

Argomenti delle “Lezioni”

Le lezioni che seguono prendono in esame le forme attuali dell'azione pubblica nell'economia che appaiono più significative.

La scelta degli argomenti ed il modo della trattazione procedono dalla premessa che convenga distinguere, nell'ambito delle regole e degli istituti giuridici, quelli che hanno *effetti economici*, e quelli che hanno *oggetto economico*. La distinzione è utile, perché i parametri di giudizio per valutare la compatibilità con i principi costituzionali cambiano secondo che le misure considerate si iscrivano nell'una o nell'altra categoria.

Le ragioni dell'economia sono raramente assenti nelle leggi che riguardano le attività dei consociati, ed è anche la loro presenza che detta le soluzioni di volta in volta adottate dal legislatore per promuovere e tutelare questo o quell'interesse pubblico particolare. La legislazione ambientale ne è chiaro esempio: la tutela dell'ambiente comporta prescrizioni che riguardano anche le modalità di svolgimento delle attività produttive ma, in questo come in molti altri casi, le disposizioni di legge, pur avendo rilevanti effetti per l'economia, perseguono la tutela di altri interessi; in questo senso esse non hanno oggetto economico, anche se i contenuti delle disposizioni riflettono la considerazione per le ricadute che ne seguiranno per l'economia.

I risultati economici sono invece l'oggetto immediato delle disposizioni che regolano i mercati o che rendono disponibili beni e servizi a condizioni diverse da quelle offerte dal mercato. In queste lezioni l'attenzione è rivolta ad alcuni istituti giuridici che hanno oggetto economico.

Premesse alcune nozioni di carattere generale, utili per la comprensione del dibattito che accompagna le scelte di volta in volta effettuate, gli aspetti del diritto pubblico dell'economia che si è scelto di trattare riguardano:

1. la *regolazione economica*, cioè l'azione dei pubblici poteri che regola la condotta delle imprese nei settori un tempo riservati a monopolisti legali e oggi liberalizzati in conformità alle direttive europee;

2. i *servizi pubblici*, cioè l'attività produttiva che è svolta dai poteri pubblici, per mezzo degli strumenti organizzativi disposti dall'ordinamento (imprese pubbliche, concessionari), per la provvista di servizi a condizioni diverse da quelle che risulterebbero dal mercato;

3. la *conformazione dei mercati*, cioè le restrizioni quantitative all'ingresso degli operatori economici in alcuni mercati, dettate dalla definizione autoritativa del rapporto tra domanda e offerta;

4. infine, poiché l'operatore economico pubblico, quando intende stipulare contratti di un certo valore, è tenuto a scegliere la controparte mediante gara – il che pone a suo carico oneri rilevanti in termini di tempo e di costi organizzativi, dai quali sono invece esenti le imprese del settore privato – saranno esposti i principi che ispirano questa differenza di trattamento e l'estensione che essa ha avuto nelle applicazioni recenti.

Capitolo Primo

Forme e scopi dell'azione pubblica nell'economia

SOMMARIO: I. *Nozioni introduttive*. – 1. Principi e regole. – 2. Distinzioni: allocazione e gestione. – 3. Distinzioni: disfunzioni del mercato e scopi estranei al mercato. – 4. Azione pubblica diretta e azione regolatrice. Le attività soggette al regime di regolazione economica. – 5. I servizi pubblici. – 6. La tariffa dei servizi pubblici: corrispettivi e tributi. – 7. Servizi pubblici resi in condizioni di monopolio e concorrenza “per il mercato”. – 8. I poteri amministrativi incidenti sulle attività economiche: autorizzazioni a scopo precauzionale e autorizzazioni a scopo economico. – 9. Le procedure amministrative incidenti sulle attività economiche. L'orientamento verso semplificazioni e liberalizzazioni. – 10. La SCIA – segnalazione certificata di inizio attività. – 11. L'assunzione delle decisioni pubbliche: l'analisi costi-benefici. – 12. L'assunzione delle decisioni pubbliche: l'analisi di impatto della regolazione (AIR). – II. *I principi del diritto dell'Unione europea*. – 13. L'economia di mercato aperta. Le regole di concorrenza. – 14. Il divieto di discriminazione tra le imprese e l'economia di mercato. – 15. Le “missioni” delle imprese incaricate di “servizi di interesse economico generale” e la derogabilità delle regole di concorrenza. – III. *I principi costituzionali alla luce del diritto dell'Unione europea*. – 16. L'art. 41 Cost.: libertà dell'iniziativa economica e regole da osservare nello svolgimento dell'attività economica. – 17. L'art. 43 Cost.: la riserva pubblica di attività economiche. – 18. L'attività economica pubblica non diretta alla prestazione di servizi pubblici. – 19. Il principio di sussidiarietà orizzontale.

I. Nozioni introduttive

1. *Principi e regole*

I modi dell'azione dei poteri pubblici nell'economia cambiano nel tempo. Quali siano i fattori che determinano di volta in volta i cambiamenti è questione complessa ed opinabile. È compito degli studi eco-

nomici quello di analizzare gli effetti delle politiche pubbliche, con indagini puntuali, riferite ai singoli settori, che forniscano informazioni utili per orientarsi nei giudizi circa l'efficacia dei dispositivi legali di volta in volta adottati.

Lo studioso del diritto, quando si occupa degli strumenti giuridici dell'azione pubblica in campo economico, non può, tuttavia, ignorare i termini generali del dibattito che accompagna le scelte che si compiono al riguardo. Ciò è particolarmente evidente quando – come in questi anni – si assiste ad un notevole cambiamento nelle tecniche impiegate per affrontare quelli che sono percepiti come i problemi più importanti dell'economia, e il cambiamento si iscrive in un orientamento generale, suggerito da una specifica ipotesi di carattere economico: l'efficienza dei mercati aperti alla concorrenza.

Questa ipotesi costituisce oggi la premessa delle scelte che si compiono quando si dettano le regole cui gli operatori economici e le stesse amministrazioni pubbliche devono attenersi. La promozione e la salvaguardia della concorrenza economica sono oggi considerati i mezzi privilegiati per l'attuazione degli scopi di interesse generale perseguiti dai poteri pubblici. Questo avviene anche per effetto del diritto europeo, che impegna gli Stati membri dell'Unione ad operare per la realizzazione di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (art. 119 TFUE). In questo senso può dirsi che la tutela della concorrenza costituisce, al presente, un principio del governo dell'economia.

