

Ar2



Vai al contenuto multimediale

Luigia Laurenti

**L'evoluzione del sistema di regolazione
nel settore dei trasporti ferroviari**





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1174-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2018

Indice

7 Introduzione

9 Capitolo I

La regolazione

1.1. Origini e sviluppi della regolazione, 9 – 1.2. Liberalizzazione e concorrenza, 11 – 1.3. Il ruolo della regolazione, 13 – 1.4. Il sistema ferroviario nel contesto di liberalizzazione europea, 18 – 1.4.1. *Il modello originario di concentrazione in mano pubblica del trasporto ferroviario*, 21 – 1.4.2. *L'inefficienza del monopolio pubblico*, 23 – 1.4.3. *Il ruolo della direttiva 91/440/CEE e la separazione contabile*, 23 – 1.5. Ferrovie dello Stato S.p.A., 26 – 1.5.1. *Caratteristiche della concessione*, 28 – 1.5.2. *Contratto di servizio e di programma*, 29 – 1.6. La separazione societaria di F.S. S.p.A. e i rilievi dell'AGCM, 30.

35 Capitolo II

Dalla liberalizzazione all'istituzione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti

2.1. Il primo “pacchetto ferroviario” e il D.lgs. 188/2003, 35 – 2.2. Il secondo “pacchetto ferroviario” e il D.lgs. 162/2007, 39 – 2.3. Il terzo “pacchetto ferroviario”, 41 – 2.4. Il quarto “pacchetto ferroviario” nel contesto di uno Spazio unico ferroviario europeo, 44 – 2.5. I primi progetti di legge per un'Autorità dei Trasporti, 47 – 2.6. L'istituzione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, 50 – 2.7. Il carattere ibrido dell'*Authority*, 51 – 2.7.1. *La cornice legislativa e il richiamo alla l. n. 481/95*, 52 – 2.7.2. *La cornice costituzionale*, 54 – 2.7.3. *Funzioni, poteri e ambiti di intervento*, 55.

63 Capitolo III

La “semi-indipendenza” dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti

3.1. La riduzione dell'area di intervento pubblico, 63 – 3.2. Servizi pubblici e Autorità di regolazione, 66 – 3.3. Autorità di regolazione e Autorità di garanzia, 68 – 3.4. L'esigenza di istituire un'Autorità di Regolazione dei Trasporti, 72 – 3.5. Gli elementi strutturali della nuova Autorità di Regolazione dei Trasporti, 77 – 3.5.1. *L'organizzazione e il funzionamento*, 78 – 3.5.2. *L'autonomia finanziaria*, 80 – 3.5.3. *I confini del potere di indirizzo politico*, 81 – 3.6. Le interazioni con l'amministrazione centrale, 82 – 3.6.1. *Il rischio di sovrapposizioni con le altre autorità*

indipendenti, 83 – 3.6.2. *I rapporti con gli enti territoriali*, 84 – 3.6.3. *Le interazioni con le amministrazioni sovranazionali*, 85.

87 *Conclusioni*

89 *Bibliografia*

Introduzione

Con il presente lavoro si intende fornire una ricostruzione dell'*iter* evolutivo della regolazione economica, con particolare attenzione al settore del trasporto ferroviario che, causa il carattere non duplicabile dell'infrastruttura, o meglio, della sua duplicabilità a costi elevati, non sembra prestarsi facilmente a un processo di liberalizzazione.

Lo studio prende le mosse da una riflessione circa il carattere di complementarità di due esigenze strategiche, da una parte la liberalizzazione, dall'altra l'intervento regolatore dello Stato. Se, infatti, la liberalizzazione rende possibile la presenza di una pluralità di imprese sul mercato, creando le condizioni legali per la concorrenza, non modifica tuttavia quelle di fatto, cui è sottesa l'esistenza del monopolio, rendendosi dunque necessaria l'introduzione di misure ulteriori, quali quelle di regolazione.

Nel primo capitolo, dopo un'introduzione dei concetti di liberalizzazione e di concorrenza, si approfondirà il duplice carattere dell'attività del sistema di regolazione economica che, in primo luogo, interviene sulla struttura dell'impresa, dando vita a una separazione verticale tra gestore dell'infrastruttura (in monopolio) e gestore dei servizi (da aprire progressivamente alla concorrenza), e, in secondo, interviene sui prezzi dei servizi per orientarli ai costi, ricorrendo al metodo del *price cap*.

Successivamente, nel secondo capitolo, ripercorrendo i passaggi significativi del recepimento della normativa comunitaria nell'ambito del processo di "ristrutturazione" del sistema ferroviario, si analizzeranno i "pacchetti ferroviari", con particolare attenzione alla comprensione delle misure introdotte allo scopo di risolvere problemi di inefficienza e inaffidabilità, riconducibili, essenzialmente, all'assenza di adeguati stimoli concorrenziali, alla presenza di ostacoli all'ingresso sul mercato dei nuovi operatori e allo sviluppo insoddisfacente delle infrastrutture.

