

Marco D'Alberti
(a cura di)

CONCESSIONI E CONCORRENZA

GIUGNO 1998

8

TEMI
E PROBLEMI

A cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

La serie «Temi e problemi» ospita contributi sui temi della concorrenza prodotti all'interno della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, allo scopo di rendere disponibili a studiosi e alle istituzioni interessate i risultati delle attività di ricerca in corso presso l'Autorità e stimolare la discussione su argomenti connessi alla normativa per la tutela della concorrenza e del mercato.

I lavori pubblicati nella collana riflettono esclusivamente le opinioni degli autori e non impegnano la responsabilità dell'Autorità.

Chiunque sia interessato a ricevere copia dei contributi ovvero a ottenere informazioni sulla serie può indirizzare la corrispondenza a: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, «Temi e problemi» - Biblioteca, via Liguria, 26, 00187 Roma (tel. 06-48162.299; fax 06-48162.256; e-mail: antitrust@agcm.it). Copia o sintesi dei contributi sono resi disponibili nel sito Internet dell'Autorità (<http://www.agcm.it>).

Commenti su singoli contributi possono essere indirizzati direttamente agli autori, allo stesso indirizzo.

Marco D'Alberti

professore ordinario di diritto pubblico dell'economia nell'Università di Roma «La Sapienza», è componente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato dal novembre 1997.

Maria De Benedetto,

funzionario tributario, è dottore di ricerca in «Organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione» all'Università di Roma «La Sapienza».

Claudio Gallucci, notaio, è professore a contratto di diritto degli enti locali presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Lecce.

CONCESSIONI E CONCORRENZA

a cura di Marco D'Alberti

SINTESI

Lo strumento della concessione amministrativa ha raggiunto un'estensione amplissima nel corso del Novecento ed è oggi utilizzato in molteplici mercati di primario rilievo.

La concessione può produrre gravi distorsioni del gioco della concorrenza: la restrizione dell'accesso al mercato, limitato ad uno o a pochi concessionari, è la regola; l'impresa concessionaria gode di una posizione dominante o privilegiata; la pubblica amministrazione concedente è titolare di poteri di direzione che le consentono un'influenza determinante sull'attività del concessionario.

Le distorsioni spesso divengono stravolgimento, come quando il conferimento della concessione è affidato alla piena discrezionalità dell'amministrazione concedente, o quando i privilegi del concessionario sono esasperati dalla presenza di un'esclusiva a suo favore, dalla lunga durata della concessione, dalla sua facile rinnovabilità.

In un sistema giuridico oramai caratterizzato da rigorose normative anti-trust di fonte comunitaria e nazionale, l'estensione e la pervasività delle concessioni, e delle distorsioni da esse prodotte nel gioco della concorrenza, appaiono del tutto inaccettabili. È indispensabile limitare l'impiego delle concessioni, individuando i settori in cui esse appaiono ancora «giustificabili» e quelli in cui non lo sono più.

Nel presente lavoro si sottolinea che oggi, proprio in virtù delle normative antitrust, le concessioni amministrative si «giustificano» solo ed esclusivamente nei settori coperti da una chiara ed esplicita «riserva» di proprietà o d'impresa prevista dalla legge a favore dello Stato o di pubblici poteri.

Nei settori «riservati» il potere pubblico è titolare esclusivo della proprietà di un bene, come accade per il demanio, o del diritto d'impresa, come avviene, ad esempio, per l'installazione e la gestione delle infrastrutture in alcuni servizi a rete: ad altri soggetti è precluso appropriarsi di quel bene o intraprendere quelle attività economiche. La «riserva» giustifica che un intero settore venga sottratto al libero mercato e lasciato al potere pubblico riservatario o ai pochi operatori ai quali lo stesso potere pubblico decida di conferire la concessione di esercizio delle attività.

Nei settori in cui non vi è mai stata «riserva» o in cui quest'ultima è caduta a seguito della liberalizzazione introdotta soprattutto per virtù della normativa comunitaria, le concessioni non trovano più «giustificazione»: nei molti casi in cui si continua ancora ad utilizzarle in tali settori, sarebbe necessario sostituirlle con altri strumenti non distorsivi.

Il presente lavoro evidenzia i principali settori nei quali la legislazione prevede l'impiego delle concessioni; distingue i campi in cui, in base al diritto nazionale e comunitario, sussiste la «riserva» da quelli nei quali essa è venuta a cadere; individua le revisioni necessarie dal regime delle concessioni «giustificate»; indica i possibili strumenti sostitutivi (contratti privatistici, autorizzazioni amministrative) delle concessioni «ingiustificate».

Ne risulta che in quasi la metà dei casi in cui il legislatore ha previsto l'uso di concessioni, queste andrebbero eliminate, in quanto insistono su settori e mercati ormai liberalizzati.

SOMMARIO

Premessa	11
Introduzione (Marco D'Alberti)	13
1. La problematica	14
2. Il piano di lavoro	17
Ricognizione	19
1. Trasporto ferroviario (Maria De Benedetto)	20
Schema di sintesi	20
Tabella	22
Grafici	23
Aggiornamento	24
2. Trasporto aereo (Claudio Gallucci)	26
Schema di sintesi	26
Tabella	30
3. Trasporto mediante autolinee (Maria De Benedetto)	31
Schema di sintesi	31
Tabella	34
Grafici	36
Aggiornamento	37
4. Trasporto marittimo e navigazione interna (Claudio Gallucci)	38
Schema di sintesi	38
Tabella	42
Grafici	43
5. Aerodromi e servizi aeroportuali (Claudio Gallucci)	44
Schema di sintesi	44
Tabella	48
Aggiornamento	49
6. Trasporto funiviario (Maria De Benedetto)	51
Schema di sintesi	51
Tabella	53
Aggiornamento	54
7. Porti e servizi portuali (Maria De Benedetto)	55
Schema di sintesi	55
Tabella	58
Grafici	60
Aggiornamento	61

8. Telecomunicazioni (Maria De Benedetto)	62
Schema di sintesi	62
Tabella	65
Aggiornamento	67
9. Acque pubbliche (Maria De Benedetto)	70
Schema di sintesi	70
Tabella	72
Grafici	74
Aggiornamento	75
10. Energia elettrica (Claudio Gallucci)	76
Schema di sintesi	76
Tabella	80
Aggiornamento	81
11. Strade e autostrade (Claudio Gallucci)	82
Schema di sintesi	82
Tabella	85
Grafici	86
Aggiornamento	87
12. Istruzione (Claudio Gallucci)	89
Schema di sintesi	89
Tabella	91
13. Servizi informatici e telematici (Claudio Gallucci)	92
Schema di sintesi	92
Tabella	95
Aggiornamento	96
14. Riscossione delle entrate (Maria De Benedetto)	97
Schema di sintesi	97
Tabella	99
Grafici	100
Aggiornamento	101
15. Gas, idrocarburi e distribuzione di carburanti (Claudio Gallucci)	102
Schema di sintesi	102
Tabella	107
Grafici	109
Aggiornamento	110
16. Miniere, cave e torbiere (Maria De Benedetto)	111
Schema di sintesi	111
Tabella	113
Grafici	114
Aggiornamento	115
17. Caccia e pesca (Claudio Gallucci)	116
Schema di sintesi	116
Tabella	119
Aggiornamento	120

18. Radiodiffusione e televisione (Claudio Gallucci)	121
Schema di sintesi	121
Tabella	125
Grafici	126
Aggiornamento	127
19. Opere pubbliche (Claudio Gallucci)	128
Schema di sintesi	128
Tabella	130
20. Beni demaniali (Maria De Benedetto)	131
Schema di sintesi	131
Tabella	135
Grafici	137
Aggiornamento	138
21. Servizi postali (Maria De Benedetto)	139
Schema di sintesi	139
Tabella	142
Aggiornamento	144
22. Giochi e scommesse (Maria De Benedetto)	146
Schemi di sintesi	146
Tabella	148
Grafici	149
Aggiornamento	150
23. Altri settori (Maria De Benedetto e Claudio Gallucci)	151
Schema di sintesi	151
Tabella	157
Aggiornamento	160
Conclusioni e proposte (Marco D'Alberti)	161
1. Concessioni e riserva di proprietà e d'impresa	162
2. Revisioni necessarie nell'area delle concessioni	170
3. Strumenti sostitutivi delle concessioni	172
4. Osservazioni finali	175
5. Sintesi delle proposte	177
Appendice	181
Cronologia delle fonti normative	182

PREMESSA

Il presente lavoro costituisce il risultato di una ricerca commissionata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato all'inizio del 1995.

La versione consegnata all'Autorità teneva conto delle **norme vigenti al dicembre 1995**. In seguito, nell'ottobre 1997, in considerazione dell'interesse crescente per il problema dei nessi fra concessioni amministrative e concorrenza, e del graduale rafforzamento di una normazione innovativa in materia, l'Autorità ha deciso di pubblicare la ricerca.

Si è reso, dunque, necessario un **aggiornamento a tutto il 1997**, che dà conto delle nuove leggi approvate, tramite corsivi inseriti in coda alle analisi riguardanti i vari settori interessati da modifiche normative; anche le conclusioni generali sono state integrate con riferimenti alle nuove norme. L'impostazione di fondo della ricerca, concettuale e propositiva, è rimasta quella originaria, in ragione del fatto che essa ha ricevuto conferma dalla normativa successivamente intervenuta.

Le analisi dei vari settori di cui è composta la parte ricognitiva del lavoro sono state curate da Maria De Benedetto e Claudio Gallucci.

INTRODUZIONE

(Marco D'Alberti)

1. LA PROBLEMÁTICA

Lo strumento della concessione amministrativa ha raggiunto un'estensione amplissima nel corso del Novecento ed è oggi utilizzato in molteplici mercati di primario rilievo.

In linea generale, la concessione amministrativa comporta usualmente il conferimento da parte di una pubblica amministrazione (concedente) ad un unico soggetto pubblico o privato ovvero ad un ristretto numero di soggetti (concessionario o concessionari) della facoltà di esercitare un'attività di tipo imprenditoriale in determinati settori.

La concessione può avere come oggetto immediato il godimento di un bene pubblico, l'erogazione di un pubblico servizio, o la realizzazione e gestione di un'opera pubblica.

Nel primo caso, la pubblica amministrazione concede, ad esempio, l'uso di una parte del demanio per lo svolgimento di una determinata attività, quasi sempre imprenditoriale. La concessione non si limita soltanto a consentire al concessionario l'utilizzazione del bene in senso stretto, ma disciplina anche aspetti relativi allo svolgimento dell'attività: così, la concessione di demanio marittimo può regolare anche l'attività dello stabilimento balneare, o dell'industria, che si collocano sull'area demaniale; la concessione di demanio aeroportuale può disciplinare anche, con proprie clausole o tramite subconcessione, la gestione dei servizi complessivi resi nell'aeroporto.

Nel caso delle concessioni di servizi pubblici, la concessione indica il concessionario e disciplina direttamente l'attività d'impresa, consistente nell'erogazione dei servizi medesimi: ad esempio, le concessioni di trasporti di linea, aerei o marittimi o terrestri, dettano regole sui mezzi impiegati, sulle tariffe, sulla sicurezza.

Anche nel caso delle concessioni di opere pubbliche, infine, la concessione indica il concessionario e regola direttamente l'attività d'impresa, qui consistente nella realizzazione e gestione dell'opera pubblica: il contenuto delle clausole concessorie può riguardare, fra l'altro, la progettazione, le eventuali procedure espropriative, la direzione dei lavori, l'esecuzione, la gestione dell'opera.

La scelta dell'unico concessionario o del limitato numero di concessionari può avvenire in diversi modi:

a) in esecuzione di una previsione di legge che individua, direttamente o indirettamente, il concessionario;

b) nell'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione pubblica concedente;

c) a seguito dell'espletamento di un procedimento di gara pubblica o di una procedura negoziata.

Il modo più diffuso è senza dubbio, nella legislazione e nella prassi, quello fondato su di un'ampia discrezionalità amministrativa.

Il concessionario gode di una posizione dominante o privilegiata per la semplice ragione che opera in un mercato da solo o accanto a poche altre imprese concessionarie. Nella prassi può accadere che il concessionario usi della sua posizione a danno degli utenti, dei clienti, o dei consumatori; e che venga ad assumere un ruolo forte anche nei confronti dell'amministrazione concedente. Quest'ultima, però, resta comunque titolare di estesi poteri che incidono sull'impresa concessionaria e includono la potestà di direzione, di sostituzione, e di revoca per inadempienza o per ragioni di pubblico interesse.

In definitiva, dalla concessione possono derivare alcune rilevanti distorsioni del gioco della concorrenza.

La prima riguarda l'accesso al mercato, poiché il conferimento della concessione è, come si è visto, limitato ad un numero di imprese comunque circoscritto. La restrizione all'ammissione è la regola. Anche altre discipline di controllo pubblico delle attività economiche, come quella autorizzatoria, sono basate su possibili limitazioni quantitative degli imprenditori ammessi, ma la restrizione assume carattere eccezionale ed è comunque soggetta a criteri rigorosi.

La seconda distorsione grava sullo svolgimento dell'attività d'impresa, poiché i pochi concessionari restano nel mercato di riferimento in posizione dominante o di rilievo e i loro ampi privilegi possono tramutarsi in abusi; al tempo stesso il concedente può sempre riappropriarsi delle forti potestà riconosciutegli dalle leggi, venendo ad esercitare un'influenza determinante sull'andamento dell'attività economica.

Le distorsioni possono divenire stravolgimenti in molti casi, come si vedrà nelle successive parti di questo lavoro: così è quando la restrizione nell'accesso ai mercati è affidata alla piena discrezionalità politico-amministrativa del potere pubblico, in assenza di criteri obbiettivi o di procedure di gara fra aspiranti; quando la posizione privilegiata del concessionario è esasperata dalla presenza di un'esclusiva a suo favore, dalla durata ampia della concessione, dalla sua facile rinnovabilità; quando il concedente esercita le sue potestà direttive secondo criteri politici e burocratici più che tecnici.

La dottrina giuridica a cavallo fra Ottocento e Novecento, consapevole di queste alterazioni forti degli equilibri di mercato e del principio della "libertà d'industria", aveva ristretto l'ambito delle concessioni amministrative a quelle materie che in base alla legge fossero chiaramente "riservate" allo Stato. In altri termini, la concessione si riteneva "giustificata" solo quando lo Stato fosse titolare "esclusivo" di un diritto di proprietà (ad esempio, sui beni demaniali), ovvero di un diritto di impresa (ad esempio, nel settore dei servizi postali o dei trasporti ferroviari), e in virtù di quella "riserva" decidesse di conservare per sé la titolarità del diritto sul bene o sull'attività, cedendone il semplice esercizio ad uno o a pochi concessionari.

Nella legislazione e nella pratica di tutto il nostro secolo, invece, la concessione è stata utilizzata ben al di là delle materie "riservate" allo Stato o a pubblici

poteri, venendo quasi ad assumere le dimensioni che avevano le “patenti” o le concessioni regie nei periodi antecedenti all’avvento delle costituzioni borghesi, nei quali, in assenza di un principio di libertà economica, spettava alla Corona ogni scelta sugli operatori legittimati a intraprendere e sulle condizioni dell’impresa.

Alla luce della normativa costituzionale, ciò significa che la concessione è stata utilizzata non soltanto come strumento per la gestione di beni “riservati” a pubblici poteri, in base all’art. 42 Cost. e alle norme del codice civile sui beni demaniali e patrimoniali indisponibili, ovvero per l’esercizio di attività d’impresa “riservate” allo Stato o ad altri enti pubblici, ai sensi dell’art. 43 Cost., ma anche come mezzo per controllare e programmare in modo penetrante attività economiche “libere”, secondo quel che dispone l’art. 41 Cost.

Oggi, in presenza della normativa comunitaria sulle libertà economiche e di una legislazione nazionale antitrust, è indispensabile procedere ad una delimitazione dell’ambito degli strumenti concessori, riprendendo, in modi nuovi, il criterio della necessaria correlazione fra concessione e “riserva”, poiché solo un riconoscimento normativo chiaro ed esplicito di diritti “riservati” a favore di pubblici poteri può ritenersi fondamento giustificativo generale delle concessioni, e delle alterazioni che esse provocano nel funzionamento dei mercati. Soltanto la “riserva” legittima il pubblico potere ad ammettere, come regola, un numero limitato di imprenditori ad un mercato specifico. Solo la “riserva” giustifica il privilegio di quelle imprese. Solo la “riserva” permette che il potere pubblico eserciti poteri di direzione, di sostituzione, di revoca, nei confronti delle stesse imprese. Se la “riserva” giustifica le distorsioni causate dalla concessione, resta fermo che sarebbero comunque necessarie, pur nelle aree “riservate”, alcune revisioni normative per attenuare gli eccessi distorsivi, gli stravolgimenti dei mercati prodotti dalla concessione medesima, di cui s’è detto.

Naturalmente, la sussistenza di una “riserva” di proprietà o di impresa, a favore di un pubblico potere, va verificata caso per caso, mercato per mercato, alla luce non soltanto della legislazione nazionale, ma anche dei principi propri della normativa comunitaria.

Allo scopo di ridisegnare i confini delle concessioni amministrative e di rivederne i tratti caratteristici, si rende dunque necessario:

- evidenziare i principali settori nei quali la legislazione nazionale dispone che sia impiegato lo strumento concessorio;
- individuare le caratteristiche principali delle concessioni utilizzate;
- distinguere i casi in cui si può ritenere che, sulla base della normativa nazionale e comunitaria, sussista la “riserva” da quelli in cui essa sia venuta a cadere;
- segnalare di conseguenza i campi nei quali, sussistendo la “riserva”, la concessione è ancora giustificabile, individuando le necessarie revisioni dei suoi contenuti in ragione delle esigenze di tutela della concorrenza e del mercato;
- indicare i settori in cui la concessione non appare più giustificata, evidenziando i possibili strumenti sostitutivi.

2. IL PIANO DI LAVORO

Il presente lavoro persegue gli obiettivi sopra indicati articolandosi in una parte di ricognizione delle norme legislative vigenti che prevedono l'uso di concessioni e in una parte propositiva.

La **parte ricognitiva** individua la legislazione vigente in materia di concessioni, evidenziando i seguenti settori e subsettori di mercato:

1. trasporto ferroviario;
2. trasporto aereo;
3. trasporto mediante autolinee;
4. trasporto marittimo e navigazione interna;
5. aerodromi e servizi aeroportuali;
6. trasporto funiviario;
7. porti e servizi portuali;
8. telecomunicazioni;
9. acque pubbliche;
10. energia elettrica;
11. strade e autostrade;
12. istruzione;
13. servizi informatici e telematici;
14. riscossione delle entrate;
15. gas, idrocarburi e distribuzione di carburanti;
16. miniere, cave e torbiere,
17. caccia e pesca;
18. radiodiffusione e televisione;
19. opere pubbliche;
20. beni demaniali;
21. servizi postali;
22. giochi e scommesse;
23. altri settori.

Per ciascun settore o subsettore vengono forniti:

a) uno schema di sintesi sulle concessioni presenti nel settore o subsettore di mercato;
b) una tabella che evidenzia i testi normativi riguardanti le concessioni, e gli aspetti di quest'ultime più rilevanti per la concorrenza. In particolare, la tabella contiene le seguenti indicazioni:

- la fonte normativa (legge, regolamento o altro) che prevede la concessione;
- l'oggetto della concessione;
- la previsione eventuale della concessione in esclusiva;

- il concedente e il concessionario;
- la previsione o meno della “riserva” nelle norme;
- il tipo di concessione (su opere, beni, servizi, mista, altro);
- l’eventuale previsione di una procedura di gara;
- la durata del rapporto concessorio;
- la rinnovabilità.

Per numerosi settori si è elaborata una serie di grafici che evidenziano gli andamenti quantitativi di alcuni degli aspetti menzionati alla lettera b) nel settore o sub-settore considerato: si mostra, ad esempio, quanto “pesa” nei vari settori la presenza o l’assenza della riserva, della gara, la previsione di una lunga durata della concessione e della sua rinnovabilità, la sussistenza di concessionari pubblici o privati.

Per ciò che attiene all’esclusiva del concessionario, data la rilevanza del problema e la sua presenza in molteplici settori, si è ritenuto per maggiore chiarezza di evidenziare la colonna “esclusiva” direttamente nelle tabelle citate alla lettera b).

L’universo di riferimento su cui l’elaborazione grafico-statistica è stata condotta è dato dall’insieme dei provvedimenti normativi che prevedono concessioni nei vari settori. Dall’elaborazione non si traggono dati percentuali in relazione all’universo complessivo delle concessioni esistenti nella prassi, poiché una singola previsione normativa può riferirsi tanto ad un unico rapporto concessorio quanto ad un insieme di rapporti; se ne ricavano indicazioni quantitative utili sull’aspetto che più conta per la presente ricerca, e cioè sulle scelte di fondo adottate dal legislatore nella costruzione dei tratti essenziali delle concessioni.

La **parte propositiva** ridisegna i confini dei territori nei quali è da ritenersi giustificato l’impiego di concessioni amministrative, tenuto conto dei principi della normativa antitrust; individua le modifiche da apportare al regime concessorio; evidenzia, per i terreni nei quali l’uso delle concessioni appare ingiustificato, possibili strumenti sostitutivi delle concessioni medesime, come autorizzazioni, licenze, contratti di appalto e di locazione, contratti di servizio o di programma là dove sussistano obblighi di servizio pubblico a carico dell’impresa. La parte si chiude con una sintesi delle proposte formulate.

In **appendice** è contenuta una cronologia delle fonti normative.

RICOGNIZIONE

1. TRASPORTO FERROVIARIO (incluse le metropolitane)

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

L'istituto della concessione all'interno del settore del trasporto ferroviario è presente in tre principali ambiti.

In primo luogo, il **trasporto ferroviario nazionale** è oggetto di una concessione, di durata settantennale, sia per l'infrastruttura che per il servizio; l'autorità concedente è il Ministero dei Trasporti e della Navigazione.