L'impiego del termine “principio” riferito al sistema economico promosso dall'Unione europea richiede un'avvertenza. Nella sua accezione tecnica, la *norma di principio* ha attitudine a conformare altre norme giuridiche: quelle che contengono le *regole* di comportamento, quelle norme, cioè, che prescrivono ciò che deve essere fatto o non fatto nelle particolari circostanze considerate dalle norme stesse. Il principio pone il parametro al quale dovranno fare riferimento le singole regole, nel senso che queste ultime dovranno attuare o quanto meno non contrastare l'attuazione del principio. Ad esempio, le norme della Costituzione che enunciano i diritti dei cittadini sono spesso formulate come norme di principio, destinate a trovare attuazione attraverso le leggi ordinarie (si pensi al diritto all'istruzione, alla salute, etc.).

Per questa loro struttura i principi pongono peculiari problemi interpretativi ed applicativi, primo fra questi il problema che deriva

dalla coesistenza di norme di principio i cui contenuti (diversi tra loro) possono entrare in conflitto nel momento della loro traduzione nelle regole che sono destinate ad attuarli; in questi non infrequenti casi la coesistenza dei principi richiede che le regole attuative siano costruite in modo da conciliare nel massimo grado possibile gli interessi contrapposti che sono espressi dai principi della cui attuazione si tratta.

Per la soluzione di questo tipo di problema giudici e studiosi del diritto hanno elaborato il concetto di *proporzionalità*, nel quale si compendiano i passaggi logici e valutativi che devono essere seguiti affinché sia ridotto al minimo il sacrificio dell'uno e dell'altro principio, nel momento del loro attrito (se ne vedrà un esempio nel capitolo quinto, par. 15).

Va osservato, però, che nel caso del principio di concorrenza la coesistenza con altri principi si pone in termini differenti da quelli usuali, poiché il principio di concorrenza è principio di *procedura*: esso riguarda la modalità dell'azione, non gli scopi ultimi di questa; in questo senso il principio assume un ruolo strumentale rispetto agli scopi che di volta in volta sono perseguiti dai poteri pubblici. La diversità dei piani sui quali operano l'uno e gli altri principi spiega perché il principio di concorrenza sia destinato a recedere di fronte a principi di ordine sostanziale, quando la modalità d'azione che esso prescrive sia inidonea al conseguimento degli obiettivi di carattere sostanziale.

Questo particolare rapporto – che si ricava sul piano logico, anche in assenza di espressi enunciati normativi – è esplicitato dal Trattato dell'Unione europea che, pur impegnando gli Stati a realizzare un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, ammette che alle regole che ne derivano si possa derogare quando ciò sia necessario per realizzare scopi di interesse generale (art. 106 TFUE). Su questo articolo si tornerà più avanti (nel capitolo quarto).

Si può quindi concludere che il principio (procedurale-strumentale) di concorrenza trova attuazione subordinatamente ai principi (sostanziali) che riguardano la promozione e la difesa della salute, della sicurezza e della dignità della persona, la conservazione dell'ambiente e, in generale, gli interessi dei singoli e della collettività che sono protetti dalla Costituzione e dal diritto dell'Unione europea.

2. Distinzioni: allocazione e gestione

Nella massa spesso confusa di questioni e di argomenti che confluiscono nel dibattito sul rapporto tra sfera pubblica e sfera privata nell'economia, è bene tenere distinte le questioni "allocative" – che riguardano le decisioni circa la destinazione da dare alle risorse – dalle questioni "gestionali" – che riguardano il modo di attuare le decisioni del primo tipo. Decisioni pubbliche riguardo a cosa produrre ed a che condizioni offrire ciò che è stato prodotto (*decisioni allocative*), possono essere attuate sia per mezzo di imprese pubbliche¹, sia ricorrendo a soggetti privati. Ad esempio, i servizi pubblici sono spesso dati in gestione ad imprese private. La scelta tra l'operatore economico pubblico e la concessione all'impresa privata come strumenti per attuare le decisioni di tipo allocativo, implica valutazioni che riguardano l'efficienza dei diversi modi possibili per produrre i servizi (*decisioni gestionali*).

Le decisioni allocative sono quelle che maggiormente sono influenzate da premesse di carattere economico, ma anche le decisioni di carattere gestionale, tradizionalmente considerate come materia da trattare con metodo tecnico-giuridico, risentono oggi largamente delle analisi compiute da studiosi di economia dell'organizzazione (come si vedrà nel par. 11 del capitolo secondo).

Il dibattito su forme ed ampiezza dell'intervento pubblico nell'economia si presenta spesso come contrapposizione tra economia mossa dal calcolo della convenienza individuale (economia di mercato) ed economia diretta da decisioni dei poteri pubblici (dirigismo). L'espressione corrente «*intervento dei poteri pubblici nell'economia*», è essa stessa indicativa (implicitamente) di un apprezzamento: che l'attività economica sia prevalentemente affare dei privati e che la presenza di operatori economici pubblici, come pure l'uso di strumenti pubblicistici per fini che riguardano direttamente le decisioni in ordine alla produzione, sia un'interferenza in un ambito che è "naturalmente" riservato ai privati.

La percezione dell'azione dei pubblici poteri come "interferenza" riguarda l'azione pubblica giudicata secondo i criteri dell'analisi microeconomica, che ipotizza la formazione dei prezzi in mercati nei quali opera una pluralità di attori i quali, singolarmente considerati, non sono in grado di influenzare i prezzi; da queste premesse il pensiero econo-

¹ La nozione di impresa pubblica è esposta nel capitolo secondo, par. 5.

mico dominante deduce *l'efficienza allocativa* dell'economia di mercato, nella quale le decisioni sono assunte sulla base dei *prezzi* che si formano per effetto dell'incontro della domanda con l'offerta. L'economia di concorrenza viene rappresentata come il luogo ideale di un ordine *spontaneo*, nel senso che la regolarità dei comportamenti degli attori che operano nel mercato non è il frutto della loro sottomissione a prescrizioni poste da una volontà esterna (l'autorità pubblica) che persegue scopi particolari, bensì il risultato del calcolo di convenienza individuale.

