo incaricati di garantire il rispetto delle regole di concorrenza o di certe libertà pubbliche, e se è vero che assistiamo definitivamente al tramonto degli Stati-Nazione in vista dell'affermarsi di una (anche se per certi versi problematica) democrazia europea che ingloba in sé i limiti dei sistemi nazionali e del loro coordinamento¹¹⁵ e dal momento che viviamo in un'epoca di globalizzazione fondata

lo più acquisendoli sul mercato; oppure distinguendo tra regolazione in senso forte e regolazione in senso debole; o infine facendo leva su un'autonoma teoria del servizio universale. Sul piano del metodo, tale spunto sembra dunque confermare la validità di un approccio analitico inteso a comprendere quale sia, in relazione allo specifico regime delle attività (o a loro distinti segmenti), l'equilibrio tra interesse pubblico alla soddisfazione dell'utenza, interesse pubblico alla tutela del mercato e interessi particolari delle imprese (287-288).

¹¹⁵ Cfr. sul punto S. GOULARD, M. MONTI, *La democrazia in Europa*, Milano, 2012, 91. Occorre evidenziare che nell'art. 3 del Trattato ci sono gli orientamenti in materia di economia e società. Nel testo leggiamo che l'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli (par. 1) ma anche che *l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e su un livello elevato di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente* (par. 3).

su un necessario equilibrio tra libertà dei mercati e responsabilità dei poteri pubblici¹¹⁶ si ritiene sempre più doverosa l'esigenza di conci-

¹¹⁶ Per quanto riguarda il servizio ferroviario bisogna considerare che per questa come per altre attività c'è forte attenzione al raggiungimento del c.d. «risultato» e rispetto a ciò: *non è privo di implicazione il fatto che tale risultato sia garantito unicamente attraverso una regolazione volta a valorizzare l'autonomia privata e a promuovere la concorrenza, e non in forma doverosa attraverso obblighi di servizio universale o di servizio pubblico; l'interesse generale resta in tal modo esterno rispetto all'attività e si colloca a livello diffuso nell'intero settore, assumendo la forma del limite di esercizio di tale libertà* (E. SCOTTI, op. cit., 310). Ed è stato anche evidenziato che ormai c'è stato un inevitabile passaggio da un'amministrazione formale, valutata fondamentalmente su parametri di mera legalità ad un'amministrazione incentrata sul modello di governance basato sul risultato e, quindi, sulla misurazione e valutazione della performance, in vista della concreta soddisfazione degli interessi dei singoli cittadini, al servizio dei quali la P.A. necessariamente opera. Ciò richiede necessariamente modelli organizzativi elastici sia a livello strutturale che funzionale. In particolare c'è una forte attenzione verso una sempre maggiore qualità dei servizi pubblici e corrispondente soddisfazione dell'utenza viste anche le profonde innovazioni che hanno connotato le pubbliche amministrazioni e la loro trasformazioni secondo caratteri sempre più marcatamente economico-aziendali, con la sottoposizione a regole e a logiche considerate in passato proprie delle organizzazioni private. E in effetti l'orientamento ai risultati costituisce uno dei fattori più rilevanti della riforma amministrativa... *uno degli elementi più caratterizzanti della nuova amministrazione in tutte le sue manifestazioni e componenti – politica, gestionale, tecnica, ecc. – un suo nuovo principio istituzionale, operante nella sua struttura profonda ed incidente sulla sua stessa funzione... la trasformazione delle pubbliche amministrazioni in aziende, in fattori di sviluppo, in promotrici dei propri territori e in interlocutrici dirette dei mercati chiama in causa, in forme nuove ed apporti tra economica, politica e amministrazione; e costituisce occasione per riflettere sui rispettivi e reciproci limiti e poteri. E ciò allo scopo di cominciare a delineare – in questa sede a livello locale, ma con un valore emblematico per l'importanza del «locale» nel mondo globale – un modello di Amministrazione che sappia coniugare il rapporto – necessitato – con il mondo dell'economia e della finanza, con l'autonomia della funzione politico-amministrativa e con il diritto delle comunità e delle persone che le compongono a prendere parte consapevolmente e costruttivamente... alla formazione delle decisioni che incidono sulla vita della comunità rappresentata, dotata di una propria identità culturale e di una propria fisionomia e destinata a trasformarsi sempre più in centro organizzatore e propulsore dei propri interessi da integrare armonicamente con gli altri interessi coinvolti...* (L. IANNOTTA, *Costruzione del «futuro» delle decisioni e giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in L. IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, 4 e ss.).

C'è da osservare anche che c'è stato un evidente e conseguente riconoscimento

liare il mercato e le politiche economiche perseguite attraverso di esso e dunque le attività economiche di interesse generale esercitate in ciascuno Stato membro, con opportune misure redistributive da inscrivere nei bilanci dei territori da questa interessati al fine di una loro crescita complessiva¹¹⁷.

Ci sembra pertanto che la materia ferroviaria possa essere presa in considerazione nell'ambito delle competenze costituzionali ripartite tra Stato e Regioni¹¹⁸ tenendo conto della necessaria consolida-

sia del rilievo giuridico del risultato sia del superamento della sua concezione meramente economica: se da un lato vi è stato un netto ridimensionamento della politica tradizionale a cui ha fatto seguito il predominio dell'economia rispetto alla prima, dall'altro si è assistito alla configurazione di una forma di pubblica amministrazioni caratterizzati da aspetti simili a quelli della c.d. new economy (economicità, efficacia, qualità, trasparenza, ecc.) P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 127-128. Si veda d.lg. n. 1590/2009.

¹¹⁷ E. SCOTTI, *op. cit.*, 310 e ss.

¹¹⁸ Bisogna considerare che ormai è pacifico che l'intreccio e la complessità dei problemi collegati allo sviluppo sostenibile e dunque alla valorizzazione e tutela dei territori richiedono l'apporto collaborativo dei vari livelli istituzionali ed in particolare delle Regioni dal momento che grazie alle politiche regionali europee le Regioni hanno messo in campo strumenti e pratiche amministrative innovative ed hanno assunto un ruolo specifico di coordinamento e di guida nella governance dello sviluppo locale... il processo di decentramento amministrativo in atto nel nostro ordinamento nel corso degli ultimi decenni è stato favorito anche da una serie di interventi ed iniziative provenienti dal livello europeo tra cui la c.d. strategia macroregionale... la Comunità Europea ha fatto delle regioni degli interlocutori privilegiati, al fine di promuovere uno sviluppo locale in grado di superare i confini tra Stati membri, ritenendo più efficace un'azione che veda come protagoniste aree territoriali contigue, accomunate da problematiche simili, piuttosto che interi territori statali, considerati separatamente l'uno dall'altro. Le Regioni hanno una posizione di rilievo nell'Unione europea dovuta al fatto che c'è stata un'evoluzione in seguito alla quale le Regioni sono diventate promotrici di programmi ed attività finalizzate ad uno sviluppo comune. Il tema delle macroregioni, come è stato osservato, rientra nell'ambito delle politiche regionali comunitarie quali iniziative per realizzare parte degli obiettivi intorno ai quali ruota la programmazione della politica di coesione 2007-2013. Nel 2008 la Commissione europea ha elaborato il Libro verde sulla coesione territoriale e ciò ha dato vita a molti incontri e dibattiti il cui obiettivo è proprio la coesione territoriale. Infatti, le Regioni e le collettività locali appaiono come una grande risorsa ed opportunità per l'Unione e gli Stati-membri. Alle macroregioni e alle politiche regionali comunitarie si collega l'obiettivo strate-

zione (più spesso rinascita economica) di determinati territori anche per compensare una certa cedevolezza di sovranità dello Stato¹¹⁹ e te-

gico della cooperazione territoriale europea attraverso la quale si mira a rafforzare la cooperazione transfrontaliera mediante iniziative congiunte locali e regionali, a rafforzare la cooperazione transnazionale mediante azioni volte allo sviluppo territoriale integrato connesse alle priorità comunitarie e a rafforzare la cooperazione interregionale e lo scambio di esperienze a livello territoriale adeguato (Reg. CE n. 1083/2006 art. 3, comma 2, lettera c).

La strategia macroregionale si fonda sul modello della *multilevel governance* secondo la definizione fornita dal C.d.R. (Libro bianco del Comitato delle Regioni sulla governance multivello 89/giugno 2009) è «un'azione coordinata dell'Unione, degli Stati membri e degli enti regionali e locali, fondata sul partenariato e volta a definire ed attuare le politiche della U.E. che «implica la responsabilità condivisa dei diversi livelli di potere interessati e si basa su tutte le fonti della legittimità democratica e sulla rappresentativa dei diversi attori coinvolti. Il partenariato implica che le Regioni ed enti locali non siano più concepiti nel ruolo di intermediari, limitandosi alla mera partecipazione/consultazione, ma che agiscano da veri e propri «partner» (L. BERIONNI, *La strategia macroregionale come nuova modalità di cooperazione territoriale*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2012, 743).

¹¹⁹ Cfr. S. GOULARD, M. MONTI, *La democrazia*, cit. E sul punto c'è da dire peraltro che (S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo. Dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Torino, 2012, 14) il principio di supremazia del diritto comunitario, frutto della decennale elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, presiede infatti alla regolamentazione del rapporto tra le fonti dell'ordinamento dell'Unione europea e quelle dell'ordinamento nazionale. Gli strumenti giuridici preposti a garantire tale supremazia hanno inevitabilmente risentito, in assenza di un'espressa codificazione di tale principio, della oscillante qualificazione del rapporto tra ordinamenti in termini di integrazione o separazione.

Risulta anche evidente che principi e regole prodotte al di là dello Stato informano l'azione delle autorità nazionali. Sono numerose e pervasive, in grado di disciplinare intere province del diritto amministrativo, come l'organizzazione, le funzioni, i procedimenti, intrecciandosi con la normativa nazionale. Pongono vincoli, incidono sul formarsi dell'attività, e limitano l'ambito discrezionale di scelta dei pubblici poteri. Presentano al contempo caratteri inediti. Da un lato, sfuggono all'inquadramento tra le categorie tradizionali: sono settoriali e impiegano metodi non gerarchici per la loro applicazione. Dall'altro, interagiscono in modo originale con le istituzioni nazionali: si avvalgono a monte di apposite strutture organizzative deputate a verificarne la corretta implementazione (M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 1-2).

Giova riportare sul punto alcune considerazioni in seguito alla recente emanazione della legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1 – *Introduzione del principio del*

nendo in debito conto anche, così come definito dal Trattato di Maastricht, che a tutela di un «elevato grado di convergenza dei risultati

pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale, pubblicata in G.U. 23 aprile 2012 n. 95 e relativa legge 24 dicembre 2012 n. 243 – *Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, 6° comma, della Costituzione*, pubblicata nella G.U. 15 gennaio 2013 n. 12 (in vigore dal 30 gennaio 2013), con la quale si modificano l'art. 81 Cost. ma anche gli artt. 97, 117, 119, approvata con una maggioranza tale da escludere il ricorso al corpo elettorale. Questa legge ha da subito suscitato alcune critiche ritenendosi che in tal modo la sovranità italiana non è stata semplicemente compresa dall'adesione alla U.E. ma è stata ceduta. All'art. 1, comma 1, dell'art. 81 leggiamo: *lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*. E al comma 2: *il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali*. Si è ritenuto dunque che l'impostazione di questo principio (pareggio di bilancio) priva lo Stato e gli enti locali di adempiere alle funzioni di soddisfacimento dei diritti fondamentali che la Costituzione assegna loro. In effetti anche se, come è stato osservato, le scelte di politica economica sono rimaste appannaggio dei singoli Stati esse sono circoscritte a partire dal Trattato di Maastricht agli indirizzi di cui all'art. 99 T.C.E. ora 127 T.F.U.E. e regolamento 1466/97 CE, prima articolazione del patto di stabilità; dunque esse sono limitate dalla funzionalizzazione del TR alla garanzia della stabilità dei prezzi. Sul punto v. D. MONE, *Europa, pareggio di bilancio e Stato italiano: la rappresentanza politica esercita il potere costituente*, in corso di pubblicazione, 3 e ss.: l'A. rileva il carattere anticostituzionale della legge n. 1/2012 per violazione degli artt. 2, nella misura in cui l'obbligo del pareggio può determinare una violazione di diritti definiti «inviolabili», e 3 in quanto per la stessa ragione è violato il principio di uguaglianza sostanziale sancito nel 2° comma che caratterizza la nostra forma di Stato, anche tutti gli articoli che strutturano lo Stato sociale. Questi rappresentano il controlimite alla prevalenza del diritto comunitario che è legittimo finché non tocca i principi fondamentali degli ordinamenti ossia le loro identità costituzionali (art. 4, par. 2 T.U.E.). Pertanto meraviglia la rapidità con la quale si è modificato l'art. 81 Cost. come se vincolare lo Stato e gli enti locali al pareggio di bilancio non avesse ripercussioni sulla parte intoccabile del testo costituzionale. Come se obbligare al pareggio di bilancio, facendone di fatto il fine ultimo delle politiche economiche non equivaleva a privare lo Stato e gli enti locali di mezzi per far fronte alle proprie funzioni amministrative e perciò impedire agli stessi di garantire i diritti fondamentali dei cittadini. Come se la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio non fosse il presupposto per legittimare l'intervento dei privati nel settore dei servizi pubblici sostituendo finalmente alle gestioni inefficienti del pubblico le efficienti gestioni dei privati anche se al costo di limitare il soddisfacimento dei diritti, selezionando fra diritti che è più «proficuo» soddisfare e fra soggetti che

economici» (art. 2) sono necessari strumenti economici di sviluppo che consistono nello «stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, nella definizione di obiettivi comuni condotta» (l'azione degli Stati membri e della Comunità) «in conformità al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 3)¹²⁰.