Inoltre, particolare attenzione sarà rivolta alla comprensione di come, sebbene l'art. 30 della direttiva comunitaria 2001/14 prescriva che l'autorità di regolazione sia indipendente sul piano decisionale e della strategia finanziaria dai gestori dell'infrastruttura, le funzioni di regolazione continuino a rimanere in capo al Ministero dei Trasporti, in una situazione nella quale, nonostante la spinta liberalizzatrice, lo Stato controlla sia la società che gestisce la rete, che quella che effettua il trasporto ferroviario.

Proprio alla luce di tale criticità, è iniziata a profilarsi l'idea della necessità dell'introduzione di un'Autorità di Regolazione dei Trasporti che presentasse il requisito fondamentale dell'indipendenza. Il primo intervento in questo senso si è avuto in occasione della redazione della legge n. 481/95, ma, solo nel 2011, col governo Monti, ne è stata formalizzata l'istituzione con non poche difficoltà.

La parte conclusiva del lavoro sarà dedicata a una riflessione circa la complessità del processo di istituzione dell'*Authority*, dovuta, essenzialmente, alle resistenze politiche, amministrative e degli operatori economici interessati.

In particolare, ci si soffermerà sulla comprensione del contenuto del carattere di indipendenza che dovrebbe contraddistinguere l'Autorità, operando, a scopo esemplificativo, delle riflessioni su punti di contatto e differenze tra il modello di Autorità di regolazione e Autorità di garanzia. Proponendo una riflessione sul fatto che, l'assenza di un disegno di riordino generale delle strutture e delle competenze degli organismi operanti nel settore, in modo coerente con le funzioni attribuite all'Autorità, la espone al rischio di eventuali sovrapposizioni con le altre amministrazioni dello Stato.

La regolazione

1.1. Origini e sviluppi della regolazione

L'interesse per il tema della regolazione nel settore dei servizi di trasporto ferroviario ha radici molto lontane. La comparsa delle prime autorità indipendenti viene fatta risalire all'istituzione, nel 1887, negli Stati Uniti, della *Interstate Commerce Commission*, inizialmente inquadrata nel Dipartimento dell'Interno e, solo nel 1889, separata e resa indipendente, la quale aveva la funzione di disciplinare l'azione delle compagnie ferroviarie a tutela dei diritti dei soggetti più deboli (agrari e piccoli commercianti) nel conflitto di interessi determinatosi in seguito alla diffusione delle strade ferrate¹.

Più tardi la regolazione si è sviluppata con il *New Deal*, configurandosi come un'estensione dell'area del potere pubblico. Le *independent regulatory agencies* sono apparati amministrativi che esercitano nuovi poteri e incidono significativamente su ambiti e materie, prima lasciati interamente all'auto-determinazione delle imprese. La regolazione introduce vincoli ed obblighi prima inesistenti e persegue fini e risultati che il mercato non è in grado di assicurare da solo: la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi resi, la cura di interessi pubblici collettivi come, per esempio, la tutela ambientale. L'istituzione e lo sviluppo della regolazione indipendente estendono, quindi, i confini dell'influenza pubblica.

Di segno diverso è, invece, l'esperienza europea, e italiana in particolare. Qui l'istituzione delle autorità indipendenti è coeva e strettamente connessa ai processi di privatizzazione e, soprattutto, di liberalizzazione². Proprio in questo quadro, nell'evoluzione dei rapporti tra Stato ed economia, si assiste al mutamento del ruolo del primo che trova un momento determinante nell'arretramento del pubblico dall'erogazione (diretta) dei servizi in favore della collettività, soprattutto confermando un sostanziale ripensamento degli strumenti di intervento che una parte della dottrina ha indicato in termini di un passaggio dalla "regolamentazione" alla "regolazione" del mercato e che

1. M.A. SANDULLI, *La regolazione dei servizi di trasporto ferroviario* in www.Astrid.eu, novembre 2011.

2. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei* in www.Astrid.eu, febbraio 2012.

trova il principale discrimine nel momento teleologico dell'attività del soggetto pubblico. Mentre nel primo caso si assiste a una eterodeterminazione (da parte del soggetto pubblico) dei fini degli operatori, nel secondo l'intervento del mercato è ispirato a finalità diverse tese a garantirne il suo corretto funzionamento, riconducibili essenzialmente al tentativo di evitare che le conseguenze negative, correlate a quelli che tradizionalmente vengono indicati come fallimenti del mercato, ne pregiudichino la sua stessa efficienza³.