In questa rappresentazione, l'economia di mercato, connotata dal carattere *decentrato e diffuso* delle decisioni che la muovono, viene solitamente contrapposta al sistema di decisione *accentrato*, che è proprio del settore pubblico. Le decisioni pubbliche riguardo all'allocazione delle risorse sono dettate da valutazioni di carattere socio-economico, che sono il prodotto del processo politico; in questo senso il sistema può dirsi "accentrato", poiché l'impiego delle risorse che ne risulta non è il risultato delle decisioni di una molteplicità di operatori economici indipendenti, mossi da prezzi formatisi nella spontaneità del mercato. Il carattere decentrato delle decisioni è considerato come uno dei vantaggi dell'economia di mercato, in quanto elemento che, di per sé, tende a ridurre le conseguenze negative dell'errore che è potenzialmente insito in ogni decisione umana (nel caso specifico, l'errore nelle previsioni dell'autorità pubblica), e in quanto fattore che favorisce l'innovazione attraverso il confronto tra i risultati conseguiti da una pluralità di unità produttive.

3. *Distinzioni: disfunzioni del mercato e scopi estranei al mercato*

L'osservazione dei fatti ha smentito da tempo l'ipotesi dell'attitudine dei mercati a autoregolarsi così da promuovere l'impiego delle risorse produttive che soddisfa il consumatore, cioè il cittadino. Ciò nondimeno nell'opinione dominante la logica del mercato di concorrenza rimane il punto di riferimento ideale, pur con i correttivi richiesti da quelli che, significativamente, vengono denominati i "fallimenti" del mercato – espressione che sottintende l'assunzione dell'economia di mercato a modello.

Si parla di "fallimenti" del mercato per indicare le situazioni nelle quali l'intervento pubblico sarebbe raccomandabile. Nell'uso corrente l'espressione accomuna situazioni diverse tra loro, che è bene tenere distinte. L'intervento pubblico è considerato necessario in presenza di:

1. alcune *disfunzioni* che sono il prodotto della logica stessa del mercato di concorrenza; si tratta, ad esempio, delle situazioni nelle quali la libertà di mercato porta alla formazione di monopoli o di cartelli e, con essi, sfocia nella soppressione o nella distorsione della concorrenza;

2. alcuni *scopi* che il mercato non realizza perché essi sono estranei alla sua logica, e per i quali non è possibile rivolgersi al mercato, anche se ben funzionante. Questo accade, ad esempio, quando le condizioni dei luoghi rendano non conveniente l'attività economica: si pensi alla fornitura del servizio di trasporto o del servizio postale in un piccolo comune isolato.

Nel caso di disfunzioni, come nel caso di scopi estranei alla logica di mercato, l'intervento dei poteri pubblici viene considerato opportuno, indipendentemente dall'opinione che si abbia, sul piano generale, riguardo a pregi e difetti dell'economia di concorrenza. Ma nel primo caso il fallimento del mercato risiede nella soppressione o nella distorsione della concorrenza, e pertanto nel venir meno dell'efficienza allocativa che la teoria attribuisce all'economia di mercato. Quando questo accade, il mercato, lasciato alla sua spontaneità, non assolve alla funzione che gli è propria, e l'intervento dello Stato è, appunto, una risposta al fallimento del mercato.

Le ragioni dell'efficienza allocativa sono, invece, estranee all'intervento pubblico nel secondo dei casi considerati. Oggi, come nel passato, vi sono scopi che la collettività organizzata ritiene meritevoli e che il mercato di concorrenza non è idoneo a realizzare, come la fornitura di trasporti sufficienti e resi disponibili a condizioni accessibili alla generalità dei potenziali utenti. Quando questi scopi sono assunti nella responsabilità dei poteri pubblici, questi ultimi si rendono *prestatori di servizi pubblici*.

La differenza delle ragioni che determinano l'intervento pubblico nelle due ipotesi esemplificate, suggerisce di ricorrere all'espressione *inadeguatezza* del mercato, che si addice sia alla reazione al fallimento del mercato, sia all'intervento determinato da scopi estranei alla logica di mercato.

In entrambe le ipotesi ora considerate l'azione pubblica può assumere forme diverse. La tendenza odierna privilegia le modalità che sfruttino nella massima misura possibile le potenzialità dell'iniziativa privata. Le più evidenti manifestazioni di questa tendenza nei due casi di inadeguatezza del mercato sopra indicati si possono osservare:

a) nella legislazione che mira a correggere le disfunzioni del mercato, conservando i benefici che esso può offrire. In questo ordine di idee è stata sostanzialmente abbandonata la strada tradizionale che, in presenza di monopoli “naturali”, intendeva rimediare agli inconvenienti dei monopoli stessi assumendoli nella mano pubblica e facendone dei *monopoli legali*, così da renderli “inoffensivi”, grazie al controllo dell'autorità democraticamente legittimata. A questo tipo di misure correttive è subentrato oggi il metodo della *regolazione economica*, che tende a neutralizzare l'elemento monopolistico insito in alcune attività economiche (l'infrastruttura non duplicabile) rendendo, così, possibile la concorrenza tra le imprese che abbisognano dell'infrastruttura per l'esercizio della propria attività (se ne tratterà nel capitolo terzo).

b) nella legislazione che, per la gestione dei servizi pubblici economici locali, scoraggia l'impiego di strumenti operativi propri degli enti che hanno la responsabilità dei servizi (aziende o società a totale partecipazione pubblica), e indirizza le amministrazioni locali verso la gestione dei servizi a mezzo di soggetti terzi, scelti mediante procedure di gara. In questo risiede la c.d. “privatizzazione” dei servizi locali, termine che mette in evidenza l'innesto della competizione economica in ambiti governati dalle autorità pubbliche (l'argomento è trattato nel par. 7 di questo capitolo).

4. Azione pubblica diretta e azione regolatrice. Le attività soggette al regime di regolazione economica

Dalle premesse svolte fin qui si ricava che nella formula corrente «meno Stato, più mercato», la contrapposizione Stato-mercato va intesa non nel senso della riduzione dell'area dell'intervento pubblico, bensì nel senso del mutamento dei *modi dell'intervento*, e precisamente nel favore per modi di intervento che mettano a profitto gli elementi positivi della *competizione economica*. In questa prospettiva, lo Stato non soltanto dovrebbe rinunciare ad azioni che distorcono la concorrenza tra le imprese (come avviene quando esso assegna ausili pubblici ad alcune di esse), ma dovrebbe anche mettere in atto dispositivi idonei a promuovere la concorrenza in mercati nei quali questa è assente. Rientra in questo quadro la preferenza per la *regolazione economica* rispetto all'azione *diretta* dei poteri pubblici nella sfera della produzione di beni e servizi.