possano permettersene il godimento in base alle proprie disponibilità economiche.... Si introduce dunque un ordine giuridico nuovo: *si accoglie il principio del pareggio teorizzato da Buchanan, i dogmi della stabilità dei prezzi e dell'assenza dell'inflazione e lo si impone come unico modello economico possibile facendo passare una scelta politica, ossia quella di favorire determinate parti della società e favorirne la maggior parte per scelta tecnica.* D'altra parte non è possibile violare i controllimiti che nella giurisprudenza costituzionale di ciascuno Stato membro sono stati elaborati dalle Corti Costituzionali a difesa degli ordinamenti nazionali. E dunque *il rispetto dei principi fondamentali rappresenta un'ipotesi di limite oltre che alla prevalenza del diritto comunitario anche all'esercizio del potere di revisione costituzionale, uno dei limiti c.d. impliciti.* Pertanto i principi del nostro ordine costituzionale contrastano, rendendoli illegittimi, l'approvazione del fiscal compact per le ripercussioni dirette che incidono nel nostro ordinamento sia la legge di revisione costituzionale in oggetto che non può rendere legittimo ciò che snatura il nostro ordinamento interno (7). Inoltre vediamo che la legge costituzionale modifica parallelamente anche l'art. 119 Cost. il cui comma 1 è così sostituito: *i Comuni, le province, le città metropolitane e le regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.* In tal modo, secondo l'A., non si fa che «costituzionalizzare» il Patto di stabilità interno ma, come per l'art. 81, per le stesse ragioni giuridiche, tale operazione non risolve i problemi di costituzionalità: *alla stessa legge costituzionale è vietato di violare principi costituzionali, nella fattispecie il principio autonomistico* (8 ess.).

Si v. anche F. SORRENTINO, *La costituzione europea*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, e A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controllimiti e tecnica di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, Intervento al convegno del Gruppo di Pisa su *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Capri 3-4 giugno 2005; M. NARDINI, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

¹²⁰ È noto che tra gli obiettivi del Trattato c'è il divieto di ogni forma di discriminazione e la tutela del Mercato unico comunitario, la tutela quindi di un'effettiva concorrenza tra imprese e tra operatori economici nel pur complesso passaggio da un'economia di Stato a un'economia di mercato.

Vediamo tuttavia che nel disegno di legge costituzionale predisposto in questi giorni (31 marzo 2014) recante *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle Istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione* non vi è traccia della materia ferroviaria tra le materie di potestà legislativa.

Esso è dettato dalla volontà di *definire un sistema di governo multilivello più ordinato e meno conflittuale, in grado di bilanciare interessi nazionali, regionali e locali e di assicurare politiche di programmazione territoriale coordinate con le più ampie scelte strategiche adottate a livello nazionale*¹²¹.

Sembra che il disegno di legge sia incentrato su un maggiore rafforzamento delle funzioni statali e quindi delle competenze legislative statali con l'eliminazione delle competenze legislative concorrenti Stato/Regione.

La conseguente ridefinizione delle competenze esclusive dello Stato che risultano ampliate e la previsione invece di materie residuali piuttosto ridotte dimostrerebbero il superamento di quell'idea che era alla base della revisione del Titolo V (legge Cost. n. 3/2001).

A ben vedere il principio di leale collaborazione tra enti fa parte da tempo del nostro patrimonio giuridico e quindi da tempo si è sentita la necessità di un operare congiunto, collaborativo, di soggetti pubblici verso un risultato «utile».

A leggere il disegno di legge vediamo che l'obiettivo è quello di eliminare la conflittualità tra Stato e Regioni nelle materie o ambiti ritenuti di propria competenza, spesso particolarmente delicati, nei quali gli interessi dello Stato e delle Regioni facilmente finiscono per essere confliggenti. Ma, almeno a prima vista, l'introduzione di una

¹²¹ Ferma restando l'abolizione delle Province, che viene confermata, il progetto di revisione costituzionale prevede *il superamento dell'attuale frammentazione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, la cui rigidità ha contribuito ad alimentare un rilevante contenzioso costituzionale in favore di un decentramento legislativo più razionale e funzionale allo sviluppo economico e sociale del Paese. In questa prospettiva le linee direttrici del progetto di riforma dispongono il superamento della rigida ripartizione legislativa per materie in favore di una più moderna e flessibile ripartizione anche per funzioni ispirata ad un regionalismo cooperativo.*

clausola di supremazia, in base alla quale la legge statale, su proposta del Governo, può intervenire su materie o funzioni che non sono di competenza legislativa esclusiva dello Stato, se lo richiede la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica o lo rende necessario la realizzazione di programmi o di riforme economico-sociali di interesse nazionale, non appare bilanciata dalla facoltà, di converso, per lo Stato, previa intesa con le Regioni interessate, di delegare con legge approvata a maggioranza assoluta dei deputati, l'esercizio della funzione legislativa, in materia e funzioni di sua competenza esclusiva, alle Regioni o ad alcune di esse, anche per un tempo limitato.

E se il riferimento del Revisore alle funzioni oltre che alle materie di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni fa pensare al raggiungimento di obiettivi più vasti di quelli che si collegano alla semplice dizione delle materie elencate, non si vede come la pianificazione e la dotazione infrastrutturale del territorio regionale e la mobilità al suo interno (materia di competenza residuale delle Regioni) possano realizzarsi compiutamente e le articolazioni del territorio essere in grado di rispondere all'esigenza di un rapido sviluppo locale, dal momento che le infrastrutture strategiche e le grandi reti di trasporto e di navigazione di interesse nazionale restano nell'ambito della funzione di competenza legislativa statale esclusiva e non concorrente.

In tal modo può venir meno, così sembra, quella convergenza collaborativa necessaria all'effettuazione di opere determinanti quali raccordi intermodali, diramazioni ferroviarie, opere di collegamento, ed altre mai compiute, che possano diminuire lo squilibrio tra le due parti del Paese.

5. - Il processo di liberalizzazione per alcuni versi non sempre lineare¹²² e piuttosto complesso nei vari settori, in particolar modo in

¹²² Molte sono state le critiche riguardo alla liberalizzazione dal momento che risultano 27 legislazioni nazionali che hanno creato 27 mercati diversi con 27 regolatori e l'auspicio in passato era per un mercato unico ferroviario e dunque un'apertura alla concorrenza equa in tutti i paesi europei. A fronte di questo si è evidenziato che, a seguito della liberalizzazione, molto probabilmente ci sarà la necessità da parte di Ferrovie dello Stato di dover guardare nell'immediato ai propri bilanci e pertanto di dover operare tagli ai servizi che non sono immediatamente profittevoli per l'Azienda ma che al contrario potrebbero esserlo nel lungo periodo

per la collettività e il Paese. *In Italia la liberalizzazione del trasporto interno passeggeri che... è stata attuata con modalità differenti nel resto dell'Europa continentale, potrebbe presentare rischi importanti se non si metteranno in atto gli opportuni strumenti regolativi, organizzativi e di controllo: ciò che si paventa è lo sviluppo di una «giungla ferroviaria» con probabili conseguenze negative non solo sui servizi di trasporti (riduzione dei servizi e aumento delle tariffe) ma anche sui diritti dei lavoratori e sui contratti di lavoro* (P. FELICE, *Le politiche ferroviarie tra liberalizzazione dei mercati e privatizzazione dei servizi*, in *La liberalizzazione dei trasporti*, cit., 185 e ss.). Ma molte critiche si sono levate anche riguardo alla liberalizzazione del servizio ferroviario soprattutto in riferimento alla contraddizione e ambiguità insite nel concetto di concorrenza. Infatti, si è ritenuto che *in particolare in tutti quei grandi settori caratterizzati da forti economie di scala e dalla presenza di grandi capitali e grandi strutture finanziarie o industriali le politiche di liberalizzazione di ispirazione neoclassica (che vorrebbero perseguire una stabilità competitiva) possono condurre al paradosso della concentrazione di capitali* (L. DORATO, op. cit., 235). L'A. osserva inoltre che *una eccessiva liberalizzazione e di conseguenza un'eccessiva concorrenza può comportare fallimenti, concentrazioni produttive in zone territoriali più vantaggiose, abbandono di aree sottosviluppate, espulsione di manodopera eccedente dal punto di vista del profitto, (che) sono effetti naturali della concorrenza capitalistica che la liberalizzazione totale di un'economia facilita e veicola* (250). Dunque c'è forte preoccupazione dovuta al fatto che una sempre maggiore competitività finisca per nuocere agli investimenti e alle strategie di lungo termine (*non profittevoli per l'azienda nel breve periodo e quindi non sostenibili a causa del rischio di scomparsa dal mercato per la forte pressione concorrenziale*). Ed ancora, se da una parte la concorrenza viene vista come stimolo all'innovazione e all'abbattimento dei costi, tuttavia è altrettanto vero che la concorrenza stessa può essere letta come un fattore di rischio determinante nel deprimere vaste strategie di investimenti. L'esistenza di un monopolio pubblico, ad esempio, oltre ad adempiere a finalità extra economiche può essere garanzia di capacità di investimenti in perdita nel breve periodo, ma ad altissima valenza sociale ed economica nel lungo periodo... I vantaggi della concorrenza come potenziale incentivo e stimolo all'innovazione e i relativi svantaggi del monopolio (ipotizzando che non ci siano, come invece ci sono, altri possibili incentivi di diversa natura da quello competitivo) andrebbero comunque soppesati a fronte degli svantaggi della concorrenza come fattore di rischio impedente strategie di lungo periodo e relativi vantaggi del monopolio (privato, regolato, pubblico). Il caso delle ferrovie si presta a questo tipo di ragionamento a causa degli alti costi di innovazione del settore nonché degli ingenti costi fissi relativi alla costruzione della rete (che non a caso in tutti i paesi europei è stata costruita tramite fondi pubblici). Investimenti in tecnologie sofisticate per la sicurezza dei termini sono una voce di grande rilevanza in termini sociali che l'impresa privata non ha alcune interesse oggettivo ad implementare (252).