La recente trasformazione dell'ente Ferrovie dello Stato in società per azioni ha determinato il passaggio dalla nazionalizzazione ad una nuova forma di statizzazione della relativa attività d'impresa, rendendo necessario lo strumento della concessione per consentire alla F.S. S.p.A. l'esercizio del servizio di trasporto ferroviario (**delibera CIPE 12.8.92 e D.L. 11.7.92 n. 333, a. 14**). L'oggetto della concessione alla F.S. S.p.A. è, peraltro, solo in parte rappresentato dal servizio di trasporto ferroviario, comprendendo anche l'istituzione e l'esercizio di eventuali forme di trasporto integrativo e/o sostitutivo, il trasporto pubblico via mare tra terminali ferroviari, la progettazione e costruzione di nuove linee ed impianti ed il potenziamento di quelli esistenti.

Sempre nell'ambito del trasporto ferroviario nazionale, si deve sottolineare che la concessione con cui l'ente F.S. aveva attribuito alla T.A.V. S.p.A. la progettazione esecutiva, la costruzione e la gestione economica di linee ed infrastrutture relative al servizio di Alta Velocità (**legge 25.3.1991, n. 98**), in ragione della mutata natura soggettiva dell'ente non sarebbe più tale. Il Consiglio di Stato (ad. gen., parere n. 95 dell'1.10.1993), infatti, ha affermato che il rapporto intercorrente tra la F.S. S.p.A. e la T.A.V. S.p.A. non può più essere configurato come concessione in quanto la F.S. S.p.A. esercita l'attività d'impresa ferroviaria in base - a sua volta - ad una concessione; né, tantomeno, potrebbe essere inquadrato come una subconcessione, poiché l'istituto della subconcessione avrebbe carattere eccezionale. Il Consiglio di Stato ha sostenuto che il rapporto tra la F.S. S.p.A. e la T.A.V. S.p.A. non avrebbe più natura pubblicistica, essendo piuttosto un rapporto convenzionale di natura privatistica. Conserverebbe comunque un contenuto analogo a quello di un rapporto di concessione, con la permanenza dell'intero complesso di diritti ed obbligazioni reciproche assunte con il rapporto di concessione.

In secondo luogo, si deve ricordare il settore delle **ferrovie «minori» in concessione**, per le quali la normativa prevede tre diversi tipi di discipline concessorie:

- 1) per la costruzione di strade ferrate (**art. 24 e 29 R.D.L. 2.8.29, n. 2150**);
- 2) per l'esercizio di linee secondarie appartenenti allo Stato (**art. 10, II co., R.D.L. 9.5.12 n. 1447**);
- 3) per la costruzione e l'esercizio di strade ferrate pubbliche (**art. 10, I co., R.D.L. 9.5.12 n. 1447**).

Anche per queste ferrovie in concessione, come negli altri casi di concessioni di trasporto ferroviario, il concessionario viene a svolgere la sua attività di servizio da una posizione di esclusiva: in particolare, all'art. 49 del R.D. 1447/12 è riconosciuta al concessionario di ferrovia pubblica «il privilegio esclusivo di qualsivoglia altra concessione di ferrovia, parimenti pubblica, che congiunga due punti della sua linea, o che corra lateralmente, entro quel limite di distanza che verrà determinato nell'atto di concessione», escludendo alla radice qualsiasi ipotesi di prestazione concorrenziale del servizio.

Le competenze in materia di ferrovie «minori» in concessione sono state delegate alle Regioni, prima dal d.P.R. 14.1.72 n. 5 e poi dall'art. 86 del d.P.R. 24.7.77, n. 616.

Infine, all'interno del trasporto ferroviario si usano ricomprendere anche le **tramvie** e le **metropolitane** per le quali pure è previsto un regime concessorio. Mentre per le tramvie extraurbane la competenza concessoria è della Regione e per quelle urbane del Comune (R.D.L. 9.5.12 n. 1447 come modificato dal d.P.R. 771/55 e art. 84, d.P.R. 616/77), per le metropolitane permane il sistema di competenze delineato dalla **legge 29.12.69, n. 1042**, che attribuisce la potestà concessoria ai comuni (o a consorzi di comuni nel caso di metropolitane che interessino il territorio di comuni limitrofi). Quanto alla disciplina di queste specifiche concessioni, si deve sottolineare, da una parte, l'espressa previsione della cessione dell'esercizio a terzi, previa autorizzazione governativa, disciplinata dall'art. 72 del R.D. 306/1900; e, dall'altra, il limite posto dall'art. 1, III co., della L. 1042/69, che individua i concessionari di ferrovie metropolitane esclusivamente in enti pubblici, consorzi di enti pubblici, società a prevalente capitale pubblico.

Per quel che concerne gli aspetti più direttamente legati ai profili concorrenziali, si può notare che, nel caso del trasporto ferroviario nazionale, la formula della gestione diretta del servizio da parte dello Stato è stata a lungo considerata un indice della sussistenza di riserva della relativa attività d'impresa.

Ma la dettagliata disciplina comunitaria in materia (**Direttiva del Consiglio n. 440/91**) sembra escludere che il servizio di trasporto ferroviario possa essere qualificato come un servizio riservato: la previsione di una peculiare «responsabilità» degli Stati membri per ciò che concerne l'infrastruttura lascia intendere che la riserva possa riguardare ormai solo quest'ultimo aspetto.

Ne consegue che il regime concessorio può trovare conferma esclusivamente per la costruzione, manutenzione, sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria, mentre i servizi di trasporto potrebbero essere disciplinati con strumenti autorizzatori, in regime di contingentamento, accompagnati da appositi contratti contenenti clausole sugli obblighi di servizio pubblico, che in base alla normativa comunitaria vengono riferiti ai servizi di area locale o ai servizi resi ad utenze particolari, come quella rappresentata dai lavoratori pendolari (**Regolamento del Consiglio n. 1893/91**).

Rimangono escluse, dall'ambito di applicazione della direttiva 440/91, le ferrovie di interesse locale e, dunque, praticamente tutte le ferrovie «minori» in concessione (circa 30 linee attualmente operanti), nonché le tramvie e le metropolitane.

Dal punto di vista della concorrenza sono, infine, da sottolineare anche la forte presenza della esclusiva nelle concessioni di trasporto ferroviario e la ricorrente assenza della gara nelle previsioni normative per la scelta dell'eventuale concessionario esclusivo, con l'episodica ma significativa tendenza alla individuazione diretta del concessionario da parte della legge.

Trasporto ferroviario

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
Decreto Legge 11/7/92, n. 333 (art. 14) (Delib. Cipe 12.8.92)	Costruzione e gestione infrastruttura ferroviaria	Si	Ministero Trasporti	F.S. S.p.A.	si	opere pubbliche	1	70	a.r.
Decreto Legge 11/7/92, n. 333 (art. 14) (Delib. Cipe 12.8.92)	Trasporto ferroviario nazionale	Si	Ministero Trasporti	F.S. S.p.A.	no*	servizi pubblici	1	70	a.r.
Legge 15/5/54, n. 272 15/5/54, n. 272	Ferrovie metropolitane di Roma (linea b)	Si	Ministero Trasporti	Società Stefer (Tramvie e Ferrovie Elettrificate Roma)	no*	servizi pubblici	1	a.r.	a.r.
Legge 24/12/59, n. 1145	Ferrovie metropolitane di Roma (linea a)	Si	Ministero Trasporti	a.r.	no*	mista	3	50	si
Legge 29/12/69, n. 1042	Ferrovie metropolitane	Si	Comune	Ente Pubblico o Società a prevalente capitale pubblico	no*	mista	3	a.r.	a.r.
Regio Decreto 17/6/1900, n. 306 (art. 73)	Ferrovie economiche e a ruota dentata funicolari	Si	Regione	a.r.	no*	mista	3	a.r.	a.r.
Regio Decreto 9/5/12, n. 1447	Ferrovie in concessione	Si	Regione	Imprese non identificate dal legislatore, Province, Comuni	no*	mista	3	70	no
Regio Decreto Legge 16/9/26, n. 1702	Ferrovie sarde	Si	Ministero Trasporti	Imprese non identificate dal legislatore	no*	mista	3	50	si

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del Legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

L'intero settore dei trasporti, e all'interno di questo il TRASPORTO FERRO - VIARIO, è stato di recente riordinato da alcuni interventi di normativa interna e comunitaria.

In particolare, il D.lgs. 10.11.1997, n. 422 (in materia di "Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale") ha distinto i **trasporti pubblici di interesse nazionale** - di competenza dello Stato - dal **trasporto pubblico regionale e locale**, che rientrerebbe nella competenza delle Regioni.

Le forme di gestione dei servizi di trasporto locale dovrebbero rimanere quelle già previste dall'art. 22 l. 142/90 (tra le quali rientra la concessione): in qualsiasi forma il servizio venga ad essere svolto la relativa disciplina deve, comunque, essere pattuita in un **contratto di servizio** in cui vengano indicati standard del servizio, contenuti, garanzie, sanzioni per eventuali inadempimenti (a. 18-19).

L'obiettivo del legislatore è quello di orientare il trasporto pubblico locale al superamento di assetti monopolistici e di improntarlo a regole di concorrenza (a. 18, comma 2): così viene espressamente previsto il ricorso a **procedure concorsuali per la scelta dei gestori** e sono individuate altre forme di intervento per tenere "sotto controllo" eventuali stravolgimenti della concorrenza. E', peraltro, previsto, in caso di accertata inerzia nell'esercizio delle funzioni delegate alle regioni, l'esercizio di poteri sostitutivi da parte del Governo.

La definizione di **obblighi di servizio pubblico** (a. 17) e la possibilità di utilizzare particolari modalità per l'esercizio dei **servizi di linea nei territori a domanda debole** (a. 14, comma 4) sembrerebbero strumenti sufficientemente in grado di contemperare istanze di liberalizzazione con le esigenze di mantenere adeguati livelli di prestazione del servizio pubblico nel settore dei trasporti.

Dunque, la concessione permane come una delle forme di gestione dei servizi pubblici locali in genere, e - fra questi - di quelli di trasporto, ma l'attuale disciplina generale del trasporto pubblico locale consente in parte di ridurre la portata anticoncorrenziale dell'istituto.

All'interno di questo quadro normativo possono riepilogarsi alcune specifiche indicazioni per il trasporto ferroviario.

Le competenze in materia di **ferrovie d'interesse regionale e locale** appartengono alla Regione. Tra i trasporti ferroviari d'interesse regionale e locale - esclusi a suo tempo dall'ambito di applicazione della direttiva CEE 91/440/CE per la disciplina complessiva della materia - il D.lgs. 422/97 distingue quelli in concessione alle F.S. S.p.A. da quelli che non lo sono: la gestione di tutti i servizi dovrà, comunque, essere disciplinata attraverso contratti di servizio.

In materia di **trasporto ferroviario nazionale** sono state emanate nel giugno 1995 due direttive comunitarie (95/18/CE e 95/19/CE) relative rispettivamente alle "licenze delle imprese ferroviarie" e alla "ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e (al)la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura".

Con la prima direttiva vengono fissati i criteri che disciplinano il rilascio, la proroga o la modifica ad opera degli Stati membri delle licenze per le imprese ferroviarie operanti nel territorio comunitario. Anche in questo caso vengono escluse dal campo di applicazione della direttiva le imprese ferroviarie esercenti servizi di trasporto "urbano, extraurbano o regionale" (a. 1, comma 2). L'impresa ferroviaria ha un "diritto" di richiedere il rilascio della licenza, salvo l'accertamento dei previsti requisiti di competenza professionale e di capacità finanziaria. La licenza non attribuisce, di per se stessa, un diritto all'accesso all'infrastruttura.

Con la seconda direttiva si definiscono principi e procedure da seguire nella ripartizione - su base equa e non discriminatoria - della capacità d'infrastruttura ferroviaria da parte di un apposito organismo (competente anche per il rilascio delle licenze) che permetta "un uso efficace e ottimale dell'infrastruttura ferroviaria" (a. 3).

Ribaditi i principi generali comunitari in materia di concorrenza, la direttiva riconosce comunque agli Stati membri la possibilità di "concedere diritti speciali per quanto riguarda la ripartizione delle capacità d'infrastruttura su base non discriminatoria alle imprese ferroviarie che forniscono determinati servizi o li forniscono in determinate regioni, se tali diritti sono indispensabili per garantire un buon livello di servizio pubblico o un utilizzo efficace della capacità d'infrastruttura o per consentire il finanziamento di nuove infrastrutture" (a. 5).

2. TRASPORTO AEREO

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

Nel nostro ordinamento, mentre l'esercizio dei trasporti non di linea, in qualsiasi modo essi siano denominati - liberi, chartered, di piazza o su noleggio - è stato, di regola, sottoposto ad un regime di tipo autorizzatorio (si pensi ai taxi e agli autonoleggi di piazza, per i quali l'autorizzazione è rilasciata dal Comune), per l'esercizio dei trasporti di linea è stato a lungo previsto un regime concessorio.

È proprio il riferimento alla "linea" che ha giustificato tale diversità di trattamento. Per servizio di trasporto di linea si intende, infatti, anche alla luce della normativa comunitaria, quell'attività di trasporto che si effettui ad itinerario fisso e che sia caratterizzata da un'offerta indifferenziata al pubblico, dalla predeterminazione degli orari, delle altre prestazioni del trasportatore e delle tariffe e da una regolarità e frequenza tali da costituire una serie sistematica evidente. L'istituzione della "linea di trasporto" (la sua stessa "esistenza") è rimessa all'autorità amministrativa, costituendo il riconoscimento discrezionale dell'essenzialità del collegamento in relazione all'interesse pubblico. Ad individuarla non è, infatti, soltanto la fissazione di un percorso e delle modalità di esercizio del collegamento, ma anche la finalità cui essa risponde, vale a dire l'esigenza pubblica di traffico che viene soddisfatta per il suo tramite. Il corollario implicito di ciò sarebbe poi costituito dalla possibilità che ad ogni linea corrisponda un solo esercente.

Una simile ricostruzione teorica è comune a tutti i trasporti in concessione, con qualsiasi mezzo essi vengano effettuati.

Così era anche per il trasporto aereo. La normativa di base del settore era contenuta, innanzitutto, nel **Codice della Navigazione** (R.D. 30 marzo 1942, n. 327) che disciplinava la concessione dei servizi di trasporto aereo di linea negli **artt. 776 e ss.**, nonché nel **R.D.L. 18 ottobre 1923, n. 3176** e nel **D.lgs.C.P.S. 4 settembre 1946, n. 88** (in ordine al trasporto degli effetti postali sulle linee di navigazione aerea si veda, altresì, il D.L. 3 aprile 1926, n. 632). In particolare, potevano aspirare alla concessione i soggetti che potevano essere proprietari di aeromobili nazionali perché in possesso dei requisiti stabiliti dall'art. 751 Cod. Nav. ed erano provvisti di mezzi tecnici e finanziari sufficienti. Il D.lgs. n. 88/46 aveva ammesso la partecipazione straniera, per una parte non eccedente il 40% del capitale sociale, a società per azioni nazionali aventi lo scopo di esercitare linee di navigazione aerea.

La concessione non poteva avere una durata superiore a dieci anni. Si ricordi, poi, che, per disposizione di carattere generale, ripetuta esplicitamente nel te-

sto dei singoli provvedimenti di concessione, i concessionari non potevano sostituire un altro soggetto nella titolarità della concessione senza il preventivo consenso del concedente, essendo vietata la sub-concessione o la cessione del servizio.

Bisogna tuttavia rilevare come un simile impianto normativo abbia subito negli ultimi anni innovazioni assai rilevanti ad opera del legislatore comunitario.

A tale riguardo, un primo esempio è stato fornito dalla direttiva n. 83/416/CEE (recepita nel nostro ordinamento con il d.P.R. 28 novembre 1985, n. 869), relativa ai servizi aerei di linea c.d. interregionali, in base alla quale l'effettuazione di voli regolari tra due aeroporti internazionali situati nell'ambito comunitario era soggetta soltanto al rilascio di una autorizzazione.

Tale direttiva è stata abrogata dall'art. 16 del regolamento n. 90/2343/CEE del 24 luglio 1990 che peraltro, nell'ambito di quella che è stata definita come la "seconda fase di liberalizzazione del trasporto aereo intracomunitario", ha introdotto altre e ancora più significative innovazioni rispetto alla normativa contenuta nel codice della navigazione.

Non bisogna poi dimenticare gli effetti che ha avuto sul funzionamento del settore l'approvazione, da parte del Consiglio della CEE, dei regolamenti nn. 2407/92, 2408/92 e 2409/92 del 23 luglio 1992, aventi ad oggetto, rispettivamente, il rilascio delle licenze ai vettori aerei, l'accesso dei vettori aerei comunitari alle rotte intracomunitarie e le tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e di merci: con essi si è, infatti, entrati in quella che viene definita come "terza fase del processo di liberalizzazione del trasporto aereo".

In particolare, per virtù della regolamentazione comunitaria, l'esercizio della linea si legittima in base al rilascio di una mera licenza, e cioè di un provvedimento autorizzatorio. Il diritto dei cittadini alla mobilità, previsto dall'art. 16 della nostra Costituzione, verrebbe garantito dal libero gioco della concorrenza e del mercato, il quale consentirebbe l'offerta di una prestazione qualitativamente e quantitativamente adeguata a realizzare il pieno rispetto di tale fondamentale diritto della persona. L'esercizio del collegamento aereo sembra essere lasciato alla libera scelta degli operatori economici, con le modalità autonomamente rimesse alla loro decisione.

Il rilascio di tale licenza, che avviene a seguito di una valutazione di natura tecnica connessa all'accertamento del possesso da parte del vettore aereo di alcuni requisiti puntualmente indicati dal regolamento n. 2407/92/CEE, non comporta però automaticamente per il titolare il diritto di operare su specifiche rotte intracomunitarie. Sono infatti previste alcune specifiche limitazioni all'obbligo, imposto in via generale agli Stati membri, di permettere ai vettori aerei comunitari l'esercizio di diritti di traffico su rotte all'interno della Comunità. Esse riguardano:

- la possibilità degli Stati di non autorizzare, fino al 1° aprile 1997, diritti di cabotaggio all'interno del loro territorio, a meno che tali diritti non costituiscano l'estensione di un altro servizio di trasporto, a partire dallo Stato di immatricolazione del vettore o si concretino in un servizio preliminare verso tale Stato, purché

il vettore non utilizzi, per tale servizio di cabotaggio, più del 50% della sua capacità stagionale;

- la possibilità di ciascuno Stato di disciplinare l'accesso alle rotte nel suo territorio nei confronti dei vettori aerei ai quali lo stesso Stato membro ha rilasciato la licenza.

Particolari limitazioni possono poi essere introdotte ove si generino problemi di carattere ambientale o congestioni di traffico o, ancora, sia necessario ripartire, senza discriminazione, il traffico nell'ambito di aeroporti appartenenti al medesimo sistema aeroportuale.

L'adozione di simili misure è tuttavia accompagnata da forme di controllo preventivo e successivo da parte della Commissione CEE.

Lo strumento concessorio è mantenuto soltanto con riferimento alle rotte nazionali che, al momento dell'entrata in vigore del regolamento n. 2408/92/CEE, formavano oggetto di concessione esclusiva, là dove altre forme di trasporto non possano garantire un servizio adeguato e ininterrotto, pur limitandosene la durata ad un periodo di tre anni. Durata triennale può poi avere la concessione avente ad oggetto una rotta nazionale sulla quale nessun vettore abbia istituito o si appresti ad istituire servizi aerei di linea; per la sua assegnazione è comunque prevista l'effettuazione di un'apposita gara, una deroga questa che costituisce la conferma della posizione già assunta negli anni Ottanta dalla Commissione CEE, la quale, ai fini dell'estensione delle regole della concorrenza alle imprese pubbliche, ha ritenuto applicabile ai vettori aerei che esercitino linee non redditizie dal punto di vista commerciale, ma il cui mantenimento è necessario per motivi di interesse generale l'art. 90, n. 2, del Trattato CEE (Commissione CEE, 11 aprile 1989, in causa 66/86, caso Ahmed Saeed Flugreisen/Z.B.U.W).

Ogni Stato membro può, infine, imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei di linea effettuati verso un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo all'interno del suo territorio o una rotta a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto regionale nel suo territorio, qualora tale rotta sia considerata essenziale per lo sviluppo economico della regione in cui si trova l'aeroporto stesso, nella misura necessaria a garantire che su tale rotta siano prestatati adeguati servizi di linea, rispondenti a determinati criteri di continuità, regolarità, capacità e tariffazione, cui i vettori aerei non si atterrebbero se tenessero unicamente conto del loro interesse commerciale.

Il fatto che le norme contenute nel codice della navigazione e, ancor prima, nel R.D.L. n. 3176/23 proibissero l'istituzione o l'esercizio di un servizio di trasporto aereo di linea senza il preventivo rilascio della relativa concessione veniva interpretato nel senso dell'esistenza di una riserva a favore dello Stato.

Tale riserva, tuttavia, se pure è esistita, è oggi irrimediabilmente venuta meno a seguito delle innovazioni introdotte dal legislatore comunitario. Ciò ha spinto alcuni autori a ritenere che anche nei limitati casi in cui la normativa comunitaria sembra legittimare il ricorso allo strumento della concessione, l'atto di affidamen-

to dei servizi aerei di linea debba essere piuttosto inquadrato tra le c.d. autorizzazioni costitutive di diritti, essendo venuto meno un presupposto essenziale della concessione, quale è appunto la riserva.

Per quanto riguarda l'esclusiva, è poi da ricordare come siano già state eliminate dalle convenzioni di concessione tutte le clausole che ad essa facevano riferimento, tanto in relazione al traffico aereo internazionale e intercontinentale (per il quale, soltanto pochi anni fa, il Consiglio di Stato riteneva che l'Alitalia fosse titolare di un diritto di esclusiva esteso anche ai nuovi servizi che dovessero essere istituiti nel futuro, in aggiunta a quelli previsti in convenzione: Cons. St., comm. spec., 11 luglio 1978, n. 31), quanto in relazione a quello nazionale (si pensi al recente ingresso di nuovi vettori sulla linea Roma-Fiumicino/Milano-Linate).