Il modello della regolazione economica può essere descritto come quello in cui l'intervento dell'autorità è rivolto a modificare il funzionamento di mercati non concorrenziali attraverso *regole* che conformano l'attività delle imprese che vi operano, in modo tale da *avvicinarla a quella che sarebbe se si svolgesse in condizioni di concorrenza*.

Si sarà notato che nell'espressione «regolazione economica» l'aggettivo (economica) attribuisce un significato speciale al termine regolazione: nell'uso corrente s'intende per regolazione qualunque insieme di prescrizioni che devono essere osservate, indipendentemente dagli scopi cui esse sono dirette (a prescindere cioè dagli interessi che con esse si intende soddisfare). La regolazione economica, nel senso particolare nel quale l'espressione è impiegata qui, designa regole il cui contenuto è specificamente rivolto a determinare comportamenti degli operatori economici coerenti con i postulati del mercato di concorrenza.

Nel sistema della regolazione economica l'intervento pubblico può dirsi "indiretto", nel senso che i risultati positivi per l'economia sono attesi dal buon funzionamento dei mercati così regolati. In questo senso la regolazione economica si contrappone all'intervento diretto, che ha luogo quando l'attività economica è assunta nella sfera della responsabilità pubblica, per essere svolta attraverso operatori economici pubblici o che, comunque, rispondono ai poteri pubblici.

La distinzione ora illustrata mette in luce che regolazione economica e azione diretta dei poteri pubblici non sono modi alternativi per risolvere uno stesso tipo di problema, e che essi rispondono ad esigenze diverse. Il metodo della regolazione economica presuppone che il *mercato regolato* sia in grado di offrire le utilità che la collettività richiede cosicché, date le regole, le imprese si muovono nel mercato secondo il proprio calcolo di convenienza, esercitando la propria libertà di iniziativa economica. Al contrario, l'intervento diretto è strumento cui si ricorre nei casi nei quali il mercato non garantisca prestazioni che, per qualità, quantità o per le condizioni economiche dell'offerta, siano giudicate adeguate alle esigenze della collettività, secondo un apprezzamento di carattere politico. In questi casi i poteri pubblici assumono la responsabilità dell'attività, e le imprese private che siano eventualmente incaricate dell'attività medesima operano per l'adempimento di *impegni* che esse contraggono nell'ambito di un *rapporto particolare* con l'amministrazione. In casi del genere l'attività è svolta in regime di servizio pubblico.

Il metodo della regolazione economica è stato introdotto dal diritto europeo in alcuni settori caratterizzati da situazioni di monopolio natu-

rale e che, per questa ragione, erano sottoposti al regime di monopolio legale (elettricità, gas, telecomunicazioni, trasporti ferroviari). Una serie di direttive europee ha imposto l'apertura di questi mercati e l'instaurazione di un sistema di regole rivolte a promuovere la concorrenza. Negli ambiti nei quali viene applicata, la regolazione economica si sostituisce a preesistenti forme di intervento diretto dei poteri pubblici, cui le attività in questione erano state riservate sulla base dell'art. 43 Cost. (v. oltre, par. 17).

5. I servizi pubblici

Si è parlato, più sopra, di scopi che sono estranei alla logica del mercato e che la collettività organizzata considera necessario, o anche soltanto opportuno, che siano realizzati. Il conseguimento di questi scopi è affidato al sistema dei *servizi pubblici*.

Quali siano gli scopi in questione non è possibile dire in via generale, poiché essi dipendono dalle condizioni obiettive di una data società in un dato momento, e dagli orientamenti prevalenti nelle forze politiche circa le prestazioni che devono essere rese disponibili per la collettività a condizioni diverse da quelle che risulterebbero in regime di mercato. Come esempio di servizio pubblico che persegue scopi estranei al mercato si può pensare al servizio di trasporto urbano, la cui dislocazione sul territorio comunale risponde alle esigenze di mobilità degli abitanti e non (o non soltanto) al livello della domanda di trasporto e della correlativa redditività del servizio nelle diverse parti del Comune. Nell'esempio ora fatto, la spontaneità del mercato non fornirebbe prestazioni adeguate secondo uno *standard* assunto in sede politica; il servizio è quindi reso a condizioni diverse da quelle che risulterebbero dal mercato, e il costo che risulta non coperto dai ricavi dell'attività è compensato con risorse pubbliche.

Il trasporto è un servizio pubblico che è prestato su domanda, e che è finalizzato proprio a soddisfare le esigenze della domanda che, a giudizio dell'autorità competente, non sarebbero soddisfatte dal mercato; da questo tipo di servizio devono essere tenuti distinti i servizi che l'amministrazione assume perché l'impresa privata non è interessata a svolgere una data attività a causa di caratteristiche oggettive di questa, che rendono tecnicamente difficile, se non impossibile, condizionare la frui-

zione del servizio al pagamento di un corrispettivo. Ciò accade quando non è praticabile un sistema che subordini il godimento del servizio al pagamento di un prezzo (non escludibilità della fruizione). Esempio classico è il servizio di illuminazione stradale.

In casi del genere la provvista pubblica del servizio non ha alternative ragionevoli, e poiché essa non si pone in alternativa all'offerta di mercato, non suscita il problema dei limiti entro i quali l'intervento della mano pubblica può comprimere l'iniziativa economica privata (v. parte III di questo capitolo).

L'offerta di servizi a condizioni diverse da quelle che rispondono ad un criterio commerciale comporta la copertura dei minori ricavi mediante risorse pubbliche, per lo più derivanti dall'imposizione tributaria. L'offerta di servizi pubblici non sempre interessa nella stessa misura i singoli componenti della collettività, poiché non sempre essa soddisfa un bisogno che è comune a ciascuno di essi, e che potrebbe restare non adeguatamente soddisfatto in assenza del servizio pubblico: chi può spostarsi in taxi non risente dell'assenza di una rete di trasporto pubblico. Il finanziamento dei servizi pubblici per mezzo della fiscalità generale realizza quindi una redistribuzione della ricchezza, che è tanto più rilevante quando il sistema tributario è basato sul criterio della progressività (art. 53 Cost.).

