

D.l. n. 1/2012

Il decreto “cresci Italia”

DECRETO LEGGE 24 GENNAIO 2012, N. 1 CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALL'ART. 1, COMMA 1, LEGGE 24 MARZO 2012, N. 27

Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.
(G.U. 24 gennaio 2012, n. 19)

Omissis.

Lo “stato del mercato” di Lorenzo Saltari

Il decreto “cresci Italia” rilancia la politica di liberalizzazione delle attività economiche in una fase in cui la crisi economica potrebbe alimentare le spinte alla conservazione. Il provvedimento, invece, contiene: misure generali volte all'eliminazione di atti di assenso *ex ante* condizionanti l'iniziativa privata, disposizioni per la separazione proprietaria della rete del gas naturale, correzioni alla disciplina dei servizi pubblici locali per rafforzare il carattere pro-concorrenziale. Altre disposizioni riguardano singoli settori, tra cui, le professioni regolamentate, la distribuzione farmaceutica e del carburante, l'attività di notaio. Numerose, tuttavia, sono le misure con efficacia differita. Vecchi regimi sono conservati in ambiti in cui non si è riusciti a far prevalere l'innovazione. L'obiettivo di rafforzare mercati aperti e concorrenziali è posto al centro dell'agenda pubblica. La sua piena concretizzazione richiederà però altri sforzi.

Politiche di liberalizzazione: dallo stallo al rilancio

Dopo le misure del 2007 (1), le politiche di liberalizzazione in Italia sono entrate in una fase di stallo (2). La crisi finanziaria del 2008, in principio, ha rafforzato le istanze delle imprese volte a chiedere e ottenere protezioni (3). L'abbattimento delle barriere legali all'ingresso in molteplici mercati si è interrotto. Vi è stato, poi, l'aggravamento della crisi col trasferimento dell'instabilità dal credito ai debiti sovrani. Quest'andamento si è abbattuto sull'Italia con particolare intensità, per via del suo elevato indebitamento pubblico. Ciò ha mutato in profondità lo scenario e con esso l'atteggiamento del nostro legislatore rispetto alle scelte di politica economica (4). Per fare fronte al peggioramento dello stato della finanza pubblica, causato dal rialzo del costo degli interessi, è stato emanato il d.l. n. 138/2011 (5), re-

zioni il d.l. n. 7/2007, recante «Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese», più noto come “decreto Bersani-bis”.

(2) Si cfr. G. Amato, *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010. Per una ricostruzione delle politiche di liberalizzazione in Italia in relazione alla crisi economico-finanziaria iniziata nel 2008, sia consentito il rinvio a L. Fiorentino, L. Saltari, *Le politiche di liberalizzazione in Italia: dallo stallo al rilancio*, in *Uscire dalla crisi*, a cura di G. Napolitano, Bologna, (in corso di pubblicazione).

(3) L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust. Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, Milano, 2010, 139 s.; G. Olivieri, A. Pezzoli, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 128 ss.; C. Shapiro, *Competition policy in distressed industries*, ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy, 2009; D.D. Crane, *Antitrust enforcement during national crisis: an unhappy history*, in *Global Competition Policy*, 2008.

(4) Sul complesso intreccio tra la crisi e le politiche di liberalizzazione, si v. P. Lowe, *Competition Policy and the Economic Crisis*, in *Competition Policy International*, 2009; W. Giulietti, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Dir. econ.*, 2012, 113 ss.

(5) Decreto convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, su cui si v. G. Fonderico, *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *questa Rivista*, 2012, 1, 18 ss. e G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, *ibidem*, 28 ss.

Note:

(1) Il riferimento è alla l. n. 40/2007 che converte con modifica-

cante, tra l'altro, liberalizzazioni e una nuova disciplina dei servizi pubblici locali orientata al mercato (6). La soluzione della continuità nell'esecutivo non ha inciso sul cambio di tendenza, anzi. Misure di liberalizzazione e semplificazione si trovano nel primo provvedimento d'urgenza del governo presieduto da Mario Monti: il cd. decreto "salva Italia" (7). Il rilancio delle politiche di liberalizzazione è confermato dal decreto cd. "cresci Italia". Il provvedimento rappresenta un importante segnale della strategia assunta dall'Italia nell'affrontare le difficoltà del momento. Esso, tuttavia, non è immune da alcuni difetti sui quali si concentrerà l'analisi, prima di tracciare una valutazione d'insieme.

I criteri per valutare le misure

Nei primi commenti al decreto si è affermata l'opinione secondo cui con il provvedimento concepito per contenere in prevalenza misure di liberalizzazione si è persa un'occasione; che le misure adottate sono di caratura inferiore alle attese e alle esigenze della ripresa economica; che il governo e la sua maggioranza sono rimasti impigliati nelle reti tese dai portatori d'interessi corporativi incisi da disposizioni *market friendly* (8).

Una valutazione equilibrata, pur non trascurando le ragioni alla base di queste critiche, va impostata su criteri obiettivi scevri da giudizi di merito (9). Verificare la corrispondenza dei provvedimenti decisi ai corollari dello "Stato del mercato" (10) può rispondere a questo scopo. In termini, sintetici ma meno ellittici, gli interventi del decreto "cresci Italia" vanno letti alla luce dei seguenti parametri: la liberalizzazione, la de-regolazione, la semplificazione, la neutralizzazione, la procedimentalizzazione (ossia il *rule-making* e l'*adjudication*), la privatizzazione, il rafforzamento del controllo giurisdizionale. Se la disciplina pubblica delle attività economiche incorpora questi elementi, decresce la posizione dirigista, intrusiva, protettiva dei pubblici poteri (11). Ne consegue un incremento della libertà d'iniziativa e di mercato cioè dei fondamenti della "costituzione economica" delineata dall'ordinamento sovranazionale (12).