Trasporto aereo

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni	Rinnovabilità (3)
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 776778), Reg. 2408/92/Cee (art. 5) e D.L.C.P.S. 4/9/46, n. 88	Servizi aerei di linea	No	Ministero Trasporti	Persone, Enti o Società anche partecipazione statale	si	servizi pubblici	2	3	a.r.
Regio Decreto Legislativo 18/10/23, n. 3176 e Reg. 2408/92/Cee (art. 5)	Servizi di trasporto aereo	No	Ministero Trasporti	Persone fisiche o Enti Pubblici Società Italiani	no*	servizi pubblici	2	3	a.r.
Regolamento 2408/92/Cee	Rotte aeree non coperte da servizi di linea e in zone depresse	No	Stato membro	Imprese non identificate dal legislatore	no*	servizi pubblici	1	3	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del Legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

3. TRASPORTO MEDIANTE AUTOLINEE

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

La norma fondamentale che disciplina i servizi automobilistici di linea, assoggettandoli a concessione amministrativa, è la **legge 28.9.1939 n. 1822** e successive modificazioni: in particolare il **d.P.R. 28.6.1955, n. 771**, con l'attuazione del decentramento dei servizi del Ministero dei Trasporti, ha provveduto a trasferire le funzioni statali di interesse esclusivamente locale a province, comuni ed altri enti locali, realizzando una deconcentrazione delle competenze nella materia delle concessioni di autolinee.

Il trasferimento di funzioni amministrative statali alle regioni, operato dapprima con il **d.P.R. 14.1.1972 n. 5** e, in seguito, con il **d.P.R. 24.7.1977 n. 616**, ha comportato una ulteriore significativa modifica del quadro delle competenze in materia di linee automobilistiche di servizio pubblico: con tali norme viene infatti fissata la nozione di linea automobilistica «di interesse regionale» (art. 1 d.P.R. 5/72, e art. 84 ss. d.P.R. 616/77), la quale - in base alla legge quadro in materia di trasporto pubblico locale (**legge 10.4.1981 n. 151**) - può essere gestita tanto in economia attraverso una azienda speciale che in regime di concessione (art. 4, lett. c).

Il quadro di sintesi delle competenze, così come risultante dal coordinamento della normativa in materia, è pertanto il seguente.

Le AUTOLINEE DI COMPETENZA STATALE (in particolare del Ministero dei Trasporti, art. 85, II comma d.P.R. 616/77) comprendono quelle:

- 1) Ordinarie (ultraregionali) (l. 1822/39)
- 2) di Gran turismo (l. 1822/39)

3) Internazionali (**legge 8.4.1977 n. 144**) - queste però in regime di autorizzazione.

Le AUTOLINEE DI COMPETENZA REGIONALE (art. 84, d.P.R. 616/77) comprendono quelle:

- 1) Regionali (art. 1, I co., d.P.R. 5/72)

2) Interregionali (se la parte non prevalente del percorso si svolge nel territorio di un'altra regione) (art. 1, II co., d.P.R. 5/72).

Rimane immutata la competenza dei COMUNI nel caso in cui la linea automobilistica si svolga integralmente nel territorio di un Comune (art. 46, d.P.R. 771/55).

Un discorso a parte dovrebbe essere, poi, affrontato per gli **autoservizi sostitutivi o integrativi di servizi ferroviari**, la cui relativa competenza conces-

soria è esercitata dal Ministero dei Trasporti, o dalle Regioni nel caso di linee di interesse regionale ai sensi dell'art. 1 del d.P.R. 5/72. In questo caso, il **R.D.L. 21.12.1931, n. 1575** prevede la possibilità che i servizi automobilistici sostitutivi di ferrovia vengano affidati in concessione «all'Amministrazione delle Ferrovie dello Stato, ovvero all'industria privata» (art. 2, I co., I parte). La medesima norma consente, peraltro, la concessione di servizi automobilistici integrativi di ferrovia, il cui potenziale concessionario viene ad essere identificato esclusivamente nelle «ferrovie dello Stato» (art. 2, I co., II parte). La particolarità della disciplina di questo istituto consiste nella previsione espressa della subconcessione del servizio, già svolto in esclusiva (art. 2, II co.), ad imprese partecipate dalle ferrovie dello Stato.

L'esercizio di servizi automobilistici sostitutivi di ferrovia può essere, ancora, svolto - secondo il **R.D.L. 14.10.32, n. 1496** (art. 2) - dai concessionari di ferrovie e tramvie.

L'oggetto della concessione di trasporto automobilistico di linea è - propriamente - la **linea**, la quale viene ad essere definita con riguardo alla propria finalità e non al percorso (art. 10, III co., l. 1822/39).

I profili di rilievo concernenti la concorrenza nel settore di cui si tratta, riguardano senz'altro i **diritti di esclusività** e di **preferenza** accordati ai concessionari di autolinee, a partire dal **R.D.L. 21.10.1923 n. 2386**: infatti, il diritto di esclusiva sulla linea - che si registra puntualmente nelle concessioni di autolinee tanto provvisorie che definitive - si accompagna al diritto di preferenza nell'assegnazione di nuove linee riconosciuto ai concessionari di servizi pubblici di trasporto potenzialmente concorrenti, o ai concessionari di autoservizi finitimi (art. 5, l. 1822/39).

Su tale questione si è più volte pronunciata la giurisprudenza amministrativa nel senso di confermare il diritto di preferenza riconosciuto dalla legge. Ancora, a tale proposito, il recente regolamento recante semplificazione del procedimento di concessione di autolinee ordinarie di competenza statale (**d.P.R. 22.4.1994, n. 369**) stabilisce che sia allegata alla domanda di concessione «cartina geografica nella quale siano individuati, con colorazioni diverse, il percorso richiesto, il percorso delle eventuali autolinee finitime, il percorso delle linee ferroviarie gestite dalle F.S. S.p.A., da concessionari o da gestioni commissariali governative, il percorso delle autolinee di competenza della regione e dei comuni» (art. 2, III co., lett. b). Dal medesimo decreto di semplificazione si conferma un ulteriore elemento - comune a tutte le concessioni di autolinee - dagli indubbi riflessi sul piano della concorrenza: l'**assenza di gare pubbliche**. Per l'assegnazione delle concessioni è, infatti, prevista esclusivamente una pubblica riunione istruttoria (art. 4) all'interno della quale si «discutono» le domande di concessione.

Ai fini della eventuale definizione di spazi di riserva nel settore assume rilievo cruciale la **normativa comunitaria**, recepita dalla disciplina interna dei trasporti internazionali di linea (l. 144/77), per la quale - come già ricordato - il settore è

soggetto ad un **regime di autorizzazione** e, dunque, viene di fatto ad essere liberalizzato.

In assenza di una formalizzazione espressa della riserva in diritto interno ai sensi dell'art. 43 Cost., per larga parte dei servizi in questione il regime concessorio dovrebbe essere sostituito da una disciplina autorizzatoria integrata da specifiche convenzioni in materia di obblighi di servizio pubblico.

Trasporto mediante autolinee

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2) anni (3)	Rinnovabilità (3)	
Legge 28/9/39, n. 1822 (art. 2, II c., + A7 lett. a e V c.) intracomunale definitivo	Trasporto persone (autolinee) intracomunale definitivo	Si	Comune	Impresa non identificata dal legislatore	no*	servizi pubblici	3	9	si
Legge 28/9/39, n. 1822 (art. 2, II c., lett. a e IV c.) intracomunale provvisorio	Trasporto persone (autolinee) intracomunale provvisorio	Si	Comune	Imprese non identificate dal legislatore	no*	servizi pubblici	3	1	si
Legge 28/9/39, n. 1822 (art. 2, II c., lett. b e IV c.) (d.P.R., n. 5/72)	Trasporto persone (autoservizio) regionale provvisorio	Si	Regione	Imprese non identificate dal legislatore	no*	servizi pubblici	3	1	si
Legge 28/9/39, n. 1822 (art. 2, II c., lett. b e V c.) (d.P.R., n. 5/72)	Trasporto persone (autoservizio) regionale provvisorio	Si	Regione	Imprese non identificate dal legislatore	no*	servizi pubblici	3	9	si
Legge 28/9/39, n. 1822 (art. 2, II c., lett. c e IV c.) ultraregionale provvisorio	Trasporto persone (autoservizio) ultraregionale provvisorio	Si	Ministero Trasporti	Imprese non identificate dal legislatore	no*	servizi pubblici	3	1	si
Legge 28/9/39, n. 1822 (art. 2, II c., lett. c e V c.) ultraregionale provvisorio	Trasporto persone (autoservizio) ultraregionale provvisorio	Si	Ministero Trasporti	Imprese non identificate dal legislatore	no*	servizi pubblici	3	9	si
Legge 28/9/39, n. 1822 (art. 2, III e IV c.) gran turismo provvisorio	Trasporto persone (autoservizi) gran turismo provvisorio	Si	Ministero Trasporti	Imprese non identificate dal legislatore	no	servizi pubblici	3	1	si
Legge 28/9/39, n. 1822 (art. 2, III e V c.) gran turismo definitivo	Trasporto persone (autoservizi) gran turismo definitivo	Si	Ministero Trasporti	Imprese non identificate dal legislatore	no	servizi pubblici	3	9	si

Segue: Trasporto mediante autolinee

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
Regio Decreto Legge 14/10/32 n.1469 (art. 2)	Servizi automobilistici sostitutivi di ferrovia	Si	Ministero Trasporti (o Regione)	Concessionari di Ferrovie e Tramvie	no*	servizi pubblici	3	a.r.	a.r.
Regio Decreto Legge 21/12/31, n. 1575 (e.D.M. 12/552)	Servizi automobilistici sostitutivi di ferrovia	Si	Ministero Trasporti (o Regione)	F.S. S.p.a.	no*	servizi pubblici	1	a.r.	a.r.
Regio Decreto Legge 21/12/31, n. 1575 (e.D.M. 12/552)	Servizi automobilistici sostitutivi di ferrovia	Si	Ministero Trasporti (o Regione)	F.S. S.p.a.	no*	servizi pubblici	1	a.r.	a.r.
Regio Decreto Legge 21/12/31, n. 1575 (e.D.M. 12/552)	Servizi automobilistici sostitutivi di ferrovia	Si	Ministero Trasporti (o Regione)	Industria privata	no*	servizi pubblici	3	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Per le modifiche di ordine generale intervenute all'interno del settore del trasporto pubblico locale (dunque anche per il TRASPORTO MEDIANTE AUTOLINEE) si rinvia alla sintesi riportata nell'aggiornamento del settore "trasporto ferroviario".

4. TRASPORTO MARITTIMO E NAVIGAZIONE INTERNA

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

TRASPORTO MARITTIMO

In materia, è necessario distinguere le linee di navigazione di preminente interesse nazionale e le linee postali e commerciali marittime sovvenzionate a carattere locale.

Le prime, già raggruppate in quattro settori di traffico e affidate, in base a quanto disposto dagli artt. 1 e 2 della legge 2 giugno 1962, n. 600, alle società del gruppo IRI (collegate nella società finanziaria marittima FINMARE) "Italia" di Genova, "Lloyd Triestino" di Trieste, "Tirrenia" di Napoli, e "Adriatica" di Venezia, sono state sottoposte ad un programma di profonda e radicale "ristrutturazione" da parte dello Stato, a seguito della promulgazione delle **leggi 20 dicembre 1974, n. 684** (modificata con legge 23 giugno 1977, n. 373) e **5 dicembre 1986, n. 856**, nonché dell'emanazione del **d.P.R. 1° giugno 1979, n. 501**.

Tale "ristrutturazione", finalizzata a conseguire l'"economicità" della gestione dei predetti servizi di linea, ha condotto alla graduale eliminazione delle attività di trasporto passeggeri (con l'unica eccezione dei servizi passeggeri di prevalente interesse turistico in relazione all'attività crocieristica a breve e medio raggio), a favore del trasporto di merci di linea e delle merci in massa, secche e liquide. A tali servizi, la cui gestione deve essere ispirata a criteri di carattere strettamente economico, si aggiunge quello del collegamento del continente con le isole maggiori e minori, diretto a soddisfare esigenze del tutto diverse, dovendosi considerare come una sorta di proiezione della rete ferroviaria e stradale per ravvicinare due componenti del territorio nazionale, le isole e il continente.

Lo strumento con il quale si è tentato di realizzare una nuova politica marittima e il potenziamento della flotta nazionale, è stato quello della società di navigazione a partecipazione pubblica, al cui capitale l'IRI partecipa, direttamente o indirettamente, per almeno il 51 per cento (art. 1, 2° co., l. n. 684/74), con l'unica eccezione costituita dalle società che svolgono i servizi passeggeri di prevalente interesse turistico, in relazione alle quali l'art. 2 della legge n. 373/77 ha previsto che la partecipazione della FINMARE non sia superiore al 30 per cento.

Resta da chiarire se il regime dei rapporti esistenti tra il Ministero dei trasporti e della navigazione e le società FINMARE possa essere ricondotto all'istitu-

to della concessione. A tal fine, è di particolare interesse lo studio delle disposizioni concernenti l'esercizio delle attività di trasporto merci di linea e dei servizi di collegamento con le isole maggiori e minori. Essi vengono infatti esercitati a seguito della stipula di una convenzione tra l'impresa e il Ministero dei trasporti e della navigazione, convenzione nella quale, oltre ad indicarsi le linee da svolgere, la frequenza dei collegamenti e i tipi di nave da adibirsi ad ogni singola linea, si riconosce il diritto dell'esercente ad ottenere una sovvenzione di equilibrio, rappresentata dalla differenza tra i proventi del traffico e il costo del servizio. Per quanto concerne, poi, in particolare, il collegamento con le isole maggiori e minori, esso deve comunque assicurare il soddisfacimento delle esigenze connesse con lo sviluppo economico-sociale delle aree interessate e, in particolar modo, del Mezzogiorno. Il contenuto di una simile convenzione ricorda, dunque, sotto molti aspetti, quello tipico di una convenzione di concessione: non bisogna tuttavia dimenticare come parte della dottrina preferisca ricostruire la situazione in esame in termini di assunzione singolare di tali servizi marittimi da parte dello Stato.

Passando poi all'esame dei servizi postali e commerciali marittimi di carattere locale, si deve fare riferimento alla disciplina contenuta nelle **leggi 5 gennaio 1953, n. 34, 22 dicembre 1973, n. 826 e 19 maggio 1975, n. 169** (relative ai collegamenti con le isole dell'Arcipelago toscano, Partenopee, Pontine, Eolie, Egadi, Pelagie, di Ustica e di Pantelleria, nonché con le isole minori sarde e con la Corsica) e nella **legge 27 febbraio 1978, n. 42** (avente ad oggetto i collegamenti tra Trieste, alcuni scali del Friuli-Venezia Giulia e la costa istriana, nonché i collegamenti tra la costa occidentale e la costa orientale del medio e basso Adriatico, in relazione ai quali già la legge 26 marzo 1959, n.178 conteneva alcune disposizioni di carattere specifico).

In particolare, l'esercizio delle linee marittime per l'espletamento di tali servizi con le isole dell'Arcipelago toscano, Partenopee, Pontine, Eolie, Egadi, Pelagie, di Ustica e di Pantelleria, nonché con le isole minori sarde e con la Corsica, è stato affidato ad apposite società di navigazione a carattere regionale, con sede, rispettivamente, in Livorno, Napoli, Palermo e Cagliari, al cui capitale la società "Tirrenia" del gruppo FINMARE partecipa in misura non inferiore al 51 per cento.

L'esercizio delle linee e la concessione di sovvenzioni (nella misura rappresentata dalla differenza tra i proventi del traffico e il costo del servizio: art. 11, 1° co., lett. d, e 5° co. della legge n. 856/86) sono regolati da convenzioni di natura concessoria stipulate tra il Ministro dei Trasporti e della navigazione e le società di navigazione a carattere regionale. Tali convenzioni, che hanno la durata di venti anni, disciplinano gli obblighi delle società ed ogni altra misura necessaria per il regolare svolgimento del servizio. A tal fine, anche in questo caso, il numero delle linee, la periodicità dei collegamenti ed il tipo di naviglio devono essere adeguati a soddisfare le esigenze di mobilità dei cittadini, contribuendo a promuovere lo sviluppo socio-economico di ciascuna isola.

NAVIGAZIONE INTERNA

Lo strumento della concessione costituisce altresì lo strumento prescelto dal legislatore per garantire all'autorità amministrativa l'esplorazione di poteri di direzione e di controllo in relazione all'esercizio sulle vie di navigazione interna dei **servizi pubblici di linea per il trasporto di persone e di cose**, oltre che per la pratica dei servizi pubblici di rimorchio e di traino con mezzi meccanici (per i quali ultimi si rinvia all'analisi del mercato n. 7 - "Porti e servizi portuali").

In tal senso dispongono l'**art. 225 del Codice della Navigazione e gli artt. 99-128 del regolamento per la navigazione interna (adottato con d.P.R. 28 giugno 1949, n. 631)**, il quale ultimo contiene norme di particolare interesse relative alla revoca, al subingresso, alla decadenza della concessione, alla devoluzione delle opere e degli impianti.

Le concessioni sono fatte a titolo provvisorio per un periodo non superiore a due anni ed a titolo definitivo per un periodo non superiore a trent'anni e possono essere rinnovate.

L'esercizio di attività di trasporto non di linea è invece sottoposto ad un regime di tipo autorizzatorio. In alcuni casi, l'autorizzazione al trasporto è rilasciata mediante semplice annotazione sulla licenza.

Tale disciplina ha subito profonde modificazioni in seguito al trasferimento alle regioni delle funzioni amministrative concernenti la navigazione lacuale, fluviale, lagunare, sui canali navigabili ed idrovie, sono state trasferite alle regioni, in applicazione di quanto viene disposto dall'**art. 6 del d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 5 e dall'art. 97 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616**.

Nel caso in cui si tratti di servizi di trasporto pubblico su vie navigabili che si estendono sul territorio di più regioni, tali funzioni amministrative sono esercitate mediante intesa fra le regioni interessate o mediante gestioni comuni, anche in forma consortile (**art. 98 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616**).

Per quanto riguarda le residue competenze statali in materia, è da ritenersi ancora applicabile la legge 18 luglio 1957, n. 614, con la quale il Ministero dei trasporti è stato autorizzato a gestire direttamente i servizi pubblici di navigazione sui laghi di Garda, Maggiore e di Como. Il trasferimento alle regioni delle funzioni amministrative in materia è stato infatti rinviato, una prima volta, dall'art. 4, comma 2, del d.P.R. n. 5/72 e, una seconda volta, dall'art. 98, comma 2, del d.P.R. n. 616/77, subordinandolo al previo risanamento tecnico ed economico della gestione statale. Tale gestione diretta non è, però, assimilabile, in alcun modo, ad un regime di tipo concessorio, dovendosi piuttosto considerare come una particolare figura di amministrazione autonoma.

Quanto agli aspetti di più diretta rilevanza ai fini della tutela della concorrenza, relativi sia ai servizi di linea marittimi che alla navigazione interna, benché una parte della dottrina ritenga che tali settori debbano farsi rientrare nel novero di quelli riservati, un dettagliato esame della disciplina vigente in materia - letta

anche alla luce di alcuni recenti interventi del legislatore comunitario tra i quali si ricordano, con particolare riferimento alla navigazione interna, la Direttiva del Consiglio 87/540/CEE del 9 novembre 1987 e il Regolamento del Consiglio n. 3921/91/CEE del 16 dicembre 1991 - conduce a ritenere che tali servizi non possano essere qualificati come riservati. Si è tuttavia avuto modo di vedere che il loro esercizio non rappresenta neppure attività di mera impresa, dovendo essere assoggettato alla logica del servizio pubblico, la quale impone, ad esempio, che gli orari dei collegamenti ed il tipo di naviglio debbano essere adeguati a soddisfare le esigenze di mobilità dei cittadini, contribuendo a promuovere lo sviluppo socio-economico di ciascuno delle aree territoriali servite. Il regime più appropriato dovrebbe essere dunque fondato su autorizzazioni accompagnate da contratti di servizio pubblico.

Quanto alla disciplina concessoria fin qui utilizzata, occorre sottolineare il frequente riconoscimento agli esercenti dell'esclusiva, con riguardo alla finalità delle linee stesse e non al loro percorso.

Quanto, poi, all'individuazione del concessionario, è ricorrente, se non proprio la sua identificazione immediata tramite legge o provvedimento ad essa equiparato, il riferimento a particolari ed obbligatorie composizioni del capitale delle società di navigazione esercenti tali servizi, che si traducono in forme indirette di identificazione del concessionario medesimo. La scelta di affidare la concessione mediante pubblica gara o licitazione privata, già indicata nelle leggi n. 34/53, n. 178/59, e 826/73 come l'unica via percorribile, è stata, infatti, successivamente abbandonata.