Il soggetto pubblico che assume la responsabilità del servizio può provvedere alla produzione di questo per mezzo di propri strumenti organizzativi, oppure può affidarla ad imprese private, *che agiscono per incarico* del soggetto medesimo e ricevono *compensazioni* per i costi non coperti dai ricavi. La scelta tra le due modalità di produzione del servizio è dettata da valutazioni di vario ordine, delle quali si dirà più avanti (par. 9 e seguenti del capitolo secondo); va comunque sottolineato che anche quando la gestione è affidata a terzi (imprese private) i poteri pubblici conservano la responsabilità politica del servizio.

Normalmente – anche se non necessariamente – il servizio pubblico è assunto in regime di riserva, il che significa che la relativa attività non è aperta alla generalità degli operatori economici. Quando questo avviene l'amministrazione o il soggetti terzo del quale l'amministrazione si avvale, operano in condizioni di monopolio, ossia – nel linguaggio del diritto europeo – divengono titolari di *diritti esclusivi*. Il monopolio mette l'operatore economico al riparo della concorrenza di altri operatori che potrebbero concentrare la propria offerta nei settori più redditizi del mercato, attuando la strategia di "scrematura" del mercato, e

impedendo al fornitore del servizio pubblico di attuare il finanziamento incrociato (del quale si dirà nel capitolo quarto, par. 11).

L'attribuzione di diritti esclusivi è consentita dal diritto dell'Unione quando essa è funzionale alle finalità di interesse generale che i poteri pubblici si prefiggono (art. 106 TFUE).

Anche l'ordinamento interno richiede che l'assunzione dei servizi pubblici in regime di riserva sia giustificata dai benefici che ne derivano per la collettività, come si vedrà più ampiamente quando si esaminerà l'art. 43 Cost.

6. La tariffa dei servizi pubblici: corrispettivi e tributi

La tariffa dei servizi pubblici differisce dal prezzo perché è stabilita dall'amministrazione secondo criteri diversi da quelli che sarebbero seguiti da un imprenditore mosso dall'interesse commerciale. Ciò non di meno, la tariffa è un *corrispettivo*, nel senso che essa è dovuta dall'utente a fronte di una prestazione che l'utente stesso ha richiesto. Il rapporto di utenza, che si stabilisce tra il prestatore e l'utilizzatore del servizio è un rapporto di obbligazione, retto dalle regole del diritto privato. Per questa ragione la tariffa deve essere tenuta distinta dai tributi, che il cittadino è tenuto a pagare nell'ambito del rapporto pubblicistico che lo lega all'ente territoriale, e che non sono commisurati alle prestazioni che ciascun cittadino ottiene.

La Cassazione chiarisce che il rapporto sinallagmatico è escluso ed in suo luogo si instaura il rapporto tributario, quando il rapporto non ha origine da un atto volontario del privato, che richieda una determinata prestazione (sent. 2320/2012 a proposito della natura tributaria di quanto dovuto per il servizio di smaltimento dei rifiuti).

È da segnalare che, riguardo ai servizi a domanda individuale, è accaduto che la tariffa sia stata usata non soltanto per coprire i costi del servizio attualmente reso, ma anche per finanziare le opere programmate per il servizio stesso. È il caso del "servizio idrico integrato", il quale include, oltre alla provvista di acqua, anche la raccolta e il trattamento degli scarichi (servizio di depurazione). La tariffa (unitaria) dovuta dagli utenti riflette la somma dei costi relativi a ciascuno dei servizi che compongono il servizio idrico integrato. In questo quadro normativo, la legge disponeva che, nelle aree nelle quali mancassero gli impianti di

depurazione, gli utenti fossero comunque tenuti a pagare l'intera tariffa, e che la quota corrispondente al servizio di depurazione (non prestato) fosse versata in un fondo, destinato a finanziare le opere che sarebbero state realizzate nel futuro (art. 14, c. 1, l. 36/1994 come modificato dall'art. 28, l. 179/2002).

In presenza di un sistema del genere, ci si è chiesti se ciò che veniva addebitato all'utente fosse il corrispettivo di un servizio (una tariffa) oppure un tributo. Nel primo caso, il corrispettivo è dovuto soltanto a fronte delle relative prestazioni; nel secondo caso, il debito potrebbe sussistere indipendentemente dall'attivazione del servizio.

La questione è stata portata davanti alla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle disposizioni di legge che stabilivano che gli utenti fossero tenuti a corrispondere l'intera tariffa, anche nel caso in cui il servizio di depurazione non fosse ancora attivo, per mancanza delle opere necessarie.

La Corte ha giudicato che l'insieme delle disposizioni riguardanti il servizio idrico integrato configura la tariffa come *corrispettivo* civilistico delle prestazioni che compongono il servizio stesso. In tal senso depongono – spiega la Corte costituzionale – le norme che prescrivono che la tariffa copra integralmente i costi di investimento e di esercizio (art. 13, c. 2, l. 36/1994). La natura giuridica di corrispettivo, osserva ancora la Corte, è confermata dall'assoggettamento ad IVA delle somme pagate dagli utenti. La tariffa è dunque la controprestazione di quanto fornito dal gestore del servizio e per questo sono irragionevoli (e quindi illegittime) le disposizioni che ne impongono la corresponsione indipendentemente dall'effettiva disponibilità del servizio (sent. 335/2008).

L'episodio si presta ad alcune considerazioni di carattere generale che presentano oggi particolare interesse.

La costruzione della tariffa dei servizi pubblici come corrispettivo a copertura del costo dei medesimi si inserisce in un complesso di iniziative legislative dettate sia da ragioni di ordine finanziario, sia dall'intento di imprimere un orientamento aziendalistico alla gestione dei servizi pubblici. In questo orientamento si iscrivono le disposizioni del Testo unico sugli enti locali (d.lgs. 267/2000) che qualificano la tariffa dei servizi pubblici locali come corrispettivo, e ne prescrivono il calcolo secondo il criterio della corrispondenza tra costi e ricavi (art. 117, c. 1 e 2).

Senonché la logica privatistica ha le sue regole: il rapporto di scambio non si concilia con la pretesa di riscuotere il corrispettivo in assenza

della prestazione. Il tentativo del legislatore di far convivere nel rapporto di utenza elementi privatistici (lo scambio contrattuale) ed elementi pubblicistici (l'obbligo di pagare anche in assenza della prestazione) è stato considerato irragionevole dal giudice delle leggi.