È stato di recente evidenziato la scarsità di infrastrutture nel Mezzogiorno e la conseguente insufficiente domanda di mobilità che va ricollegata al minore sviluppo economico. Se non c'è sviluppo economico e maggior interazione sociale ed econo-

quello del trasporto ferroviario¹²³ ha ben presto richiesto la necessità della instaurazione di una specifica Autorità¹²⁴ idonea a intervenire

mica nel sud ci sono pochi spostamenti e se ci sono pochi collegamenti non si creano le condizioni per lo sviluppo e l'interazione dei mercati. per sviluppare il quasi inesistente mercato interno sono necessari collegamenti più efficaci... il ritardo del sud è nella quantità e qualità dei collegamenti... cattive infrastrutture comportano collegamenti insoddisfacenti; E. CASCETTA, da *Il Mattino* 26 maggio 2013, secondo cui sarebbe utile portare a livello centrale il coordinamento tecnico e politico degli investimenti nel Mezzogiorno almeno di quelli come le grandi reti di trasporto e i nodi portuali e aeroportuali che dovrebbero essere visti in un'ottica di sistema Paese e dove è necessaria un'interlocuzione con soggetti nazionali, i Ministeri delle Infrastrutture e dell'Economia, le Ferrovie dello Stato, l'ANAS, l'ente di coordinamento degli aeroporti che le singole Regioni faticano a tenere.

¹²³ E ancora, riguardo alla criticità di vari aspetti attinenti al processo di liberalizzazione, vediamo che si è concentrata soprattutto l'attenzione sull'attività dell'Autorità: v. F. BELLANTE, *Il sistema dei servizi pubblici - Le dinamiche evolutive verso nuovi profili di competitività*, Padova, 2000, 57 e ss. Sul punto l'A. evidenzia che l'attività di regolazione non è limitata alla formulazione di regole e al relativo controllo di una corretta applicazione delle stesse ma va configurata come attività dinamica, cioè come attività che deve costantemente adeguarsi all'evoluzione del settore di riferimento. *Un processo di crescente liberalizzazione e privatizzazione dovrebbe condurre ad una regolazione leggera e compatibile con i principi della concorrenza in un quadro di tutela degli interessi generale. Il ruolo dell'Autorità è quello di garantire che le condizioni di operatività delle imprese di settore rispettino le nuove modalità di apertura a meccanismi di mercato favorendo un processo di progressiva riduzione delle rendite di posizione dei soggetti monopolistici... garantire il rispetto degli obiettivi di interesse pubblico con particolare riferimento all'erogazione del servizio universale, distribuendo equamente tra le imprese gli oneri che da tale servizio derivano che diversamente graverebbero pesantemente sull'impresa ex monopolista. L'Autorità di regolazione quindi sostituisce il sistema di regolamentazione diretta di cui risultava titolare il potere pubblico....* Le Autorità svolgono un'importante funzione di stabilizzazione e di regolazione, un'attività dinamica, attiva, avendo presente che il principio di sussidiarietà che opera nei confronti del servizio di pubblica utilità rappresenta un limite alla discrezionalità del settore pubblico nei confronti del privato, del livello centrale nei confronti di quelli subordinati, ma deve essere anche vista come un elemento di sostegno alle comunità o agli individui più deboli, sia in modo diretto, favorendo la produzione di servizi individuali ad alto livello qualitativo, sia in modo indiretto... aumentando la ricchezza prodotta, intervenendo nella ridistribuzione di questa ricchezza... La normativa europea attinente alle privatizzazioni considera il principio di sussidiarietà il principio fondamentale, cardine, punto di riferimento di queste.

¹²⁴ Tra le raccomandazioni della Commissione europea formulate il 2 giugno

nel libero gioco del mercato¹²⁵ non solo al fine di monitorarlo e garantirne l'accesso senza discriminazioni a tutti gli operatori ma anche per svolgere altri fini tra cui quello di un'attività di controllo per garantire l'applicazione della normativa comunitaria nazionale che include in sé la definizione del contenuto (estensione) del servizio universale a tutela dei fruitori del servizio stesso.

È pacifico che la privatizzazione ma soprattutto la liberalizzazione del mercato ferroviario attinente dunque all'erogazione di un servizio di pubblica utilità debba essere condotta anche con una adeguata regolamentazione essendoci sempre il rischio, come è stato osservato, del passaggio da un monopolio naturale nelle mani di un soggetto pubblico ad uno in mano a soggetti privati. E se è forte l'esigenza di garanzia per la quale le imprese possano operare in base a parametri di efficienza ed efficacia è anche forte l'esigenza che ci sia il controllo dei prezzi e dei sistemi tariffari e la costante acquisizione di innovazioni tecnologiche per il miglioramento del servizio e per la sua sicurezza necessarie al raggiungimento del benessere collettivo.

Come già evidenziato, a causa della specificità di ogni servizio di pubblica utilità il grado di liberalizzazione è stato diverso per ognuno di essi. Ed è proprio attraverso la regolazione che viene esercitato il controllo pubblico su di essi avendo ben presente che se pure il soggetto pubblico mantiene la gestione della rete (riserva) la gestione del

2014 sul programma nazionale di riforma 2014 dell'Italia, all'ottavo punto si chiede specificamente al nostro Paese di garantire la pronta e piena operatività dell'Autorità di regolazione dei trasporti entro settembre 2014. L'Autorità è indipendente dal Governo e dalle imprese regolate e consente quindi la realizzazione di un modello di regolazione economica dei mercati volta ad assicurare la trasparenza e la separazione delle funzioni del concedente e del gestore da quelle del regolatore. Tale separazione conferisce stabilità e prevedibilità alla regolazione garantendo utenti, nuovi entranti e investitori. Compito dell'Autorità è non solo di regolare i singoli settori ma anche le intermodalità e interconnessioni al fine di creare quelle opportunità per «spill-over» di efficienza tra un settore e l'altro.

¹²⁵ Spesso è proprio sulle tariffe, sui prezzi dei biglietti che si gioca la concorrenza e questo ha determinato la polemica culminata poi in un esposto all'Antitrust da parte della società fondata da Montezemolo nei riguardi del ribasso dei prezzi eccessivo da parte dell'ex monopolista in particolare di praticare sulle linee tradizionali prezzi ben più alti di quelli sulle linee ad alta velocità.

servizio ha ormai acquisito carattere competitivo essendo consentita l'entrata sul mercato di più soggetti concorrenti.

Il ruolo dunque dell'Autority è proprio quello di garantire che un interesse pubblico fondamentale economico di sviluppo possa essere perseguito in modo ottimale attraverso imprese di proprietà pubblica e privata ed anche quello di svolgere una funzione di stabilizzazione delle linee di intervento pubblico in uno dei settori sensibili nel quale sono in gioco valori costituzionali¹²⁶ senza trascurare il fatto che nel processo di liberalizzazione è ravvisabile una delle manifestazioni del

¹²⁶ In effetti è stata riscontrata ad esempio una certa inadeguatezza delle disposizioni sulle tariffe per l'accesso alla rete, ed altre inadempienze a cui si è data risposta con il d.lg. n. 1 del 24 gennaio 2012 – Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, e dunque con l'istituzione di un'apposita autorità indipendente per i trasporti dotata di funzioni regolative. Vediamo comunque che già da tempo è stata riscontrata una forte criticità soprattutto per quanto riguarda i rapporti ad alta velocità e quello convenzionale. È stato osservato che *benché il primo vada acquisendo quote di mercato sempre più consistenti, il secondo, sovvenzionato dello Stato per i termini a medio lunga percorrenza.... e dalle Regioni per il trasporto pubblico locale che assolve un ruolo determinante per i viaggiatori pendolari nelle tratte locali e regionali... si tratta del c.d. «servizio universale» distinto dal servizio «a mercato» in cui ricade l'alta velocità che lo Stato e le Regioni debbono garantire attraverso contratti di servizio in cui si stabiliscono i livelli quantitativi e qualitativi minimi delle prestazioni, nonché i corrispettivi agli operatori per compensare il disavanzo costi e ricavi. Uno dei problemi è che a dispetto della loro separazione infrastrutturale e funzionale le linee ad alta velocità si incrociano con quelle convenzionali nei nodi cittadini, laddove mancano stazioni specificamente attrezzate per mantenere su linee differenziate i due diversi sistemi. Il maggiore afflusso di treni ad alta velocità, prioritari rispetto ai vettori regionali e interregionali, finisce quindi per intasare gli imbuto delle stazioni ad uso promiscuo, provocando ritardi reiterati al traffico ferroviario locale. Ciò si aggiunge alla progressiva razionalizzazione dei costi del servizio universale da parte di Trenitalia che, in assenza di adeguati investimenti, si traduce in un evidente scadimento del servizio stesso. Nei ricorsi alle F.S. presenti dalle associazioni dei consumatori si sottolinea l'iniquo trattamento dei viaggiatori pendolari dei servizi ferroviari locali sopporterebbero a causa dell'indebita corsia preferenziale riservata all'alta velocità nelle scelte strategiche del gestore monopolista di reti, infrastrutture e servizi (M. TEBALDI, La riforma dei trasporti ferroviari in Italia: modello originario, processo di istituzionalizzazione e profili evolutivi, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2012, 92-93).*

principio di sussidiarietà inteso (anche) come sostegno alle comunità, agli individui più deboli.

Per favorire la produzione di un servizio qual è quello ferroviario con un maggiore livello qualitativo, servizio erogato non più in regime di monopolio ma in base alle regole della «concorrenza», è necessario che esso sia «orientato» attraverso l'ottimale utilizzo delle risorse impiegate in progetti di media e di lunga durata.

Con l'introduzione dell'Autorità in effetti subisce un forte ridimensionamento il ruolo del potere pubblico¹²⁷ nelle vesti di regola-

¹²⁷ Vediamo che sempre più lo Stato non veste i panni di Stato pianificatore, come è stato opportunamente osservato da più parti, essendo ormai evidente che non veste più in particolare i panni di Stato regolatore finalistico del mercato *ma quelli di Stato riregolatore (infatti) l'attività di regolamentazione c.d. regulation in quanto considerata alla stregua di un intervento intrusivo nel libero gioco del mercato, diviene l'eccezione e non più la regola dell'agire dei pubblici poteri nel campo dell'economia...* C'è quindi l'esigenza di dettare regole generali che assicurino sotto il profilo giuridico l'esistenza delle condizioni economiche necessarie al corretto funzionamento del mercato nonché a ridurre l'eccessiva pressione fiscale e le inefficienze e gli sprechi di risorse finanziarie imputabili alla p.A.. Dunque uno Stato riregolatore improntato all'efficienza ed organizzato in strutture amministrative flessibili garante di un corretto sviluppo di servizi economici in regime di libera concorrenza. Avviene dunque il passaggio dalla *regulation nella accezione negativa di regolamentazione intrusiva e inefficiente, diretta ad una gestione globale dello sviluppo socio-economico presente e ad una pianificazione delle sue potenzialità future alla re-regulation concepita all'opposto quale attività positiva diretta a fornire risposte specifiche e concrete a problemi circoscritti rispettando, per quanto possibile, i delicati equilibri che presiedono al funzionamento dei sistemi economici oggetto di regolazione* (D. CROCCO, *op. cit.*, 41).

Riguardo a quei settori come quello ferroviario caratterizzato da una confluenza ed intrigo di interessi, come si è evidenziato, in cui la tutela della concorrenza (riservata com'è noto alla competenza esclusiva art. 117, comma 2, lettera e, Cost. del legislatore statale) si innesta con importanti competenze che riguardano l'utilizzo e soprattutto lo sviluppo dei territori rispetto ai quali un ruolo fondamentale gioca il problema delle infrastrutture soprattutto in quei territori che ne sono carenti e gioca un ruolo fondamentale il problema del reperimento delle risorse nonché i problemi ambientali collegati al governo del territorio. Pertanto c'è un problema sempre aperto dei rapporti tra territori ed interessi economici e i rapporti tra competenze dello Stato e della Regione. Infatti, come è stato evidenziato, nella griglia dei rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale non si può disconoscere che la legge statale è l'unico strumento capace di *contenere, correggere o prevenire i limiti delle differenziazioni*. Il servizio ferroviario, visto come occasione di sviluppo,

mentatore e proprietario dell'impresa che esplica il servizio dal momento che l'interesse pubblico (di pubblica utilità) viene ad essere perseguito anche da imprese di proprietà privata.