Trasporto marittimo e navigazione interna

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2) anni (3)	Durata (2) anni (3)	Rimovibilità (3)
Legge 20/12/74, n. 684 d.P.R. 1/6/79, n. 501 (art. 776778), e Legge 5/12/86, n. 856	Trasporto marittimo di merci di linea	Si	Ministero Trasporti	Imprese Gruppo Fimmare	no*	servizi pubblici	1	1	si
Legge 20/12/74, n. 684 (art. 8), 1/6/79, n. 501 e Legge 5/12/86, n. 856	Servizi di collegamento con isole maggiori e minori	Si	Ministero Trasporti	Imprese Gruppo Fimmare	no*	servizi pubblici	1	20	a.r.
Legge 22/12/73, n. 826, Legge 5/1/53, n. 34 e Legge 19/5/75, n. 169	Servizi marittimi di carattere locale	Si	Ministero Trasporti	Società regionali a prevalente partecipazione Tirrenia	no*	servizi pubblici	1	20	a.r.
Legge 26/3/59, n. 178, Legge 5/1/53, n. 34 e Legge 19/5/75, n. 169	Servizi marittimi sovvenzionati di carattere locale (alto e medio Adriatico)	Si	Ministero Trasporti	Imprese non identificate dal legislatore	no*	servizi pubblici	2	20	no
Regio Decreto 30/3/42, n. 327, (art. 225)	Servizi pubblici di trasporto di cose e persone - navigazione interna - definitivo	Si	Regione	a.r.	no*	servizi pubblici	3	30	si
Regio Decreto 30/3/42, n. 327, (art. 225)	Servizio pubblico di trasporto di cose e persone - navigazione interna - provvisorio	Si	Regione	a.r.	no*	servizi pubblici	3	2	a.r.
Legge 27/2/42, (art. 1 bis) e Legge 5/12/86, n. 856 (art. 13)	Servizi marittimi sovvenzionati Trieste, Friuli, Istria/medio e basso Adriatico	Si	Ministero Trasporti	Adriatica Sp.A.	no*	servizi pubblici	1	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
 no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
 no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
 2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
 3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

5. AERODROMI E SERVIZI AEROPORTUALI

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

L'art. 6 del Regolamento per la navigazione aerea (approvato con R.D. 11 gennaio 1925, n. 356), nel definire la nozione di aerodromo ("ogni località sia terrestre che acquea, destinata, anche in via temporanea, alla partenza, all'approdo e allo stazionamento degli aeromobili"), fa rientrare in tale ampia categoria gli aeroporti, i campi di fortuna e i campi di volo. In realtà, le accresciute dimensioni del trasporto aereo hanno determinato la progressiva differenziazione del moderno concetto di aeroporto da quello di aerodromo, in considerazione dell'accresciuta importanza delle operazioni di assistenza agli aeromobili, ai passeggeri e alle merci che costituivano un tempo elemento soltanto sussidiario rispetto all'attività di gestione della struttura fisica dell'aerodromo.

Gli aerodromi militari e quelli civili istituiti dallo Stato fanno parte del demanio pubblico, ai sensi di quanto viene disposto dagli artt. 822, comma 2, del Codice Civile e 692 del Codice della Navigazione (quest'ultimo parla, anzi, di un "demanio aeronautico"). La qualifica di "privati" spetta invece agli aerodromi istituiti da privati, per i quali è prescritta la previa autorizzazione del Ministro dei trasporti (art. 704 Cod. nav.). Alcune leggi speciali riconoscono poi natura privata agli aeroporti di Torino-Caselle e di Bergamo-Orio al Serio, nonché al sistema aeroportuale di Milano (si tratta, rispettivamente, delle leggi 21 luglio 1965, n. 914, 27 dicembre 1975, n. 746 e 18 aprile 1962, n. 194).

In particolare, per quanto concerne gli aeroporti utilizzati per l'effettuazione di servizi aerei di linea, se è vero che il ricorso allo strumento concessorio è assai frequente, è anche vero che non è stato possibile individuare, fino ad oggi, un modello unitario di concessione aeroportuale o di gestione aeroportuale.

A tal fine, è innanzitutto necessario chiarire che cosa si intenda per servizio aeroportuale. In realtà, con tale espressione si fa riferimento ad una molteplicità di operazioni che, pur essendo destinate alla realizzazione di una finalità omogenea, mantengono una loro autonoma identità. Esse possono essere, a grandi linee, distinte in tre gruppi:

a) attività di natura tecnico-aeronautica accessorie, preliminari e complementari allo svolgimento della navigazione aerea. Si tratta di attività che sono fortemente connotate dall'incombenza dell'interesse pubblico, quando non rientrano addirittura fra le funzioni proprie della pubblica amministrazione, costituendo il minimo organizzativo necessario perché possa svolgersi l'attività aeronautica. Tra

di esse bisogna menzionare i servizi di assistenza al volo e di soccorso, di sicurezza e di controllo doganale;

b) attività di natura tecnica e non, complementari alla prestazione contrattuale di un determinato vettore aereo e necessarie a garantire l'operatività aeroportuale. Ad esse si fa spesso riferimento utilizzando il termine *handling*. Si tratta di un coacervo di prestazioni e servizi che vengono forniti all'aeromobile e alle persone, bagagli e merci che esso trasporta. Tra di esse si devono ricordare, per quanto concerne i servizi di assistenza agli aeromobili, la loro manutenzione, pulizia, sbrinamento, rifornimento, nonché lo stazionamento sotto controllo e l'hangaraggio degli stessi e, per quanto riguarda i servizi di assistenza ai passeggeri, ai bagagli e alle merci, l'accoglienza dei passeggeri, la loro registrazione, la verifica dei biglietti, il check in, l'imbarco e lo sbarco, il controllo dei bagagli e delle merci, il loro ritiro e la loro riconsegna, il carico e lo scarico sull'aeromobile, ecc. Alcuni autori fanno rientrare nella nozione di *handling* anche il catering, il quale viene fatto rientrare nei servizi di assistenza all'aeromobile. In realtà, non rientrando tale attività tra quelle necessarie a garantire l'operatività aeroportuale, essa deve essere tenuta distinta dall'*handling*, distinzione che è confermata, del resto, dal fatto che il catering non è menzionato nel Capitolato di *handling* predisposto dal Ministero dei trasporti e le relative tariffe non devono essere sottoposte ad approvazione ministeriale;

c) attività varie di carattere commerciale non rientranti, neppure in via complementare, nella prestazione contrattuale di un determinato vettore aereo. Esse sono finalizzate a migliorare la qualità e la quantità della prestazione offerta dall'impresa aeroportuale, essendo rivolte a soddisfare le esigenze particolari e contingenti degli utenti l'aerodromo. Si pensi alle rivendite di giornali e di tabacchi, alle boutiques, ai magazzini di vendita *off duties*, ai ristoranti, alle tavole calde, ai bar, ecc.

Tornando all'esame dei casi concreti, si è potuto rilevare come, in alcuni casi, sia affidata in concessione l'intera gestione aeroportuale, e ciò per effetto di quanto previsto da alcune leggi speciali, ad enti o società che vi provvedono globalmente: si parla, al riguardo, di **aeroporti in gestione totale**. Oltre ai sistemi aeroportuali di Roma e Milano, devono essere ricompresi in tale categoria gli aeroporti di Genova-Sestri, Venezia-Tessera, Torino-Caselle e Bergamo-Orio al Serio (oltre alle tre leggi nn. 194/62, 914/65 e 746/75 più sopra citate, si ricordino le **leggi 10 novembre 1973, n. 755** sulla gestione unitaria del sistema aeroportuale della capitale, **16 aprile 1954, n. 156**, sull'aeroporto di Genova-Sestri, e **24 dicembre 1986, n. 938**, relativa all'aeroporto di Venezia).

La gestione ricomprende, in simili ipotesi, lo svolgimento, solitamente in posizione di **esclusiva**, dei servizi aeroportuali di assistenza a terra (*handling*), nonché lo svolgimento, limitatamente al caso dell'aeroporto di Roma, di alcuni dei servizi sussidiari e complementari ai servizi di assistenza a terra (si pensi al catering) e, a Roma e Torino, di alcuni servizi commerciali (i parcheggi). In tale ambi-

to è possibile riscontrare il frequente ricorso da parte del gestore dell'aeroporto allo strumento della sub-concessione (anche in presenza dell'orientamento recentemente assunto dal Consiglio di Stato in ordine alla eccezionalità del ricorso ad un simile strumento e al fatto che questo possa essere utilizzato soltanto nei rapporti tra concessionario e società da esso controllate: Adunanza Generale, 1° ottobre 1993, n. 2).

Tale legislazione è stata peraltro ispirata dalla convinzione che assegnare ad un unico gestore la maggioranza dei servizi aeroportuali fosse il mezzo più idoneo a garantire il perseguimento del pubblico interesse, poiché il rapporto diretto fra lo Stato-concedente e il gestore-concessionario avrebbe consentito al primo un più pregnante controllo. Un'opinione smentita dai fatti, ma di cui si trova una traccia in alcuni precedenti giurisprudenziali (si pensi, fra tutte, alla sentenza della Corte di cassazione 6 dicembre 1966, n. 2861), nei quali si negava addirittura al vettore aereo la possibilità di gestire in proprio le attività di handling elencate sub b).

Altri cinque aeroporti aperti al traffico di linea sono poi gestiti in concessione parziale, limitata alla manutenzione e conduzione degli impianti aeroportuali e all'espletamento dei servizi aeroportuali di assistenza a terra: si tratta degli scali di Napoli, Catania, Bologna, Palermo e Firenze (anche, se in quest'ultimo caso, la convenzione di concessione, già sottoscritta, è in attesa di perfezionamento). I servizi ausiliari e complementari ai servizi di assistenza a terra e i servizi commerciali sono però espletati da imprese terze, con l'unica eccezione costituita dall'aeroporto di Napoli, dove il gestore provvede anche alle attività di catering e di ristorazione.

La maggior parte degli scali si trova poi in una situazione precaria, poiché non sono state stipulate le convenzioni di concessione - le quali trovano il loro fondamento normativo nell'**art. 694 del Codice della Navigazione** - e i gestori sono stati soltanto immessi provvisoriamente nel possesso dell'aerodromo, in base a quanto viene disposto dall'**art. 38 dello stesso Codice**.

Soltanto Alghero, Lampedusa, Pantelleria e Trapani sono poi gestiti direttamente dallo Stato.

Con norma di carattere generale, contenuta nel **d.P.R. 5 giugno 1964, n. 438**, si è, infine, previsto che possa essere concessa dal Compartimento del traffico aereo l'attività di sfalcio dell'erba negli aeroporti.

Come può comprendersi, si tratta di un panorama alquanto diversificato, in relazione al quale si è invocato da più parti un intervento semplificatore in via legislativa.

A tal fine, la **legge 24 dicembre 1993, n. 537**, recante gli interventi correttivi di finanza pubblica per il 1994, ha introdotto, all'**art. 10, commi 12 e 13**, innovazioni di grande interesse in materia di gestione dei servizi aeroportuali e di realizzazione delle strutture aeroportuali aperte al traffico aereo di linea. In particolare, è stato previsto che il regime dei servizi aeroportuali di assistenza a terra sia determinato sulla base delle normative comunitarie e che siano costituite ap-

posite società di capitali per la gestione dei servizi e per la realizzazione degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato, cui possono partecipare anche le regioni e gli enti locali interessati.

E' ora intervenuta l'approvazione della **legge 3 agosto 1995, n. 351**, con la quale, nel convertire, sia pure con rilevanti modificazioni, il **D.L. 28 giugno 1995, n. 251**, si è provveduto a ridisegnare quasi integralmente la disciplina delle gestioni aeroportuali.

Con tale legge viene finalmente differenziato il regime giuridico cui sono sottoposti la gestione delle infrastrutture aeroportuali e lo svolgimento dei servizi aeroportuali di assistenza a terra, mantenendosi la concessione soltanto per la gestione delle infrastrutture da parte di una società appositamente costituita. Essa viene rilasciata dal Ministro dei trasporti e della navigazione sulla base di un programma di intervento presentato dalla società di gestione, e non può avere una durata superiore ai quaranta anni, anche in considerazione del piano di investimento di tale società (art. 1, commi 1-ter e 1-quater). La costituzione di quest'ultima dovrà avvenire entro il 30 giugno 1996.

Per l'espletamento dei servizi di assistenza a terra viene invece previsto il ricorso al regime autorizzatorio, al fine di salvaguardare la sicurezza dell'attività aeroportuale (art. 1, comma 1-sexies).

In definitiva, sembra potersi dire che tale ultima disciplina legislativa abbia implicitamente riconosciuto giustificabile per le sole infrastrutture il ricorso allo strumento concessorio in ragione della loro inerenza immediata rispetto al bene di base, il quale ha natura demaniale ed è, come tale, oggetto di **riserva**.

Resta il problema di come i principi consacrati in tale ultimo provvedimento normativo - il quale si applica, come si è detto, agli scali aeroportuali gestiti anche in parte dallo Stato - influiranno sul regime delle concessioni relative ai c.d. aeroporti a gestione totale, le quali sono disciplinate da "leggi-fotografia" che individuano direttamente o indirettamente il soggetto concessionario e gli attribuiscono, in regime di esclusiva, l'esercizio di servizi che vanno al di là della gestione dell'infrastruttura aeroportuale, superando a volte anche il limite delle attività strettamente necessarie a garantire una piena operatività dello scalo.

Aerodromi e servizi aeroportuali

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva (3)	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rimovibilità (3)
d.P.R. 5/6/64, n. 438	Concessione aree e locali in aeroporti	Si	Compartimento del traffico aereo		si	beni pubblici	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 5/6/64, n. 438	Stalcio erba in aeroporti	a.r.	Compartimento del traffico aereo	a.r.	no	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 10/11/73, n. 755 Legge 21/12/77, n. 985 e aeroportuali Roma	Gestione unitaria sistema aeroportuali Roma	Si	Ministero Trasporti	Società Aeroporti	no*	servizi pubblici	1	35	a.r.
Legge 16/4/54, n. 156 (art. 9)	Aeroporto Genova Sestri	Si	Ministero Trasporti	Consorzio autonomo del porto di Genova	no*	servizi pubblici	1	48	a.r.
Legge 18/4/62, n. 194 e	Esercizio sistema aeroportuale di Milano	Si	Ministero Trasporti	S.E.A. S.p.a.	no*	servizi pubblici	1	a.r.	a.r.
Legge 21/7/65, n. 914, Legge 22/10/86, n. 736 e Legge 12/2/92, n. 187	Aeroporto di Torino	Si	Ministero Trasporti	Comune di Torino	no*	servizi pubblici	1	30	a.r.
Legge 24/12/86, n. 938 e Legge 3/8/95, n. 351	Esercizio aeroporto di	Si	Ministero Trasporti	Società a partecipazioni provinciale e comunale di Venezia e regionale	no*	mista	3	30	a.r.
Legge 27/12/75, n. 746	Esercizio aeroporto di Bergamo	Si	Ministero Trasporti	S.A.C.B.O. S.p.a.	no*	servizi pubblici	1	30	a.r.
Legge 3/8/95, n. 351	Gestione servizi e realizzazione infrastrutture aeroporti ora gestiti dallo Stato	Si	Ministero Trasporti	Società	no*	mista	3	40	a.r.
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 694, c. 1)	Stuolo degli aerodromi statali per costruzione autorimesse e impianti	Si	Ministero Trasporti	a.r.	si	mista	3	20	a.r.
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 695)	Uso di aviorimesse e altri edifici costruzione autorimesse e impianti	Si	Ispettore di traffico	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
(2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
(3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Un notevole contributo alla liberalizzazione del settore è recentemente venuto dall'approvazione, da parte del Consiglio dell'Unione Europea, della direttiva 96/67/CE relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità.

Al fine di rimuovere, ai sensi dell'art. 59 del Trattato CEE, qualsiasi restrizione alla libera prestazione di tali servizi, e, conseguentemente, di garantire il buon funzionamento del trasporto aereo, l'efficiente utilizzazione delle infrastrutture aeroportuali, la riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree e il miglioramento della qualità offerta agli utenti, si è infatti previsto:

a) che vi sia netta separazione, almeno di natura contabile, tra l'attività di gestione dell'infrastruttura aeroportuale e lo svolgimento dei servizi di assistenza a terra, nel caso in cui l'ente, che cura la gestione dell'aeroporto e coordina e controlla le attività dei vari operatori presenti nell'aeroporto, fornisca anche servizi di assistenza;

b) che vi sia libero accesso di nuove imprese al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi e libera effettuazione dell'autoassistenza a terra. Eventuali restrizioni all'ingresso sul mercato e al ricorso all'autoassistenza possono essere decise dagli Stati membri solo in relazione a determinate categorie di servizi (assistenza bagagli, assistenza operazioni di pista, assistenza carburante, assistenza merci e posta, per quanto riguarda, sia in arrivo che in partenza o in transito, il trattamento fisico delle merci e della posta tra l'aerostazione e l'aereo) e deve essere comunque effettuata in base a criteri «pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori»;

c) che, in caso di restrizioni all'ingresso sul mercato e al ricorso all'autoassistenza, almeno uno dei prestatori di servizi ammessi sia indipendente dall'ente di gestione dell'aeroporto o dal vettore dominante (intendendosi per tale il vettore che abbia trasportato più del 25% o dei passeggeri o delle merci registrate nell'aeroporto nell'anno precedente). Inoltre, la selezione dei prestatori dei servizi deve avvenire mediante il ricorso a procedure concorsuali, trasparenti e imparziali, che prevedano la consultazione degli utenti organizzati in appositi comitati;

d) che qualsiasi deroga alle disposizioni della direttiva non possa eccedere i tre anni (due anni nel caso in cui si riservi ad un solo prestatore una o più categorie di servizi, debba essere specificamente motivata con l'esistenza di vincoli specifici di spazio e di capacità definibili e accompagnata da un piano di misure adeguate a superare tali vincoli, non debba pregiudicare indebitamente gli obiettivi della direttiva e essere più ampia del necessario, né creare distorsioni della concorrenza tra prestatori dei servizi ed utenti se ricorrono all'autoassistenza. La deroga è comunque sottoposta ad una procedura di verifica da parte della Commissione;

e) che al fine di garantire la sicurezza all'interno dell'aeroporto, la tutela dell'ambiente e il rispetto della normativa sociale in vigore, gli Stati membri possano subordinare l'attività di un prestatore di servizi di assistenza a terra all'otteni-

mento di un riconoscimento d'idoneità. I criteri per il rilascio di tale riconoscimento devono però essere obiettivi, trasparenti e non discriminatori.

È tuttavia necessario precisare come alcune disposizioni della direttiva consentano a volte un ingiustificato privilegio per l'ente gestore delle infrastrutture aeroportuali. Così, se si può comprendere che possa essere riservato all'ente gestore dell'aeroporto la gestione di infrastrutture centralizzate, volte a fornire servizi di assistenza a terra e la cui complessità, costo o impatto ambientale non ne consentano la suddivisione o la duplicazione - infrastrutture di cui può essere prevista come obbligatoria l'utilizzazione - non si capisce perché l'ente gestore, nel caso in cui fornisca esso stesso servizi di assistenza a terra, non debba essere assoggettato alla predetta procedura di selezione.

Sul versante della produzione legislativa nazionale bisogna segnalare che alcune competenze di carattere tecnico in materia di concessioni aeroportuali già attribuite alla Direzione generale dell'aviazione civile del Ministero dei trasporti e della navigazione (l'istruttoria degli atti concernenti tariffe, tasse e diritti aeroportuali, la definizione e il controllo dei parametri di qualità dei servizi aeroportuali) sono ora esercitate dall'Ente nazionale per l'aviazione civile (E.N.A.C.) recentemente costituito con il d.legisl. 25 luglio 1997, n. 250.

Da un'analisi delle funzioni attribuite a tale nuovo ente si può tuttavia ricavare che si è ancora ben lontani dal poter ritenere superato il ruolo «centrale» da sempre riconosciuto alle strutture ministeriali nell'esercizio di competenze regolatorie nel settore aeroportuale.

6. TRASPORTO FUNIVIARIO

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

All'interno del trasporto funiviario sogliono ricomprendersi i servizi pubblici di trasporto a fune ed, in particolare le **funivie** (trasporto sospeso), le **funicolari** (trasporto non sospeso su via propria ed artificiale), le **sciovie**, **slittovie** e **rotavie** (trasporto non sospeso su vie naturali), e gli **ascensori pubblici**.

La disciplina del trasporto funiviario è contenuta in norme piuttosto datate, che costruiscono un sistema di esercizio del relativo servizio di trasporto come un sistema fondato sulla concessione «mista» di costruzione e gestione degli impianti funiviari.

Nel caso siano stati erogati sussidi statali per la costruzione e gestione di funivie, le norme prevedono una forma di riscatto delle opere realizzate: infatti, alla scadenza della concessione i relativi impianti «passeranno gratuitamente in proprietà del Comune o del Consorzio di Comuni interessati» (art. 6, l. 23.6.1927, n. 1110).

Le competenze amministrative in materia di trasporto funiviario rientrano tra quelle trasferite alle Regioni dapprima dall'art. 1, II co., lett. a) del d.P.R. 14.1.72 n. 5 e - in seguito - dall'art. 84 del d.P.R. 24.7.77, n. 616.

Il quadro di sintesi che deriva dalla lettura integrata della normativa che disciplina questo settore è il seguente:

FUNIVIE DI COMPETENZA COMUNALE, se la linea si svolge interamente nell'ambito del comune (d.P.R. 28.5.55, n. 771);

FUNIVIE DI COMPETENZA PROVINCIALE, se la linea si svolge tra comuni della stessa provincia (d.P.R. 28.5.55, n. 771);

FUNIVIE DI COMPETENZA REGIONALE, se la linea si svolge in ambito ultraprovinciale (art. 84 del d.P.R. 616/77).

Dal punto di vista delle considerazioni intorno al tema della **riserva**, il trasporto funiviario non pone particolari problemi: non è infatti prevista dalle norme di settore una espressa riserva ad enti territoriali in relazione all'esercizio di questa forma di trasporto, ferma restandone la indiscussa natura di servizio pubblico.

Restano, inoltre, salve tutte le conseguenze derivanti dall'eventuale impianto delle infrastrutture su beni demaniali, a causa del loro speciale regime giuridico a "riserva di proprietà pubblica".

La normativa che disciplina al contempo la costruzione e l'esercizio degli impianti di trasporto funiviario non contiene, peraltro, riferimenti alla necessità di espletamento di gare pubbliche per l'assegnazione delle concessioni.

Dalle norme è poi possibile rilevare una applicazione del «privilegio esclusivo» in relazione alle linee finite per il primo decennio di esercizio, come previsto nel Regio Decreto sulle ferrovie in concessione (v. art. 4, II co., l. 23.6.1927, n. 1110). Per ciò che riguarda gli impianti, l'esclusiva risulta dalla disciplina specifica del settore eventualmente approntata da leggi regionali e delle province a statuto speciale, che comunque tengono presente la particolare natura del servizio e la tipologia delle infrastrutture oggetto di concessione.