La controversia ora illustrata e la soluzione data dalla Corte costituzionale è un esempio delle contraddizioni nelle quali si incorre quando si innestano elementi privatistici (il contratto) in un sistema che voglia far salve le esigenze il cui soddisfacimento richiede l'impiego di strumenti pubblicistici (il tributo).

È da notare che, nel caso in esame, ciò che permette di ravvisare lo scostamento dal criterio della reciprocità dello scambio (e con esso l'irragionevolezza del sistema), è la trasparenza del calcolo della tariffa, che dà evidenza alle singole voci di costo che trovano copertura nella tariffa stessa. Si può allora concludere che la trasparenza della tariffa è requisito essenziale nel sistema di fornitura dei servizi pubblici a domanda individuale, poiché essa permette di verificare la corrispondenza tra il corrispettivo richiesto e i costi che devono trovare copertura attraverso la tariffa.

7. I servizi pubblici resi in regime di monopolio e la concorrenza "per il mercato"

Il regime di servizio pubblico spesso – anche se non necessariamente – sottrae al mercato l'attività economica che ne è oggetto: si pensi alla rete del trasporto pubblico urbano. Quando questo avviene e quando la gestione del servizio è affidata ad un soggetto distinto dall'ente che ne ha la responsabilità, al gestore è attribuito il *diritto esclusivo* di svolgere l'attività all'interno del territorio considerato. In situazioni di questo tipo si avverte l'esigenza di neutralizzare gli inconvenienti che si accompagnano all'esercizio di attività economiche al riparo dalla concorrenza. Il correttivo che, oggi, viene considerato efficace per ridurre gli inconvenienti dell'assenza di concorrenza *nel* mercato è quello della concorrenza *per* il mercato.

Si parla di concorrenza per il mercato quando l'ente che ha la responsabilità del servizio ne affida la gestione ad un'impresa che viene scelta mettendo in gara coloro che aspirano all'incarico. I partecipanti alla gara "competono" per conquistare un mercato nel quale il vincitore opererà, poi, *in regime di esclusiva*.

La concorrenza *per* il mercato sposta la competizione tra gli attori economici dalla sua sede normale (il mercato nel quale è offerto il servizio) alla sede nella quale si compie la scelta dell'impresa che gestirà il servizio in condizioni di monopolio.

L'idea cui si ispira la concorrenza per il mercato è che questa possa essere un adeguato succedaneo della concorrenza che si svolge *nel* mercato, dato che l'impresa che fornirà il servizio opererà bensì in condizioni di monopolio, ma sarà priva del potere di mercato che si associa alla situazione di monopolista, giacché essa sarà vincolata a prestare il servizio alle condizioni risultanti dal confronto competitivo che si è svolto tra le imprese che aspirano all'incarico.

Di regola, il gestore riscuote il corrispettivo del servizio dagli utenti del medesimo, e le caratteristiche delle prestazioni, nonché le condizioni economiche dell'offerta (*tariffe*) sono determinate dal soggetto pubblico che ha la responsabilità del servizio e che lo mette in gara. Se la tariffa è fissata ad un livello inferiore al costo di produzione, la differenza tra ricavi e costi è coperta da *trasferimenti di risorse* dall'ente responsabile del servizio al gestore.

Le condizioni economiche e le caratteristiche delle prestazioni costituiscono l'oggetto del *contratto di servizio* – di durata variabile – che viene posto in gara e che l'ente affidante stipulerà con il vincitore della gara.

L'attitudine della concorrenza per il mercato a ridurre i costi del servizio a parità di risultato – cioè a promuovere efficienza – dipende essenzialmente da due ordini di fattori.

In primo luogo dall'effettività della concorrenza per il mercato, vale a dire dall'esistenza di una pluralità di imprese che abbiano i requisiti tecnici ed economico-finanziari richiesti per poter partecipare alla gara, e che effettivamente vi partecipino, *in modo non collusivo*. Riguardo all'effettività della competizione, le relazioni annuali dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) danno atto della frequenza di pratiche collusive fra le imprese, le quali si accordano sulla formulazione delle offerte in modo da spartirsi i contratti messi in gara, (si vedano, ad esempio, i casi decisi da Cons. Stato 928/2017 e 2947/2016).

In secondo luogo, l'efficienza dipende dalla definizione degli elementi sui quali si svolge il confronto competitivo e che costituiscono il contenuto degli impegni che vincoleranno l'ente affidante e l'impresa affidataria per il periodo di tempo stabilito dal contratto di servizio.

Inoltre, la durata del contratto di servizio dovrà essere relativamente

breve, affinché si mantengano condizioni di *contendibilità* dell'incarico. La ripetizione della gara ad intervalli non troppo lunghi permette anche di mettere a profitto l'esperienza fatta e di correggere le eventuali manchevolezze del contratto.

La gestione dei servizi a mezzo di terzi che operano in esecuzione di un contratto presenta, in misura amplificata, le difficoltà tipiche dei contratti di durata. Queste difficoltà riguardano la *completezza* del contratto, vale a dire l'attitudine di questo a prevedere e regolare adeguatamente ogni aspetto rilevante per il conseguimento del risultato avuto di mira. Anche ammesso che il contratto sia formulato in modo adeguato, esso potrebbe comunque richiedere integrazioni o modificazioni in relazione a mutamenti delle circostanze, ivi inclusi gli sviluppi tecnologici e le esigenze degli utenti.

Il problema potrebbe essere risolto con clausole che stabiliscano presupposti e modalità di rinegoziazione di alcuni contenuti del contratto; ma, a questo riguardo, intervengono i limiti derivanti dal sistema dell'aggiudicazione del contratto mediante gara: apportare modificazioni al contratto che è stato messo in gara potrebbe frustrare gli scopi della gara stessa, dato che la contrattazione delle modificazioni si svolge tra l'ente affidante e l'impresa affidataria, in un contesto non competitivo. D'altra parte non sarebbe ragionevole subordinare qualunque modificazione del contratto all'esperimento di una nuova gara.

La distinzione tra modificazioni "sostanziali" e non, sulla quale si basa la Corte di Giustizia per risolvere la difficoltà qui prospettata (si veda la sentenza del 2008, C-454/06) lascia spazio a dispute.

