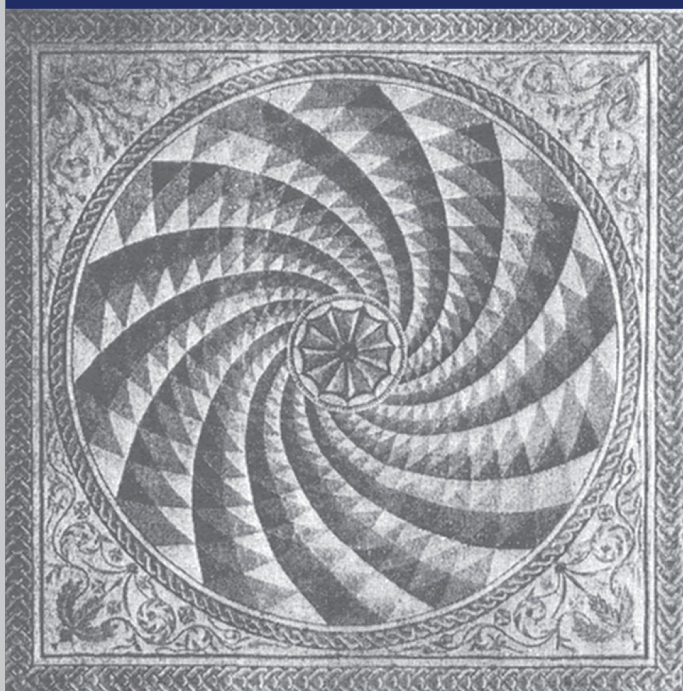


Francesca Trimarchi Banfi

Lezioni di diritto pubblico dell'economia



SETTIMA EDIZIONE



Giappichelli

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 monopoli-

sti 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: fallimenti del mercato e scopi estranei al mercato. – 4. Fallimenti del mercato: le esternalità. – 5. Azione pubblica diretta e azione regolatrice. I mercati di concorrenza regolata. – 6. I servizi pubblici. – 7. La tariffa dei servizi pubblici: corrispettivi e tributi. – 8. I servizi pubblici resi in regime di monopolio e la concorrenza “per il mercato”. – 9. I poteri amministrativi incidenti sulle attività economiche: autorizzazioni a scopo precauzionale e autorizzazioni a scopo economico. – 10. Le procedure amministrative incidenti sulle attività economiche. Semplificazioni, liberalizzazioni, de-regolamentazione. – 11. La SCIA – segnalazione certificata di inizio attività. – 12. L'assunzione delle decisioni pubbliche: l'analisi costi-benefici. – 13. L'assunzione delle decisioni pubbliche: l'analisi di impatto della regolazione (AIR). – II. *I principi del diritto dell'Unione europea*. – 14. L'economia di mercato aperta. Le regole di concorrenza. – 15. Il divieto di discriminazione tra le imprese e l'economia di mercato. – 16. 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*. – 17. L'art. 41 Cost.: libertà dell'iniziativa economica e regole da osservare nello svolgimento dell'attività economica. – 18. L'art. 43 Cost.: la riserva pubblica di attività economiche. – 19. L'attività economica pubblica non diretta alla prestazione di servizi pubblici. – 20. Il principio di sussidiarietà orizzontale e l'economia.

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 econo-

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

Lo studioso del diritto che 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 le tecniche impiegate per affrontare i problemi economici si iscrivono in un orientamento generale, suggerito da una specifica ipotesi teorica: l'efficienza dei mercati aperti alla concorrenza. In tal caso la dottrina economica della concorrenza assume un valore normativo.

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 dettano 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 è 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 che detteranno le regole occorrenti (si pensi al diritto all'istruzione, alla salute, etc.).

Per questa loro struttura i principi pongono peculiari problemi interpretativi ed applicativi, primo fra i quali 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 antagonisti che sono espressi dai principi della cui attuazione si tratta.

Per la soluzione di questo 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 le regole che ne derivano non si applichino quando esse ostacolino la realizzazione di scopi di interesse generale (art. 106 TFUE). I servizi pubblici sono un esempio significativo di comparto nel quale il regime di concorrenza cede il posto ad altri criteri normativi, dettati da esigenze della collettività che il mercato di concorrenza non è idoneo a soddisfare.