Questo inquadramento consente una prima osservazione. L'innalzamento delle libertà di mercato non scaturisce solo da liberalizzazioni cioè dall'eliminazione di "diritti speciali ed esclusivi". L'innalzamento della qualità di quel peculiare servizio pubblico che è la giustizia civile per le imprese rafforza il mercato (13); la previsione di forme di responsabilità risarcitoria per la mancata osservanza delle car-

te di servizio pubblico impone l'introduzione di modelli gestionali efficienti in organi che erogano monopolisticamente funzioni/servizi pubblici (14); la previsione di sanzioni amministrative per l'adozione di clausole contrattuali vessatorie rafforza le tutele concrete dei soggetti più deboli nella dialettica contrattuale (15).

È forse vero che nel decreto ci sono meno liberalizzazioni rispetto alle attese. Ciò inficia necessariamente la portata complessiva del provvedimento? Se si è agito sulle altre leve che fanno crescere la libertà d'impresa e l'efficienza insita nella logica del mercato, è possibile formulare una valutazione d'insieme meno liquidatoria? Non occorre, inoltre, tener conto anche della situazione generale in cui le misure sono state prese, che conferisce loro un peso politico peculiare? (16)

Note:

(6) G. Napolitano, *Il rebus dei servizi pubblici locali*, in *Il sole 24 ore*, 17 agosto 2011.

(7) Sul quale, si v. i commenti di G. Napolitano, M. De Benedetto, F. Di Lascio, A. Tonetti, M. Arsi, R. Romei e G. Vesperini, in *questa Rivista*, 2012, 3, 229 ss.

(8) Si cfr. gli autorevoli editoriali di F. Giavazzi, *L'emergenza non è finita*, in *Corriere della sera*, 17 marzo 2012, oppure di T. Boeri, *Tra liberalizzazioni (parziali) e dirigismo*, in *www.lavoce.info*, 2 marzo 2012. Va detto, però, che non sono mancati commenti meno critici (si v. G. Coco, *Ex-monopoli: non solo liberalizzazioni*, in *www.nelmerito.it*, 27 gennaio 2012).

(9) L'approccio metodologico, che si cercherà di applicare, è quello suggerito da S. Cassese, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *questa Rivista*, 2002, 341 s.

(10) La locuzione citata è suggerita da F. Merusi, *Certezza dell'amministrazione tra spazio e tempo*, in *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 45. Questo stesso "metro" si è in precedenza impiegato per valutare una precedente analoga iniziativa allora promossa dal ministro Bersani (si cfr. *Stato e mercato nel decreto «Bersani bis»*, in *questa Rivista*, 2008, 809 ss.).

(11) Questi elementi sono ricostruiti da S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 12 ss.; Id., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *MCR*, 2002; M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 27 ss.

(12) In argomento, S. Cassese, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 907 ss.

(13) Si v. l'art. 2, d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2012, intitolato "tribunale per le imprese".

(14) Si v. l'art. 8, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012, in base al quale le carte di servizio «indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti del gestore del servizio e dell'infrastruttura».

(15) Art. 5, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012, sui limiti che presentano le forme dirette di tutela dei consumatori si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo conclusivo.

(16) M. Motta, M. Polo, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, trad. it., Bologna, 2005, 9 e 17, per i quali «le leggi sulla concorrenza e la loro attuazione (deve) essere inquadrata nel contesto politico economico e storico in cui esse sono adottate».

Liberare l'iniziativa privata dai vincoli amministrativi

L'assetto competitivo può essere alterato da comportamenti delle imprese come l'abuso di posizione dominante, le intese o le fusioni restrittive del mercato. Più spesso, in Italia, gli ostacoli alla concorrenza si trovano nella disciplina pubblica delle attività economiche (17). Le condotte illecite delle imprese sono sottoposte al controllo dell'Autorità *antitrust*. Rispetto agli ostacoli normativi, l'Agcm ha solo il potere di segnalazione della necessità di correggere le regole per armonizzarle coi principi del mercato e della concorrenza (18). Nonostante la predisposizione di uno strumento specifico come la legge annuale sulla concorrenza (19), una revisione dell'ordinamento *market oriented* si è rivelata opera complessa contrassegnata da insuccessi (20). Tuttavia, la crisi finanziaria e la stasi della crescita economica hanno spinto a considerare di nuovo imprescindibile l'abbattimento di quei vincoli normativi che limitano l'accesso ai mercati e l'esercizio della libertà d'iniziativa economica (21).

La tecnica impiegata è la delegificazione (22). La legge di conversione individua (invero *per relationem*) la porzione di ordinamento da innovare ed enuncia i criteri e i principi che dovranno ispirare regolamenti che subentrano alle norme di rango legislativo. I regolamenti, che andranno predisposti dal governo entro dodici mesi dall'entrata in vigore del provvedimento di conversione, hanno dunque una duplice implicazione. Abrogano la vecchia disciplina legislativa e la sostituiscono con una nuova secondaria.

Anzitutto, si dispone l'eliminazione delle norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica. Possono rimanere quelli giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità.

Da abrogare sono anche le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, non adeguati e proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate (23).

Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica.

La disposizione è di evidente importanza: ha l'ambizione di ridisegnare una parte cospicua del sistema amministrativo italiano (24); afferma la caducazione tendenziale dei provvedimenti che condizionano *ex ante* l'accesso al mercato. Ciò implica, però, che potranno permanere forme di controllo pubblico successivo? La disposizione indica le deroghe consentite alla cancellazione di abilitazioni preventive.

Note:

(17) Si cfr. Agcm, *Relazione annuale per il 2010*, 12.

(18) Sul ruolo dell'Agcm nel processo di apertura dei mercati, si v. M. De Benedetto, *Liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *questa Rivista*, 2012, 236 ss.; per un inquadramento generale, P. Fattori, M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004.

(19) L'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, disciplina l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, volta a «rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori». Questa disposizione chiama il governo a tradurre in disegno di legge le segnalazioni dell'Agcm riguardanti, appunto, gli ostacoli regolamentari alla concorrenza. Su cui si v. F. Florà, *La nascita della legge annuale per la concorrenza: luci e ombre*, in *MCR*, 2009, 609 ss.

(20) L. Fiorentino-L. Saltari, *op. ult. cit.*

(21) Art. 1, c. 1, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

(22) A. Morrone, *Delegificazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, *ad vocem*.