Si è, dunque, assistito al graduale superamento della concezione dello Stato come gestore-imprenditore, unico legittimato a fornire determinati servizi pubblicisticamente rilevanti (*public utilities*) in favore di una visione dello Stato come soggetto terzo e imparziale con ruolo di regolatore e garante rispetto a un mercato aperto e conteso tra una pluralità di soggetti privati o pubblici, operanti in regime di concorrenza. Il passaggio da una concezione di Stato interventista, direttamente presente nell'economia e fornitore esclusivo di quei servizi considerati come essenziali alla comunità, a una concezione di Stato esterno al mercato, che si interfaccia con quest'ultimo in termini di regolatore e di garante, è avvenuto per diverse ragioni, in modo graduale comportando notevoli trasformazioni all'interno dei diversi ordinamenti nazionali.

La suddetta trasformazione, avviata dalla dirigenza del governo Thatcher in Inghilterra, è stata, poi, sostenuta dalla politica della Commissione Europea e gradualmente applicata in tutti i settori a rete, caratterizzati, per eccellenza, da situazioni di monopolio. La volontà comune era quella di introdurre i benefici di un mercato concorrenziale in quei settori in cui un vero e proprio mercato non esisteva. Uno degli esempi più significativi, oltre che più utili a comprendere i profili critici della materia, è costituito proprio dal trasporto ferroviario⁴.

Prima di concentrarsi su tale settore è opportuno richiamare molto sinteticamente le ragioni di questa spinta liberalizzatrice. Come messo in luce dall'ampia dottrina che, negli ultimi decenni, ha approfondito queste tematiche, i fattori che hanno condotto alla surriferita inversione di rotta possono essere distinti in fattori esterni e interni.

Tra le forze interne si elencano:

- a) l'insoddisfazione verso il gestore pubblico, dovuta alle fallimentari politiche in ambito di *Welfare State*, che hanno indotto a parlare di autodistruzione della burocrazia, responsabile degli errori nei settori pubblici e hanno costretto i governi a cambiare la propria strategia economica-sociale;

3. L. GIANI, A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato* in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 510.

4. M.A. SANDULLI, *La regolazione dei servizi di trasporto ferroviario*, cit.

- b) l'enorme debito pubblico creatosi durante gli anni ottanta e la crisi fiscale che ha colpito tutti i Paesi occidentali, che, oltre ad aumentare la pressione fiscale, hanno costretto e costringono i singoli ordinamenti a ridurre le uscite e la spesa pubblica in generale;
- c) le limitazioni di budget della UE che l'hanno indotta ad attuare politiche di regolazione, sicuramente meno dispendiose rispetto a interventi diretti a condizionare l'economia con presenze industriali nella fornitura di pubblici servizi;
- d) l'evoluzione tecnologica che ha favorito il passaggio da un sistema fondato su forti economie di scala (rese possibili dalla concentrazione in unico soggetto), a un modello caratterizzato dall'utilizzo di tecnologie a ciclo combinato che ne riduce indubbiamente la valenza e al quale la proprietà statale non sarebbe stata in grado di adattarsi in tempi rapidi;
- e) la necessità di istituire organismi ad alta specializzazione tecnica capaci di adottare provvedimenti idonei ad influire e a controllare la rapida evoluzione tecnologica, finanziaria ed organizzativa.

Le pressioni esterne sono state, invece, essenzialmente ricondotte ai fattori di seguito indicati:

- a) gli interessi dei mercati finanziari e delle multinazionali che avevano l'esigenza di regole certe, comuni, introducibili attraverso il programma di creazione di un mercato interno;
- b) l'avvento del neoliberalismo e il definitivo superamento delle teorie economiche keynesiane, inaugurato attraverso le politiche economiche della scuola di Harvard e introdotto in Europa dalla scuola austriaca, ai cui fondatori deve essere riconosciuto un ruolo determinante nella formazione politico e ideologica dei promotori della Comunità Europea. Si proponeva, in particolare, il superamento di concetti come pianificazione, proprietà pubblica e *Welfare State*, di matrice keynesiana, in favore di quelli di libero mercato e concorrenza⁵.

1.2. Liberalizzazione e concorrenza

La disciplina della concorrenza, per quanto occupi il primo posto tra le fondamenta del diritto europeo, ha stentato ad affermarsi nel settore dei servizi pubblici.

5. M.A. SANDULLI, *La regolazione dei servizi di trasporto ferroviario*, cit., p. 2.

Per molti anni, il regime di riserva e gestione pubblica diffuso in molti Stati membri è stato salvaguardato sulla base di due norme dei Trattati. La prima afferma l'irrelevanza del regime pubblico o privato delle proprietà delle imprese ai fini dell'applicazione del diritto comunitario. La seconda consente una deroga all'applicazione delle norme a tutela della concorrenza alle imprese incaricate di una missione di interesse economico generale, per tutto quanto necessario all'adempimento di tale missione.