La recente direttiva in materia di concessioni – recepita nel nuovo Codice dei contratti pubblici – stabilisce in quali casi è possibile modificare il contratto senza ricorrere ad una nuova gara. La tipologia delle modificazioni ammesse è alquanto articolata, ma ne è chiara la *ratio*: quella di escludere le modificazioni che, ove fossero state adottate al tempo della gara, ne avrebbero potuto cambiare l'esito (v. dir. 23/2014, *considerando* 75).

Infine, i risultati positivi attesi dal modello saranno conseguiti se il contratto sarà correttamente eseguito. La possibilità che le condizioni qui elencate si realizzino è influenzata anche dall'attitudine dell'ente affidante a controllare l'esatto adempimento del contratto, e dalla praticabilità, in concreto, della sostituzione dell'affidatario prima della scadenza: il rischio di essere sostituito dovrebbe agire come incentivo all'esatto adempimento da parte dell'affidatario.

L'ultima delle condizioni elencate è quella che più di altre rende problematica l'effettività della concorrenza per il mercato in alcuni settori. I benefici della concorrenza per il mercato richiedono la presenza di condizioni che rendano possibile la sostituzione del gestore, sia nel corso della gestione (se il contratto non è correttamente eseguito), sia alla scadenza del periodo di affidamento.

L'effettività della concorrenza per il mercato nel caso di sostituzione del gestore varia secondo i settori. Quando il servizio richiede investimenti, essa è influenzata dall'entità degli investimenti realizzati dal gestore uscente e non ancora ammortizzati, giacché le imprese che partecipano alla gara dovranno disporre di risorse finanziarie adeguate per il rimborso del valore residuo dei beni capitali. Anche la presenza di personale addetto al servizio, la cui collocazione lavorativa debba essere salvaguardata nel caso di cambiamento del gestore, è un elemento che può, di fatto, limitare il numero delle imprese interessate a competere per aggiudicarsi l'incarico. Peraltro, quest'ultima questione non riflette soltanto una preoccupazione di ordine politico-sociale, ma attiene anche alla valorizzazione del capitale umano che si è formato nell'esercizio dell'attività.

L'impiego del contratto per la provvista di servizi pubblici presenta gli inconvenienti che, secondo una parte degli studiosi dei problemi di economia dell'organizzazione, possono rendere preferibile per l'impresa procurarsi alcuni dei servizi dei quali abbisogna mediante l'organizzazione propria, dando luogo alla c.d. *impresa integrata*. Applicato alla gestione dei servizi pubblici, l'impiego dell'organizzazione propria si realizza quando l'ente responsabile del servizio si avvale di un'entità *ad hoc* (una società, un'azienda) sulla quale esercita un controllo sostanzialmente corrispondente a quello che esso esercita sui propri uffici. Si tratta del cosiddetto *in house providing* che, però, è contrastato dalla nostra legislazione per le ragioni che si vedranno al par. 12 del capitolo secondo.

8. I poteri amministrativi incidenti sulle attività economiche: autorizzazioni a scopo precauzionale e autorizzazioni a scopo economico

Quando si parla dell'azione dei poteri pubblici nel quadro di un'economia di mercato occorre distinguere, all'interno delle attività dell'am-

ministrazione, tra quelle propriamente economiche (che hanno ad oggetto la produzione di beni e servizi) e quelle che condizionano in vario modo lo svolgimento delle attività economiche da parte delle imprese, al fine di evitare che queste attività si svolgano in modi pregiudizievoli per i terzi e per la collettività. Questi condizionamenti hanno finalità specifiche che differiscono secondo i settori, ma essi hanno in comune una funzione "precauzionale".

Con l'aggettivo precauzionale si intende indicare lo scopo di *prevenire* il pregiudizio che le modalità di svolgimento di singole attività economiche potrebbero arrecare ad interessi meritevoli di tutela.

Quando la legge subordina l'esercizio di un'attività al conseguimento di un'autorizzazione amministrativa a scopo precauzionale, l'attività in questione è sottoposta al regime di *divieto salvo permesso*. Il regime di divieto salvo permesso presuppone l'esistenza di regole sostanziali che dettano prescrizioni che devono essere osservate a tutela di interessi altrui e della collettività (salute, sicurezza nei luoghi di lavoro, etc.). Date queste regole, il regime autorizzatorio è il congegno che permette di controllare l'osservanza delle regole stesse *prima che l'attività abbia inizio*, così da evitare il rischio di compromissione degli interessi suddetti.

L'attività amministrativa ora considerata è manifestazione di una funzione pubblica che non si iscrive in un particolare modello di organizzazione economica. Le autorizzazioni a scopo precauzionale sono neutre rispetto al tipo di organizzazione economica accolta dall'ordinamento, poiché esse non comportano interventi di conformazione dei mercati. Questo carattere delle autorizzazioni precauzionali discende dal tipo di esigenze che con esse si intende soddisfare.

Dalle autorizzazioni a scopo di controllo preventivo vanno tenute distinte le autorizzazioni che condizionano l'accesso ai mercati sulla base di valutazioni circa il rapporto "ottimale" tra domanda e offerta; queste autorizzazioni sono dirette a *conformare i mercati*. A differenza delle autorizzazioni a scopo di controllo, le autorizzazioni a scopo di conformazione dei mercati non sono neutre, poiché esse attuano disegni programmatori dell'autorità, che limitano la libertà di iniziativa economica privata in quanto tale. Per distinguerle dalle autorizzazioni a scopo precauzionale esse possono essere dette autorizzazioni *a scopo economico*.

Le autorizzazioni a scopo precauzionale non hanno intenti allocativi, ma sebbene non abbiano *oggetto* propriamente economico (si ricordi la

distinzione della quale si è detto nell'introduzione agli "Argomenti" di queste lezioni), esse hanno *effetti* economici (su questa distinzione si tornerà nel capitolo quinto). Gli effetti economici si presentano su due piani:

1. come costi (in termini di tempo e di altre risorse) cui le procedure amministrative danno luogo per coloro che intendono svolgere le attività soggette ad autorizzazione;
2. come costi per l'amministrazione stessa, e quindi per la collettività.