Trasporto funiviario

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara Durata (2) anni (3)	Rimovibilità (3)
Legge 23/6/27, n. 1110	Costruzione ed esercizio di vie funicolari aeree (funivie) intercomunale	Si	Provincia	a.r.	no*	mista	3 40	si
Legge 23/6/27, n. 1110	Costruzione ed esercizio di vie funicolari aeree (funivie) interprovinciale	Si	Regione	a.r.	no*	mista	3 40	si
Legge 23/6/27, n. 1110	Costruzione ed esercizio di vie funicolari aeree (funivie) intracomunale	Si	Comune	a.r.	no*	mista	3 40	si
Legge 23/6/27, n. 1110 (art. 12) (e D.M. 5/3/1931)	Impianto ed esercizio di ascensori in servizio pubblico intracomunale	Si	Regione	a.r.	no*	mista	3 40	si
Regio Decreto Legge 7/9/38, n. 1696	Impianto ed esercizio di slittovie, sciovie e trasporto terrestre funni senza rotale	Si	Regione	a.r.	no*	mista	3 a.r.	a.r.
Regio Decreto Legge 7/9/38, n. 1696	Impianto ed esercizio di slittovie, sciovie e trasporto terrestre funni senza rotale intercomunale	Si	Regione	a.r.	no*	mista	3 a.r.	a.r.
Regio Decreto Legge 7/9/38, n. 1696	Impianto ed esercizio di slittovie, sciovie e trasporto terrestre funni senza rotale intracomunale	Si	Comune	a.r.	no*	mista	3 a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
(2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
(3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Per le modifiche di ordine generale intervenute all'interno del settore del trasporto pubblico locale (dunque anche per il TRASPORTO FUNIVIARIO) si rinvia alla sintesi riportata nell'aggiornamento del settore "trasporto ferroviario".

7. PORTI E SERVIZI PORTUALI

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

Anche se la trattazione relativa alla presenza delle concessioni in materia portuale è tradizionalmente ricompresa all'interno del discorso intorno ai beni demaniali (**art. 822 codice civile**), si è ritenuto di autonomizzarne la collocazione per la particolare connessione esistente fra l'utilizzazione di questi specifici beni del demanio marittimo (**art. 28 codice della navigazione**) e la fornitura dei servizi portuali.

CONCESSIONI DI BENI PORTUALI

Le competenze amministrative in materia di concessioni di beni portuali, seguono i criteri generali delle concessioni di demanio marittimo, e appartengono:

- alle **Regioni** per i **porti di navigazione interna**;
- alle **Regioni** per i **porti di navigazione marittima dalla II categoria in poi**;
- al **Ministero dei Trasporti e della Navigazione** per i **porti di navigazione marittima di I categoria**.

Infatti, quanto ai porti di navigazione interna l'**art. 97 del d.P.R. 24.7.77, n. 616** ha trasferito le competenze amministrative in materia di «porti lacuali e di navigazione interna» - e, dunque anche le competenze relative al rilascio di concessioni - alle Regioni.

Per ciò che riguarda, invece, i porti di navigazione marittima, l'**art. 59 del d.P.R. 616/77** ha delegato alle Regioni le competenze sui beni del demanio marittimo, mantenendole allo Stato per porti ed aree «di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima» (porti di I categoria ai sensi del R.D. 3095/1885).

Per i porti di navigazione marittima si devono ancora distinguere i casi in cui i poteri concessori sono esercitati dalle Autorità portuali costituite dalla **legge 28.1.94, n. 84**, da quelli in cui i poteri continuano ad essere esercitati dall'autorità marittima (ora amministrazione periferica del Ministero dei Trasporti e della Navigazione). In particolare, le possibili concessioni di beni da parte delle Autorità portuali riguardano aree portuali e banchine che possono essere concesse in uso alle imprese autorizzate all'esercizio di attività portuali (**art. 18, l. 84/94**).

Nel dettaglio, per le concessioni previste di beni portuali, la l. 84/94 indica alcuni requisiti alla stregua dei quali l'autorità concedente dovrà porre in essere la valutazione ex art. 37 cod. nav. (v. infra, il cap. 20 relativo ai beni demaniali) che disciplina il procedimento di scelta, comparativa, da parte dell'amministrazione del concessionario dei beni appartenenti al demanio marittimo. Se tale procedimento di scelta ex art. 37 cod. nav. non poteva essere propriamente considerato una forma di **gara**, l'indicazione nella legge 84/94 dei suddetti requisiti contribuisce a limitare, in qualche modo, l'ampia discrezionalità dell'amministrazione, ancorandola a riferimenti oggettivi.

In particolare, l'**art. 18, VI co.**, della l. 84/94 prevede che, ai fini dell'affidamento in concessione di aree e banchine per l'espletamento dei servizi portuali, vengano considerati i seguenti aspetti:

- 1) la presentazione di un programma di attività volto all'incremento dei traffici e della produttività del porto;
- 2) il possesso di attrezzature tecniche ed organizzative idonee a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato per conto proprio e di terzi;
- 3) un correlato, idoneo organico di lavoratori.

CONCESSIONI DI COSTRUZIONI DI PORTI

Per ciò che riguarda la costruzione dei porti, la relativa norma fondamentale, ampiamente utilizzata e tuttora in vigore, è il **R.D. 2.4.1885, n. 3095**, che all'**art. 18** consente l'affidamento in concessione, anche a privati, della costruzione di opere portuali.

Tali opere debbono, comunque, ritenersi soggette alla disciplina generale in materia di realizzazione di opere pubbliche.

CONCESSIONI DI SERVIZI PORTUALI

Infine, le concessioni relative allo svolgimento dei servizi portuali.

Per i porti di navigazione marittima, in base alle recenti modificazioni intervenute nella normativa primaria, le Autorità portuali, o le autorità marittime, possono affidare in concessione, a seguito di pubblica **gara**, esclusivamente i **servizi portuali di interesse generale** (**art. 6, co. 1, lett. b e c, e co. 5, l. 84/94**), essendo invece - come già ricordato - i servizi di carico e scarico, di trasbordo, di deposito, o di movimento di merci, ormai soggetti al regime di autorizzazione (**art. 16, l. 84/94**), e dunque sostanzialmente liberalizzati.

Tale nuova disciplina è da ritenersi applicabile ai porti di navigazione interna. Anche in questo caso, infatti, l'esercizio delle operazioni portuali per conto

terzi non è più sottoposto a concessione amministrativa per l'abrogazione dell'**art. 111 del cod. della nav.** intervenuta con l'art. 27.8 della l. 84/94.

Sia per la navigazione interna che per la navigazione marittima, rimangono regolati dal codice della navigazione e soggetti a concessione i servizi di rimorchio, traino e pilotaggio.

La disciplina delle concessioni in materia di porti si presenta, dunque, come particolarmente articolata, con un panorama delle competenze concessorie disaggregato. I concessionari in genere non sono specificati dalle norme che, peraltro, di rado prevedono l'esperimento di vere e proprie **gare** per l'attribuzione delle concessioni.

In tema di **esclusiva** nello svolgimento dei servizi portuali, si deve ricordare come l'art. 111 del codice della navigazione relativo alle imprese concessionarie di servizi portuali, era stato interpretato in modo da garantire l'esclusiva, anche laddove questa non fosse giustificata da ragioni economiche ed, anzi, comportasse maggiori oneri per gli utenti dei servizi. Questa specifica interpretazione è stata oggetto di censure da parte degli organi comunitari (v., in particolare, la sentenza c.d. «Porto di Genova» della Corte di Giustizia CEE, 10.12.1991, n. C - 179/90).

Riguardo alla **riserva**, valgono le considerazioni di ordine generale sulla natura pubblica dei beni, e dunque si valuta che - in base alla normativa vigente - sia tecnicamente corretto l'uso della concessione amministrativa per la fruizione da parte di privati di detti beni.

Porti e servizi portuali

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva (3)	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione (2)(3)	Gara Durata (2)(3) anni (3)	Rinnovabilità (3)
Legge 2/4/1885, n. 3065 (art. 18)	Costruzione di porti (opere marittime, porti e fari) navigazione marittima	Si	Vari	a.r.	no	opere pubbliche	a.r.	a.r.
Legge 2/4/1885, n. 3065 (art. 18)	Costruzione di porti - navigazione interna	Si	Regione	a.r.	no	opere pubbliche	a.r.	a.r.
Legge 28/1/94, n. 84 (art. 18)	Concessione di aree o banchine - navigazione marittima	Si	Autorità portuale (ove costituita) o Autorità marittima	Imprese autorizzate all'esercizio di attività portuali	si	beni pubblici	3	a.r.
Legge 28/1/94, n. 84 (art. 6, c. I, lett. b)	Mantenimento parti comuni del porto	Si	Autorità portuale (ove costituita) o Autorità marittima	Imprese non identificate dal legislatore	si	servizi pubblici	2	a.r.
Legge 28/1/94, n. 84 (art. 6, c. I, lett. b)	Fornitura servizi di interesse generale	Si	Autorità portuale (ove costituita) o Autorità marittima	Imprese non identificate dal legislatore	si	servizi pubblici	2	a.r.
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 101)	Servizio di rimorchio marittimo	a.r.	Capo compartimento marittimo	a.r.	si	servizi pubblici	3	a.r.
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 225)	Servizi pubblici di rimorchio - navigazione interna - definitivo	a.r.	Regione	a.r.	si	servizi pubblici	3	si
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 225)	Servizi pubblici di rimorchio - navigazione interna - definitivo	a.r.	Regione	a.r.	si	servizi pubblici	3	si
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 225)	Servizi pubblici di traino con mezzi meccanici - navigazione interna - definitivo	a.r.	Regione	a.r.	si	servizi pubblici	3	si
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 225)	Servizio pubblico di rimorchio - navigazione interna - definitivo	a.r.	Regione	a.r.	si	servizi pubblici	3	a.r.
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 225)	Servizio pubblico di traino con mezzi meccanici - navigazione interna - provvisorio	a.r.	Regione	a.r.	si	servizi pubblici	3	a.r.

Segue: *Porti e servizi portuali*

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva (3)	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara Durata (2)(3) anni (3)	Rimovabilità (3)
Regio Decreto 303/42, n.327 (art. 36) e d.P.R. 616/77 (art. 59)	Concessioni di aree o banchine navigazione interna - definitivo	Si	Regione	a.r.	si	beni pubblici	a.r.	a.r.
Regio Decreto 303/42, n. 327 (art. 52)	Impianto ed esercizio depositi e stabilimenti - navigazione marittima	Si	Ministero Trasporti	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.
Regio Decreto 303/42, n. 327 (art. 59)	Impianto ed esercizio depositi e stabilimenti in porti navigazione interna	Si	Regione	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Nel settore PORTI E SERVIZI PORTUALI non sono intervenute di recente innovazioni normative tali da modificare, nella sostanza la disciplina organica prevista dalla legge 84/94.

È opportuno, comunque, segnalare che l'art. 20, comma 8, della legge 15.3.97, n. 59 ha autorizzato il Governo a riformare con regolamento, tra gli altri, i "procedimenti di concessione di beni del demanio marittimo utilizzati per finalità ... relative ai porti" (Allegato, procedimento n. 76).

8. TELECOMUNICAZIONI

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

I servizi di telecomunicazione, per tradizione svolti in maniera preponderante tramite la forma dell'affidamento di tipo concessorio, sono disciplinati dal **d.P.R. 29.3.1973, n. 156**, che li sottopone a **riserva originaria** a favore dello Stato, di modo che il loro esercizio privato possa condursi esclusivamente attraverso una concessione.

Il sistema di concessioni che deriva da tale norma ha per oggetto:

- 1) l'impianto e l'esercizio di stazioni di radioamatore (art. 330)
- 2) l'impianto e l'esercizio di stazioni trasmettenti delle rappresentanze diplomatiche (art. 326)
- 3) l'impianto e l'esercizio di stazioni radioelettriche ad uso privato (artt. 322-325)
- 4) l'impianto e l'esercizio di stazioni radioelettriche di bordo (art. 373)
- 5) i servizi di telecomunicazioni ad uso privato (art. 213-276)
- 6) i servizi di telecomunicazione ad uso pubblico (art. 196-275)

In tutti i casi sopra enumerati, l'autorità concedente è il **Ministero delle Poste e delle telecomunicazioni**, che attribuisce la concessione discrezionalmente.

La struttura delle concessioni utilizzate all'interno di questo settore di mercato prevede l'affidamento in via generale al concessionario della **installazione e dell'esercizio degli impianti di telecomunicazioni per l'espletamento di ogni tipo di servizio**, rendendo, così, superflua la dettagliata enumerazione dei singoli servizi di telecomunicazione oggetto di concessione.

L'attuale assetto del settore delle telecomunicazioni è il risultato di una significativa riorganizzazione (**legge 29.1.1992, n. 58** e **Delib. CIPE del 2.4.1993**). È stata, infatti, condotta una complessa operazione di fusione tra cinque concessionarie di servizi di telecomunicazioni (SIP, Iritel, Italcable, SIRM e Telespazio), le quali fino a quel momento avevano operato in settori fra loro non in concorrenza: nell'agosto 1994 è sorta Telecom Italia S.p.A., che attualmente risulta concessionaria esclusiva (direttamente o a mezzo di società partecipate) della gestione della rete e dei servizi di telecomunicazione ad uso pubblico interni ed internazionali e delle telecomunicazioni via satellite, e concessionaria non esclusiva dei servizi radiomobile marittimo e GSM.

L'esclusiva nella gestione dei servizi e degli impianti di telecomunicazioni, si è regolarmente riproposta come forma normale di esercizio. Viene fatto salvo, come

anticipato, il caso del servizio radioelettrico mobile marittimo che, per determinate classi di navi, è gestito in concessione dalle società SIRM (ora Telecom Italia S.p.A., area strategica e d'affari Clienti privati) e Telemar, senza che, però, di fatto si sia mai determinata una forma di reale concorrenza consentendo l'ingresso nel mercato di altri gestori. La concessione, di concerto tra Ministro delle poste e telecomunicazioni e Ministro della marina mercantile (ora dei trasporti e della navigazione) comprende la prestazione dei servizi radiomarittimi (installazione, manutenzione ed esercizio pubblico e privato di impianti radiotelefonici e radiotelegrafici a bordo delle navi mercantili), tanto nella forma tradizionale che satellitare.

Si è, poi, di recente posto al di fuori dell'esclusiva anche il caso della gestione del servizio di radiotelefonìa cellulare con sistema GSM, che è stato affidato in concessione alle società Omnitel e Telecom Italia (ora Telecom Italia mobile S.p.A.), limitando l'accesso al mercato ad ulteriori concorrenti.

Per ciò che riguarda gli aspetti relativi alla scelta degli esercenti dei servizi di telecomunicazioni, le norme del settore non hanno previsto forme concorrenziali di scelta del concessionario. La prassi ha ampiamente confermato in questo senso il dettato normativo.

La stretta connessione, nell'atto concessorio, fra installazione degli impianti e svolgimento dei relativi servizi, ha determinato, dapprima, una sovrapposizione degli aspetti attinenti alla gestione della rete ed alla fornitura del servizio; e, in conseguenza di ciò, la tendenza espansiva della posizione dominante del concessionario esclusivo dal mercato oggetto di monopolio ai mercati contigui che devono, invece, considerarsi fuori dall'ambito del monopolio ai sensi della normativa comunitaria.

In questa materia la Comunità Europea è intervenuta con la **direttiva n. 90/388** relativa alla liberalizzazione del mercato dei servizi di telecomunicazione, di recente recepita dall'ordinamento interno con **D.lgs. 17.3.1995, n. 103**.

Tale normativa comunitaria ha modificato a fondo l'ambito di incidenza della riserva.

Attualmente la riserva a favore dello Stato in materia di telecomunicazioni viene mantenuta - innanzi tutto - per la costruzione e gestione della rete pubblica di telecomunicazioni. Viceversa, i servizi di telecomunicazione resi sulla rete risultano liberalizzati, nel senso che ciascun operatore economico dovrebbe poter accedere alla rete per prestare servizi di telecomunicazioni, salve, esclusivamente, le limitazioni dovute ad esigenze fondamentali di carattere non economico (ad es. sicurezza della rete, tutela della riservatezza), che possono condizionare il rilascio di autorizzazioni (le quali dovrebbero, comunque essere caratterizzate da un tasso minimo di discrezionalità e rispondere a criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori).

Sono esclusi dalle disposizioni della direttiva i servizi di telex, radiotelefonìa mobile, radioavviso, comunicazione via satellite che resterebbero, comunque, soggetti all'applicazione dei principi generali del Trattato CEE in materia di concorrenza.

Infine, rimangono riservati i servizi di telefonia vocale fino al 1° gennaio 1998, quando saranno completamente liberalizzati.

Dunque, a tutt'oggi - in base al nesso necessario tra concessione e riserva - la concessione risulta pienamente giustificata solo per l'**installazione e la gestione della rete pubblica** di telecomunicazioni e, fino al 1998, per la **telefonia vocale** (e servizi non liberalizzati).

Inoltre, la limitazione dell'ambito della riserva nel mercato delle telecomunicazioni impone una interpretazione restrittiva delle suesposte eccezioni alla liberalizzazione, di modo che risulti in regime di libera concorrenza la fornitura sulla rete pubblica di tutti quei servizi di telecomunicazioni che, pur nella affinità con i servizi ancora riservati, non ne presentino tutti gli elementi caratteristici individuati dalle definizioni presenti all'interno delle direttive comunitarie. Ad esempio, la definizione della telefonia vocale come di un servizio «al pubblico» ha impedito di configurare come tale le telecomunicazioni tra gruppi chiusi di utenti; o, ancora, la necessità del «trasporto diretto e commutato della voce» per poter configurare il servizio di telefonia vocale, consentirebbe - ad esempio - di considerare non riservati, fin d'ora, i servizi di videoconferenza, videotelefono e telefax.

In definitiva, essendosi determinata una erosione delle riserve a livello comunitario, come si è detto, la concessione deve essere limitata - *rebus sic stantibus* - alla costruzione e gestione della rete pubblica di telecomunicazioni, alla telefonia vocale e ai servizi non liberalizzati (telex, radioavviso, radiomobile, satellite).

Per i restanti casi di servizi di telecomunicazioni, il sistema dovrebbe essere quello autorizzatorio, caratterizzato da scarsa discrezionalità, in base ai criteri dianzi esposti.

In tal senso, è di recente intervenuto un Decreto del Presidente della Repubblica (d.P.R. 4.9.1995, n. 420) che, disciplinando caratteristiche e modalità di svolgimento dei servizi di telecomunicazioni liberalizzati ha previsto per lo svolgimento dei medesimi il rilascio da parte del Ministero delle poste e telecomunicazioni di una autorizzazione (a. 5) di durata novennale rinnovabile (a. 11), non cedibile a terzi. Le autorizzazioni di servizi liberalizzati, risulteranno all'interno di un Pubblico Registro tenuto presso il Ministero concedente (a. 8). E', così, venuta a cadere la necessità della concessione amministrativa per l'erogazione di servizi di telecomunicazione liberalizzati (gruppo chiuso d'utenti - art. 1 e 2, ecc.).

Per ciò che, invece, riguarda i possibili futuri mutamenti di questo sistema, va detto che se lo sviluppo tecnologico consentisse la liberalizzazione anche della costruzione e gestione delle reti di telecomunicazioni, dovrebbe verificarsi una totale caduta della concessione nel settore. Il regime autorizzatorio dovrebbe essere generalizzato e affidato alla competenza di una autorità indipendente di regolazione, secondo un modello auspicabilmente diverso da quello previsto dalla legge 14.11.1995, n. 481, che non prevede direttamente in capo all'autorità il potere di rilasciare le autorizzazioni in argomento, ma ne limita il ruolo alla consulenza e proposta (art. 2, co. XII, lett. a, b, d).

Telecomunicazioni

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara Durata (2) anni (3)	Rinnovabilità (3)
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (artt. 196 e 257), d.P.R. 13/8/84, n. 523 (art. 1) e D.Lgs. 17/3/95, n. 103	Installazione impianti telecomunicazioni ad uso pubblico nazionale	Si	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Telecom Italia S.p.a.	si	opere pubbliche	3 a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (artt. 196 e 257), d.P.R. 13/8/84, n. 523 (art. 1) e D.Lgs. 17/3/95, n. 103	Servizi di telecomunicazioni ad uso pubblico non liberalizzati (telex, satelliti, radiomobili analogici, radioav.)	Si	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Telecom Italia S.p.a.	si	servizi	3 a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (artt. 196 e 257), d.P.R. 13/8/84, n. 523 (art. 1) e D.Lgs. 17/3/95, n. 103	Servizio di telefonia vocale	Si	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Telecom Italia S.p.a.	si	servizi	3 a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (artt. 322 e 325)	Impianto ed esercizio stazioni radioel. ad uso privato	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Aziende, Istituti o Enti di nazionalità estera	no	altro	3 1	si
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (artt. 322)	Impianto ed esercizio stazioni radioel. ad uso privato	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Aziende, Istituti o Enti di nazionalità estera	no	altro	3 a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (artt. 326)	Impianto ed esercizio stazioni trasmettenti rappresentanze diplomatiche	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Rappresentanze diplomatiche	si	altro	3 a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (artt. 330)	Impianto ed esercizio stazioni di radiceamatore	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	a.r.	si	altro	3 5	si
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (artt. 334)	Attribuzione frequenze riservate per apparecchi ricetrasmittenti di deb. pot.	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	a.r.	si	altro	3 a.r.	a.r.

Segue: **Telecomunicazioni**

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
29/3/73, n. 156 (art. 373)	Servizio radioelettrico di bordo	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Società italiane con scopo sociale escluso.	si	altro	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156,	Servizio radiomobile GSM	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Omnitel S.p.a. e Telecom S.p.a.	no*	servizi	3	15	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Il settore delle TELECOMUNICAZIONI ha di recente visto modificare radicalmente il proprio regime giuridico, nella direzione da tempo annunciata e nelle scadenze imposte dalla Unione Europea, come recepite dalla normativa interna.