(23) I divieti e le restrizioni da eliminare sono quelli che, in particolare, impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti.

(24) Per un inquadramento ampio, si v. *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2009, 91 ss.

Tuttavia, non traccia in modo chiaro la preferenza per l'eliminazione *tout-court* dei controlli amministrativi là dove non siano giustificati.

Così costruita questa norma appare più una misura di semplificazione che di liberalizzazione (25): dove è prevista una procedura abilitativa, i regolamenti delegati tendenzialmente la sostituiranno con una Scia.

Divieti alle attività economiche e loro pianificazioni e programmazioni sono altresì eliminate. Qui opportunamente si chiarisce che quando ricorrano ragioni d'interesse pubblico, perché siano mantenute, tali disposizioni vanno intese in senso più stretto e rispondente al criterio della proporzionalità. Ciò consentirà di rimodulare restrittivamente, in sede regolamentare divieti, pianificazioni e programmazioni superstiti.

La combinazione tra queste misure rafforza la prevalenza della logica del mercato e delle sue decisioni allocative autonome a detrimento delle scelte pubbliche intrusive e dirigiste. Non tutte le ambiguità però sono superate. Permane l'incertezza generata dal concepire la Scia (art. 19, l. n. 241/1990) quale strumento di liberalizzazione (26). Se viene meno la ragione del controllo pubblicistico, esso dovrebbe essere eliminato e non reso successivo con effetti eventualmente interdittivi. Così si avrebbe un effettivo abbattimento dei "lacci" amministrativi.

Nel momento dell'attuazione, potranno essere sfruttati i margini per de-regolare cioè per cancellare tutte le ingerenze pubbliche, anche *ex post*, che non trovino un adeguato fondamento. Differire nel tempo l'efficacia delle misure è un'opportunità e, al contempo un limite della delegificazione. Di nuovo si rinvia ad altro momento l'individuazione puntuale dei procedimenti che esercitano una forza frenante sull'economia (27). Né l'aver affidato al governo il compito d'incidere su di essi smorza la forza degli interessi contrari alle politiche di riduzione dei vincoli pubblicistici. La disposizione, infatti, prevede che l'esecutivo dovrà presentare alle Camere, per il loro assenso, una relazione che specifichi periodi e ambiti d'intervento degli atti regolamentari (28). Ne discende che in questo passaggio vi sarà un altro bilanciamento tra innovazione e conservazione. Peraltro, l'apporto richiesto all'*authority* competente per materia è modesto. È prescritto solo che l'Agcm renda parere obbligatorio anche in merito al rispetto del principio di proporzionalità (29).

Vi è, inoltre, da considerare che la delegificazione potrà essere attuata solo per le materie di competenza esclusiva dello Stato. Difatti, l'art. 117 cost.,

riscritto nel 2001, dà alle regioni ampia potestà regolamentare. Oltre che negli ambiti di legislazione generale-residuale, gli enti regionali hanno potestà normativa secondaria anche per le numerose materie rimesse alla competenza concorrente (30).

A questo limite posto dall'autonomia riconosciuta agli enti infra-statali, si prova a fare fronte imponendo a regioni, provincie e comuni di adeguarsi ai principi del decreto entro il 2012. Ferma restando la possibilità di avvalersi dei poteri sostitutivi (art. 120 cost.), lo Stato prova ad usare l'incentivo finanziario per indurre gli enti territoriali ad allinearsi alla *policy*. A decorrere dal 2013, tale adeguamento sarà elemento di valutazione della virtuosità di questi enti (31).

Note:

(25) Questo nodo problematico è al centro della riflessione di G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 629 ss.

(26) Sul problema teorico cui si allude nel testo sono sempre valide le osservazioni di G. Vesperini, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *questa Rivista*, 2007, 83 ss.

(27) Il riferimento è al d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011, con il quale sono state adottate misure di stabilizzazione finanziaria, per contrastare la pressione sul debito italiano avutasì nell'estate. «Tra queste, vi sono provvedimenti volti a rilanciare una politica di concorrenza. [...] L'eliminazione delle restrizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche secondo il criterio per cui «l'iniziativa e l'attività economiche private sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalle legge» è però una mera norma di principio. Entro un anno dalla promulgazione della legge enti locali, regioni e Stato dovranno adeguare i loro ordinamenti. Le deroghe potranno essere particolarmente estese, riguardando, tra l'altro, i casi di danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità e alla salute umana, di conservazione di specie animali e vegetati, dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio culturale nonché di contrasto con l'utilità sociale. La portata concreta della misura è inoltre attenuata dal riferimento alla possibilità di introdurre autorizzazioni contingente» (così L. Fiorentino-L. Saltari, *op. cit.*).

(28) Art. 1, c. 3, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

(29) Questo parere è fornito entro trenta giorni decorrenti dalla ricezione degli schemi di regolamento; in sua mancanza, lo stesso si intende rilasciato positivamente.

(30) A. de Roberto, *La normativa regolamentare dopo il nuovo titolo V della Costituzione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2002, 7 ss.; L. Carlassare, P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, agg., V, Milano, 2000, 951 ss.; A. Iannuzzi, *I regolamenti regionali. Fondamento e titolarità*, Torino, 2008.

(31) Ciò ai sensi dell'art. 20, c. 3, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla l. 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine la Presidenza del Consiglio dei ministri comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità. Le Regioni a statuto speciale e le Provincie autonome di Trento e Bolzano procedono all'adeguamento secondo le previsioni dei rispettivi statuti.

Sono inoltre esclusi dall'ambito di applicazione della misura i servizi di trasporto di persone e cose su autoveicoli non di linea, i servizi finanziari (32), i servizi di comunicazione (33) e le attività specificamente sottoposte a regolazione e vigilanza di apposita autorità indipendente.