La valutazione negativa di questi costi, non accompagnata dal calcolo dei costi (meno facilmente calcolabili sebbene assai rilevanti) che vengono evitati grazie alle misure precauzionali, è all'origine dell'orientamento legislativo, oggi dominante, nella direzione della semplificazione delle procedure autorizzatorie ed anche della riduzione dei regimi autorizzatori.

9. *Le procedure amministrative incidenti sulle attività economiche. L'orientamento verso semplificazioni e liberalizzazioni*

"Semplificazione" e "liberalizzazione" sono termini che ricorrono nelle riflessioni sulle condizioni cui l'ordinamento subordina lo svolgimento di attività economiche; non sempre l'impiego dei due termini riflette la sostanziale differenza che intercorre tra l'uno e l'altro, e che conviene tenere presente.

La semplificazione riguarda l'alleggerimento delle procedure amministrative, ferma restando la loro funzione. Sono misure di semplificazione quelle che eliminano passaggi superflui, o che agevolano gli adempimenti degli operatori economici prescrivendo alle amministrazioni di fornire adeguate informazioni e di prestare assistenza. In un'accezione più ampia si parla di semplificazione anche per designare la riduzione delle autorizzazioni, cioè l'eliminazione dei controlli preventivi sulla presenza dei requisiti di legge.

La liberalizzazione propriamente detta riguarda l'apertura dei mercati alla concorrenza, e si realizza quando vengono eliminate barriere legali che limitano l'accesso ai mercati stessi, riservando l'attività economica ad un numero limitato di imprese o a anche ad una impresa soltanto.

In un senso ampio e generico, si parla talvolta di liberalizzazione anche per designare la soppressione dei controlli preventivi sulla presenza dei requisiti prescritti per lo svolgimento di attività economiche. Questo impiego del termine è discutibile, poiché oscura la differenza sostanziale che passa tra le autorizzazioni a scopo precauzionale e quelle a scopo economico: solo la soppressione di queste ultime realizza la liberalizzazione dei relativi mercati, eliminando la valutazione autoritativa del bisogno che deve essere soddisfatto e, in relazione a questa valutazione, la decisione riguardo al numero degli operatori economici da ammettere nel mercato.

Né la semplificazione, né la liberalizzazione riguardano le regole sostanziali che devono essere osservate nello svolgimento dell'attività economica affinché questa non metta a rischio interessi altrui o della collettività. Quando vengono soppresse le regole sostanziali cui è subordinato lo svolgimento delle attività economiche si è in presenza del diverso fenomeno della *de-regolamentazione*. La deregolamentazione opera sul piano sostanziale; la semplificazione opera sul piano procedurale, alleggerendo le formalità o sopprimendo i controlli preventivi sulla presenza dei requisiti di legge, che restano tuttavia inalterati.

La semplificazione è incoraggiata dal diritto europeo. In questa direzione si iscrive la "Direttiva servizi" (dir. 2006/123) che sollecita gli Stati a rivedere i regimi autorizzatori ed a ridimensionarli secondo il criterio della proporzionalità del mezzo (il divieto salvo permesso) rispetto allo scopo di tutela perseguito.

Va notato che il diritto europeo promuove la semplificazione al fine di rendere effettiva la libertà di prestazione dei servizi assicurata dall'art. 56 del Trattato. La semplificazione della legislazione degli Stati membri è perseguita in quanto dovrebbe evitare formalità onerose e duplicazioni di adempimenti amministrativi che scoraggiano chi intenda svolgere la propria attività in uno Stato diverso da quello di appartenenza.

Il problema che è posto dalla semplificazione intesa nel senso ampio, comprensivo della riduzione dei regimi autorizzatori, riguarda l'*effettività* delle regole sostanziali quando venga meno il metodo del "divieto salvo permesso" che, fino a tempi recenti, è stato considerato come il modo più efficace per assicurare l'osservanza delle prescrizioni cui è soggetto lo svolgimento delle attività che espongono a rischio gli interessi di terzi.

10. La SCIA – segnalazione certificata di inizio attività

Il nostro ordinamento si è avviato sulla strada della semplificazione già negli ultimi anni del secolo scorso, quando la legge generale sul procedimento amministrativo ha introdotto l'istituto della *dichiarazione di inizio di attività* (DIA, in seguito denominata SCIA, cioè *segnalazione certificata di inizio di attività*: art. 19, l. 241/1990). Questo istituto sopprime, per alcune attività, il controllo preventivo sulla presenza dei requisiti di legge e lo sostituisce con una comunicazione con la quale l'interessato rende noto all'amministrazione l'avvio dell'attività e attesta la presenza dei requisiti prescritti dalla legge per lo svolgimento dell'attività medesima.

La segnalazione mette l'amministrazione in grado di attivarsi per verificare che i requisiti di legge siano effettivamente presenti, in modo da poter adottare misure inibitorie se così non è. La verifica e l'eventuale adozione di misure inibitorie devono intervenire entro un termine perentorio, affinché l'interessato sia messo nella condizione di svolgere la propria attività senza essere permanentemente esposto all'intervento inibitorio dell'amministrazione.

Il congegno della SCIA non assicura che il controllo dell'amministrazione abbia luogo entro il termine prescritto; per questa ragione la legge consente all'amministrazione che si avveda tardivamente dell'assenza dei requisiti di legge, di intervenire anche in un momento successivo, ma in questo caso – affinché non venga meno il senso della perentorietà del termine – l'intervento inibitorio è possibile soltanto se sussistono le condizioni previste per l'annullamento d'ufficio (art. 19, c. 4). Il che significa che l'intervento tardivo dell'amministrazione è consentito soltanto a seguito della valutazione complessiva di tutti gli interessi in gioco, incluso l'interesse dell'autore della SCIA il quale, scaduto il termine per l'intervento inibitorio dell'amministrazione, ha fatto affidamento sulla regolarità della propria situazione.

Le misure di semplificazione esprimono la fiducia che nel momento presente viene riposta nella riduzione degli adempimenti amministrativi quale fattore di rilancio dell'attività economica. A questo proposito va osservato che, affinché la semplificazione sia effettivamente tale, occorre che ad essa si accompagni la chiarezza del quadro normativo al quale deve fare riferimento chi decide di iniziare l'attività.

Va tenuto presente, inoltre, che i benefici della semplificazione possono essere apparenti, se il bilancio dei vantaggi e degli svantaggi della soppressione del controllo preventivo non mette in conto i costi rappre-