Tale deroga è stata a lungo riconosciuta sia dalla Commissione Europea sia dal giudice comunitario, che si sono così rimessi in proposito alla valutazione discrezionale degli Stati membri. Soltanto negli anni Ottanta e Novanta del ventesimo secolo il rilancio dell'obiettivo di una piena integrazione e di un mercato unico europeo, senza limiti e barriere artificiali, ha imposto il riconoscimento delle libertà di circolazione e di concorrenza anche in settori fino a quel momento riservati⁶.

Un ruolo determinante del passaggio, significativamente indicato come passaggio dallo Stato interventista allo Stato regolatore, è da attribuire all'ingresso nella Comunità Europea (ora Unione Europea) che pone a base del proprio funzionamento il principio dell'economia di mercato. Si pensi all'art. 3 del Trattato CE che colloca il mercato tra gli strumenti attraverso cui gli obiettivi dell'Unione devono essere perseguiti, sottolineando, appunto, la centralità dell'instaurazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno.

Un sistema che, fedele alle tradizioni costituzionali ottocentesche, nel passaggio da un'unione meramente economica a una politica, non ignora gli aspetti afferenti a una compatibilità delle scelte assunte in materia economica, con la garanzia del rispetto dei valori fondamentali dei cittadini comunitari, ora riconosciuti nella Carta di Nizza e nel Trattato di Lisbona⁷.

La tutela della libertà di concorrenza nel quadro sistematico del Trattato assurge a elemento indispensabile per la realizzazione tanto dei fini economici, e cioè la realizzazione del mercato comune, quanto di quelli sociali dello stesso. Essa si configura, infatti, quale strumento a disposizione della Commissione mirante all'attuazione di una politica economica conforme al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Pilastri della concorrenza sono le disposizioni contenute nel Capo 1 (Regole di concorrenza) del Titolo 6 del Trattato (Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni) che riguardano appunto le regole di concorrenza applicabili alle imprese (artt. 81–86 TCE) e le regole di concorrenza applicabili agli Stati (artt. 87–89 TCE)⁸.

6. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2012.

7. L. GIANI, A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, cit.

8. M. RAVASIO, R. ZUCCHETTI, *Trasporti e Concorrenza*, Milano, Egea, 2001.

Come ogni importante trasformazione strutturale dei sistemi di produzione di servizi di preminente interesse pubblico, a elevata rilevanza degli impatti, anche la transizione dal regime monopolistico a quello concorrenziale per il settore del trasporto ferroviario nazionale ha richiesto e richiede un attento processo di gestione e regolazione da parte degli organi decisionali pubblici, che è reso ancora più complesso dalle parallele, e altrettanto profonde, trasformazioni strutturali degli organi di governo centrale e dal trasferimento alle regioni di importanti funzioni di amministrazione, programmazione e controllo dei servizi pubblici.

Il modello di concorrenza nel mercato conferisce maggior efficienza complessiva al sistema solo se è presente un pluralismo reale, il cui raggiungimento è però di fatto ostacolato dalla presenza delle numerose barriere all'ingresso per i "nuovi entranti". Si rende allora necessaria la regolazione e una corretta politica dei trasporti che assicurino, o quanto meno incoraggino, l'instaurarsi del massimo pluralismo imprenditoriale possibile, senza astrarsi dalle realtà strutturali del settore ferma altresì la necessità di assicurare, nel contempo, il conseguimento dei massimi livelli di efficienza produttiva dei servizi di trasporto, mantenendo la quantità e la qualità dei servizi offerti a livelli superiori o uguali a quelli del periodo precedente la liberalizzazione⁹.

1.3. Il ruolo della regolazione

I servizi a rete sono attività produttive che, per il loro esercizio, richiedono la disponibilità di infrastrutture non duplicabili per ragioni di carattere fisico o duplicabili a condizioni non economiche, per il costo molto elevato e per la difficoltà di convertirle ad altri usi nel momento in cui si dovesse uscire dal mercato (costi non recuperabili). In casi del genere, il monopolio appare inseparabile dai caratteri obiettivi dell'attività economica, ed è, in questo senso, che il monopolio è detto naturale¹⁰.

Per monopolio naturale intendiamo la configurazione industriale in cui il numero ottimale di imprese presenti sul mercato è uno. In questo senso, i costi sostenuti da un solo operatore nel produrre l'intera quantità domandata sono inferiori a quelli che sosterrebbero due o più imprese contemporaneamente presenti sul mercato. Ne discende che la presenza di un unico operatore è più efficiente di più imprese, fermi restando i costi sociali comunque generati da un monopolista.