L'istituzione dell'Authority pertanto si è resa necessaria proprio per il fatto che il gruppo Ferrovie dello Stato di cui fa parte Trenitalia s.p.a., che gestisce il trasporto, controlla anche la rete attraverso R.F.I., determinando uno squilibrio nel libero gioco della concorrenza anche se forti polemiche hanno preceduto la sua istituzione in quanto il gruppo FF.SS. riteneva che le funzioni di regolamentazione dei servizi ferroviari fossero comunque già ben svolte dall'Ufficio di Regolamentazione istituito presso il Ministero dei Trasporti ma da esso indipendente¹²⁸.

di incremento del mercato del lavoro e della mobilità, deve essere la risposta adeguata ad interessi ed aspettative che hanno certamente come punto di partenza il territorio che non può essere percepito come *confine, limite, idoneo a qualificare, quasi ad esserne condizione o requisito, gli interessi economici legittimati ad entrarvi in rapporto ma un territorio come spazio-potenzialità, occasione e motore di sviluppo che dipende dalla capacità di attrarre competitivamente, interessi economici che «scelgono il territorio»... insomma c'è necessità di nuove politiche territoriali... atte ad esprimere una concezione del territorio come spazio-potenzialità (che) non investono solo le economic regulations ma si estendono anche, e soprattutto, alle social regulations ossia a quel complesso di interventi che più definiscono le c.d. variabili ambientali. Da tempo è riconosciuto quanto esse condizionino le scelte degli interessi economici «localizzabili» i quali più di altri sono attenti alle politiche dei luoghi: quelle che si esprimono nei sistemi dei trasporti delle infrastrutture... (C. BARBATI, *Territori e interessi economici: le politiche dei luoghi per lo sviluppo locale*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, ES, 2012, vol. I).*

¹²⁸ v. d.l. 6.12.2011 n. 201, *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici* (come successivamente convertito e modificato) – art. 37 – *Liberalizzazione del settore dei trasporti*, comma 1: *Nell'ambito delle attività di regolamentazione nei servizi di pubblica utilità è istituita l'Autorità di Regolazione dei trasporti, di seguito denominata «Autorità», la quale opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione. La sede dell'Autorità è individuata in un immobile di proprietà pubblica nella città di Torino, laddove idoneo e disponibile, con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, entro il termine del 31.12.2013. In sede di prima attuazione del presente articolo, il collegio dell'Autorità è costituito entro il 31 maggio 2012. L'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle Regioni*

e degli enti locali di cui al Titolo V della Parte II della Costituzione. L'Autorità esercita le proprie competenze a decorrere dalla data di adozione dei regolamenti di cui all'art. 2, comma 28, della legge 14 novembre 1995 n. 481. All'Autorità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni organizzative e di funzionamento di cui alla medesima legge.

L'Autorità di regolazione dei trasporti è stata istituita dunque nel 2011 e si è costituita, con l'insediamento del Consiglio a Torino il 17 settembre 2013. Per passare dalla istituzione alla costituzione ci sono voluti due anni, nel corso dei quali più norme – contenute in decreti legge modificati nella fase di conversione – ne hanno riscritto le procedure di costituzione, le competenze, la sede (spostata da Roma a Torino), l'ammontare e le modalità di erogazione del finanziamento iniziale a carico del bilancio dello Stato e le condizioni logistico-operative (Relazione del Presidente Andrea Camanzi, Camera dei Deputati 16 luglio 2014).

Vediamo che l'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – *U.R.S.F. del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'art. 4, comma 1, lettera c, del regolamento di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 3 dicembre 2008 n. 211, istituito ai sensi dell'art. 37 del d.lg. 8 luglio 2003 n. 188*, è stato soppresso.

L'organismo di regolazione previsto dall'art. 30 della Direttiva 2001/14CE era il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Nell'ambito del Ministero, con l'art. 16 d.P.R. 2.7.2004 n. 184 veniva istituito l'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari alle dirette dipendenze del Ministro i cui compiti erano quelli di cui all'art. 37 d.lg. 188/2003 e in particolare la funzione di vigilanza sulla concorrenza nei mercati del trasporto ferroviario, controllo sulle attività del gestore delle infrastrutture e la risoluzione del relativo contenzioso. Era dotato di autonomia organizzativa e contabile, agiva in piena indipendenza sul piano organizzativo giuridico decisionale e finanziario dall'organismo preposto alla determinazione dei canoni di accesso all'infrastruttura, dall'organismo preposto all'assegnazione della capacità di infrastruttura e dai richiedenti. Il decreto n. 184/2004 è stato poi abrogato dall'art. 8 d.P.R. 19.11.2007 n. 254 e dall'art. 13 d.P.R. 8.12.2007 n. 271 ad eccezione dei commi 4 e 6 dell'art. 16. In particolare svolgeva funzioni quali: 1) la già citata vigilanza e monitoraggio sul grado di contendibilità dei mercati dei servizi di trasporto ferroviario e dei servizi specificamente inerenti all'esercizio del sistema dei trasporti ferroviari; 2) vigilanza e controllo sulle attività del gestore dell'infrastruttura ferroviaria ai fini della non discriminatorietà e della conformità alle disposizioni del d.lg. 8 luglio 2003 n. 188; 3) decisioni in relazione ad atti ed attività degli operatori del settore, con riferimento al gestore dell'infrastruttura ferroviaria e alle imprese ferroviarie che abbiano dato luogo a trattamenti discriminatori pregiudizievoli per i richiedenti in relazione al prospetto informativo della rete e in materia di capacità ferroviaria di canoni di accesso alle infrastrutture, di corrispettivi per i servizi di cui all'art. 20 d.lg. 188/2003; 4) attività di supporto al Ministro per la definizione delle linee guida per la regolazione del settore e lo sviluppo della concorrenza nei mercati ferroviari; 5) formulazione delle linee di indirizzo di carattere generale finalizzate a garantire che gli atti e le attività degli operatori del settore non siano discri-

La funzione dell'Authority¹²⁹ non è solo quella di monitorare e vigilare sul corretto funzionamento e sullo sviluppo del settore ma anche fondamentalmente quella attiva, propulsiva, di guida e di correzione dello stesso tenendo conto che il servizio ferroviario viene erogato in un contesto liberalizzato in cui tuttavia si ritiene che forti poteri restano ancora in capo al gestore dell'infrastruttura¹³⁰.

minatori e siano conformi alle disposizioni nazionali e comunitarie in materia di liberalizzazione; 6) verifica ed esercizio del potere prescrittivo ai sensi dell'art. 13 comma 1 del d.lg. 8 luglio 2003 n. 188 del prospetto informativo della rete ferroviaria nazionale, partecipazione alle attività di cooperazione, scambi di informazione e coordinamento su attività principi e prassi decisionali previste in ambito internazionale per gli organismi di regolazione di cui all'art. 30 della Direttiva U.E. 14/2001 e nell'ambito del terzo pacchetto ferroviario in relazione alle problematiche relative ai servizi internazionale con fermate intermedie ed essendo prevista la facoltà per gli Stati membri di limitare il servizio di accesso nel caso in cui incida sull'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico è specularmente attribuito all'organismo di regolazione di procedere su richiesta delle parti interessate e previa analisi economica alla valutazione delle decisioni adottate.

¹²⁹ G. SCIARRONE, *Amministratore delegato di N.T.V. socio 1,5%*, sulla rubrica *Corriere ed Economia* del 26 settembre 2011 osservava che dal momento che Trenitalia apparteneva allo stesso gruppo F.S. dell'arbitro cioè R.F.I. il gestore della rete, riteneva che l'Authority poteva essere costituita presso l'Antitrust che in tal modo veniva potenziata per intervenire così su tariffe, accesso all'infrastrutture, definizione della capacità, gestione delle gare.

¹³⁰ La regolazione indipendente è indispensabile in quei settori in cui opera un'impresa pubblica per evitare che il monopolista, incumbent, possa avere il sopravvento sui suoi concorrenti dal momento che spesso mantiene il controllo della rete necessaria per svolgere i servizi; nonostante l'istituzione dell'Authority c'è sempre tuttavia il pericolo di cattura del regolatore da parte dell'industria regolata. v. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Convegno Milano 19 ottobre 2011. L'A. evidenzia l'importanza delle autorità indipendenti e della regolazione poiché esse si pongono come fonte di unitarietà e coerenza della regolazione; e come garanzia dell'applicazione coerente ed uniforme della stessa regolazione, a fronte di un potere legislativo sempre più frammentato nell'esercizio e sempre più incoerente negli esiti... La regolazione indipendente si è dotata di strumenti e meccanismi che operano, allo stesso tempo, come fattori di legittimazione e come fattori di stabilizzazione delle regole... La regolazione indipendente presenta, quindi, forse in forme nuove rispetto al passato, il carattere fondamentale di ogni potere democratico: la limitatezza del potere, non solo quanto ad ambito di esercizio, ma anche e soprattutto quanto a coerenza dei vincoli strutturali e funzionali.

Molte polemiche hanno accompagnato l'istituzione dell'Autorità dei Trasporti anche di recente tant'è che la Regione Veneto ha promosso ricorso alla Corte Costituzionale, sollevando questione di legittimità costituzionale riguardo in particolare all'art. 36, comma 1, lettera a, del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27 per violazione degli artt. 117, 118 e 119 nonché del principio di leale collaborazione¹³¹.

La Corte Costituzionale si è pronunciata sulla questione con sentenza 11 marzo 2013 n. 41 che sembra voler specificare proprio il ruolo di rilievo che l'Autorità deve svolgere, che va inquadrato nel sistema di regolazione dei servizi di pubblica utilità avviato con la legge 14 novembre 1995 n. 481, volta a realizzare un mercato concorrenziale nel servizio di trasporto.

Nella sentenza si evidenzia inoltre il forte impatto che il servizio dei trasporti ha sul sistema economico del Paese ma anche la sua pe-

¹³¹ In realtà la Regione ha sollevato questione di legittimità costituzionale anche di numerose altre disposizioni del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 sulle quali la Corte si è riservata in separate pronunce la loro decisione. E dunque essa ha delimitato l'oggetto del giudizio alle censure relative all'art. 36 comma 1, lettera a, del d.l. di cui sopra, dichiarando inammissibile la questione promossa in riferimento agli artt. 117 e 119 e non fondata quella relativa all'art. 118 e al principio di leale collaborazione.

Corte cost. 11 marzo 2013 n. 41. In particolare, tra le varie disposizioni impugnate, la Regione lamentava il potere conferito all'Autorità di definire i criteri per la fissazione di tariffe, canone e pedaggi e della definizione degli schemi sia dei bandi di gara che di assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva sia delle convenzioni da inserire nei capitolati di tali gare. Secondo la Regione Veneto tali previsioni, pur riguardando aspetti relativi alla tutela della concorrenza attribuita allo Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e, Cost., incidono nella materia del trasporto pubblico locale rientrando nell'ambito delle competenze residuali regionali ed anche lesiva dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost. nella parte in cui la disposizione impugnata è attinente alla fissazione delle tariffe che costituiscono risorse proprie della Regione. Ma, per quel che ci riguarda, sembra che in effetti l'attenzione della Corte in questa sentenza sia rivolta proprio alla funzione dell'Autorità che non è lesiva delle competenze regionali, leggiamo che *le disposizioni impugnate perseguono la finalità di promozione della concorrenza e quindi appartengono alla competenza esclusiva dello Stato che può intersecare qualsivoglia titolo di potestà regionale, seppur nei limiti necessari ad assicurare gli interessi cui essa è preposta secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità* (punto 6 di diritto, sentenza n. 41/2013).

culiarità dovuta al fatto che questo più di altri offre maggiore resistenza all'ingresso di operatori privati, non solo per gli elevati costi, ma anche, per la necessità di dover assicurare il servizio anche in tratte non remunerative oltre che per la consolidata *presenza di soggetti pubblici tanto nella gestione delle reti quanto nell'offerta dei servizi*.

Dunque c'era l'esigenza in un sistema liberalizzato, di un'Authority indipendente a cui fosse affidata una regolazione per garantire pari opportunità a tutti gli operatori del settore, in particolare una funzione di garanzia in ragione della quale è appunto configurata l'indipendenza dell'organo.

L'Autorità dei Trasporti dunque ha il compito di dettare *una cornice di regolazione economica* all'interno della quale Governo, Regioni, Enti Locali possano sviluppare le proprie politiche pubbliche in materia di trasporti. Ma quello che non è detto, e a mio parere è sotteso, è la necessità che ci sia, affinché il sistema ferroviario italiano sia effettivamente efficiente, una sinergia e un coordinamento tra scelte che riguardano il sistema nazionale dei trasporti e quello locale e dunque che ci siano collegamenti rispondenti alle attuali sempre maggiori aspettative degli utenti. Ciò consentirebbe di evitare l'isolamento di determinate vaste zone del Paese e dunque una maggiore mobilità.