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 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 dottrina economica, 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). Il modo di dire corrente «*intervento* dei poteri pubblici nell'economia» esprime (implicitamente) 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 rispecchia quella dottrina economica che all'azione dei poteri pubblici – mossa da obiettivi politici contingenti – contrappone l'efficienza allocativa dell'economia di concorrenza, nella quale le decisioni sono assunte sulla base di prezzi che si formano per effetto dell'incontro della do-

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

manda con l'offerta, in mercati nei quali opera una pluralità di soggetti, nessuno dei quali è in grado di influenzare i prezzi. 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 che sono il risultato del processo politico; in questo senso il sistema può dirsi "accentrato", poiché l'impiego delle risorse che ne risulta non è il prodotto 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: fallimenti del mercato e scopi estranei al mercato*

L'osservazione dei fatti ha smentito da tempo l'ipotesi dell'attitudine dei mercati a autoregolarsi, talché l'impiego delle risorse produttive che ne segue soddisfi 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'ordinaria efficienza del mercato medesimo.

Si parla di "fallimenti" del mercato per indicare le situazioni nelle quali l'intervento pubblico è raccomandabile. Caso tipico è quello della provvista di servizi in luoghi nei quali la domanda non raggiunge la dimensione minima necessaria affinché la produzione del servizio sia eco-

nomicamente conveniente: si pensi alla fornitura del servizio di trasporto di linea o del servizio postale in un piccolo Comune isolato. Così impiegata, l'espressione "fallimento del mercato" è ingannevole: non è funzione del mercato quella di fornire servizi a condizioni non remunerative.

Oggi, come nel passato, vi sono scopi che la collettività organizzata ritiene meritevoli, e che il mercato di concorrenza non consegue, come la fornitura di trasporti di linea 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 pubblici servizi*; nel far questo, i poteri pubblici non rimediano ad un fallimento del mercato, ma fanno quello che non ci si può aspettare che il mercato faccia.

La fortuna dell'espressione "fallimenti del mercato" si deve al fatto che essa presenta l'intervento pubblico come un'eccezione all'interno di un'organizzazione economica fondata sul mercato di concorrenza. In questa prospettiva, l'intervento della mano pubblica, qualora giustificato dal fallimento del mercato, deve svolgersi con modalità che sfruttino nella massima misura possibile le potenzialità dell'iniziativa privata.

In quest'ordine di idee si iscrive la legislazione vigente in materia di servizi pubblici locali, che indirizza le amministrazioni responsabili dei servizi a gestire i medesimi per mezzo di imprese private, scelte mediante procedure di gara. In questo consiste la c.d. *esternalizzazione* dei servizi, la quale innesta la competizione economica nell'intervento pubblico (l'argomento è trattato nel par. 7 di questo capitolo).

Nello stesso orientamento si iscrive la tecnica adottata (su impulso del diritto dell'UE) per correggere le *disfunzioni* del mercato, dovute a situazioni di "monopolio naturale"². Agli inconvenienti del monopolio naturale si rimediava, nel passato, assumendo tali monopoli 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 neutralizza l'elemento monopolistico insito nell'infrastruttura di alcune attività economiche e, così, rende possibile la concorrenza tra le imprese che abbisognano dell'infrastruttura per l'esercizio della propria attività (se ne tratterà nel capitolo terzo).

² Il monopolio è detto "naturale" quando è determinato da fattori oggettivi, come accade per le attività economiche il cui svolgimento richiede la disponibilità di infrastrutture non duplicabili.

4. Fallimenti del mercato: le esternalità

Non di rado, le attività individuali di produzione o di consumo hanno effetti – positivi o negativi – per i terzi e per la collettività, ma questi effetti non si riflettono nella contabilità economica dell'agente. Ad esempio, la vicinanza di determinate coltivazioni giova all'apicoltore, ma al vantaggio che questo ricava dall'attività del coltivatore non corrisponde una posta passiva nel bilancio dell'apicoltore. Il fenomeno è più frequente – e le conseguenze possono essere gravi – quando gli effetti in questione sono negativi. Si pensi all'inquinamento dell'aria, delle acque e del suolo che è conseguenza di alcuni processi produttivi. Negli studi di economia il fenomeno è sintetizzato nell'espressione “diseconomie esterne” o in breve “esternalità”. L'espressione mette in evidenza, appunto, l'indifferenza dell'operatore economico per le conseguenze negative che la propria attività determina per i terzi, quando esse non si riflettono nel suo bilancio.

Considerato dal punto di vista della politica economica, il termine esternalità esprime un giudizio negativo riguardo ad azioni che, tuttavia, la legge non reprime. Potremmo dire che il criterio che rende negativo il giudizio è controbilanciato da altri criteri, la cui prevalenza esclude, al momento, l'adozione di misure autoritative. Non pochi degli obblighi e dei divieti che oggi sono imposti alle attività economiche tendono ad evitare fenomeni che, nel passato, erano visti come meri effetti collaterali delle attività, che dovevano essere accettati, in considerazione dei benefici attribuiti alle attività medesime. I mutamenti che le nuove conoscenze scientifiche e il diverso rapporto di forza tra gli interessi antagonisti determinano nei criteri di giudizio prevalenti, trasformano gli effetti collaterali in illeciti.