L'impronta politica della misura, innestata nella traccia aperta nell'estate del 2011, è netta (34). L'interesse collettivo cui riconoscere priorità è la libertà d'iniziativa e di mercato. Da essa ci si attende lo slancio per la ripresa economica che è al vertice delle priorità nazionali. Gli altri interessi pubblici, che hanno giustificato procedure abilitative, restrizioni, pianificazioni e programmazioni, divengono recessivi col solo limite della salvaguardia di diritti costituzionalmente protetti. Anche ciò deve avvenire entro il limite di stretta proporzionalità. Si tratta di un approccio molto orientato al mercato e in netta discontinuità con la tradizione italiana legata a regimi pubblicistici di attività economiche pervasivi e sovente ordinati a scopi di protezione e, più in generale, di legittimazione dell'esistenza di apparati burocratici altrimenti da abolire.

La misura generale sulle liberalizzazioni solleva alcuni dubbi di sostanza. Annuncia interventi che avranno concretezza solo in seguito. Lo strumento della delegificazione con regolamenti *ad hoc* non impedisce che vi sia un'altra fase negoziale nel momento in cui saranno precisate le linee d'intervento. Il ruolo assegnato all'Agcm è di secondo piano. A ciò si sommano altri problemi strettamente giuridici. Il primo è legato all'incerta legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto. Esso stabilisce i criteri e i principi che dovranno ispirare i regolamenti, ma non precisa l'ambito materiale oggetto della delegificazione (35). Mancherebbe così una delle condizioni per le quali è considerata costituzionalmente ammissibile l'ipotesi che una fonte subordinata possa abrogare una fonte di rango superiore (36). Il secondo riguarda, il perimetro ristretto delle misure statali per via delle nuove e più estese competenze regionali. In altri termini, la maggiore autonomia degli enti territoriali, quando ci si propone di ridisegnare i confini tra Stato e mercato, rende difficile l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento.

A questo problema si è provato a fare fronte in questi termini (37). La Presidenza del Consiglio dei ministri, per assicurare il rispetto del diritto dell'Ue e la tutela dell'unità cui si accennava, tiene sotto osservazione la normativa regionale e locale, individuando, anche su segnalazione dell'Agcm, le disposizioni contrastanti con la tutela o la promozione

della concorrenza. In questo caso, assegna all'ente interessato un congruo termine per rimuovere i limiti alla concorrenza, decorso inutilmente il quale propone al Consiglio dei Ministri l'esercizio dei poteri sostitutivi (38).

Ampliare specifici mercati

Accanto alla previsione generale sulla liberalizzazione la legge di conversione del decreto "cresci Italia" contiene numerose disposizioni che riguardano singoli settori (professioni regolamentate, distribuzione farmaceutica e dei carburanti, notai, gas naturale) che volgono a renderli più competitivi o, comunque, a rafforzare le protezioni degli utenti.

» stabilita la piena liberalizzazione delle tariffe delle professioni regolamentate dagli ordini (39), anche se non è riformato radicalmente il regime del settore come pure si era ipotizzato. La liberalizzazione delle tariffe per questi servizi dovrebbe recare benefici al sistema economico. La spesa per le imprese generata dai servizi professionali è stata quantificata nel dieci per cento circa del valore della produzione nel settore terziario e nel cinque per cento circa in quello manifatturiero (40).

Sempre al fine di arricchire l'offerta nelle professioni, è aumentata la pianta organica dei notai ed esteso l'ambito territoriale nel quale possono operare (41). Tali estensioni a molti sono apparse limitate e, in ogni caso, le regole di accesso al notariato non sono state toccate.

Riguardo all'energia, è rilanciata la separazione proprietaria della gestione dell'infrastruttura di traspor-

Note:

(32) Definiti dall'art. 4 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59.

(33) Definiti dall'art. 5 del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, di attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.

(34) La legge 14 settembre 2011, n. 148, recante *Ulteriori disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*, stabilisce l'eliminazione delle restrizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche secondo il criterio per cui «l'iniziativa e l'attività economiche private sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalle legge».

(35) Per G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2010, questa indeterminatezza è causa di illegittimità costituzionale.

(36) B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011

(37) Art. 4, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

(38) Ai sensi dell'art. 8, l. n. 131/2003.

(39) Art. 9, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

(40) Audizione parlamentare del Presidente dell'Agcm.

(41) Art. 12, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

to del gas, in capo a Snam Rete Gas s.p.a, da Eni s.p.a (42). Il provvedimento è essenziale per consentire un accesso non discriminatorio da parte di operatori alternativi all'*incumbent*. Nel decreto, però, si rinvia alla l. n. 296/2006. Essa prevede la sola riduzione della partecipazione di Eni nella società che gestisce la rete di trasporto fino a detenere non più del venti per cento del capitale sociale. In questi termini, non si avrebbe la separazione proprietaria delle reti e dello stoccaggio allineata al modello delineato dalle direttive comunitarie di terza generazione. Per questo, era legittimo attendersi che la separazione fosse più radicale, secondo quanto disposto dal d.lgs. n. 93/2011 che recepisce il diritto sovranazionale di ultima generazione (43). Altro elemento che ha suscitato perplessità è il termine nel quale questa seppur limitata operazione deve concludersi. » fissato in un momento successivo alla legislatura in atto (44).

Tra le disposizioni in materia di energia, vi sono misure per la riduzione delle tariffe regolamentate per i clienti che non abbiano ancora scelto il mercato libero (45). La *ratio* è avvicinare i prezzi del gas per i clienti vulnerabili ai prezzi medi europei. L'Agcm ha però osservato che «la definizione per via regolamentare di tariffe artificialmente basse (e non rispondenti alle condizioni di mercato italiane), è suscettibile di produrre effetti distorsivi della concorrenza, mettendo a rischio la permanenza sul mercato delle imprese più piccole che non possano far fronte alla conseguente diminuzione dei margini. In concreto la misura potrebbe rallentare anziché perfezionare lo sviluppo del mercato libero del gas naturale anche per i piccoli consumatori» (46). Rispetto alla distribuzione dei carburanti (47), è disposta l'eliminazione dei vincoli quantitativi all'uso del "Fondo per la razionalizzazione della rete distributiva" e la sua estensione a tre anni. L'intento è favorire la dismissione degli impianti inefficienti, cioè quelli di piccole dimensioni che erogano poco carburante che difficilmente possono competere con quelli di dimensioni più grandi sia che vendano prodotti di marca sia quelli "no logo". Sono cancellate anche le residue barriere all'ingresso d'impianti efficienti. » eliminata la previsione che vieta l'apertura di un nuovo impianto se non si installa un erogatore di un biocarburante (metano o GPL) (48). L'Agcm aveva segnalato che questa norma creava un costo solo per i nuovi entranti (49).