9. E. CELLI, L. PETTINARI, R. PIAZZA, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 84.

10. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 50.

Ciò è tanto più evidente in riferimento al settore del trasporto ferroviario in cui l'assenza o minimizzazione dei costi di entrata, in assenza di specifiche azioni di sostegno da parte dello Stato e delle regioni, è più difficilmente conseguibile rispetto agli altri modi di trasporto: il carattere specialistico dell'attività e l'esclusività tecnologica degli *assets* necessari per la produzione del servizio comportano la presenza sia di ingenti costi in conto capitale per l'acquisizione del materiale rotabile (costi di entrata), sia di altrettanto ingenti costi, non recuperabili da parte delle imprese ferroviarie, in caso di uscita delle stesse dal mercato. Tutto ciò costituisce, di fatto, una forte limitazione dell'attrattività del settore nei confronti di nuova imprenditorialità privata, che considera l'ingresso nel settore un investimento ad alto rischio¹¹.

In generale, il regime in monopolio è guardato con sfavore dalla dottrina economica poiché è l'impresa monopolista a fare il prezzo e il potere di mercato di cui dispone le assicura una rendita che può prestarsi ad abusi. Il diritto comunitario della concorrenza, così come il diritto interno, non contiene disposizioni dirette contro i monopoli; esso, tuttavia, ne previene, in qualche misura, la formazione, attraverso la disciplina delle concentrazioni tra imprese e persegue i comportamenti nei quali sia ravvisabile l'abuso del potere di mercato. Tali rimedi però appaiono insufficienti quando le attività economiche interessate al fenomeno sono particolarmente rilevanti per il benessere della collettività.

Nel caso di monopolista privato, infatti, questa situazione può recare l'attribuzione di un enorme potere all'operatore unico e giustificare l'intervento pubblico che può assumere varie forme, come la nazionalizzazione, che trova il suo fondamento nel regime di riserva pubblica all'art. 43 Cost.¹² o nel controllo esterno della gestione privata attraverso l'intermediazione di un regolatore o autorità creata appositamente.

Tuttavia la regolamentazione del monopolio naturale non può prevedere che l'impresa privata, sottoposta a regolamentazione pubblica, replichi la perfetta concorrenza, altrimenti questa otterrebbe profitti negativi.

Nell'impossibilità di raggiungere una situazione di *first best*, si ritiene, dunque, ragionevole perseguire obiettivi di *second best* tali da mettere al riparo da alcune situazioni di chiara inefficienza alle quali condurrebbe un mercato imperfetto in assenza di una regolamentazione pubblica che si faccia carico degli obiettivi di massimizzazione del benessere collettivo.

La regolamentazione, quindi, è volta al ristabilimento di condizioni di mercato tali da riprodurre il più fedelmente possibile l'esito di una situazione di *second best* (punto più vicino alla perfetta concorrenza, compatibile con profitti d'impresa non negativi) ponendo regole basate sugli incentivi propri

11. E. CELLI L. PETTINARI, R. PIAZZA, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, cit.

12. Sul punto L. GIANI, A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, cit.

di un mercato privato e in grado di garantire il raggiungimento di un punto di equilibrio giudicato desiderabile sul piano della politica economica¹³.

L'apertura di settori prima dominati da monopoli, pubblici o privati, richiede necessariamente che il nuovo mercato sia regolato, innanzitutto per garantire la sua stessa sopravvivenza (altrimenti il monopolista *incumbent* riprenderebbe rapidamente il sopravvento, anche perché spesso mantiene il controllo della rete necessaria per svolgere i servizi) e comunque per garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico da parte di tutti gli operatori.

Oltre ad assicurare l'accesso al mercato e impedire comportamenti anti-concorrenziali a garanzia dei nuovi entranti, la regolazione indipendente diviene indispensabile nei settori in cui resta operante un'impresa pubblica. In questi casi non è possibile affidare allo stesso soggetto, lo Stato, il ruolo di imprenditore e di regolatore, per l'evidente conflitto di interessi che si creerebbe.

Il regolatore deve essere, quindi, indipendente dal governo e dall'indirizzo politico e la sua opera deve essere caratterizzata dall'assoluta neutralità rispetto agli operatori sul mercato.

L'istituzione e lo sviluppo delle autorità indipendenti si inseriscono, quindi, in un processo di alleggerimento, e non di estensione, come nel caso americano, dell'intervento pubblico¹⁴. Le autorità indipendenti sostituiscono apparati amministrativi già esistenti, basti pensare alla Consob o all'AGCM, per fare solo due esempi, e contestualmente si sostituisce la regolazione conformativa prima esistente, ispirata al modello del *command and control*, con una regolazione di tipo condizionale, volta a stabilire le regole del gioco e ad assicurarne il rispetto da parte di un arbitro terzo¹⁵.