Con la legge 31.7.1997, n. 249 ("Istituzione **dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radio - televisivo**") si ribadisce l'obbligo di separazione tra attività di gestione di infrastrutture/servizi di telecomunicazioni e attività di regolazione del mercato. Nella stessa norma è espressamente posto il "divieto di posizioni dominanti" (a. 2) che si configura come una fattispecie ulteriore rispetto allo "sfruttamento abusivo di posizione dominante" già regolata dalla l. 287/90.

Il d.P.R. 19.9.1997, n. 318 ("Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni") ha, poi, predisposto una puntuale normativa del settore.

Si afferma, così, nel regolamento che tanto "l'installazione, l'esercizio e la fornitura di reti di telecomunicazioni" quanto la "prestazione dei servizi" - definite attività di preminente interesse generale - sono fondate "sulla libera concorrenza e pluralità dei soggetti operatori nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità" (a. 2, comma 1, lett. a).

Il sistema complessivo delle telecomunicazioni dovrà essere orientato al "rispetto degli obblighi di fornitura del servizio universale"⁽¹⁾ (lett. b) - il cui ambito oggettivo e soggettivo è individuato dall'Autorità per le comunicazioni - come peraltro ribadito dalla l. 249/97, a. 5, comma 5, che rinvia ai criteri in materia stabiliti dall'UE.

Il **servizio universale** - la cui nozione è soggetta ad evoluzione in base al progresso tecnologico (a. 3, comma 2) - comprende in questo settore (a. 3, comma 1):

1) il servizio di telefonia vocale (chiamate nazionali/internazionali; comunicazioni fax; trasmissione dati; accesso gratuito ai servizi di emergenza; fornitura di servizi tramite operatore);

2) la fornitura dell'elenco abbonati (rete urbana di appartenenza);

3) i servizi di informazione abbonati;

4) la fornitura di apparecchi telefonici pubblici a pagamento;

5) servizi per utenti disabili;

6) collegamenti e servizi per la cura di interessi pubblici nazionali (servizi di pubblica sicurezza; soccorso pubblico; difesa nazionale; giustizia; governo).

(1) Per servizio universale si intende "un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo accessibile" (art. 1, lett. z). I contenuti del servizio universale all'interno del settore TLC sono definiti all'a. 3 del D.P.R. citato.

La normativa interna prevede - in attuazione dei disposti comunitari - **l'abolizione** (completa e definitiva) **dei diritti speciali ed esclusivi** che renderebbe, quindi, definitivamente inattuale:

- qualsiasi riconoscimento di forme di esclusiva, tanto nello svolgimento di attività "di rete" che "di servizio";
- la concessione come strumento di regolazione del settore.

È individuato (a. 2, comma) il termine del 1° gennaio 1999 come la data entro cui "sono modificate, su iniziativa dell'Autorità, le concessioni ad uso pubblico e le autorizzazioni [n.d.r. esistenti]...al momento dell'entrata in vigore del presente regolamento, allineandole alle disposizioni in esso contenute". Da quella data in poi gli obblighi che dovessero risultare ancora non conformi sono da considerarsi "privi di effetto" (a. 2, comma 6). Dunque, in realtà, sembra sussistere ancora una possibilità di rinvio per l'attuazione dell'ultima fase della liberalizzazione all'interno del mercato delle telecomunicazioni.

Gli strumenti approntati dalle norme in sostituzione delle concessioni sono le **autorizzazioni generali** e le **licenze individuali** (a. 6) rilasciate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in base a criteri oggettivi, proporzionali, non discriminatori, trasparenti (a. 2, comma 7).

In particolare:

a) soggetta ad autorizzazione generale (ottenibile su semplice denuncia d'inizio attività o con l'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso) è "l'offerta al pubblico di servizi diversi da telefonia vocale, dall'installazione e dalla fornitura di reti pubbliche di telecomunicazioni" (comma 1);

b) soggetta a licenza individuale (per il conferimento ad una impresa di diritti specifici o per assoggettarla ad obblighi specifici, eventualmente aggiuntivi rispetto a quelli della autorizzazione generale) è "l'offerta di servizi diversi da quelli per i quali... è prevista un'autorizzazione generale...di quelli che richiedano l'uso di risorse scarse...o che siano soggetti ad obblighi particolari" (comma 6). Per il rilascio di licenze individuali - di durata massima quindicennale - l'Autorità utilizza procedure aperte, non discriminatorie e trasparenti (a. 6, comma 13).

È, peraltro, prevista la possibilità di "contingentare" il numero delle licenze individuali, ma solo per limitata disponibilità di prestazioni della rete e solo per il tempo necessario ad implementarne la capacità: le limitazioni devono, in ogni caso, rispettare i principi già ricordati di proporzionalità, obiettività, non discriminazione e trasparenza (a. 2, comma 8).

Vengono confermate dalla norma (a. 4, comma 3) eventuali concessioni su beni pubblici nel caso di installazione di reti di telecomunicazioni che li coinvolga.

Il d.P.R. 318/97 individua, poi, la società TELECOM Italia come "organo di telecomunicazioni incaricato di fornire il servizio universale sul territorio nazionale": dal 1° gennaio 1998 - con una fase iniziale che prevede il rilascio di autorizzazioni provvisorie per la sperimentazione (a. 2, comma 3) - anche altri organismi possono essere incaricati della fornitura del servizio universale, se in grado di

garantirne l'erogazione "su tutto il territorio nazionale o su parte di esso a condizioni economiche accessibili a tutti e non discriminatorie rispetto alla localizzazione geografica dell'utente" (a. 3, comma 4).

Sono, peraltro previste:

- forme di finanziamento degli obblighi di servizio universale (a. 3, comma 7) a carico delle imprese operanti nel settore;
- obblighi di separazione contabile per attività riguardanti installazione ed esercizio delle reti, da una parte, e fornitura dei servizi dall'altra. (a. 9, d.P.R. 318/97 e a. 4, comma 4, l. 249/97).

A fronte di questa complessiva ristrutturazione del settore, si ritiene di dover solo accennare - per completezza ricostruttiva - ad alcune significative disposizioni (comunitarie ed interne) emanate dal 1993 ad oggi.

1) La direttiva 94/46/CE (recepita con il D.lgs. 11.2.97, n. 55) sulla liberalizzazione delle comunicazioni via satellite (apparecchiature terminali e servizi - a. 2 del D.lgs. 55/97), con la quale sono aboliti i diritti speciali ed esclusivi ancora vigenti (a. 3) e si subordina la fornitura dei servizi al rilascio di una autorizzazione del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni (a. 9), di durata massima novennale.

2) La direttiva 95/51/CE sulla "eliminazione delle restrizioni riguardanti l'uso delle reti televisive via cavo per la fornitura di servizi di telecomunicazione già liberalizzati".

3) La direttiva 95/62/CE "sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale".

4) Il d.P.R. 4.9.95, n. 420 in materia di servizi liberalizzati di telecomunicazione - subordinati ad autorizzazione del Ministero delle poste e telecomunicazioni - ed, in particolare, in materia di "gruppo chiuso di utenti".

5) La direttiva 96/2/CE che ha apportato modifiche alla 90/388/CE in relazione al settore delle comunicazioni mobili e personali. Tale direttiva è stata:

- recepita dal d.l. 1.5.1997, n. 115 che ha soppresso i diritti esclusivi e speciali per la fornitura dei servizi in materia; ha abolito restrizioni ai gestori per l'installazione o l'impiego di infrastrutture; ha sottoposto le imprese a regime di autorizzazione;

- attuata dal D.P.C.M. 7.8.97 che ha - tra l'altro - istituito un Comitato dei Ministri con compiti di "previsione delle misure atte a garantire condizioni di concorrenza, di coordinamento della procedura di gara e di selezione dei relativi valutatori".

6) La direttiva 96/19/CE (modificativa della 90/388/CE) sulla realizzazione della piena concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni.

7) La direttiva 97/13/CE sulla disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazioni.

8) La direttiva 97/33/CE sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP).

9. ACQUE PUBBLICHE

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

In materia di demanio idrico la competenza concessoria è ripartita tra le amministrazioni centrali e periferiche del **Ministero delle finanze** (pertinenze di demanio idrico: argini, terreni circoscrivibili, alveo abbandonato, ecc.) e del **Ministero dei lavori pubblici** che esercita, tra l'altro, le funzioni di polizia delle acque (concessioni di alveo vivo, derivazioni di acque, estrazioni di sabbia e ghiaia, spiagge lacuali, ecc.).

L'aspetto di maggiore rilievo economico e giuridico attiene allo sfruttamento delle acque attraverso derivazioni delle stesse, che può giustificarsi, come previsto dal **R.D. 11.12.1933 n. 1775** modificato dal **D.lgs. 12.7.1993, n. 275**, per quattro diversi scopi:

- 1) per forza motrice (v. anche n. 10 - energia elettrica),
- 2) per acqua potabile,
- 3) per irrigazione,
- 4) per bonificazione per colmata.

Le derivazioni di acque, che consistono in concessioni amministrative, sono distinte dalle norme in piccole e grandi derivazioni. In particolare, le piccole derivazioni di acque sono divenute di competenza delle **Regioni**, per il trasferimento operato dapprima con il **d.P.R. 14.1.1972, n. 2**, e poi con l'**art. 90, I co., n. 2), del d.P.R. 24.7.1977, n. 616**, mentre per le grandi derivazioni è rimasto competente il **Ministero dei lavori pubblici**.

Nella prassi, l'atto di concessione che autorizza e disciplina la derivazione di acque segue, solitamente con ampio ritardo, un'autorizzazione provvisoria alla derivazione.

La concessione di acque pubbliche può essere trasferita a terzi, anche se solo in seguito ad apposita autorizzazione del Ministero dei Lavori Pubblici, sentito il Ministero delle Finanze (art. 20, T.U. acque).

Per ciò che riguarda la scelta del concessionario, nelle attribuzioni a privati di demanio idrico dovrebbero, generalmente, essere espletati «pubblici incanti» (art. 10, T.U. 1.12.1895, n. 726), e - comunque - si realizzerebbe una forma di comparazione fra le domande eventualmente concorrenti (art. 9, **R.D. 1775/33, come modificato dal D.lgs. 275/93**), che pure mantiene margini di discrezionalità, assicurando la preferenza alla domanda che «da sola o in concessione con altre utenze concesse o richieste presenti la più razionale utilizzazione

delle risorse idriche» in relazione a specifici criteri fissati normativamente. A tale scopo è, infatti, orientato il procedimento per l'assegnazione delle concessioni: l'ufficio che istruisce la concessione deve pubblicare avviso dell'avvenuta presentazione della domanda sulla Gazzetta Ufficiale e sul Foglio Annunzi Legali della provincia interessata (art. 7, III co., T.U. acque), in modo da provocare - al più tardi entro 90 giorni (art. 7, u.c., T.U. acque) - la presentazione di ulteriori domande di concessioni relative a derivazioni di acque incompatibili con la prima e da poter, così, valutare compiutamente quale tra le forme alternative di utilizzazione del bene soddisfi meglio l'interesse pubblico.

Nei casi di utilizzazione di acque pubbliche, la **riserva** viene a cadere sul bene acqua, che è definito come bene appartenente al demanio necessario dall'**art. 822 del codice civile**. La natura pubblica delle acque, superficiali e sotterranee, è stata di recente ribadita dall'**art. 1 della legge 5.1.1994, n. 36**. Rimane, pertanto, pertinente lo strumento della concessione per la utilizzazione da parte di privati delle acque agli scopi indicati dalle norme dianzi ricordati, in relazione alla essenzialità del bene per l'interesse della collettività. Le concessioni per lo sfruttamento di acque sono, peraltro, sottoposte a canoni ed altri oneri finanziari a titolo di corrispettivo per l'utilizzazione di risorse pubbliche.

Avendo riguardo alla questione dei **servizi idrici** - da sempre considerati un classico esempio del monopolio naturale - l'aspetto che maggiormente rileva, dal punto di vista della concorrenza è senz'altro quello relativo ai criteri di scelta del gestore del servizio che, inevitabilmente, sarà un servizio in esclusiva.

A tale proposito, per ciò che riguarda la costruzione e gestione di acquedotti e fontane e la distribuzione di acqua potabile, si deve rinviare alla norma sulla municipalizzazione dei pubblici servizi, tuttora vigente (**R.D. 15.10.1925, n. 2578**), che ne attribuisce la titolarità ai comuni, i quali possono in ogni tempo affidarne l'esercizio in concessione, senza che però vi sia un riferimento alla necessità di gare pubbliche per la scelta del concessionario.

L'**art. 20 della legge 36/94**, disciplina, invece, l'ipotesi di affidamento in concessione del servizio idrico integrato, il quale consiste nella «captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue» (**art. 4, lett. f**), assoggettandolo alla normativa comunitaria degli enti erogatori di acqua (**Dir. 90/531/CEE del 17.9.1990**) e, nel caso di concessione di costruzione e gestione, anche alla disciplina in materia di appalti di lavori pubblici.

Acque pubbliche

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
Decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 2/1/47, n. 2	Acque pubbliche per produzione energia elettrica - Sicilia	Si	Regione	Ente siciliano di elettricità	si	beni pubblici	1	a.r.	a.r.
Legge 5/1/94, n. 36 (art. 20)	Gestione servizio idrico integrato	Si	Ministero Lavori	a.r.	si	servizi	3	a.r.	a.r.
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 (art. 6, lett. a)	Grandi derivazione acque	No	Ministero Lavori	a.r.	si	beni pubblici	2	60	si
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 (art. 6, lett. a) e d.P.R. 24/7/77, n. 616 (art. 90)	Piccole derivazioni acque pubbliche per forza motrice	No	Regione	a.r.	si	beni pubblici	2	30	si
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 (art. 6, lett. b)	Grandi derivazioni acque pubbliche per acque potabile	No	Ministero Lavori Pubblici	a.r.	si	beni pubblici	2	70	si
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 (art. 6, lett. b) e d.P.R. 24/7/77, n. 616 (art. 90)	Piccole derivazioni acque pubbliche per forza motrice	No	Regione	a.r.	si	beni pubblici	2	30	si
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 (art. 6, lett. b)	Grandi derivazioni acque pubbliche per irrigazione	No	Ministero Lavori Pubblici	Titolare fondo da irrigare	si	beni pubblici	2	70	si
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 (art. 6, lett. b) e d.P.R. 24/7/77, n. 616 (art. 90)	Piccole derivazioni acque pubbliche per forza motrice	No	Regione	Titolare fondo da irrigare	si	beni pubblici	2	30	si
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 (art. 6, lett. b) e	Grandi derivazioni acque pubbliche per bonificazione per colmata	No	Ministero Lavori	a.r.	si	beni pubblici	2	70	si

Segue: *Acque pubbliche*

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 (art. 6, lett. d) e d.P.R. 24/7/77, n. 616 (art. 90) colmata	Piccole derivazioni acque pubbliche per bonificazione per	No	Regione	a.r.	si	beni pubblici	2	30	si
Regio decreto 11/12/33, n. 1775 e Legge 6/12/62, n. 1643 (art. 4, n. 9)	Derivazioni di acque per forza pubbliche per bonificazione per idroelettriche perpetue	Si	Ministero Lavori	E.N.E.L.	si	beni pubblici	1	a.r.	a.r.
Regio decreto 15/10/25, n. 2578 (artt. 1 e 26)	Costruzione acquedotti e fontane e distribuzione acqua potabile	Si	Comune	a.r.	si	mista	3	a.r.	a.r.
Regio decreto 2/11/33, n. 1579 (Legge 14/2/72, n. 2 (art. 1))	Uso industriale acque salso-bromo-iodiche	Si	Regione	Imprese non identificate dal legislatore	si	beni pubblici	3	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
nc* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Nel settore ACQUE non sono intervenute di recente innovazioni normative tali da modificare, nella sostanza la struttura concessoria del regime di disciplina.

È opportuno, comunque, ricordare che l'art. 20, comma 8, della legge 15.3.97, n. 59 ha autorizzato il Governo a riformare con regolamento, tra gli altri, il "procedimento per la richiesta di escavazione di pozzi e per la concessione di uti - lizzo d'acqua per uso industriale".

Si segnala, peraltro, che il recentissimo schema di decreto legislativo sul con - ferimento delle funzioni e dei compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali (febbraio 1998) prevede che "alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le regioni competenti per territorio" (a. 84), escluso per ciò che riguarda "le grandi derivazioni ad uso idroelettrico" (a. 86, lett. i).

10. ENERGIA ELETTRICA

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

Con la **legge 6 dicembre 1962, n. 1643**, in attuazione di quanto disposto dall'art. 43 Cost. e in considerazione della centralità del settore per la soddisfazione dei bisogni primari dell'uomo (illuminazione, riscaldamento, ecc.) e per la fruizione di altri importanti servizi (trasporti, informazione, ecc.), non altrimenti accessibili in mancanza di energia, è stato introdotto un regime di **riserva legale** a favore dell'ENEL (Ente nazionale per l'energia elettrica), in ordine alla "produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita di energia elettrica", il che ha comportato come conseguenza il divieto per tutti gli altri soggetti di esercitare le predette attività, determinando perciò la nascita di un vero e proprio monopolio legale.

Le uniche eccezioni a tale divieto sono state previste in relazione:

a) alle **imprese autoproduttrici**, produttori cioè energia elettrica diretta a soddisfare i fabbisogni inerenti ad altri processi produttivi espliciti dalle imprese stesse (art. 4, n. 6, l. n. 1643/62);

b) alle **piccole imprese di produzione o produzione-distribuzione**, le quali non abbiano prodotto oppure prodotto e distribuito mediamente nel biennio 1959-60 più di 15 milioni di Kwh per anno (art. 5, n. 8, l. n. 1643/62);

c) alle **imprese gestite dagli enti locali** a norma del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 (imprese municipalizzate: si veda, oggi, l'art. 22 della legge 8 giugno 1990, m. 142) previa concessione, da parte dell'ENEL, dell'esercizio attività elettriche (art. 4, n. 5, l. n. 1643/62).

Tale sistema ha però subito recentemente sostanziali modifiche nel senso di una parziale liberalizzazione in seguito all'entrata in vigore delle leggi nn. 9 e 10 del 9 gennaio 1991, con le quali si è data attuazione a quanto previsto nel Piano energetico nazionale (PEN), approvato dal Consiglio dei ministri il 10 agosto 1988. Altre ed importanti modifiche sono state poi apportate a seguito dell'entrata in vigore della legge 14 novembre 1995, n. 481, recante norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità, nonché per l'istituzione di Autorità di regolazione di tali servizi.

Innanzitutto, in base a quanto disposto dalla legge n. 9/91, è stata totalmente liberalizzata la produzione di energia elettrica dagli impianti che utilizzano fonti rinnovabili o assimilate, che non sono più soggetti alla riserva a favore dell'ENEL.

La liberalizzazione prescinde dall'indicazione di un limite di potenza superato il quale la produzione rientrerebbe nell'area delle attività riservate all'ENEL; non viene poi previsto il possesso da parte del produttore di specifici requisiti, essendo possibile a chiunque produrre energia elettrica tramite l'utilizzo di fonti rinnovabili o assimilate. Anche in relazione all'autoproduzione sono state introdotte innovazioni di particolare importanza. La produzione di energia elettrica non dovrà avvenire soltanto per uso proprio (non è più applicabile il vincolo all'autoconsumo del 70% dell'energia prodotta), ma anche per cessione all'ENEL e, in caso di imprese costituite in forme societaria, per uso delle società controllate, della società controllante e delle società controllate dalla medesima società controllante, con ammissione di scambi e cessioni tra queste ultime. L'autoproduzione potrà avvenire anche con nuovi impianti, una volta ottenuta l'autorizzazione del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, tenendo conto della compatibilità con le finalità di interesse generale del servizio pubblico e della corrispondenza ad esigenze di natura economico-produttiva del collegamento tra le varie società, anche in relazione ad esigenze non attinenti a nuovi piani produttivi.

A seguito della trasformazione dell'ENEL in società per azioni, avvenuta con legge 8 agosto 1992, n. 359, la riserva originariamente disposta a favore di quest'ultimo deve intendersi implicitamente trasferita allo Stato. La legge n. 359/92 ha disposto che tutte le attività e tutti i diritti precedentemente riservati all'ente pubblico nazionale siano attribuiti alla nuova società per azioni a titolo di concessione, cui deve accedere una apposita convenzione. La durata del rapporto concessorio, non determinata dall'art. 14, comma 3, di tale legge (la quale prevede esclusivamente un periodo minimo non inferiore a vent'anni) deve intendersi oggi circoscritta a quarant'anni, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 481/95 (art. 2, comma 35).

La trasformazione dell'ENEL in società per azioni è pertanto avvenuta in un quadro di sostanziale continuità rispetto al passato, caratterizzato, come si è visto, dall'esistenza di una situazione di quasi completo monopolio. Non si possono non rilevare, a questo riguardo, alcune rilevanti anomalie in relazione alla posizione che viene riservata all'ENEL S.p.A. nel settore delle attività elettriche. Non si dimentichi, infatti, che nonostante l'ENEL rivesta la natura di società per azioni (sia pure, per il momento, a partecipazione totalitaria da parte dello Stato), esso adotta, in alcuni casi, veri e propri atti amministrativi, esplicando una sorta di capacità di diritto pubblico. Si pensi agli atti emessi nell'esercizio delle sue funzioni di controllo e coordinamento nei confronti delle imprese esonerate dalla nazionalizzazione (artt. 11 e 17 e ss del d.P.R. 18 marzo 1965, n. 342) o, ancora, in tema di autoproduzione, alla previsione della necessità per le imprese autoproduttrici di stipulare con esso una convenzione per poter cedere, scambiare, produrre per conto terzi o provvedere al vettoriamento dell'energia elettrica (il che, insieme alla necessità di un'apposita autorizzazione del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e di una determinazione autoritativa dei prezzi di cessione, costituisce un gravissimo limite alla parziale liberalizzazione del settore).