Certamente l'istituzione dell'Authority ha funzione di garanzia parimenti per le imprese pubbliche e private e quindi di stimolo per la concorrenza ma anche ha la funzione di sorvegliare affinché non vengano a crearsi abusi e posizioni dominanti e tutelare i fruitori del servizio consentendo che la velocizzazione del sistema di trasporto e la maggiore facilità di scambi commerciali e di movimenti di persone avvenga in base a regole uguali per tutti.

I compiti dell'Authority rafforzano il controllo in un settore chiave dell'economia del Paese ma rappresentano anche lo stimolo per il raggiungimento di traguardi in termini di economicità ed efficienza e dunque lo stimolo per il miglioramento del servizio in un tempo in cui ormai è stato sempre più abbandonato lo schema tipico di politica economica interventista statuale anche se deve ritenersi che le decisioni di fondo, la mediazione e il coordinamento tra i vari interessi in gioco rimangono pur sempre appannaggio dello Stato, dei pubblici poteri.

Ma interessi in gioco e diritti sono anche le situazioni in riferimento alle quali l'Autorità dei trasporti, così come le altre Authority tra le quali l'A.G.C.M., c.d. *antitrust*, dovranno espletare le proprie funzioni regolatorie, come d'altra parte risulta evidente dalla lettura dell'art. 36 legge 24.3.2012 n. 27¹³².

Già in passato è emerso in modo chiaro che presupposto essenziale al fine di consentire la piena contendibilità degli operatori nel mercato (la c.d. parità delle armi) è proprio la regolamentazione del singolo settore economico considerato anche nelle forme del regolamento amministrativo che è tra i compiti fondamentali delle authority.

Tale potere riguarda tutte le authority anche l'*antitrust* che in passato si è ritenuto non provvista di potestà regolamentari in quanto per lo più detentrica di poteri negativi (repressione di atti e comportamenti anticoncorrenziali al mercato) rispetto a quelle autorità preposte a mercati particolari (dei servizi pubblici) dotate invece di poteri positivi¹³³.

Attualmente i poteri dell'Autorità Garante A.G.C.M. risultano rafforzati in seguito all'introduzione del nuovo art. 21-bis della legge 287/1990 in base al quale (comma 1) l'Autorità è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato¹³⁴.

¹³² Il d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 all'art. 37 prevedeva la liberalizzazione del settore dei trasporti (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici) e al comma 1 l'istituzione di un'autorità di regolazione dei trasporti; esso è stato poi convertito con modificazioni della legge 22 dicembre 2011 n. 214, successivamente il comma 1 è stato sostituito dall'art. 36, comma 1, lettera a, del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività che è stato convertito con modifiche dalla legge 24 marzo 2012 n. 27 che ha sostituito l'originario comma 1 con i commi 1, 1bis e 1 ter.

¹³³ v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000, 77.

¹³⁴ Art. 21 bis, articolo aggiunto dal comma 1 dell'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 come modificato dalla legge di conversione 22 dicembre 2011 n. 214. Ed al comma 2 dell'art. 21 bis leggiamo che se l'A.G.C.M. ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette entro 60 giorni un parere motivato nel quale indica

All'importante ruolo attribuito all'Autorità dei trasporti si affianca, come ben sappiamo, anche quello dell'antitrust: un ruolo di garan-

gli specifici profili delle violazioni riscontrate, nei 60 giorni successivi alla comunicazione del parere l'Autorità può presentare tramite l'Avvocatura dello Stato il ricorso entro i successivi 30 giorni.

La norma è di particolare impatto e si è ritenuto che risponda anche all'esigenza di trovare una composizione tra interessi pubblici spesso confliggenti e che attraverso questa norma si sia voluto affidare al giudice il compito di giudicare liti tra soggetti esponenziali di interessi pubblici. Sul punto M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, intervento al Convegno organizzato dall'A.G.C.M. su *Evoluzioni del ruolo e delle competenze delle autorità antitrust*, Roma, 27 marzo 2013. Secondo l'A. *la disposizione si iscrive nella tendenza più generale a devolvere al giudice amministrativo la risoluzione di controversie tra pubbliche amministrazioni, in assenza di altre «stanze di compensazione» a livello politico-amministrativo in grado di trovare una composizione tra gli interessi pubblici talora confliggenti. E ancora, secondo l'A., anche se il processo amministrativo in seguito all'approvazione del Codice del processo amministrativo del 2010 e alcune pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per quanto riguarda la tutela offerta dal giudice ha assunto una connotazione soggettiva ed è quindi incentrato sulla tutela delle situazioni giuridico-soggettive nel rispetto del principio della domanda, non ha smarrito la colorazione oggettiva tradizionale, cioè di strumento volto a tutelare l'interesse al ripristino della legalità a beneficio della stessa pubblica amministrazione.* Di certo il potere dell'Autorità risulta ampliato in modo particolare dal momento che si ritiene che essa possa proporre contro l'Amministrazione una serie di azioni previste dal Codice oltre all'azione di annullamento ed inoltre può servirsi del parere sia per eliminare provvedimenti che sono stati adottati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato ma anche far emanare alle amministrazioni quei provvedimenti necessari ad aprire determinati mercati alla concorrenza. Così M. CLARICH che evidenzia che in questi casi l'Autorità ben potrebbe far seguire al proprio parere-diffida un'azione di accertamento del dovere di provvedere e, nel caso in cui si tratti di atti avente contenuto vincolato, di condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento (azione di adempimento). In tal modo anche se indirettamente l'Autorità sembra dettare la disciplina del caso concreto sottoposto alla sua attenzione, determinando così le regole del gioco concorrenziale. Di certo, come ancora evidenzia l'A., *l'art. 21-bis segna un ulteriore passo avanti nell'attribuzione all'interesse pubblico alla concorrenza di un rango sempre più elevato nella gerarchia degli interessi pubblici. La tutela della concorrenza, pressoché ignorata dalla legislazione ordinaria prima della legge n. 287 del 1990 ed entrata nella Costituzione solo in occasione della riscrittura del titolo V della Costituzione e in particolare dell'art. 117 ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, sembra aver acquisito nella legislazione più recente il significato di valore guida che sopravanza molti altri interessi pubblici tradizionali.*

zia, di vigilanza su quei servizi non riducibili ad impresa concorrenziale che devono essere forniti dallo Stato qualora il libero gioco del contraddittorio economico non riesce a soddisfarli¹³⁵.

Di certo c'è un filo che lega tutte le autorità¹³⁶ a ben vedere dal momento che è necessario che attraverso di esse siano garantite le libertà e i diritti fondamentali degli individui che devono ricevere protezione maggiore rispetto al passato proprio per il fatto che in modo sempre più incisivo i servizi non sono più gestiti direttamente dai soggetti pubblici in seguito al passaggio da un'economia in cui le attività erano oggetto di intervento diretto statale, come si è già evidenziato, e dunque da un sistema in cui era dominante una consolidata costituzione economica imperniata sull'interventismo, sul dirigismo, sulla pianificazione dello Stato e di soggetti pubblici autonomi, sulla spartizione di risorse pubbliche, ad una nuova economia imperniata prevalentemente sull'economia di mercato.

Tale passaggio ha influito indubbiamente sul concetto di utilità sociale, sul modo di intendere l'attività prestata agli utenti, sul concetto stesso di servizio pubblico come si è già evidenziato in precedenza in quanto esso si è andato modificando sotto la spinta anche delle mutate e complesse realtà economiche e sociali, dei progressi tecnologici e delle decisioni europee (direttive comunitarie) finendo in larga parte per identificarsi nell'esigenza di garantire a tutti gli operatori

¹³⁵ V. F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 69, secondo cui il profilo dell'universalità costituisce l'essenza di un altro dei principi cardine dello Stato democratico: tutti i cittadini debbono poter fruire di determinati servizi. Nello statuto del cittadino deve essere compresa la fruibilità dei servizi necessari all'«esistenza» in società tecnologicamente complesse. Ed è compito residuale dello Stato fornirli direttamente o indirettamente qualora il libero gioco del contraddittorio economico non riesca a soddisfarli. Una residualità che non poteva essere affidata all'Amministrazione statale diretta interessata, ma ad un terzo in grado di accettare il costo dell'universalità gravante sullo Stato, con criteri attenti all'oggettività dei costi e non alla politica di bilancio dell'esecutivo. E non potevano non essere le autorità garanti della concorrenza nei pubblici servizi i soggetti preposti a questo compito.

¹³⁶ A tal proposito è stata evidenziata nella Relazione del Presidente dell'Autorità Regionale dei Trasporti al Parlamento la necessità che vi sia condivisione a seconda dei casi con il Politecnico di Torino e con l'Autorità Antitrust a Roma di servizi di comunicazione, attrezzature informatiche, sistema informativo e sicurezza e servizi di global service degli immobili.

«entranti nel mercato» di poter contendere ad armi pari per garantire un servizio di qualità, rispondente alle sempre maggiori attese degli utenti ma anche a quei valori dei cittadini riconosciuti fondamentali dalla nostra Carta costituzionale.

C'è da rilevare tuttavia che il concetto di utilità sociale è comunque sempre un concetto contraddittorio, mutevole, sottoposto a una serie di accadimenti sociali, politici, economici, che può modificarsi anche velocemente nel tempo che può avere connotazioni diverse se viene ad essere rapportato a realtà particolari, locali quali ad esempio quelle che non sono state ancora raggiunte dai mercati.

L'instabilità dei mercati, il libero gioco della concorrenza, finiscono per determinare spesso dei vuoti legislativi in settori caratterizzati peraltro da un alto tecnicismo, da una possibile conflittualità dovuta a divergenze di interessi, vuoto che spesso è colmato da attività di regolamentazione e di regolazione delle Authority che si trovano a cavallo, per così dire, tra l'attività normativa e quella tipicamente amministrativa avendo presente che in determinati settori economici, come quasi pacificamente si è ammesso, le regole civilistiche esistenti non sembrano per niente sufficienti a garantire la contendibilità dei mercati, l'autonomia negoziale e soprattutto la tutela di posizioni soggettive collettive e generali che con essi si confrontano.

Deve ritenersi in particolare che anche se sganciate dagli indirizzi politici e dalle linee di politica economica perseguite dal Governo e dallo stesso legislatore non può negarsi che le Authority preposte ai vari settori non possono non risentire comunque dei particolari contesti politici ed economici nei quali si trovano ad operare soprattutto degli squilibri, delle contraddittorietà con cui devono fare i conti e che sempre più possono emergere riguardo alle attività oggetto di regolazione e regolamentazione.

A tal riguardo bisogna sottolineare che il reale esercizio dei diritti economici e la loro tutela presuppongono ambiti uniformi e corretti rapporti paritetici.

Nelle mutevoli vicende che attengono al mercato in seguito alla costituzionalizzazione dei modelli di mercato concorrenziale c'è bisogno soprattutto di consentire l'esercizio dei diritti economici (parità delle armi) in un mercato concorrenziale che richiede il contraddittorio tra gli operatori.

Sono proprio le autorità indipendenti che garantiscono ciò anche attraverso un'attività riconducibile all'attività normativa/regolamentare anche quando la legge non c'è.