Nella formula "meno Stato più mercato", la contrapposizione Stato-mercato va intesa nel senso del mutamento dei modi dell'intervento pubblico e nel favore per modi di intervento che mettano a profitto gli elementi positivi della competizione economica. Lo Stato dovrebbe mettere in atto dispositivi idonei a promuovere la concorrenza in mercati in cui questa è assente. La regolazione si sostanzia, quindi, in una delle modalità di governo e di gestione dei servizi pubblici, in alternativa ai tradizionali mezzi e strumenti di intervento utilizzati dallo Stato, quali, a titolo esemplificativo, la partecipazione a imprese pubbliche o la costituzione di enti pubblici economici¹⁶.

13. M. RAVASIO, R. ZUCCHETTI, *Trasporti e Concorrenza*, cit., p. 12 e ss.

14. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit.

15. L. GIANI, A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, cit., p. 518; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002.

16. M.A. SANDULLI, *La regolazione dei servizi di trasporto ferroviario*, cit.

Il termine regolazione designa quindi un'attività amministrativa svolta da un soggetto pubblico (spesso amministrazione indipendente) per il corretto funzionamento del mercato o meglio per garantire la concorrenzialità e stabilità del mercato. In tal modo la eteroregolamentazione statale non viene a contrapporsi al mercato e alla sua logica, ma diviene parte di esso, strumentale al suo corretto funzionamento¹⁷.

Tuttavia nell'evoluzione del regime delle attività economiche di interesse generale, l'apertura al mercato non esclude l'esigenza di assicurare qualche missione di servizio pubblico: in tal caso, all'eliminazione del monopolio (che può interessare anche soltanto alcuni settori di una determinata filiera) corrisponde la necessità di introdurre una regolazione prima non sussistente.

Possiamo delineare almeno tre punti cardine essenziali a costruire un contesto di mercato entro il quale la politica economica può al meglio svolgere il suo ruolo di indirizzo e di governo del sistema delle *public utilities*.

Il primo sta nel ricondurre a regolazione specifica e diretta, aggiuntiva rispetto alla disciplina generale sul funzionamento dei mercati, i soli segmenti di un servizio che presentano condizioni di monopolio naturale non contendibile o quei servizi per i quali, a causa delle rilevanti esternalità positive che presentano oppure per le caratteristiche di *affordability* (ovverosia, di accessibilità a prezzi contenuti per gli utenti) individuate dall'indirizzo politico dello Stato, vengono introdotti obblighi di servizio pubblico ed oneri corrispondenti con conseguenti sussidi. In tutti gli altri casi, il conseguimento dei risultati di interesse generale perseguiti dal modello liberalizzatore deve essere lasciato all'operare della concorrenza nel mercato, compresenza effettiva o potenziale di una pluralità di operatori, eventualmente temperato da un regime autorizzatorio trasparente e imparziale.

Come accennato, i confini di un monopolio naturale e delle attività da sottoporre a obblighi di servizio pubblico variano con l'evoluzione della tecnologia, della domanda e della stessa configurazione dell'organizzazione socio-politica, particolarmente significativi negli ultimi decenni. Da qui, il processo di *unbundling* che consiste, come noto, nella separazione nel mercato verticalmente integrato tra la gestione della rete infrastrutturale, monopolio naturale non contendibile, e le attività a valle, da aprire alla concorrenza nel mercato, come dimostra, con riferimento al trasporto ferroviario, il graduale sia pure lento ingresso di nuovi operanti sulla rete e, soprattutto, l'ormai imminente ingresso nel mercato dell'Alta Velocità del *new competitor* NTV.

Il secondo elemento essenziale del nuovo modello economico sta nella netta distinzione dei ruoli tra soggetto pubblico regolatore che opera in

17. L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit.

funzione di garanzia di interessi generali e impresa regolata tesa al perseguimento di obiettivi propriamente aziendali grazie al fatto che il *management* rende conto a un unico interlocutore, gli azionisti, cui spetta il diritto al residuo, sui risultati di impresa.

Di contro quando il soggetto pubblico regolatore cumula in sé anche la qualità di proprietario e gestore dell'impresa che deve regolare, si determina una condizione di oggettivo conflitto d'interessi. Si comprende, quindi, la valenza fondamentale della separazione dei compiti di indirizzo e regolazione da quelli di gestione del servizio¹⁸.