Sono rimosse altre barriere all'accesso. In specie, è totalmente liberalizzata l'attività *cd. non oil* dei gestori degli impianti (vendita di giornali, generi ali-

mentari, ecc.) e la possibilità che vengano realizzati impianti completamente automatizzati limitati però alle sole aree extraurbane. La rivendita di tabacchi è peraltro consentita solo agli esercizi aventi una superficie elevata (50). Il decreto, mediante disposizioni che consentono il progressivo abbandono dei contratti di esclusiva, crea una maggiore indipendenza di una quota crescente d'impianti di distribuzione dalle società petrolifere per l'approvvigionamento dei carburanti. La possibilità del rifornimento non in esclusiva è però limitata agli impianti dei quali i gestori sono anche proprietari.

In ultimo, rispetto ai servizi bancari, merita attenzione la disposizione volta ad assicurare una riduzione delle commissioni a carico degli esercenti relative alle transazioni effettuate mediante carte di pagamento. » chiesto all'Abi, alle associazioni di prestatori di servizi di pagamento, alle Poste Spa, al consorzio Bancomat, ecc. di definire regole generali per garantire trasparenza dei costi e promuovere l'efficienza economica nel rispetto delle regole di concorrenza. Anche qui l'Agcm ha sollevato perplessità condivisibili. Ha fatto notare come proprio il metodo attraverso cui ottenere la riduzione delle commissioni, l'accordo tra le imprese che operano nel settore, possa condurre ad una intesa lesiva del diritto *antitrust*.

I settori coinvolti sono molteplici ed eterogenei. Elementi positivi e innovativi spesso sono bilanciati da fattori di conservazione e protezione. Propositi auspicabili alle volte sono perseguiti in modo contraddittorio. Paiono evidenti i segni lasciati dall'antagonismo delle corporazioni contrarie alle liberalizzazioni. Altre volte emergono anche le tracce dello scarso tempo avuto dal riformatore che ha portato a soluzioni imperfette. Esemplicativa è l'ultima misura esaminata, quella sulle commissioni dei servizi interbancari. Troppo elevate per via di una probabile intesa collusiva presente nel settore, ci si

Note:

(42) Art. 15, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

(43) F. Di Cristina, *L'attuazione del "terzo pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *questa Rivista*, 2011, 925 ss.

(44) T. Boeri, *cit.*

(45) Art. 13, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

(46) Audizione parlamentare del Presidente dell'Agcm.

(47) Artt. 17-20, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

(48) All'art. 83-bis, d.l. n. 112/2008.

(49) Per incentivare l'uso del metano per autotrazione, si dispone che l'Aeeg predisponga regole specifiche sul collegamento tra gli impianti ed il sistema di distribuzione.

(50) Superiore ai mille e cinquecento metri quadri.

attende che siano ridotte attraverso regole stabilite e condivise proprio tra gli operatori dei sistemi di pagamento.

Più concorrenza nei servizi pubblici locali?

Come per le misure generali di liberalizzazione, anche rispetto ai servizi pubblici locali, il decreto s'innesta nei precedenti provvedimenti normativi. In specie, l'art. 25 reca modifiche e integrazioni agli artt. 3-bis e 4 del d.l. n. 138/2011 convertito dalla l. n. 148/2011 (51) dei quali mantiene l'impianto complessivo.

Se è verificata la fattibilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i diritti di esclusiva vengono meno, cioè si elide la riserva d'attività. L'art. 4, c. 1, che reca questa previsione è però integrato. L'analisi di mercato va svolta dopo l'individuazione dei «contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico o universale» da parte dell'ente territoriale. Qual è il significato precettivo di questa integrazione-precisazione? Si tiene ferma l'idea che le riserve possano cadere se si prefigura che le attività prima oggetto della privativa possano essere realizzate da una pluralità d'impresе tra loro in concorrenza. Tuttavia, il libero accesso al mercato s'impone solo se assicura il mantenimento del livello universale dei servizi essenziali: cioè la loro capillarità e accessibilità economica. In altri termini, l'integrazione, subordinando la liberalizzazione dei servizi pubblici locali alla conservazione delle garanzie insite nel concetto di servizio universale, implicitamente afferma che i diritti di esclusiva - impeditivi delle pratiche di *cream skimming* sono, *rectius* continuano a essere, un sistema di finanziamento di tali servizi. La tecnica è quella nota. Il monopolio generato dall'esclusiva permette l'equilibrio economico della gestione dei servizi grazie alla sussidiazione incrociata. Eventuali segmenti remunerativi dell'attività generano extra-profitti che sono impiegati dal gestore per compensare le perdite causate dall'offerta dei servizi i cui costi superano le entrate tariffarie.

Invero, la locuzione introdotta rende il c. 1 non perfettamente coordinato col c. 5. Infatti, adesso, in ambedue le disposizioni si fa riferimento alla nozione di «obblighi di servizio pubblico o universale». Ciò solleva una difficoltà interpretativa. Le due disposizioni sono pleonastiche o peggio in contraddizione? Il contenuto precettivo del c. 5 è il seguente: gli enti locali fissando gli obblighi in questione devono stabilire le compensazioni economiche per i gestori tendendo conto delle tariffe e dei limiti

delle disponibilità di bilancio. Le disposizioni avrebbero guadagnato in chiarezza se il contenuto del c. 5 fosse stato trasfuso nel c. 1, nel momento in cui la sua disposizione è stata integrata. La difficoltà interpretativa è comunque superabile. Per l'effetto combinato delle due norme, le compensazioni economiche vanno determinate tenendo conto anche delle *cross subsidizations* astrattamente possibili dall'affidamento esclusivo della gestione del servizio.