Dalla lettura della recente legge viene in evidenza l'importanza delle attività riferibili all'autorità dei trasporti che si caratterizza in particolare per uno spiccato monitoraggio e controllo del settore al fine di garantire la qualità del servizio ferroviario attraverso metodologie che incentivino la concorrenza e quindi c'è un'ampia discrezionalità tecnica affidata all'Autorità dei trasporti, alla quale è affidato anche il controllo sull'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti e le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture; dunque una posizione centrale, strategica per quanto riguarda lo sviluppo, soprattutto detentrica di funzioni regolamentari e regolatorie¹³⁷

¹³⁷ Un grosso dibattito ha riguardato la natura e soprattutto l'estensione del potere normativo delle Autorità. Questo potere si esprime non solo attraverso regolamenti esecutivi che attuano i principi generali fissati dalla legge (di attuazione e completamento della disciplina legislativa) oltre i regolamenti organizzativi che attengono al profilo strutturale, al funzionamento interno, ma anche quelli di attuazione ovvero di normazione secondaria che hanno il compito di specificare ed attuare dei concetti giuridici determinati inseriti nel portato letterale della legge che dal canto suo si mostra così aperta a diverse scelte attuative... (dunque) una vera e propria normazione secondaria, disciplina concreta dei settori socio-economici di riferimento di ciascuna Autorità, una concorrenza con la potestà regolamentare attribuita in generale dalla legge al Governo in ragione del principio di competenza (D. CROCCO, op. ult. cit., 54). Sul punto c'è da evidenziare anche che l'esercizio di tale funzione ha sollevato in dottrina un grosso dibattito incentrato sulla verifica dell'esistenza o meno di una fonte di legittimazione costituzionale del relativo potere regolamentare e ciò nella considerazione che adottando misure di carattere generale nell'esercizio di tale funzione regolatoria, le Autorità amministrative indipendenti vengono ad incidere in settori del vivere sociale che, sebbene caratterizzati da un elevato tasso di tecnicismo, risultano spesso mancanti di una disciplina puntuale di rango primario, in applicazione, quindi, non di un criterio di gerarchia, bensì di mera separazione delle fonti del diritto (52). Sul punto è stato osservato che il regolamento delle autorità amministrative indipendenti ha la stessa forza della legge. Sta sullo stesso piano delle leggi perché completa ed attualizza lo stesso precetto costituzionale: la parità delle armi nel contraddittorio concorrenziale. Nelle costituzioni razionalizzate, o più semplicemente, nelle costituzioni complesse, il modello del mercato concorrenziale, come luogo di esercizio della libertà economica, è combinato assieme con il modulo

che servono per valorizzare oltre che vigilare quegli aspetti importanti del servizio che finora possono essere stati trascurati.

L'Authority quindi ha un mandato piuttosto ampio¹³⁸ soprattutto lì dove (comma 2 lettera d) provvede a stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporti nazionale e locale connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo le caratteristiche territoriali di domanda e offerta. E se in relazione a ciò viene in rilievo il necessario, ovvio corredo di alto tecnicismo per prendere le relative determinazioni, bisogna considerare che per adempiere a tale compito sarebbe necessario un attento studio circa le caratteristiche dei territori che a sua volta, di certo, richiederebbe una penetrante indagine conoscitiva ed una valutazione approfondita degli elementi territoriali, sociali, fisici di ciascuno di essi valutando i possibili squilibri e divari tra la domanda e l'offerta soprattutto in quei territori dove le condizioni non sono ottimali per quanto riguarda l'offerta; la stessa definizione della qualità del servizio si presta a più scelte e soluzioni soprattutto nell'ottica dei necessari adempimenti degli oneri di servizio pubblico.

Importanti sono dunque i compiti affidati all'Authority dei tra-

legislativo. Con la conseguenza che, quando la legge non c'è, riprende autonomia normativa il modulo concorrenziale, il quale è traducibile in un precetto giuridico generale specificabile con proprie norme anche dalle autorità amministrative indipendenti.... Il modello concorrenziale ha in sé una propria autonomia normativa. Esso può essere realizzato con o senza l'intervento conforme del legislatore. Il mercato concorrenziale in cui il contraddittorio ad armi pari è già di per sé una norma o, se si preferisce, è già di per sé una fonte di produzione di norme determinate dalla natura delle cose. Il fenomeno economico mercato concorrenziale tradotto giuridicamente come il luogo presupposto in cui si esercita il contraddittorio ad armi pari, legittima di necessità le norme per la conservazione del fenomeno economico «costituzionalizzato» anche quando il legislatore non vi provvede. L'elevato dinamismo del contraddittorio concorrenziale può infatti affidare alla sua attività amministrativa indipendente la realizzazione del precetto costituzionale con soli strumenti amministrativi, senza l'intermediazione, neppure parziale, del legislatore oppure conoscere soluzioni intermedie di definizioni parziali di legislatore del fenomeno anticoncorrenziale o dello strumento correttivo da usare. (30-31).

¹³⁸ v. art. 36 della legge 24.3.2012 n. 27 conv. in legge con modificazioni del d.l. 24.1.2012 n. 1 recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

sporti, compiti¹³⁹ che tuttavia potrebbero coincidere per alcuni versi con quelli dell'antitrust (AGCM) che a sua volta tra i vari e incisivi compiti istituzionali ha come sappiamo quello di garantire l'accesso al mercato in condizioni di pari opportunità a qualunque operatore, in qualsiasi tempo, al fine della realizzazione della piena libertà di iniziativa economica sancita espressamente dall'art. 41 della Costitu-

¹³⁹ Tra i compiti determinanti di carattere garantistico e regolatorio c'è quello di dover provvedere a: 2.... a) *a garantire secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali, fatte salve le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all'art. 36 del decreto-legge 6 luglio 2011 n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011 n. 111, nonché in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti;* b) *a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori;* c) *a verificare la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri fissati i sensi della lettera b);* d) *a stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e offerta;* e) *a definire, in relazione ai diversi tipi di servizio e alle diverse infrastrutture, il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto: sono fatte salve le ulteriori garanzie che accrescano la protezione degli utenti che i gestori dei servizi e delle infrastrutture possono inserire nelle proprie carte dei servizi;... i) con particolare riferimento all'accesso all'infrastruttura ferroviaria, a svolgere tutte le funzioni di organismo di regolazione di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003 n. 188 e, in particolare, a definire i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura e i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità e a vigilare sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura;... m)... 4) migliorare la qualità di offerta del servizio, individuando criteri mirati ad ampliare la formazione professionale degli operatori con particolare riferimento alla sicurezza stradale e alla conoscenza delle lingue straniere, nonché alla conoscenza della normativa in materia fiscale, amministrativa e civilistica del settore, favorendo gli investimenti in nuove tecnologie per l'efficiamento organizzativo ed ambientale del servizio e adottando la carta dei servizi a livello regionale...*

zione, riconosciuta dall'ordinamento comunitario e dunque la perfetta competitività delle imprese per il raggiungimento della migliore qualità dei prodotti e un contenimento dei prezzi a vantaggio dei consumatori.

Ora è noto che nel nostro ordinamento manca una norma generale che disciplina i rapporti tra le diverse autorità di regolazione e vigilanza pertanto non è escluso che possa verificarsi una sovrapposizione di competenze se non interferenze tra Authority dal momento che l'attività dell'Antitrust, anche per l'ampia previsione normativa (legge 287/1990), ha finito per riguardare tutti i settori dell'economia.

È da tempo che si è sentita fortemente l'esigenza di garantire un coordinamento per evitare disomogeneità se non conflittualità tra le varie attività delle Authority avendo presente che molte di queste non sono rapportabili alle competenze di una sola.

Certamente il servizio ferroviario, determinante per la mobilità, in seguito all'apertura al mercato e alla concorrenza anche per gli investimenti già effettuati e quelli già previsti in futuro (pensiamo soprattutto all'alta velocità) consentirà un collegamento veloce tra le varie parti del Paese e con l'Europa.

Esso rappresenta un'occasione di rilancio del territorio soprattutto se ci sarà un miglioramento della sua qualità, con il potenziamento delle reti, delle stazioni (alcune già effettuate o in fase di progettazione) e la riduzione dei prezzi.

E proprio i forti investimenti, l'aumento della competitività, richiedono un coordinamento e una collaborazione tra le Authority dal momento che c'è esigenza di regole chiare che rendano possibile il contraddittorio tra coloro che esercitano un diritto di libertà economica e che tutelino i diritti degli utenti.

Proprio perché l'attività dell'Antitrust da sempre è considerata generale e invasiva e per il fatto che uno stesso fenomeno potrebbe essere indagato da più di un'Authority, già in passato sono stati siglati degli accordi di collaborazione¹⁴⁰ per evitare possibili conflitti di com-

¹⁴⁰ Per evitare sovrapposizioni nell'attività delle Authority si è ipotizzato in passato la riunione di più autorità le cui competenze potevano in qualche modo interferire tra loro: ciò per evitare incoerenze e internalizzare i costi di transazione per far funzionare i vari meccanismi di raccordo oggi conosciuti. Ma a tal proposito

petenze o orientamenti contrastanti tra queste¹⁴¹. Collaborazione e

si è evidenziato anche che tra i vantaggi il carattere trasversale delle competenze potrebbe aiutare a ridurre i rischi del regolatore che peraltro si possono combattere anche accentuando la trasparenza e le garanzie procedimentali. Tuttavia, *la crescita delle dimensioni si accompagna di regola ad un aumento dei costi di gestione con la crescente difficoltà di attuare controlli interni efficaci. Uno dei tratti distintivi delle autorità indipendenti nel confronto con molte amministrazioni ministeriali era anche quello di una certa snellezza delle organizzazioni. L'unione di più autorità produce dei costi di riorganizzazione e di adattamento sia nel regolatore che nei regolati*. M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO ZENCKOVIC, *Il sistema delle autorità indipendenti. Problemi e prospettive*, in *Nexus* 10-11. C'è da osservare che si è resa necessaria anche nel settore ferroviario l'autorità perché nel servizio liberalizzato la regolazione serve ad impedire che l'ex monopolista trasformato in società di capitali abusi della posizione dominante, utilizzi in modo discriminatorio la rete necessaria per l'erogazione del servizio (che non è duplicabile se non a costi altissimi) e impedisca o ostacoli l'ingresso nel mercato di nuovi operatori erigendo artificiali barriere all'entrata... le regole prima inesistenti o comunque unilateralmente imposte dal gestore servono per disciplinare il concorso di una pluralità di operatori e regolare i rapporti con gli utenti. È stato anche sottolineato che la competenza a stabilire regole non può essere affidata al Governo e agli apparati amministrativi per evitare che ci sia una formulazione in termini favorevoli all'ex monopolista per via dell'aggregazione di interessi che si è nel tempo formata e neanche al legislatore per l'elevato contenuto tecnico delle regole e per l'esigenza di un loro continuo adattamento ai mutamenti delle tecnologie. Dunque c'è bisogno di regole e di formularle in applicazione del diritto europeo e anche di politiche regolatorie caratterizzate da stabilità e credibilità per consentire investimenti privati di lungo periodo in settori tecnologici di punta: obiettivo che la brevità del ciclo politico medio legato alle scadenze elettorali non è in grado di assicurare. (op. cit., 18). D'altra parte, come è noto, i poteri dell'Authority servono a evitare o almeno attenuare i conflitti che possono intervenire tra lo Stato che mantiene il controllo delle imprese regolato e lo Stato che pone egli stesso e fa rispettare le regole in modo imparziale, senza favorire le proprie imprese pubbliche (op. cit., 18).

¹⁴¹ Art. 5 ter del d.l. n. 1/2012 convertito in legge n. 27/2012 come modificato dal d.l. 24.3.2012 n. 29 convertito in legge con modificazioni dall'art. 1, comma 1, legge 18 maggio 2012 n. 62. Così prevedeva l'art. 5 ter (ratyng di legalità delle imprese): 1) *al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sovraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in accordo con i Ministeri della Giustizia e dell'Interno all'elaborazione di un ratyng di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale; del ratyng attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti pubblici da parte delle*

coordinamento sono inevitabili proprio se guardiamo ai poteri incisivi quali risultano dalla modifica operata dal d.l. 24 marzo 2012 n. 29 alla legge 24 marzo 2012 n. 27; dalla lettura dell'art. 1 *quinquies* viene infatti in evidenza il rafforzamento del potere normativo dell'Antitrust lì dove deve procedere all'elaborazione di un rating di legalità per le imprese secondo i criteri e le modalità stabiliti con regolamento. Pertanto, anche in virtù di ciò, il legislatore ha previsto, talora necessariamente, la collaborazione (coatta) tra Authority è necessaria proprio perché ad esse sono attribuiti poteri dotati di ampia discrezionalità e complessità.

Ma dalla lettura del decreto legge si evince anche la forte responsabilità che sempre più coinvolge le singole imprese che devono porsi come soggetti attivi e collaborativi con le Authority nell'ambito del proprio settore di riferimento e della propria attività di impresa.