La terza indicazione fondamentale sta nell'orientamento pro-concorrenziale che deve assumere l'attività di regolazione, per un verso, adottando nella regolazione del monopolio naturale, metodologie di tariffazione che, come nel caso di *price cap*, approssimino risultati simili a quelli tipici della concorrenza, eliminando la rendita monopolista e, contemporaneamente, stimolandolo all'efficienza e, per altro verso, regolando prezzi e condizioni di accesso all'infrastruttura tali da garantire allo stesso tempo lo sviluppo della concorrenza tra gli utenti, la provvista dei finanziamenti necessari all'implementazione e al mantenimento della rete, costi evidentemente non ammortizzabili in logiche di puro mercato.

Nella stessa ottica, la regolazione dovrà promuovere forme di affidamento in concessione che assicurino l'effettiva contendibilità del diritto a gestire il servizio in concorrenza per il mercato e stabilire modalità di copertura degli oneri di servizio pubblico idonee a ridurre al minimo i rischi di trascinamento dei sussidi nelle attività in cui l'impresa opera in condizioni di concorrenza nel mercato.

In conclusione, si può affermare che il modello dello Stato regolatore si caratterizza per alcune linee fondamentali:

- a) una sempre più netta separazione fra funzione politiche e responsabilità per la fornitura dei servizi offerti;
- b) l'istituzione di un'autorità indipendente di regolazione, a garanzia degli utenti per l'utilizzazione delle reti, soprattutto se caratterizzate da situazioni di monopolio naturale;
- c) una maggiore trasparenza e formalizzazione nelle relazioni fra Stato e imprese pubbliche o private;
- d) la privatizzazione della gestione dei servizi pubblici, affidati a società private per favorire il raggiungimento delle condizioni di *accountability* tipiche delle realtà imprenditoriali private (anche se per il diritto comunitario rimane indifferente, o meglio neutra, la natura proprietaria pubblica o privata delle imprese, richiedendosi una priva-

18. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit.

tizzazione sostanziale che non si esaurisce nella mera trasformazione della forma dell'impresa, ma coinvolge i profili della titolarità delle azioni e della loro diffusione sul mercato);

- e) l'adozione nelle pubbliche amministrazioni di forme gestionali caratteristiche del management privato commerciale;
- f) lo stimolo alla creazione di un mercato concorrenziale, con il conseguente aumento degli attori del mercato, i *new competitors*;
- g) l'adozione di forme di regolazione pro-concorrenziale e di *incentive regulation*, in una con la promozione di procedure negoziali di affidamento, sostitutive di affidamenti diretti discrezionali¹⁹.

L'apertura alla concorrenza e la regolazione pro-concorrenziale costituiscono in realtà il terreno sul quale gli interventi programmatori possono dare i frutti migliori: nel fare le proprie scelte allocative e nel predisporre le risorse e gli incentivi necessari a realizzarle, l'autorità politica è costretta a rispettare le regole che sceverano la discrezionalità dall'arbitrio e a misurarsi con la quantificazione, operata dai mercati stessi, dei costi reali di quelle scelte²⁰.

Questi profili sono particolarmente delicati per il trasporto ferroviario, sia per l'oggettiva rilevanza dei costi di gestione dell'infrastruttura, che per gli inevitabili obblighi di servizio pubblico che non possono essere garantiti da pubblici sussidi²¹.

1.4. Il sistema ferroviario nel contesto di liberalizzazione europea

Il sistema costituzionale si accorda con quello del diritto comunitario che distingue tra attività economiche sottoposte a regime ordinario stabilito dal Trattato e attività che possono essere svolte in un regime derogatorio giustificato dagli scopi specifici perseguiti dagli Stati. Tuttavia, la coesistenza tra libertà di iniziativa economica e riserva pubblica prevista dalla Costituzione è condizionata dal diritto comunitario per più aspetti.

Il giudizio politico al quale l'art. 43 Cost. rimette la decisione sulla riserva pubblica di singole attività economiche è soggetto al vaglio dell'Autorità comunitaria anche sotto il profilo della compatibilità con gli interessi della Comunità. Ci sono poi settori, come i trasporti, che il diritto comunitario ha sottoposto a misure speciali di armonizzazione, tese a promuovere

19. M.A. SANDULLI, *La regolazione dei servizi di trasporto ferroviario*, cit.

20. C. DE VINCENTI, *L'economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi*, in *www.Astrid.eu*, 2011.

21. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano 2003.

l'instaurazione del mercato interno; questi settori sono liberalizzati, il che significa che il preesistente regime di riserva pubblica è stato eliminato e che nei settori suddetti si è instaurato il regime di regolazione economica²².

Nei tre mercati del trasporto ferroviario, aereo e marittimo, gli interventi comunitari hanno individuato due obiettivi prioritari: la liberalizzazione nel rispetto degli obiettivi del servizio pubblico e la limitazione e trasparenza degli aiuti di Stato.