Andando oltre i problemi ermeneutici, l'integrazione rende l'importante disposizione meno *market oriented* rispetto alla sua versione originaria. Nondimeno, il «decreto», se da un lato rafforza la difesa delle esigenze universali, dall'altro potenzia il ruolo dell'Agcm e incentiva la costituzione dei bacini o ambiti territoriali ottimali arricchendoli di valenza pro-competitiva.

Gli enti locali, a seguito di analisi di mercato, adottano una «delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio» (52). Questa delibera è adottata solo dopo il parere dell'Agcm che è obbligatorio per gli enti con più di diecimila abitanti. L'Autorità, in particolare, si pronuncia sulle ragioni sottese al mantenimento delle riserve e all'affidamento simultaneo con gara di più servizi (53).

Occorre fare una precisazione importante. Il parere dell'*Antitrust* non è vincolante non riconducendosi ad esso esiti immediatamente interdittivi. È disposto, però, che sia alla delibera dell'ente che alla valutazione dell'Agcm sia data ampia pubblicità tramite *internet* e ogni altro mezzo idoneo. L'effetto cercato è rendere il dissenso dell'Agcm politicamente oneroso per l'ente. S'immagini un parere che evidenzi la timidezza della delibera; che chiarisca come essa sia protettiva degli interessi delle

Note:

(51) Sull'impatto di questa disciplina che interviene dopo il referendum abrogativo del giugno 2011 e sull'evoluzione del regime dei servizi pubblici locali, si v. G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus-Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2011, 33 ss., al quale si rinvia anche per la completa bibliografia in argomento.

(52) Art. 4, c. 2, del d.l. n. 138/2011 convertito dalla l. n. 148/2011.

(53) Art. 4., c. 4, del d.l. n. 138/2011 convertito dalla l. n. 148/2011, come modificato dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012.

aziende *incumbent* locali; che è inidonea a contenere i costi dei servizi e ad elevarne la qualità. Il cittadino-elettore in possesso di queste informazioni potrebbe optare per una “sanzione elettorale” per gli amministratori pubblici condizionati dalla difesa dello *status quo*. Il controllo dell’Antitrust, in questo modo, potrebbe sopperire sul piano di fatto (o politico) alla sua mancata vincolatività giuridica.

Se il mercato è troppo piccolo (di dimensione comunale), è probabile che anche l’analisi più rigorosa conduca a non classificarlo come “rilevante” ovvero capace di funzionare secondo lo schema della vera concorrenza, quella “nel mercato”. Una liberalizzazione del settore che non voglia essere solo declamatoria non può non preoccuparsi dell’ampliamento del perimetro dei servizi pubblici locali. Ed ecco che il “decreto” prevede che la pronuncia dell’Agcm avviene sull’istruttoria «svolta dall’ente di governo locale dell’ambito o del bacino o in sua assenza dall’ente locale» (54).

Ad ogni modo, se la concorrenza “nel mercato” non può aversi dev’esservi almeno quella “per il mercato” realizzata dall’affidamento concorsuale della gestione dei servizi. Questo principio già affermato nell’intervento *post* referendario è rafforzato dalla previsione che contrae il ricorso ad affidamenti diretti. Si continua a considerare quale parametro per l’ammissibilità dell’*in house* il valore economico del servizio. La soglia però è portata da 900 mila a 200 mila euro.

Oltre che per favorire le eventuali liberalizzazioni, l’incentivo per gli ambiti o bacini territoriali ottimali risponde anche all’esigenza di rendere più efficienti gli affidamenti con gara in tali mercati più estesi. Gli enti che costituiscono tali ambiti o bacini sono considerati virtuosi ai fini del patto di stabilità interno. Inoltre, mentre gli affidamenti *in house* cessano entro dicembre 2012, vi è un prolungamento se l’affidatario sia una società unica risultante dalla integrazione operativa di preesistenti gestioni in affidamento diretto o in economia tale da configurare un unico gestore al livello di ambito o bacino territoriale ottimale (55).

L’ultima previsione che rafforza la concorrenza è la seguente. L’art. 4, diversamente da quanto previsto in origine, è applicato anche ai servizi di trasporto ferroviario regionale (56). Rimangono così escluse solamente la distribuzione dell’energia elettrica e del gas, nonché le farmacie comunali.

L’impianto della disciplina emanata nello scorcio dell’estate 2011 rimane sostanzialmente fermo. Sono però introdotti correttivi di rilievo.

Gli incentivi alla costituzione dei bacini o ambiti

territoriali possono conferire ad alcuni servizi pubblici locali i caratteri di “mercato rilevante” inducendone l’effettiva liberalizzazione. Tali ambiti o bacini non incidono potenzialmente solo sul regime dell’attività, ma influiscono anche sulla gestione. Promuovendo la creazione di aziende di gestione più grandi, pongono le condizioni affinché siano sfruttate meglio le economie di scala e differenziazione.

Sono stimolati poi gli enti locali a svolgere analisi di mercato rigorose che possano passare la verifica dell’Agcm con parere favorevole. L’abbassamento della soglia, sotto la quale continuano ad essere ammessi gli affidamenti diretti, estende l’incidenza della concorrenza per il mercato. Tuttavia, rimane irrisolta la questione del deficit di regolazione causato dal conferimento all’ente locale di questa funzione il cui migliore esercizio richiede elevata *expertise* ed indipendenza rispetto alle aziende che animano il mercato (57). L’una, più spesso, entrambe le condizioni sono assenti nella maggioranza degli enti territoriali del nostro ordinamento.

Questa lacuna ha due implicazioni maggiori. In primo luogo, rende ardua la transizione alla concorrenza nel mercato che, infatti, richiede una complessa regolazione (meglio se asimmetrica) dell’uso delle reti, degli impianti, delle infrastrutture necessarie all’offerta dei servizi. Il loro assoggettamento alla proprietà pubblica non è risolutivo dovendosi

Note:

(54) Art. 4, c. 3, del d.l. n. 138/2011 convertito dalla l. n. 148/2011, come modificato dall’art. 25 del d.l. n. 1/2012.