Prima di esprimere un giudizio definitivo al riguardo, bisognerà peraltro attendere l'attivazione delle autorità per i servizi di pubblica utilità e, in particolare, dell'Autorità di regolazione per l'energia elettrica e il gas, la cui istituzione è stata prevista dall'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, pur dovendosi rimarcare sin da ora come il legislatore, nell'attribuire alle stesse soltanto il potere di formulare osservazioni e proposte in materia concessoria, nonché di controllo sullo svolgimento dei servizi da parte dei concessionari e nel conservare, parallelamente, una posizione di rilievo ai Ministri competenti nei singoli settori, abbia perso un'occasione preziosa per riconoscere a tali autorità, rientranti a buon diritto nella nozione di amministrazione indipendente, una posizione di assoluta preminenza nella disciplina amministrativa del rispettivo settore, secondo il modello diffuso in sistemi tendenzialmente "monisti" (contrari, in via di principio, a forme di commistione nell'esercizio di poteri da parte di strutture di tipo ministeriale e di agenzie indipendenti), quali gli Stati Uniti d'America.

Una novità di particolare interesse, specie per quanto concerne le prospettive di privatizzazione dell'ENEL, è poi costituita dalla previsione, contenuta nel combinato disposto degli artt. 2, comma 12, lett. f), e 3, comma 8, della legge n. 481/95, il quale prevede che venga attuata dagli esercenti il servizio nel settore elettrico, entro due anni dall'entrata in vigore di tale legge, una netta separazione contabile per le diverse fasi di generazione, trasmissione e distribuzione dell'energia, come se le stesse fossero gestite da imprese separate.

Per quanto concerne le imprese elettriche degli enti locali, la legge n. 9/91 ha conservato il precedente regime concessorio, ma ha prescritto la sostituzione delle concessioni in atto con nuove concessioni. In base a quanto disposto dall'art. 3, comma 8, della legge n. 481/95, esse sono rilasciate dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato. Con ciò si è peraltro eliminata una delle più rilevanti anomalie caratterizzanti la posizione istituzionalmente riservata all'ENEL, che, pur rivestendo la natura di società per azioni, veniva a concedere, ai sensi dell'art. 21 della l. n. 9/91, alle imprese municipalizzate l'esercizio di attività elettriche, emanando a tal fine degli atti che oggi avrebbero dovuto più correttamente qualificarsi come di sub-concessione. I rapporti tra le imprese elettriche degli enti locali e l'ENEL restano invece regolati da convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 21 della legge n. 9/91, sulla base di una convenzione-quadro tra l'ENEL e l'organizzazione di categoria delle imprese interessate (prevedendosi altresì, in mancanza di accordo tra l'ENEL e le singole imprese, l'intervento sostitutivo sempre del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato). Al riguardo, la prima convenzione-quadro è stata varata dal Ministro dell'industria con D.M. 10 aprile 1992, nel quale si è previsto che le concessioni alle imprese elettriche degli enti locali abbiano la durata di 60 anni, prorogabile, alla scadenza, per ulteriori 60 anni, un termine questo che però, allo stesso modo di quanto si è detto per la convenzione di concessione tra lo Stato e l'ENEL, deve ritenersi ridotto a quarant'anni, ai sensi dell'art. 2, comma 35, della più volte citata legge n.481/95.

Sotto il profilo della normativa comunitaria, fino ad oggi sono state emanate in materia soltanto due direttive del Consiglio, la n. 90/377/CEE del 29 giugno 1990, rivolta ad accrescere il grado di trasparenza dei prezzi applicati nei singoli Stati membri ai consumatori industriali finali di energia elettrica, e la n. 90/547/CEE del 29 ottobre 1990, avente ad oggetto il transito internazionale di energia elettrica sulle grandi reti di trasporto ad alta tensione.

Il 24 febbraio 1992 la Commissione ha poi presentato al Consiglio un progetto di direttiva decisamente orientato nel senso di una profonda liberalizzazione del mercato delle attività elettriche e, in particolare, volto:

- quanto alla costruzione e alla gestione di impianti di generazione e di linee elettriche, a consentirla liberamente, dietro l'ottenimento di una semplice autorizzazione da rilasciarsi al solo fine di garantire la sicurezza e l'integrità degli impianti, la tutela ambientale, una opportuna localizzazione delle iniziative e di controllare la capacità tecnica e finanziaria dell'impresa richiedente;

- quanto alla trasmissione e vendita dell'energia, a consentire a tutti i produttori di rifornire i propri clienti mediante l'utilizzazione di linee dirette o del sistema interconnesso, permettendo a questi ultimi di scegliere liberamente il proprio fornitore, a condizioni di prezzo liberamente formate sul mercato, determinando la fine di tutti i regimi di riserva e configurando tale sistema interconnesso come infrastruttura pubblica di servizio, cui garantire l'accesso a tutti gli operatori.

Tale progetto di direttiva ha comunque subito alcune modifiche, a seguito della formulazione di alcuni rilievi da parte del Comitato economico sociale e del Parlamento europeo, prevedendosi ora, relativamente all'accesso al mercato, in alternativa al predetto sistema autorizzatorio, un regime fondato sulla preventiva quantificazione delle necessità di costituire nuove capacità produttive (competitive bidding) e sull'utilizzazione di procedure di tipo concorsuale per assegnare, attraverso una sorta di appalto organizzato dalle autorità pubbliche, l'incarico di provvedere alla costituzione di tali nuove capacità. Viene peraltro mantenuto il principio del libero accesso dei terzi alle reti (alle condizioni liberamente contrattate dalle parti, salvo il ricorso ad una autorità indipendente appositamente costituita) e la possibilità per le società di distribuzione e per le utenze industriali con consumi superiori ai 100 Gwh di concludere contratti diretti di fornitura con produttori nazionali o esteri.

Nel frattempo sono in corso in alcuni paesi europei (si pensi, in primo luogo, alla Gran Bretagna, ma ora anche alla Spagna) alcune importanti iniziative volte a realizzare una piena liberalizzazione di tale settore.

Energia elettrica

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2) anni (3)	Durata (2) anni (3)	Rinnovabilità (3)
d.P.R. 28/1/94	Produzione energia elettrica con carbone miniere sulcis	Si	Comitato di coordin. accordo di programma	a.r.	si	servizi	2	a.r.	a.r.
Legge 6/12/62, n. 1643 e Legge 8/8/92, n. 339 (art. 14) e Legge 14/11/95, n. 481 (art. 2, c. 35)	Esercizio attivazione, produzione, importazione, esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita energia elettrica	Si	Ministero Industria	E.N.E.L.	si	servizi	1	40	a.r.
Legge 9/1/91, n. 9 (art. 21 c. 1 e 2 D.M. 10/4/92) e Legge 14/11/95, n. 481 (art. 3, c. 8 e art. 2, c. 35)	Esercizio attivazione, produzione trasformazione, distribuzione e vendita energia elettrica	Si	Ministero Industria	Imprese elettriche Enti locali	si	servizi	3	40	si
Regio decreto 15/10/25, n. 2578 (art. 1 e 26)	Impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica	Si	Comune	a.r.	si	mista	3	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Il 19 dicembre 1996 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno varato la direttiva 96/92/CE avente ad oggetto norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, con la quale è stata espressamente vietata l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi per la produzione, l'importazione e l'esportazione di energia elettrica, l'installazione di linee elettriche, l'utilizzo di reti di distribuzione e di trasmissione, riconoscendosi il diritto di acquistare e vendere elettricità a determinate categorie di utenti, definiti «idonei» (tra i quali rientrano tutti i clienti il cui consumo superi i 100 GWh all'anno, nonché quelle tipologie di clienti che siano ricondotte a tale categoria in sede di recepimento della direttiva).

Per alcuni profili la direttiva, in considerazione delle differenze strutturali dei mercati dell'energia nei vari Stati membri, lascia a questi ultimi la possibilità di scegliere tra diverse opzioni, dettando solo un quadro di principi generali.

Così, per la costruzione di nuovi impianti di generazione, si è lasciata piena libertà in ordine alla scelta tra un sistema in cui la costruzione di tali impianti è subordinata esclusivamente al rilascio di una autorizzazione e uno fondato sull'utilizzazione di procedure di tipo concorsuale per assegnare, tramite appalto, a singole imprese l'incarico di costituire nuove capacità produttive: due soluzioni alternative che devono essere comunque attuate secondo criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori.

Per quanto riguarda l'organizzazione dell'accesso alla rete, è consentita agli Stati membri la scelta tra un accesso liberamente negoziato tra le parti e la designazione di una persona giuridica che funga da acquirente unico dell'energia all'interno del territorio coperto dal gestore della rete, senza che vi sia, almeno per maggioranza degli utenti, la possibilità di un contatto diretto con i produttori.

Anche nel settore dell'energia elettrica viene poi introdotto il principio della separazione contabile per il caso in cui una impresa elettrica «verticalmente integrata» svolga contemporaneamente le funzioni di generazione, distribuzione agli utenti e trasporto di energia.

Solo tale ultima funzione può essere riservata in esclusiva (forse anche in regime di concessione) ad un gestore responsabile della manutenzione della rete di distribuzione, il quale deve garantirne la sicurezza, l'affidabilità e l'efficienza e non deve discriminare tra gli utenti o le categorie di utenti della rete.

Deve essere comunque realizzata la piena interoperabilità ed interconnessione delle reti.

Al fine di sciogliere le diverse opzioni contenute nel testo della direttiva è stata costituita con decreto del Ministro dell'industria, commercio e artigianato del 24 settembre 1996 una commissione consultiva la quale ha approvato il 28 gennaio 1997 il proprio documento finale, esprimendo un parere favorevole all'adozione, in tema di costruzione di nuovi impianti, di un sistema autorizzatorio e, in tema di accesso alla rete, del sistema dell'acquirente unico.

11. STRADE E AUTOSTRADE

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

L'analisi congiunta delle concessioni nel settore stradale e autostradale trova la sua giustificazione nella loro comune natura di infrastrutture viarie destinate a soddisfare le esigenze delle comunicazioni terrestri.

Le strade hanno, per lo più, natura di beni pubblici, la cui proprietà è per legge riservata agli enti pubblici territoriali (art. 822, comma 2, e 824, comma 1, del codice civile; art. 11 della legge 16 maggio 1970, n. 281; artt. 32 e ss., 5, 14 e 66, rispettivamente degli Statuti delle Regioni Sicilia, Valle d'Aosta, Sardegna e Trentino-Alto Adige). Esse costituiscono il c.d. demanio stradale, che è accidentale e artificiale.

Il ricorso allo strumento concessorio si giustifica, in questo caso, con riferimento alla distinzione tra uso pubblico generale e uso particolare della strada. Se l'uso generale è rappresentato dalla circolazione, che è consentita a tutti, sia pure nel rispetto delle norme del codice stradale (D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285; il relativo regolamento di attuazione è stato emanato con il d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495), gli usi particolari, in quanto potenzialmente pregiudizievoli per la libertà anche materiale della sede stradale e, quindi, per la circolazione, sono subordinati a licenza o concessione degli enti proprietari delle strade. Scendendo ad un maggiore dettaglio, sono subordinati a concessione l'uso dell'area necessaria per la realizzazione di pertinenze di servizio e, in particolare, di aree di servizio destinate al rifornimento e al ristoro degli utenti della strada e di aree destinate a parcheggio e sosta (art. 24 Cod. Strada e artt. 60 e ss. Reg.), nonché gli attraversamenti (anche in sotterraneo o con strutture sopraelevate) e le occupazioni stradali (art. 25 Cod. Strada e artt. 65 e ss. Reg.). Al riguardo, si veda anche il R.D. 8 dicembre 1933, n. 1740, recante norme per la tutela delle strade e per la circolazione, per quanto concerne la conduzione di acque nei fossi delle strade e, in generale, la realizzazione di impianti e opere che possano menomare la buona conservazione delle strade medesime (art. 6).

Per quanto concerne, invece, le autostrade, poiché tutta la rete autostradale è stata realizzata su iniziativa statale, o direttamente a cura dell'Azienda nazionale autonoma per le strade statali - ANAS (oggi trasformata, ai sensi di quanto disposto dal Decreto legislativo 26 febbraio 1994, n. 143, in Ente nazionale per le strade), o con il sistema della concessione di costruzione ed esercizio ad enti

pubblici e privati, si discute della natura pubblica o privata delle autostrade realizzate in tale ultimo modo. Mentre non sussistono, infatti, dubbi sulla natura demaniale delle autostrade realizzate direttamente dall'ANAS e di quelle che, costruite in regime di concessione, siano state già riscattate dallo Stato, la dottrina dominante ritiene che le altre autostrade abbiano natura di beni privati di interesse pubblico, allo stesso modo di quanto avviene per le ferrovie in concessione.

Nell'ampia nozione di concessione autostradale, la cui disciplina è contenuta nelle **leggi 21 maggio 1955, n. 463** e **24 luglio 1961, n. 729**, rientrano due tipi di concessione: quella di costruzione ed esercizio e quella di solo esercizio. Quest'ultima è prevista dall'art. 17 della legge n. 729/61 e ha consentito la gestione privata di autostrade di proprietà statale, già amministrate dall'ANAS. Per quanto concerne, invece, il primo tipo, la legge n. 729/61 prevede sia la concessione ad una società a partecipazione maggioritaria I.R.I. (la Società Autostrade S.p.A.) di una serie di autostrade da essa indicate (art. 16, comma 1; serie successivamente ampliata con decreto ministeriale, ai sensi di quanto disposto dalla **legge 28 marzo 1968, n. 385**), sia concessioni, assentibili a richiesta, ad enti pubblici o privati che presentino la relativa domanda all'ANAS (in realtà già previste dall'art. 3 della legge n. 463/55 e dall'art. 5 della legge 7 febbraio 1961, n. 59). Entrambi i tipi di concessione vengono accordati con decreto del Ministro dei lavori pubblici. Dello strumento della concessione di costruzione e gestione si è fatto uso anche in alcuni altre vicende particolari, oggetto di specifiche disposizioni di legge. Si pensi alla **legge 17 dicembre 1971, n. 1158**, relativa alla costruzione del collegamento viario e ferroviario tra la Sicilia e la Penisola (affidata, come è avvenuto per la Società Autostrade S.p.A., ad una società indirettamente individuata dallo stesso legislatore), e alla **legge 18 dicembre 1972, n. 878**, relativa alla realizzazione del traforo autostradale del Frejus.

La durata del rapporto concessorio è solitamente determinata in trent'anni (un'eccezione è peraltro costituita proprio dalla concessione relativa alla realizzazione del traforo autostradale del Frejus, per la quale si prevede una durata di settant'anni).

È solo il caso di menzionare che l'attività di costruzione, miglioramento e potenziamento della rete autostradale italiana, già sospesa per effetto degli artt. 11 della legge 28 aprile 1971, n. 287 e 18 bis della legge 16 ottobre 1975, n. 492, è stata riattivata a seguito dell'entrata in vigore della legge 12 agosto 1982, n. 531.

Recentemente il legislatore, nell'approvare il citato D.lgs. n. 143/94 di istituzione dell'Ente nazionale strade, ha poi previsto che quest'ultimo possa costruire nuove strade statali e nuove autostrade, sia direttamente che in concessione.

Relativamente alla gestione dei servizi accessori di cui può usufruire l'utilizzatore dell'autostrada (si potrebbe parlare, al riguardo, di "servizi autostradali": si pensi alla distribuzione dei carburanti, alla ristorazione, ecc.), è interessante notare come la gestione di tali servizi costituisca oggetto, nel caso delle autostrade costruite in regime di concessione, di un rapporto di natura contrattuale tra il gestore

dei servizi e la società costruttrice dell'autostrada, la quale concede in comodato gratuito al gestore dei servizi gli spazi a ciò necessari.

Deve invece farsi un discorso a parte per quanto riguarda la distribuzione dei carburanti sulle autostrade, per la quale si fa invece rinvio a quanto esposto in relazione al settore n. 11 - gas, idrocarburi e distribuzione carburanti

L'importanza centrale dell'attività consistente nella costruzione dell'opera esclude che in materia si possa parlare di riserva.

Per quanto concerne il riconoscimento al concessionario di diritti di esclusiva, bisogna rilevare come anche in questo settore, alla pari di quanto avviene, ad esempio, nel settore aeroportuale, si fa frequentemente ricorso a "leggi-fotografia", nelle quali il concessionario è direttamente individuato dal legislatore.

Strade e autostrade

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva (3)	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)(3) anni (3)	Durata (2)(3) anni (3)	Rinnovabilità (3)
Decreto Legislativo 26/29/4, n. 143	Costruzione nuove strade statali e nuove autostrade	Ar.	Ente nazionale per le strade	a.r.	no	opere pubbliche	a.r.	a.r.	a.r.
Decreto Legislativo 30/4/92, n. 285 (art. 24) e d.P.R. 16/12/92, n. 495 (art. 60 Ss.)	Concessione aree per pertinenze stradali di servizio	Si	Ente proprietario della strada	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.	a.r.
Decreto Legislativo 30/4/92, n. 285 (art. 25) e d.P.R. 16/12/92, n. 495 (art. 65 Ss.)	Attraversamenti e occupazioni stradali	Si	Ente proprietario della strada	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.	a.r.
Legge 12/8/82, n. 531 (art. 8)	Costruzione ed esercizio di alcune specifiche autostrade	Si	Ministero Lavori Pubblici	Società Autostrade S.p.A.	no	mista	1	a.r.	a.r.
Legge 12/8/82, n. 531 (art. 9)	Costruzione autostrada Livorno-Grosseto-Civitavecchia	Si	Ministero Lavori Pubblici	Società S.A.T. S.p.A.	no	opere pubbliche	1	a.r.	a.r.
Legge 17/12/71, n. 1158	Studio, progettazione, costruzione ed esercizio collegamento Sicilia e continente	Si	Ministero Trasporti e Ministero Lavori Pubblici	Società partecipata S.p.A.	no	mista	1	a.r.	a.r.
Legge 18/12/72, n. 878 (art. 3)	Costruzione ed esercizio del traforo del Frejus	Si	a.r.	Imprese non identificate dal legislatore	no	mista	3	70	a.r.
Legge 21/5/65, n. 463 (art. 3)	Costruzione ed esercizio autostrade	Si	Ministero Lavori Pubblici	Enti pubblici, Consorzi, Società partecipate	no	mista	3	30	a.r.
Legge 24/7/61, n. 729 (art. 17)	Esercizio di alcune specifiche autostrade	Si	Ministero Lavori Pubblici	Società Autostrade S.p.A.	no	altro	1	30	a.r.
Legge 24/7/61, n. 729 (art. 16) e Legge 28/3/68, n. 385	Costruzione ed esercizio di alcune specifiche autostrade	Si	Ministero Lavori Pubblici	Società Autostrade S.p.A.	no	mista	1	a.r.	a.r.
Legge 24/7/61, n. 729 (art. 2)	Costruzione ed esercizio di autostrade	Si	Ministero Lavori Pubblici	Enti pubblici o privati	no	mista	3	30	si
Legge 7/7/61, n. 59 (art. 5)	Costruzione ed esercizio autostrade	Si	Ministero Lavori Pubblici	Enti pubblici o privati	no	mista	3	30	a.r.
Regio Decreto 8/12/33, n. 140 (art. 6)	Realizzazione impianti ed opere che possano menomare la conservazione delle strade	Si	Ente proprietario della strada	a.r.	si	beni pubblici	3	29	si

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no⁶ - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Riveste particolare interesse ai fini della presente indagine il recente contrasto insorto tra la Corte dei conti e il Ministero dei lavori pubblici in ordine al rinnovo della convenzione di concessione che lega quest'ultimo alla «Autostrade S.p.A.», di cui l'organo di controllo ha rifiutato la registrazione.

Uno degli argomenti che hanno condotto la Corte a rifiutare la registrazione è infatti consistito nella mancanza di un confronto concorrenziale in sede di rinnovo della convenzione, rinnovo cui si accompagnava la esecuzione da parte dell'Autostrade S.p.A. di lavori (si pensi alla c.d. variante di valico nel tratto autostradale Firenze-Bologna) di carattere non secondario.

In tale occasione si è posto in dubbio che la concessione autostradale possa essere ricondotta al genus delle concessioni di opere pubbliche, essendo stata qualificata, anche da autorevole dottrina, come una species della concessione di servizio pubblico.

Come concessione di opere pubbliche la concessione autostradale dovrebbe essere assegnata in esito alle procedure concorsuali disciplinate dagli artt. 4 e 8 del D.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 e dagli artt. 19 e 20 della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Viceversa, come concessione di servizio pubblico, la sua assegnazione non sarebbe soggetta all'osservanza di procedure di gara, le quali sono previste dalla direttiva 92/50/CEE (recepita dal D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157) solo per gli appalti e non per le concessioni di servizio.

L'esecuzione di opere di adeguamento e completamento autostradale costituirebbero attività sostanzialmente gestionali del concessionario, da questi intraprese solo per consentire una migliore funzionalità della rete autostradale.

In tal caso la gestione delle autostrade costituirebbe l'attività prevalente, mentre la costruzione di opere diventerebbe secondaria se non addirittura marginale.

Non si può non rilevare la pericolosità di una simile impostazione la quale rischia di convalidare il rifiuto di qualsiasi forma di confronto concorrenziale in sede di scelta del concessionario non solo nel settore dei servizi pubblici (dove pure un principio di necessaria concorsualità potrebbe essere comunque ricavato aliunde, ad esempio dall'applicazione della normativa sui contratti delle pubbliche amministrazioni o dal necessario rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa), ma anche con riferimento alla realizzazione di opere pubbliche, in relazione alle quali lo stesso legislatore ha da tempo previsto la necessità del ricorso a procedure concorsuali, poiché molte concessioni di opere potrebbero essere in tal modo mascherate come concessioni di servizi.

Al contrario, ulteriore stimolo ad eliminare eventuali distorsioni della concorrenza che possano essere causate dalla regolamentazione del settore è venuto dall'approvazione della direttiva 93/89/CEE in materia di fissazione dei pedaggi e dei diritti d'utenza riscossi per l'uso di alcune autostrade, pedaggi e diritti la cui

determinazione e riscossione non deve avere ripercussioni negative sul funzionamento del mercato delle imprese di trasporto. Con particolare riferimento alla determinazione di tali pedaggi la direttiva prevede che il loro importo debba essere non soltanto proporzionale alla durata dell'utilizzazione dell'infrastruttura autostradale, ma anche connesso ai costi di costruzione, esercizio e sviluppo di quest'ultima.