Il primo obiettivo viene perseguito attraverso l'affermazione della separazione tra servizio pubblico e gestione pubblica: gli obiettivi della continuità e dell'uguaglianza non necessitano di una gestione diretta o delegata, ma possono essere garantiti dal libero gioco della concorrenza, eventualmente ed eccezionalmente corretta dall'imposizione di vincoli attraverso contratti di servizio pubblico; inoltre, il principio della non corrispondenza tra carattere pubblico del servizio e gestione in monopolio comporta la libertà di accesso ai mercati in base a semplici autorizzazioni non discrezionali, eventualmente affiancate da contratti di servizio pubblico²³: una limitazione discrezionale del numero degli operatori si giustifica solo in presenza di ostacoli oggettivi all'accesso.

Il perseguimento del secondo obiettivo comporta il necessario superamento dei regimi speciali del servizio pubblico e la normalizzazione dei rapporti con i pubblici poteri che si sostanzia anche nella limitazione e trasparenza delle sovvenzioni statali (oggetto di una valutazione e compatibilità con il gioco concorrenziale secondo quanto previsto dall'art. 87 del Trattato CE, ex art. 92), nella piena separazione tra gestione e regolazione e nella soppressione di tutti gli obblighi non strettamente necessari al perseguimento degli obiettivi del servizio pubblico.

I servizi di trasporto locale sono esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, ma devono comunque essere regolati nel rispetto dei principi generali dei servizi pubblici, quali la separazione tra servizio pubblico e settore pubblico e tra regolazione e gestione. Questi servizi sono, invece, direttamente interessati dal generale riassetto dell'organizzazione amministrativa nazionale del 1997, che ha portato al superamento e al capovolgimento dell'organizzazione tradizionale (caratterizzata dall'attribuzione dello Stato di tutte le competenze relative al trasporto aereo, marittimo e terrestre): le regioni e gli enti locali diventano titolari della generalità delle competenze in materia di trasporto pubblico locale, fatta eccezione di quelle espressamente riservate allo Stato²⁴. Illustrati gli obiettivi comunitari, l'analisi si concentra ora nell'ambito del trasporto ferroviario che, a partire dagli anni Novan-

22. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit.

23. M. D'ALBERTI, (a cura) di *Concessioni e concorrenza*, in *Temi e Problemi* n. 8/1998.

24. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, cit., p. 1700.

ta, è stato interessato da un processo di liberalizzazione e privatizzazione volto a razionalizzare il mercato e a introdurre elementi di concorrenza in un settore tradizionalmente caratterizzato da assetti monopolistici e da una forte presenza dell'operatore pubblico. L'*incipit* deriva dall'azione della Commissione Europea che proprio nei primi anni novanta avvia un riassetto normativo inteso a superare quelli che, come evidenziato recentemente anche dalla Corte dei Conti europea (2010), erano stati identificati come i tre maggiori ostacoli allo sviluppo del trasporto ferroviario europeo:

- a) l'inadeguatezza dell'infrastruttura ferroviaria a fornire servizi trans europei, a causa della carenza dei collegamenti tra le reti nazionali (specialmente alle frontiere), delle strozzature sugli assi strategici e della marcata obsolescenza di buona parte dell'infrastruttura;
- b) l'assenza di interoperabilità tra le diverse reti ferroviarie nazionali (la rete europea è composta da un mosaico di reti nazionali storicamente sviluppatesi con caratteristiche tecnico-operative e procedure amministrative simili, ma non identiche);
- c) l'assenza, riconducibile principalmente a ragioni storiche (in Europa, i servizi ferroviari sono stati storicamente forniti all'interno dei mercati nazionali), di un mercato competitivo dei servizi trans europei.

L'UE è intervenuta a questo proposito facendo ricorso a due principali strumenti:

- a) misure normative che mirano ad aprire il mercato ferroviario europeo e promuovere l'interoperabilità, la sicurezza e i diritti dei passeggeri;
- b) il cofinanziamento di infrastrutture ferroviarie nuove e da potenziare.

L'intervento della politica europea ha come obiettivo la riduzione delle barriere tecniche e legali per l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e permettere la riorganizzazione degli operatori esistenti in modo da poter incrementare la competitività del settore.

In particolare, gli interventi hanno lo scopo di superare o quantomeno di ridurre la rilevanza di sei tipi di barriere:

- a) il sistema di licenze e certificazioni di sicurezza ferroviarie;
- b) l'assenza di interoperabilità delle reti ferroviarie (sistemi di segnalamento, voltaggi, regole operative) realizzate principalmente alla fine dell'ottocento per rispondere a esigenze di trasporto principalmente nazionali;