(55) All’art. 4, c. 32, lett. a), d.l. n. 138/2011 convertito dalla l. n. 148/2011, come modificato dall’art. 25 del d.l. n. 1/2012, viene poi precisato che «la soppressione delle preesistenti gestioni e la costituzione dell’unica azienda in capo alla società *in house* devono essere perfezionati entro il termine del 31 dicembre 2012. In tal caso il contratto di servizio dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello di investimenti programmati ed effettuati e obiettivi di *performance* (redditività, qualità, efficienza). La valutazione dell’efficacia e dell’efficienza della gestione e il rispetto delle condizioni previste nel contratto di servizio sono sottoposti a verifica annuale da parte dell’Autorità di regolazione di settore. La durata dell’affidamento *in house* all’azienda risultante dall’integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni a decorrere dal 1° gennaio 2013. La deroga [...] non si applica ai processi di aggregazione a livello di ambito o di bacino territoriale che già prevedano procedure di affidamento ad evidenza pubblica».

(56) In argomento, C. Cambini, G. Catalano, E. Fumagalli, *L’intervento pubblico nel trasporto ferroviario. Prospettive di liberalizzazione e esigenze di servizio pubblico*, in *MCR*, 2009, 249 ss.

(57) G. Napolitano, *L’Autorità per i servizi pubblici del Comune di Roma*, in *questa Rivista*, 1996, 905 ss.; F. Becchis, *Le fatiche del regolatore: fattori di debolezza nella regolazione dei servizi pubblici locali*, in *Econ. Pubbl.*, n. 1/2003, 103 ss.

disciplinarne l'uso da parte di più soggetti in modo che sia tutelata e promossa la concorrenza (58). In secondo luogo, sposta sulle gare e il modo in cui sono costruite il peso dell'effettiva apertura del settore ancorché nella formula più attenuata della concorrenza per il mercato.

Altri due problemi vanno segnalati. Primo, i bacini o ambiti territoriali dovranno essere organizzati dalle regioni entro il 30 giugno 2012. Le regioni divengono "organi indiretti" della riforma varata dallo Stato. Prevarrà in queste istituzioni autonome un atteggiamento collaborativo? Che cosa succede se le regioni non dovessero provvedere entro il termine? Per qual motivo, qui, diversamente da altre parti del decreto, non si è evocato l'eventuale uso del potere sostitutivo del centro? Secondo, destano perplessità le disposizioni inserite a protezione dei livelli occupazionali (59). Negli affidamenti con gara questo requisito entrerà tra gli elementi valutati ai fini dell'aggiudicazione. Rispetto alla concorrenza, tali previsioni non fanno correre il rischio che si creino condizioni di favore per gli *incumbents*? Sotto il profilo della revisione delle forme di gestione, questa disciplina potrà funzionare da disincentivo alla ristrutturazione delle aziende erogatrici di servizi pubblici locali volte a massimizzare l'efficienza?

Le principali ambivalenze

Le misure generali sulle liberalizzazioni non individuano precisamente il loro oggetto e sono differite nel tempo. Potendosi tecnicamente realizzare nella trasformazione di atti di assenso espresso e preventivo in controlli successivi, paiono rientrare più nel novero della semplificazione che della eliminazione di vincoli pubblicistici che hanno esaurito nel tempo la loro ragione giustificativa (*de-regulation*) (60). Quando da norme di principio, la cui attuazione è spostata in avanti nel tempo, si è passati a precise attività e professioni regolate (professionisti, notai, farmacisti), il vecchio regime non è stato toccato ma solo corretto superficialmente.

Sotto il profilo della "neutralizzazione" si registra l'importante istituzione dell'Autorità per i trasporti (61). Anche l'Agcm ha visto crescere la sua influenza nella liberalizzazione dei servizi pubblici locali compatibili con un assetto effettivamente concorrenziale. Su questo ambito, però, permane la debolezza della funzione regolatoria. Ad esempio, la proposta di affiancare organicamente le *authorities* di garanzia e regolazione agli enti territoriali nel processo che dovrebbe portare dal modello *in house*

alla prevalenza della concorrenza piena o per il mercato è rimasta inascoltata (62).

Il conferimento all'Agcm di maggiori poteri per sanzionare le imprese che esercitano pratiche contrattuali scorrette nei confronti dei loro clienti innalza le forme di tutela diretta, ma è sintomatico di un'inefficienza di sistema. Tali forme di protezione sono la spia di un imperfetto funzionamento dei mercati. In specie, mostra la difficoltà degli strumenti indiretti di tutela - il principale dei quali l'*antitrust* - di creare un ambiente economico fortemente competitivo che pone i consumatori-utenti al riparo dalle condotte di imprese che facciano leva sulla loro forza di mercato e contrattuale per trarre vantaggi indebiti (63).

Le disposizioni che influiscono sugli assetti proprietari d'impresa rientranti nel perimetro pubblico sono duplici. La prima riguarda la rete del gas, la seconda le aziende che gestiscono servizi pubblici locali. La separazione proprietaria tra rete e attività "a monte" e "a valle" dell'infrastruttura di trasporto è presupposto necessario, sebbene da solo insufficiente, per un'eventuale privatizzazione dell'*incumbent* del settore. L'aver preferito una separazione debole, che consente al vecchio monopolista verticalmente integrato il mantenimento di una quota non trascurabile di capitale della società detentrici dell'infrastruttura, non solo attenua la portata pro-concorrenziale della separazione ma non perfeziona la condizione per procedere a un'uscita sostanziale del Tesoro dal capitale dell'*incumbent*.

La seconda disposizione, quella relativa ai bacini o ambiti territoriali ottimali, è disegnata per aggregare società *in house* di piccole dimensioni in un soggetto pubblico di dimensioni più grandi che fronteggia un mercato allargato e che innalza l'efficienza complessiva di gestione. Anche questa è una premessa per procedere, una volta maturate le condizioni, a una cessione del capitale ai privati da parte degli

Note:

(58) F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008.

(59) Si cfr. art. 3-bis, c. 2, e art. 4, c. 11, lett. g-bis, come modificato e introdotto dall'art. 25, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012.

(60) G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico, cit., ad vocem*.

(61) Su cui si rinvia al commento di A. Tonetti in questo stesso fascicolo, pag. 589.

(62) G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 89 ss.