Nel caso dell'Authority dei trasporti i cui compiti potrebbero coincidere, come già detto, per alcuni aspetti con quelli dell'Antitrust dando luogo a soluzioni discordanti riguardo a situazioni omogenee

pubbliche amministrazioni nonché in sede di accesso al credito bancario. In seguito alla modifica apportata dal d.l. 24 marzo 2012 – Disposizioni urgenti recanti integrazioni al d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27 e al d.l.g. 1.9.1993 n. 385 nonché modifiche alla legge 31 luglio 1997 n. 249, all'art. 1 *quinquies* leggiamo che: *all'art. 5 ter, comma 1, del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012 n. 27, le parole da: «alla elaborazione di un rating di legalità» fino alla fine del comma sono sostituite dalle seguenti: «alla elaborazione e all'attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo i criteri e le modalità stabilite da un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Al fine dell'attribuzione del rating, possono essere chieste informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni. Del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Gli istituti di credito che omettono di tener conto del rating attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta».*

si rende indispensabile una disciplina che regoli i rapporti tra queste soprattutto avendo in debito conto che le Authority costituite in base a contingenti esigenze di indipendenza e neutralità in alcuni specifici settori, mancano di una disciplina comune e di un diretto riferimento costituzionale e che sono soggetti determinanti nell'ambito del processo di regolazione pubblica dell'economia, a tutela di interessi generali (pubblici) ma anche degli interessi degli operatori nei vari campi economici e di coloro che dei vari servizi sono i fruitori.

Riguardo alle funzioni dell'Authority si è cercato, anche e soprattutto lì dove l'attribuzione di poteri di regolazione ha uno spessore molto consistente¹⁴² (v. ad esempio per quanto riguarda la Banca d'Italia¹⁴³ e la CONSOB) di rafforzare le garanzie procedimentali al fine di colmare in tal modo quel vuoto causato (spesso) dalla mancanza di norme di legge nelle quali possano rinvenirsi limiti e scopi, indirizzi, principi ai quali i regolatori debbano attenersi necessariamente allorché provvedono con atti aventi natura regolamentare e con atti a contenuto generale.

Ora, anche se, come è stato osservato, lo Stato ha *dismesso i panni del pianificatore e del proprietario gestore e indossa quelli di arbitro* e pur in assenza di conflitti di interessi tra soggetti regolatori e soggetti regolati (conflitti che possono insorgere quando lo Stato con-

¹⁴² Come si è già evidenziato ciò è dipeso dal fatto che in seguito al ridursi del massiccio intervento dello Stato nell'economia come avveniva in passato, allorché il sistema dirigistico è entrato in crisi unitamente alla crisi dello stato sociale, c'è stata l'esigenza di una drastica riduzione della presenza pubblica di questo nell'economia e quindi il tentativo di produrre un modello meno liberista caratterizzato da un processo di privatizzazione dei settori economici in mano pubblica (R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 6; v. anche V.C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, in particolare 69 e ss.). Bisogna considerare inoltre che la presenza di regole chiave è necessaria in quanto *decisioni e risoluzioni di conflitti stanno a cuore della global polity con relativo arredo di regole, principi e procedure, già esistenti, o creati in corso d'opera, per arginare la conflittualità e per arrivare a decisioni* (M.R. FERRARESE, *Il paradosso contemporaneo*, in *Nomos*, 2, 2012, commento al lavoro di S. CASSESE, *The Global Polity, Global Dimensions of Democracy and the Rule of law*, in *Global Law Press*, 3, 2012,).

¹⁴³ v. legge 262/2005.

trolla imprese che operano nel mercato regolamentato) deve ritenersi che proprio in considerazione degli ampi poteri attribuiti all'Authority, regolamentari, regolatori, sanzionatori, necessariamente lo Stato non può, anche se non più interventore nel campo dell'economia in un mercato ormai liberalizzato, abdicare al proprio ruolo politico e democratico avendo presente che proprio in riferimento al potere normativo le Authority hanno il più delle volte a disposizione clausole generali, concetti giuridici indeterminati per bilanciare interessi contrastanti e salvaguardare diritti meno rappresentati che tuttavia potrebbero essere tutelati in modo più specifico (legislativamente) attraverso norme primarie soprattutto in considerazione del fatto che vi sono settori economici caratterizzati da una certa omogeneità. Anche se il rafforzamento delle procedure¹⁴⁴ per gli atti generali ema-

¹⁴⁴ v. legge 29.7.2003 n. 229 – *Interventi in materia di qualità della regolazione, di assetto normativo e codificazione – legge di semplificazione 2001*, Capo II: *Disposizioni in materia di analisi di impatto della regolazione e di atti normativi governativi*, in particolare art. 12, comma 1: *Le autorità amministrative indipendenti cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, vigilanza o regolatori si dotano nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione degli atti di competenza e, in particolare, gli atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e comunque regolazione. comma 2: Le autorità di cui al comma 1 trasmettono al Parlamento le relazioni di analisi di impatto della regolamentazione da loro realizzate.*

v. legge 28.12.2005 n. 262 – *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Capo II: *Disposizioni generali sui procedimenti di competenza delle autorità*, Art. 23 – *Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*, comma 1: *I provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB e dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti alla organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono.*

comma 2: *Gli atti di cui al comma 1 sono accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le autorità di cui al comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori.*

comma 3: *Le autorità di cui al comma 1 sottopongono a revisione periodica al-*

nati dai regolatori sembrano compensare la «minore legislazione» le cui discipline peraltro variano a seconda del settore considerato, si è andato sempre più evidenziando la necessità di forme di collaborazione riguardo alle rispettive competenze istituzionali delle autorità operanti in settori appunto omogenei attraverso accordi e dunque protocolli d'intesa¹⁴⁵ proprio perché la funzione normativa è esercitata senza il limite di stretti vincoli preesistenti¹⁴⁶.

Le regole procedimentali dunque sono dettate a garanzia delle imprese ad esse soggette e degli utenti poiché assistiamo sempre più frequentemente a un fenomeno in base al quale *il mondo non viene retto da un complesso sistematico di regole*, nel quale assumono un valore centrale le procedure, che permettono di governare conflitti e

meno ogni 3 anni il contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

¹⁴⁵ v. ad esempio Protocollo Agcom-Antitrust siglato a Roma il 22 maggio 2013 che sostituisce, aggiornandolo e arricchendolo, un analogo accordo siglato nel 2004 che testimonia non solo la volontà di instaurare rapporti ottimi di collaborazione tra le due autorità ma anche la necessità di procedere nell'operatività delle proprie rispettive competenze istituzionali ad instaurare costanti e proficue relazioni per il fatto che spesso le Authority svolgono funzioni tra loro complementari e interessi convergenti riguardo allo sviluppo del Paese e al mantenimento di adeguati livelli di concorrenza nei mercati e riguardo alla tutela dei consumatori. Ciò per evitare che, proprio per l'autonomia e l'indipendenza che caratterizzano le rispettive funzioni, possano determinarsi differenti decisioni rispetto ad un medesimo fenomeno. Da qui la necessità di cooperazione che inerisce com'è noto al generale principio di leale collaborazione che trova riscontro per l'AGCOM nell'art. 2, comma 22, legge 14 novembre 1995 n. 481, e per la AGCM nell'art. 10, comma 4, legge 10 ottobre 1990 n. 287; principio che trova la sua sponda nei principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.) soprattutto alla luce della modifica ad esso apportato dalla legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1.

¹⁴⁶ Vediamo che la peculiarità del modello statunitense sta nella delega di poteri sostanzialmente normativi alle agenzie indipendenti e dunque c'è in effetti la preoccupazione di delimitare i forti poteri come nel caso delle agenzie di cui si è detto, non solo attraverso le regole procedimentali ma anche attraverso il controllo giurisdizionale, al fine di evitare che *le stesse agenzie potessero venire catturate e deviate rispetto al perseguimento del pubblico interesse a causa dell'influenza su di esse esercitata dalle imprese sottoposte a regolazione ed ai poteri forti che tali imprese rappresentano* (R. CHIEPPA, *op. cit.*, 5).

*relazioni nonché di combinare criteri di mercato e pianificazione pubblico e privato*¹⁴⁷.

Molta importanza dunque viene data alle varie riforme di partecipazione quali le audizioni o le consultazioni pubbliche già previste per gli atti di regolazione di competenza delle autorità (v. Authority per l'energia elettrica e il gas – A.e.e.g.) che rappresentano appunto uno strumento di partecipazione ma anche di intervento nei procedimenti amministrativi di adozione degli atti di regolazione che contribuiscono a rinsaldare la legittimazione democratica delle autorità che sono al di fuori del circuito politico rappresentativo¹⁴⁸.

Se l'osservanza di determinati adempimenti procedurali sembrerebbe rafforzare la legittimazione dell'Authority nella cura di interessi da governare e dunque sembrerebbe legittimare le scelte che vengono prese attraverso gli atti di regolazione adottati, il legislatore ha riservato la sua attenzione proprio a questi aspetti ovvero alle varie forme di partecipazione e di intervento nel procedimento di cui si è detto e soprattutto alla motivazione necessaria per gli atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale in considerazione del rapido

¹⁴⁷ M.R. FERRARESE, *op. cit.*, 3.

¹⁴⁸ In relazione all'ampio potere delle Authority è stato opportunamente osservato che la legittimazione dell'operatore indipendente derivava dalla stessa legge attributiva del potere di regolazione di rango sublegislativo. *Questo convincimento oggi non sembra avere più una base solida in quanto bisogna ammettere che sempre più frequentemente il legislatore affida intere materie alle autorità di regolazione attraverso una sorta di delega in bianco, priva di criteri, cui deve uniformarsi l'autorità delegata e quindi inadatta a costituire una solida base di legittimazione democratica...* Ciò ha fatto emergere la consapevolezza in dottrina e giurisprudenza che la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale. Insomma, il potere di regolazione debba ricevere dal basso quello che non gli arriva dall'alto, debba trovare nel mercato quella legittimazione che non proviene dal circuito politico rappresentativo, recuperando in uscita, attraverso il procedimento, quella rappresentatività che quella delega in bianco non è in grado di conferirgli. Il che vuol dire che intanto un'autorità indipendente è legittimata a dettare regole in quanto la costruzione delle regole avvenga con la partecipazione dei soggetti interessati attraverso il procedimento che diventa pertanto uno strumento di legittimazione democratica (F. SCIAFANI, L. ZANETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G. Paolo Cirillo e C. Chieppa, vol. XLI, Padova, 2010, Parte speciale – L'autorità per l'energia elettrica e gas, 433).

fluttuare delle condizioni e delle vicende che dominano i mercati che determinano un forte incremento della «regolazione indipendente» che, di fatto, sta a significare la forte esigenza di regolare in modo sempre più completo non solo le attività imprenditoriali ma anche la vita dei cittadini nei servizi di interesse generale¹⁴⁹.

Se è vero che in mancanza di precetti o in presenza di concetti giuridici indeterminati il regolatore deve per forza riempire il precetto o codificare caso per caso¹⁵⁰, ciò non può non comportare una scelta e una ponderazione degli interessi in gioco e dunque delle decisioni – regole – circa l'assetto di interessi che si ritiene più adeguato alle circostanze prese in considerazione che sono, peraltro, talora sfuggenti e mutevoli. Tali decisioni non possono non essere politiche e implicano delle valutazioni prese sulla base di conoscenze tecniche ed economiche ed in ossequio al principio di proporzionalità così come vuole il legislatore. Abbiamo quindi un assetto di interessi non più prefigurato dal legislatore ma l'emersione di norme che rispecchiano ed elaborano scelte politiche che hanno come punto di riferimento i mercati con le loro leggi dominanti e le libertà degli individui.

¹⁴⁹ E proprio sull'incisivo potere regolatorio delle Authority come nel caso dell'Antitrust assistiamo a un fenomeno per cui vengono poste regole che non sono esterne al mercato ma che sono parte del mercato nel senso che contribuiscono a conformarlo (v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, nel volume a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, 2000, 123 e ss.).

Lo Stato diventa un attore del mercato, stabilisce i presupposti del mercato e compie atti negoziali sostitutivi degli atti negoziali dei privati (F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, nel volume a cura di G. Gritti, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, 2006, 47 ss.).