Fino a quando questo non avviene, i ragionamenti intorno alle diseconomie esterne denunciano la non corrispondenza tra il *costo privato* e il *costo sociale* dell'attività economica come un fallimento del mercato, che giustifica l'intervento correttivo dello Stato. Riferita alle esternalità, l'espressione “fallimento del mercato” è calzante: il mercato fallisce perché non assolve la funzione di allocazione efficiente delle risorse che gli è attribuita dalla dottrina economica della concorrenza.

Ambientato nella logica economica, l'intervento correttivo dello Stato è quello che *internalizza* il costo non apparente dell'attività. Internalizzare il costo non apparente significa adottare misure che modificano

il calcolo di convenienza dell'imprenditore. Il risultato può essere ottenuto sia con misure che introducono costi aggiuntivi – come, ad esempio, quelli derivanti dalla tassazione dei materiali nocivi dei quali si vuole ridurre l'impiego – sia (ed è il caso più frequente) mediante misure positive, come sgravi fiscali o contributi. Ai comandi e ai divieti si sostituisce dunque l'incentivazione, che non interviene direttamente sulla libertà dell'imprenditore, ma la indirizza nella direzione voluta. Guardato in questa prospettiva, il sistema degli incentivi occupa un luogo intermedio tra l'indifferenza e l'intervento autoritativo dell'ordinamento. Le misure a sostegno delle imprese produttrici di energia da fonti rinnovabili sono uno degli esempi più noti di incentivi pubblici.

Il peso che gli effetti ambientali delle attività umane assumono nella visione attuale dello sviluppo economico accentua l'importanza delle politiche che incentivano comportamenti delle imprese e dei consumatori consoni ad una crescita "ambientalmente sostenibile". Rientra in questa visione il progetto di transizione verso l'*economia circolare*, che la Commissione UE pone alla base delle iniziative legislative preannunciate per il prossimo futuro (v. il Piano d'azione COM(2020/0098). L'idea dell'economia circolare è suggerita dall'imponenza del problema dei rifiuti, e intende integrare le regole per lo smaltimento dei rifiuti con misure che ne prevenano la produzione: nell'economia circolare che si auspica, le tecniche produttive minimizzano i rifiuti e li rendono idonei al reimpiego.

Obiettivi come quelli dell'economia circolare richiedono cambiamenti nei comportamenti degli attori economici che difficilmente si ottengono su comando. Abbandonare la concezione dell'obsolescenza programmata dei prodotti quale opportuno stimolo della domanda, e considerare la durata di vita dei prodotti come un valore da perseguire richiede un cambiamento di mentalità, sia dei produttori che dei consumatori. A questo scopo possono essere utili gli incentivi, e anche la diffusione di informazioni che suscitino il cambiamento nei giudizi e nei comportamenti dei consumatori.

5. Azione pubblica diretta e azione regolatrice. I mercati di concorrenza regolata

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.

La regolazione economica può essere descritta come modello in cui l'intervento dell'autorità è rivolto a modificare il funzionamento di mercati non concorrenziali attraverso *regole* che conformano i comportamenti delle imprese che vi operano in modo tale da avvicinarli a quelli che sarebbero se si svolgessero in condizioni di concorrenza. Il regime di questi mercati è di *concorrenza regolata*.

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 naturale 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. 18).

6. I servizi pubblici

Si è parlato più sopra di scopi che sono incompatibili con la 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 della società in un momento dato, 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 di concorrenza 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 fornireb-

be prestazioni adeguate secondo lo *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 attività le cui caratteristiche rendono tecnicamente difficile, se non impossibile, condizionare la fruizione 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, 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 cittadino. 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, come prevede l'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 avvalersi di imprese private, le quali prestano il servizio in conformità ad *obblighi di servizio* 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 se-

guenti del capitolo secondo); va comunque tenuto presente che anche quando la gestione è affidata a imprese private i poteri pubblici conservano la responsabilità politica del servizio nei confronti della collettività cui il servizio è destinato.

Spesso – 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 soggetto 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 dalla concorrenza di imprese che, non essendo vincolate da obblighi di servizio, potrebbero porre in atto la strategia di "scrematura" del mercato, impedendo, così, al gestore del servizio pubblico di avvalersi del finanziamento incrociato al fine dell'equilibrio economico-finanziario della gestione complessiva (se ne dirà nel capitolo quarto, par. 11).

L'attribuzione di diritti esclusivi è consentita dal diritto dell'Unione, se è funzionale alle finalità di interesse generale che sono assegnate al servizio (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.

7. 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 ciascuna delle prestazioni 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 – la correlazione tra la tariffa e l'entità dei costi di produzione del servizio. 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 prestazione del servizio (sent. 335/2008).