(63) G. Amato, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *MCR*, 2009.

enti territoriali coinvolti nell'aggregazione. Anche qui la difficoltà è nella reale volontà e capacità delle regioni di attuare questa condizione.

Una valutazione d'insieme: meglio la "manutenzione" che l'inazione

Le misure oggetto del commento hanno introiettato la logica "dello Stato del mercato" cioè che i poteri pubblici, anziché limitarla, promuovono e difendono la concorrenza. Da essa derivano vantaggi collettivi "macro", la ripresa della crescita economica, e "micro", l'innalzamento della qualità, differenziazione ed economicità dei servizi offerti alla platea degli utenti (64).

Questo salto di paradigma invero non è di oggi. Gli interventi di liberalizzazione contenuti nei cd. "decreti Bersani" già lo esprimevano. Tuttavia, va considerato che il contesto è mutato incisivamente e ha reso le azioni di liberalizzazione più difficili e contrastate. Quindi l'aver dato continuità di *policy* alle scelte d'intervento pubblico nell'economia non è un fatto scontato e privo di opposizione. La crisi economico-finanziaria riquota l'idea della fallacia del mercato (65). Le istituzioni sovranazionali europee attraversano un periodo di offuscamento, registrato anche nell'opinione pubblica nazionale. Risentono proprio delle difficoltà a dare soluzioni politicamente e socialmente accettabili ai problemi generati dalla crisi.

C'è una flessione dei fattori che avevano indotto in Italia il superamento della "vecchia costituzione economica": il primato dell'economia di mercato propugnata dall'ordinamento sovranazionale europeo. Ciò nonostante una restaurazione di antichi assetti (barriere legali all'accesso, organizzazione monopolistica, programmazione ed erogazione pubblica di servizi, pubblicizzazione dei deficit di gestione) rimane meno che un'ipotesi di scuola. Le misure del decreto "cresci Italia", nel loro significato aggregato, sottolineano questo aspetto in modo forte. Indicano che la via per superare l'arretramento nella produttività e crescita del sistema economico è proseguire nella costruzione di un assetto giuridico aperto e competitivo dei mercati.

Da quest'angolatura, l'evoluzione del regime dei servizi pubblici locali è paradigmatica. L'abrogazione dell'art. 28-bis della l. n. 133/2008, voluta da un'ampia maggioranza referendaria, non ha fatto rimbalzare il settore verso il ritorno al "municipalismo" (66). Il legislatore, nel settembre del 2011 e adesso, è tornato a esprimersi con ancora maggiore nettezza in favore di un'organizzazione concorren-

ziale dei servizi pubblici locali, assegnando agli enti territoriali il ruolo di regolare i mercati nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico o universale (67).

Creare mercati concorrenziali, in ambiti dove barriere legali precludevano l'accesso, è un compito difficile. Per avere successo, devono realizzarsi insieme tre condizioni non semplici: la concorrenza deve essere sostenibile ovvero il mercato deve essere appetibile in quanto remunerativo; la interazione tra pubblico e privato deve assumere le forme della regolazione che protegga e promuova l'ordine nuovo inizialmente fragile e precario; la mano del riformatore in senso liberista deve essere politicamente forte per resistere alle reazioni dei portatori dell'interesse alla conservazione. Comprendere se la prima condizione vi sia, richiede tempo e, se del caso, impone di modificare il perimetro del mercato rendendolo rilevante. La seconda condizione è legata all'affidamento dei compiti regolatori ad autorità indipendenti dotate di *expertise*. Lo si è fatto per le *public utilities* nazionali, non ancora per quelle locali. Anche questa trasformazione incontra potenti resistenze. Basti evocare il fenomeno di erosione cui è stato sottoposto lo stesso potere delle *authorities* (68). Questa considerazione introduce all'ultima. Un esecutivo che si regge su una maggioranza parlamentare ampia ma fortemente eterogenea (*bi-partisan*) dispone della sufficiente forza per incidere con tale profondità sugli ultimi segmenti in cui lo Stato sottrae spazio al mercato anziché essere al suo servizio?

Il decreto "cresci Italia" tocca molti nodi gordiani senza tagliarne nessuno. La sua caratura reale non è la riforma radicale, palinogenetica. È la manutenzione delle regole dei mercati realizzata entro i limiti

Note:

(64) M. Monti, *Una nuova strategia per il mercato unico, Rapporto al Presidente della Commissione europea J.M. Barroso*, 9 maggio 2010.

(65) J. Fingleton, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *MCR*, 2009, 7 ss.; A. Devlin, *Antitrust in an Era of Market Failures*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2010.

(66) Che questa possibilità non sia solo teorica lo dimostra la seguente circostanza. Nel settembre 2011, la giunta del comune di Napoli ha deliberato la trasformazione dell'Arin, società di gestione delle risorse idriche, in Abc-Acqua bene comune, determinando la transizione da una società per azioni ad un'azienda speciale di diritto pubblico.

(67) L'idea per la quale anche per i servizi locali i cittadini consumatori sia più garantiti da un regime di concorrenza tra più imprese è ribadita da G. Corso, *I servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quadr. serv.*, 2-3/2002, 7 ss.

(68) G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit.

Norme Finanza pubblica

“esterni”, tra i quali principalmente vi è il tempo: scarso, e la necessità di ottenere il consenso di una maggioranza attraversata da profonde diversità e legata a differenti gruppi di pressione. Di qui discendono misure che prevedono azioni differite oppure il mantenimento di regimi protettivi per professioni e attività che non corrispondono tanto all’interesse collettivo quanto a quello della corporazione favorita.

La manutenzione dello “Stato del mercato”, se anche priva di risultati eclatanti, ha un effetto non trascurabile anche sulla cultura giuridica. Concorre a sedimentare la direzione in cui si è disposta la

nuova costituzione materiale plasmata dal vincolo europeo (69): la libertà d’iniziativa e il mercato competitivo sono principi irrinunciabili.

Compito dello Stato è proteggere questi principi dai privati che vogliono sfruttare privilegi giuridici o di fatto e da altri poteri pubblici recalcitranti rispetto all’eclissi del ruolo intrusivo e dirigistico in economia.

Nota:

(69) G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011.