In particolare vediamo che *la tutela della concorrenza nella prospettiva nazionale come del resto anche in quella comunitaria affianca alle tradizionali funzioni neutrali a garanzia dell'ordine naturale del mercato anche funzioni pubbliche di indirizzo del mercato. Si fa cioè sovente impiego dei poteri neutrali, attribuiti a garanzia dell'ordine naturale del mercato, per esercitare funzioni politiche di indirizzo del mercato medesimo; non è raro che le amministrazioni pubbliche competenti ad assicurare la tutela del mercato operino più come registi del suo funzionamento che in qualità di arbitri imparziali delle sue naturali dinamiche... in questo senso,...* si parla di *regolazione pubblica delle concorrenza* (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 20 e ss.).

¹⁵⁰ v. A. POLICE, *op. cit.*, 129 e ss.).

Insomma alle Authority è demandata una missione istituzionale da svolgere anche attraverso la produzione di norme assistite da puntuali garanzie procedurali¹⁵¹ allo scopo di assicurare i «diritti di difesa» a coloro che sono i destinatari delle stesse¹⁵².

Ma proprio ciò risulta di difficile comprensione. Tale criterio di riferimento risulta piuttosto «mobile» e fluttuante soprattutto se lo mettiamo in relazione alla necessità dell'adeguamento degli atti all'evoluzione delle condizioni del mercato avendo presente che molte incertezze possono scaturire dal fatto che ci troviamo di fronte a poteri a cui è affidata la cura di determinati (forti) interessi pubblici (che a loro volta possono confliggere con altri interessi rilevanti) la cui regolamentazione spesso non è predeterminata nei vari passaggi dalle norme.

In mancanza di un metro di riferimento certo costituito appunto dalla previsione di una norma giuridica, il riferimento al criterio della proporzionalità che deve guidare il regolatore nell'esercizio del potere conferitogli, può sollevare qualche legittima perplessità nel senso che può non dare sufficiente garanzia circa il raggiungimento di una legalità sostanziale per gli atti di regolazione che vengono adottati.

¹⁵¹ Cfr. legge 29.7.2003 n. 229.

¹⁵² Il criterio di proporzionalità è una clausola generale idonea a valutare la giustizia sostanziale della decisione adottata dei pubblici poteri perché capace di percorrere e penetrare la decisione effettuata a seguito di una comparazione di tutte le posizioni giuridiche soggettive rilevanti nella fattispecie considerata (V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 275). *Quando la volontà del legislatore non è espressa con chiarezza o non è espressa affatto ovvero in difetto dello jus positum si può ricorrere alle regole etiche, filosofiche, persino politiche che rappresentano i principi a cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, tra di esse la proporzionalità. Il principio che è stato diffuso ad opera del giudice comunitario negli ordinamenti interni degli Stati membri in un processo di circolazione dei principi che tendenzialmente procede all'infinito, che si alimenta degli apporti nazionali per poi confluire nuovamente nell'ordinamento comunitario... ha come conseguenza che tutte le autorità amministrative sia comunitarie sia nazionali non possano imporre né con atti normativi, né con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle situazioni giuridiche soggettive dei privati tutelate dall'ordinamento, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo pubblico che l'autorità è tenuta a realizzare (272 e ss.)*

C'è da dire inoltre che per quanto riguarda le ampie e diverse funzioni (poteri) affidate all'Autorità dei trasporti essa dovrà dotarsi di regolamenti¹⁵³ per disciplinare i vari procedimenti riferibili alle varie funzioni alla cui base ci sono peraltro i già indicati criteri¹⁵⁴. Essa dovrà disciplinare inoltre con proprio regolamento le audizioni periodiche delle associazioni di utenti e consumatori e le rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e l'efficacia circa lo svolgimento dei servizi, predisporre forme e metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione e forme di collaborazione così come è stato già previsto da altre Authority per evitare sovrapposizioni, incertezze, disomogeneità e discordanze con altre autorità di regolazione. Ciò è utile perché possono verificarsi casi in cui il regolatore può sostituire la propria valutazione a quella di un'altra Amministrazione competente¹⁵⁵ e risulta utile ad evitare dunque che si verifichino situazioni di «sconfinamenti»¹⁵⁶ rispetto ad altre autorità di regolazione in considerazione

¹⁵³ Sul punto non c'è chiarezza, cioè se l'Autorità possa stabilire o meno la disciplina dei procedimenti relativi alle proprie attività oppure se debbano essere emanati uno o più regolamenti governativi, come risulta dalla legge n. 481/1995.

¹⁵⁴ Il contraddittorio, la completa conoscenza degli atti istruttori...

¹⁵⁵ In dottrina si è evidenziato, come ad esempio per il settore del trasporto ferroviario, che c'è sempre la possibilità da parte dell'impresa di influenzare il regolatore, così come risulta da un recente provvedimento preso dall'A.G.C.M., e dunque può accadere che in assenza di elementi oggettivi il potere antitrust possa sostituire la valutazione del regolatore – o comunque dell'Amministrazione competente – con la propria valutazione. L'Autorità si spinge fino ad ipotizzare e simulare quale avrebbe dovuto essere l'esito del procedimento, utilizzando peraltro canoni diversi da quelli che la disciplina di settore fornisce al regolatore... pertanto sarebbe utile e necessario che la giurisprudenza individuasse un testo o degli standard che il potere antitrust deve soddisfare prima di potersi espandere in questa direzione, lungo la quale il diritto antitrust non si limita a fornire strumenti di controllo dell'attività delle imprese, ma si sostituisce alla regolazione di settore e priva di significato e rilevanza e significato i procedimenti amministrativi (L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, Testo della relazione al Convegno *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Consiglio di Stato, Roma 25-26.9.2013, 30-31).

¹⁵⁶ È stato rilevato che in particolare sul piano funzionale l'Autorità è chiamata a occuparsi di settori diversi... concentra su di sé importanti attività di regolazione economica e amministrativa, nonché di amministrazione in senso proprio, che oltre ad affiancarsi e a volte intersecarsi... in vario modo con funzioni e compiti mantenuti in capo alle amministrazioni ordinarie presentano molte affinità con temati-

anche del fatto che l'Autorità dei trasporti istituita di recente deve comunque interagire non solo con i vari livelli di governo nazionale ma anche con le relative amministrazioni statali e territoriali¹⁵⁷ e in

che relative alla politica economica, industriale e sociale del Paese. Cosicché negli ambiti in cui l'Autorità interviene proprio il tratto più caratteristico della regolazione, vale a dire la sua neutralità, risulta in qualche modo più esposto a potenziali sconfinamenti (A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6, 2012, 599 e ss.)... l'art. 37 d.l. 24.1.2012 n. 1 (modificato dalla legge 24 marzo 2012 n. 27, art. 36, comma 1) si limita a dettare generiche indicazioni: da un lato richiama il rispetto delle competenze delle regioni e degli enti locali con riguardo alle disposizioni di cui al Titolo V della Costituzione e dall'altro mantiene ferme le competenze diverse da quella disciplinate dal medesimo articolo delle Regioni (non anche espressamente quelle degli enti locali) nei settori indicati. Eppure gli enti territoriali hanno ampie competenze in materia di trasporti, che si estendono generalmente a tutte le infrastrutture e i servizi diversi da quelli di rilevanza nazionale e che tagliano trasversalmente tutti i campi di interesse dell'Autorità... è molto probabile che le Regioni, con riguardo alla regolazione dei trasporti, vista la forte incidenza rispetto a consolidati interessi territoriali, essi siano indotti a prestare particolare attenzione agli sviluppi dell'Autorità e a rappresentare e a far valere le loro posizioni... eventualità che... dovrebbe indurre l'Autorità a stabilire in loro favore forme di partecipazione qualificata alle procedure di definizione delle proprie determinazioni (A. TONETTI, *op. ult. cit.*, 602). C'è da considerare in particolare che talora, su alcuni segmenti delle tratte nazionali, transitano anche treni non di alta velocità.

¹⁵⁷ Art. 36, d.l. 24.3.2012 n. 27, leggiamo: *Restano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali dei settori indicati. In particolare restano ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzioni nell'ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti. Tutte le amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nonché gli enti strumentali che hanno competenze in materia di sicurezza e standard tecnici delle infrastrutture e dei trasporti trasmettono all'Autorità le deliberazioni che possono avere un impatto sulla concorrenza tra operatori del settore, sulle tariffe, sull'accesso alle infrastrutture, con facoltà da parte dell'Autorità di fornire segnalazioni e pareri circa la congruenza con la regolazione economica. Restano altresì ferme e possono essere contestualmente esercitate le competenze dell'Autorità garante della concorrenza disciplinate dalla legge 10 ottobre 1990 n. 287 e dai decreti legislativi 2 agosto 2007 n. 145 e 2 agosto 2007 n. 146, e le competenze delle autorità di vigilanza sui contratti pubblici di cui al d.l. 12 aprile 2006 n. 163 e le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all'art. 36 del d.l. 6 luglio 2011 n. 98.*

considerazione soprattutto dei necessari collegamenti e interferenze tra il servizio di trasporto locale e nazionale non solo ai fini dello svolgimento dei relativi servizi ma anche e soprattutto per quel che riguarda la sicurezza e gli standard tecnici delle infrastrutture e dei trasporti.

Abstract

I processi di privatizzazione e di liberalizzazione del settore ferroviario hanno corrisposto alla necessità di rendere il servizio ferroviario sempre più contendibile sul mercato e alle esigenze di efficienza e velocizzazione che il tempo presente richiede in maniera sempre più pressante.

In questo lavoro vengono esaminate alcune questioni che detti processi hanno lasciato ancora aperte.

L'intervento massiccio di norme nazionali e comunitarie se certamente ha contribuito a modernizzare il servizio e ha reso possibile l'accesso ad esso anche a imprenditori privati, non ha eliminato le polemiche e i problemi relativi ai diritti ed interessi dei nuovi entranti e degli stessi destinatari. Le polemiche soprattutto riguardano il sistema centralistico di gestione delle infrastrutture anche per la mancanza di raccordi e coordinamento fra le infrastrutture stesse dovuta in parte anche alla loro scarsità.

Di recente pertanto è stata instaurata una specifica autorità dotata di ampi poteri a cui è affidata l'importante funzione di stabilizzazione e regolarizzazione del servizio e di garanzia e di limite alla discrezionalità del settore pubblico nei confronti di quello privato; essa dovrà in particolare seguire i processi volti a rendere il servizio un elemento di sostegno per le comunità e monitorare il delicato equilibrio del settore sempre in bilico tra valori costituzionali che non possono essere disattesi e regole dei mercati necessarie a garantire che il servizio sia profittevole e competitivo.

The processes of privatisation and liberalisation of the rail sector has made this service increasingly competitive on the market, in terms of efficiency and rapidity that the present time requires ever more urgent.

This article examines some of the issues that these processes have left still unresolved.

The numerous national and community standards have certainly contributed to modernize the service and they have allowed access to it even to private entrepreneurs, although these provisions have not eliminated the problems relating to the rights and interests of new entrants and recipients.

The problems relate to the centralist system of infrastructure manage-

ment also due to the lack of connections and coordination among the few same infrastructure.

Therefore, recently, a specific authority with broad powers was established with the important function of stabilization and regularization of the service and with the function of warranty and limitation to the discretion of the public sector with regard to the private sector; in particular it will follow the processes designed to make the service a support element for communities; in addition it must monitor the balance of the sector always hovering between constitutional values and market rules necessary to ensure a profitable and competitive service.



I Direttori di questa rivista sono amici e colleghi che insegnano nell'Università italiana. Vincitori del medesimo concorso di ordinario in diritto amministrativo, si sono incontrati il primo giugno del 1990 e si sono ritrovati a condividere una comune idea di libertà nella ricerca della verità, costituendo su questo fondamento il «Gruppo di San Giustino». Essi si propongono oggi come i direttori di questa Rivista che intende affrontare i temi più attuali e

rilevanti del diritto e del processo amministrativo, con un approfondimento che consenta di avere un panorama completo della giurisprudenza e della dottrina, divenendo strumento essenziale per i teorici e per i pratici.

L'idea fondante del gruppo di San Giustino permane quella che in ogni uomo sono presenti «semi di verità», per cui la rivista rappresenta uno spazio culturale aperto a tutti per un confronto in un libero dibattito, con un'attenzione particolare verso i giovani studiosi.