12. ISTRUZIONE

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

Nel settore dell'istruzione si ricorre allo strumento della concessione amministrativa in tema di **riconoscimento legale** e di **pareggiamento** delle scuole secondarie non statali. La natura concessoria di tali ultimi provvedimenti è riconosciuta dalla stessa giurisprudenza, come risulta dalla lettura di alcune sentenze del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione (si ricordino, tra le altre, C. Stato, sez. VI, 5 marzo 1986, n. 229; C. Stato, sez. VI, 3 marzo 1993, n. 203; Cass., SS.UU., 18 marzo 1992, n. 3359).

In particolare, le scuole legalmente riconosciute e pareggiate esplicano un servizio di istruzione di pubblico interesse e possono rilasciare titoli legali.

Il fenomeno del pareggiamento, peraltro, costituisce un aspetto particolare del riconoscimento legale, potendo essere richiesto soltanto da enti pubblici ed istituzioni ecclesiastiche in relazione a scuole da essi gestite. Queste ultime debbono però osservare, in aggiunta a quanto previsto in linea generale per il riconoscimento, le ulteriori prescrizioni contenute nell'**art. 8 della legge 19 gennaio 1942, n. 86**.

Tale provvedimento costituisce la fonte normativa principale in materia. Ad esso vanno aggiunti il **R.D. 6 maggio 1923, n. 1054** e il **R.D. 6 giugno 1925, n. 1084** (in tema di pareggiamento), il **R.D. 15 maggio 1930, n. 1170**, così come modificato con legge **6 agosto 1966, n. 643** (in tema di pareggiamento degli istituti musicali non statali) e il **D.lgs.C.P.S. 30 agosto 1946, n. 212** (in tema di riconoscimento legale).

Al fine di ottenere il riconoscimento, la scuola non statale deve essere gestita da un cittadino italiano che abbia compiuto i trenta anni di età e posseda i "necessari requisiti professionali e morali". Il suo rilascio è subordinato al fatto che la scuola presenti un'organizzazione rispondente a criteri di legittimità, efficienza ed efficacia sotto svariati profili (meglio specificati con **Circolare del Ministro della pubblica istruzione, 9 dicembre 1987, n. 377**) e faccia propri fini ed ordinamenti didattici conformi a quelli delle corrispondenti istituzioni statali.

Il riconoscimento non può poi costituire oggetto di pattuizioni private, venendo meno automaticamente in caso di trasferimento inter vivos o mortis causa del complesso di beni e servizi che costituisce l'"azienda scuola".

Appare, peraltro, di dubbia legittimità, per contrasto con l'art. 33 della Costituzione, la disposizione, contenuta nell'art. 1, comma 1, del D.lgs.C.P.S. n. 212/46, in base alla quale le scuole e gli istituti tecnici non statali ad indirizzo agrario e industriale debbono fare istanza, fin dal primo anno di funzionamento, per ottenere il riconoscimento legale, sotto pena, in difetto, dell'immediata chiusura.

L'istituto della parificazione delle scuole elementari, che è tuttora disciplinato dall'art. 95 del T.U. 5 febbraio 1928, n. 577 e dalle correlative disposizioni regolamentari, non riveste al contrario natura concessoria, in quanto il rapporto di servizio afferente alle scuole elementari parificate - che si instaura a seguito della stipula di apposita convenzione - riveste natura privatistica (Circolare del Ministero della pubblica istruzione - Direzione generale dell'istruzione elementare, 17 maggio 1986, n. 151). Lo stesso può dirsi per il riconoscimento legale delle scuole magistrali, che avviene attraverso la stipula di un apposito atto di convenzione, ai sensi dell'art. 137 del R.D. 26 aprile 1928, n. 1297.

Istruzione

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2) anni (3)	Durata (2) anni (3)	Rimovibilità (3)
Decreto Legislativo C.P.S. 30/8/46, n. 212	Riconoscimento legale scuole non statali a ind. agr. e industr.	No	Ministero Pubblica Istruzione	Soggetto gestore della scuola	no	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 19/1/42, n. 86 e Circ. M.P.I. 9/12/87, n. 377	Riconoscimento legale scuole secondarie non statali	No	Ministero Pubblica Istruzione	Soggetto gestore della scuola	no	altro	3	a.r.	a.r.
Regio Decreto 15/5/30, n. 1170 e Circ. M.P.I. 9/12/87, n. 377	Pareggiamento istituti musicali non statali	No	Ministero Pubblica Istruzione	Ente pubblico o ecclesiastico gestore della scuola	no	altro	3	a.r.	a.r.
Regio Decreto 6/5/23, n. 1054, R.D. 6/6/25, n. 1084 e Circ. M.P.I. 9/12/87, n. 377	Pareggiamento scuole medie non statali	No	Ministero Pubblica Istruzione	Ente pubblico o ecclesiastico gestore della scuola	no	altro	3	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) sì - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
 no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
 no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
 2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
 3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

13. SERVIZI INFORMATICI E TELEMATICI

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

INFORMATICA

È noto come le pubbliche Amministrazioni, nello svolgimento delle proprie attività istituzionali, ricorrano con sempre maggiore frequenza all'utilizzazione di strumenti informatici. Una chiara riprova della rilevanza assunta dal fenomeno è costituita dalla recente istituzione dell'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (A.I.P.A.), avvenuta con D.Lgs. 12 febbraio 1993, n. 39.

Si tratta di un settore in continua espansione, che vede i poteri pubblici riscattarsi soltanto adesso e a fatica dalla situazione di sostanziale minorità nei confronti delle ditte fornitrici ed erogatrici di servizi in cui li aveva posti l'assoluta mancanza di personale in possesso di conoscenze tecniche adeguate.

Il rimedio ad una simile carenza è stato rappresentato dalla costituzione di apposite società a partecipazione statale, cui è stato affidato in concessione il compito di svolgere tutte le attività necessarie alla realizzazione, manutenzione, conduzione e sviluppo dei grandi sistemi informativi delle pubbliche Amministrazioni.

Si pensi all'impianto del **sistema informativo agricolo nazionale** (la cui istituzione è stata prevista dall'art. 15 della legge 4 giugno 1984, n. 194), al **sistema informativo dell'Anagrafe tributaria** (D.L. 30 gennaio 1976, n. 8, convertito nella legge 27 marzo 1976, n. 60, oggi sistema informativo del Ministero delle finanze, a seguito dei progressivi sviluppi disposti dalle **leggi 24 aprile 1980, n. 146, 11 marzo 1988, n. 66, 30 dicembre 1991, n. 413 e 5 febbraio 1992, n. 81**), al **servizio di compilazione automatizzata dei ruoli della riscossione** (art. 3 del d.P.R. 28 gennaio 1988, n. 44), o, ancora, al **sistema informativo del Ministero della pubblica istruzione**.

Elemento comune a queste e ad altre fattispecie è costituito dalla deroga alle norme sulla contabilità dello Stato e all'art. 14 della legge 28 settembre 1942, n. 1140, deroga intesa a garantire, assieme all'assegnazione "fiduciaria" della concessione - effettuata al di fuori di qualsiasi forma di evidenza pubblica, sia pure ridotta -, un'efficiente e sollecita realizzazione dei predetti sistemi. Il concessionario è, poi, in alcuni casi, direttamente individuato dal legislatore, una scelta questa che si crede ricorra anche nel caso in cui la legge fa riferimento, a fronte di un

sistema informativo realizzato e gestito sempre dallo stesso concessionario, a società con comprovata esperienza pluriennale, il che costituisce una forma, sia pure indiretta, di preferenza nei confronti del concessionario medesimo.

La lettura delle convenzioni di concessione riveste poi numerosi profili di interesse.

Si fa qui specifico riferimento alla convenzione stipulata dal Ministero delle finanze e dalla Società generale di informatica (SO.GE.I.) perché essa evidenzia, meglio di ogni altra, la natura dei rapporti concretamente intercorrenti tra Amministrazione concedente e concessionario. Il peculiare rilievo di tale convenzione deriva dal fatto che in tutti i più importanti Paesi europei sono proprio le Amministrazioni finanziarie ad essere dotate dei sistemi informativi dimensionalmente più consistenti e funzionalmente più complessi rispetto a quelli di tutti gli altri enti e apparati della pubblica Amministrazione, poiché il buon funzionamento di un sistema fiscale dipende, in larga misura, proprio dalla validità del suo sistema informativo.

In Italia esiste un unico sistema informativo fiscale, a carattere fortemente integrato. Esso supporta tutte le attività tributarie svolte dall'Amministrazione. La SO.GE.I. è, ormai da vent'anni, responsabile di tutte le attività di gestione e di sviluppo del sistema, ad eccezione delle attività delegate dal Ministero al Consorzio nazionale dei Concessionari. Quest'ultimo svolge infatti l'attività di registrazione su supporto magnetico delle dichiarazioni dei redditi, IVA e registro presentate dai contribuenti su modello cartaceo, nonché delle informazioni relative alle iscrizioni a ruolo dei tributi.

All'interno del Ministero delle finanze sono state poi istituite apposite strutture di coordinamento e indirizzo dei processi di informatizzazione. Tra di esse va ricordata innanzitutto l'attività svolta in tal senso dal Segretariato Generale per il tramite dell'Ufficio per la programmazione e il coordinamento delle attività informatiche. Altre strutture interne sono i Centri informativi, operanti presso i Dipartimenti, la Direzione generale per gli affari generali e il personale, e il Segretariato stesso, i quali sono preposti alla conduzione tecnica del sistema informativo. Organi collegiali di coordinamento sono inoltre il Comitato centrale per il coordinamento dell'informatica e le Commissioni tecniche per l'informatica.

Ad un primo esame della convenzione di concessione con la SO.GE.I., appare immediatamente evidente la sua natura di convenzione "normativa" o, meglio, come si potrebbe dire, di concessione "in bianco": l'ampiezza stessa dei settori in cui la concessionaria deve operare e la pretesa impossibilità di individuare puntualmente tutti gli specifici obiettivi da conseguire, determinerebbero la necessità di rinviare la specificazione dei programmi, dei tempi di realizzazione e dei corrispettivi, ad appositi "atti esecutivi", che vengono a costituire parte integrante della convenzione di concessione, ma la cui reale natura è assai poco esecutiva. Ciò consente all'Amministrazione di indicare liberamente al concessionario nuovi obiettivi da realizzare, ove si determini la necessità di "far fronte a nuove o diver-

se esigenze di natura normativa, organizzativa e funzionale" (art. 4, comma 3, della convenzione in esame). Inoltre, il concessionario viene a svolgere, **in sostituzione dell'Amministrazione finanziaria**, delicatissimi compiti, ad esempio, in materia di gestione del personale o di lotta all'evasione fiscale.

Sorgono poi alcuni dubbi sulla effettiva capacità del Ministero di esercitare realmente un controllo sull'attività del concessionario, essendo previsto dallo stesso testo della convenzione che sia proprio il concessionario a prestare all'Amministrazione la "necessaria assistenza tecnica per il collaudo" (art. 13, comma 5, della convenzione), il che confligge con la presenza, all'interno dell'Amministrazione, di tutta una serie di strutture che, come abbiamo visto più sopra, dovrebbero possedere, almeno sulla carta, tutte le competenze necessarie all'effettuazione di un serio collaudo delle procedure prodotte dal concessionario.

Anche a prescindere dalla realizzazione e dallo sviluppo dei grandi sistemi informatici, si ricorre allo strumento della concessione per regolamentare l'accesso dei privati e di altre pubbliche Amministrazioni alle banche dati costituite dalle Amministrazioni stesse: così è in relazione all'utilizzazione della banca dati della Direzione generale della motorizzazione civile e dei trasporti in concessione del Ministero dei trasporti e della navigazione (**d.P.R. 28 settembre 1994, n. 634**), nonché per l'accesso alla base informatica del catasto (**d.P.R. 10 luglio 1991, n. 305**).

La materia in esame è fra quelle in cui dovrebbe sperimentarsi l'adozione di strumenti alternativi alle concessioni, poiché non esiste alcuna chiara previsione di riserva. Del tutto impropri appaiono i casi di "sostituzione" dell'imprenditore all'Amministrazione. Non sembra opportuno cercare giustificazione al mantenimento delle concessioni nel fatto che in tali casi si verificherebbe un trasferimento all'imprenditore dell'esercizio di funzioni pubbliche riservate allo Stato. L'assoluta improprietà della ricordata "sostituzione" consiglia semmai un più ampio esercizio diretto delle funzioni da parte delle Amministrazioni statali.

TELEMATICA

In questa materia si dà conto di un esempio particolarmente rilevante.

La **delibera CONSOB del 12 luglio 1994**, con la quale si è provveduto ad approvare il nuovo testo del regolamento avente ad oggetto il funzionamento del sistema telematico delle borse valori italiane, ha infatti previsto che il Consiglio di borsa possa affidare a terzi, mediante atti di concessione approvati dalla CONSOB, la realizzazione tecnica e la gestione del sistema telematico delle borse. Anche in tal caso appare dubbia la presenza di una riserva.

Servizi informatici e telematici

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni	Rimovabilità (3)
d.P.R. 10/7/91, n. 305	Utenza banca dati catasto	No	Ministero Finanze	a.r.	no	altro	3	1	si
d.P.R. 28/1/88, n. 44	Compilazione automatizzata ruoli di riscossione	Si	Ministero Finanze	Consorzio nazionale concessionario riscossione	no	altro	1	10	si
d.P.R. 28/9/94, n. 634	Utenza banca dati motorizzazione civile	No	Ministero Trasporti	Vari soggetti	no	altro	3	1	si
Delibera Consob 12/7/94	Realizzazione e gestione sistema telematico delle borse	Si	Consiglio di borsa	a.r.	no	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 24/4/80, n. 146 (art. 8) e Legge 19/2/92, n. 142 (art. 15)	Attrezzaggio centri di servizio delle imposte dirette	Si	Ministero Finanze	Società specializzata a partecipazione statale	no	altro	1	a.r.	a.r.
Legge 30/12/91, n. 413 (art. 22, c. IV) e Legge 11/3/88, n. 66 (art. 6, c. I)	Mantenimento, conclusione e sviluppo sistema informativo Ministero Finanze	Si	Ministero Finanze	Società specializzata con comprovata esperienza pluriennale	no	altro	1	a.r.	a.r.
Legge 4/6/84, n. 194 (art. 15) e Legge 19/2/92, n. 142 (art. 15)	Sistema informativo agricolo nazionale	Si	Ministero Agricoltura	Società a partecipazione statale anche indiretta	no	altro	3	5	si
Legge 5/2/92, n. 81 (art. 3)	Completamento informatizzazione Monopoli di Stato	Si	Amministrazione autonomia del Monopoli di Stato	SO.G.E.I.	no	altro	1	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del Legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Del fatto che le società concessionarie delle attività di realizzazione, gestione e sviluppo dei grandi sistemi informativi delle pubbliche Amministrazioni vengano a svolgere, in sostituzione di queste ultime, delicatissimi compiti, spesso rientranti nella nozione di funzione pubblica, si ha una ulteriore conferma a seguito dell'approvazione del d.P.R. 13 aprile 1995, n. 177, con il quale nel definire l'ambito di applicabilità delle procedure di accertamento con adesione del contribuente, si attribuisce alla «società concessionaria del sistema informativo del Ministero delle finanze» di definire a quali soggetti, sospetti di avere evaso il versamento delle imposte sui redditi e dell'imposta sul valore aggiunto, debba essere proposto l'accertamento con adesione.

Deve tuttavia osservarsi che una maggiore apertura alla concorrenza potrà derivare, anche in questo settore, almeno con riferimento alla scelta del concessionario, dalla semplificazione del procedimento per le acquisizioni di beni e servizi di informatica, specificamente prevista dall'art. 20, comma 8, della legge 15 marzo 1997, n. 59.

14. RISCOSSIONE DELLE ENTRATE

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

L'attuale sistema di riscossione delle entrate è ampiamente fondato sull'uso della concessione amministrativa e sulla disaggregazione dei soggetti concessionari titolari dei relativi poteri.

Posto che l'autorità concedente è il **Ministero delle finanze** o l'**ente locale** titolare del potere impositivo, abbiamo il seguente quadro di concessioni per la riscossione delle entrate.

In primo luogo, la concessione del servizio di riscossione dei tributi e di altre entrate dello Stato e di altri enti pubblici, disciplinata dal **d.P.R. 28.1.1988, n. 43**, il quale all'art. 7 prevede quale unica forma di svolgimento del servizio la concessione esclusiva, decennale (a. 8) ai soggetti specificati dall'art. 31 (aziende ed istituti di credito, società per azioni, società cooperative di ex esattori, ecc.).

Il **Servizio per la riscossione dei tributi** del Ministero delle Finanze esercita tutte le funzioni e le competenze relative alla concessione (art. 2, IV co.), tra cui la stipula della convenzione accessiva al provvedimento di concessione (art. 9, VII co.). Per ciò che concerne la previsione normativa delle condizioni per la scelta del concessionario, in realtà questa viene operata secondo una procedura comparativa senz'altro connotata da discrezionalità (art. 9; v. ad esempio il V co., là dove per l'assegnazione della concessione viene tenuto conto di «impegno, professionalità ed efficienza di particolare rilevanza dimostrati nella gestione di altre concessioni»); anche le valutazioni dell'amministrazione che presiedono alla decisione di rinnovo della concessione alla scadenza del decennio (art. 30) sono valutazioni discrezionali. A tale proposito, è stata ribadita dal Consiglio di Stato (sez. IV, dec. n. 419 del 17.5.1994) la necessità di motivare il provvedimento di affidamento in concessione del servizio di riscossione tributi, allo scopo di consentirne un effettivo controllo giurisdizionale.

Nel d.P.R. 43/88 (art. 32, V co.) viene, ancora, prevista l'ipotesi dell'affidamento - senza gara - del servizio di tesoreria degli enti locali al concessionario della riscossione, oggetto di un vero e proprio favor normativo per la concessione di un servizio che non partecipa dei caratteri pubblicistici della riscossione, ma che, anzi, più propriamente, rappresenterebbe una attività di mera impresa.

In secondo luogo, il **D.lgs. 15.11.1993, n. 507** prevede l'esercizio in forma diretta da parte dei comuni del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta di

pubblicità e delle pubbliche affissioni consentendogli, però - qualora lo ritenessero «più conveniente sotto il profilo economico e funzionale» (art. 25, II co.) - di affidarlo in concessione di durata sessennale (art. 27), ad azienda speciale o, mediante licitazione privata (art. 28), a soggetti iscritti all'albo nazionale dei concessionari del servizio di accertamento e riscossione dei tributi comunali, istituito presso il Ministero delle finanze, Direzione centrale per la fiscalità locale (art. 32), la quale esercita anche le relative funzioni di vigilanza (art. 35). Per espressa previsione normativa, questa concessione non può essere ceduta a terzi (art. 31, III co.)

In terzo luogo, abbiamo due concessioni esclusive, sempre del Ministro delle finanze, con concessionario individuato direttamente dalle norme: la concessione all'Automobile Club d'Italia per i servizi di riscossione e riscontro delle tasse automobilistiche e degli abbonamenti all'autoradio (**D.M. 26.11.1986**) che contempla, peraltro, la tenuta del Pubblico Registro Automobilistico e, infine, quella alla Società Italiana degli autori ed editori per l'accertamento e la riscossione dell'imposta sugli spettacoli ed altri tributi (**art. 17 d.P.R. 26.10.1972, n. 640**). Ancora, la S.I.A.E. può, per l'**art. 3 della l. 22.12.1951, n. 1379**, essere anche concessionaria, «alle condizioni da stabilirsi mediante apposita convenzione», del «servizio di ripartizione della quota spettante ai comuni» della imposta unica sui giochi di abilità ed i concorsi pronostici.

La larga utilizzazione dello strumento della concessione amministrativa come forma ordinaria di gestione del servizio di riscossione delle entrate dello Stato e degli enti locali è stata giustificata con la natura dell'oggetto di concessione: infatti, qui si tratterebbe di un'area riservata perché concernente funzioni pubbliche in senso stretto di cui realizzare l'affidamento a soggetti terzi (o a enti pubblici).

In questa area è dato riscontrare la presenza dell'esclusiva come forma normale dello svolgimento del servizio, l'assenza generalizzata (tranne che in un caso) della gara come norma per la scelta del concessionario, ed anzi la ricorrente individuazione da parte delle norme del soggetto affidatario dei servizi di riscossione.

Dunque, anche se la concessione sembra essere la soluzione tecnicamente corretta per lo svolgimento indiretto di tali funzioni, andrebbero riformate almeno le procedure di conferimento e di rinnovo, riducendo la discrezionalità amministrativa e fondando la scelta su criteri più oggettivi e predeterminati.

Ancor prima, sarebbe necessario riflettere sulla opportunità di conferire per concessione ad una impresa l'esercizio di funzioni così prossime alla sovranità pubblica come quelle connesse alla esazione delle imposte.

Riscossione delle entrate

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2) anni (3)	Durata (2) anni (3)	Rinnovabilità (3)
d.P.R. 26/10/72, n. 640	Riscossione imposta spettacoli	Si	Ministero Finanze	S.I.A.E.	si	altro	1	a.r.	si
d.P.R. 28/1/88, n. 43	Servizio riscossione tributi	Si	Ministero Finanze	Aziende, Istituti di credito S.p.a., Cooperative, Esattori	si	altro	3	10	si
d.P.R. 28/1/88, n. 43 (art. 32 c. 5)	Servizio tesoreria Enti locali	Si	Comune	Concessionario riscossione	no	altro	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 5/2/83, n. 39 (art. 4 e D.M. 26/11/86)	Riscossione tasse automobilistiche e abbonamento autoradio	Si	Ministero Finanze	Automobile Club d'Italia	si	altro	1	10	si
Decreto legislativo 15/11/93, n. 507	Riscossione imposta pubblicità	Si	Comune	Azienda speciale o Conc. iscr. albo Ministero Finanze	si	altro	2	6	no
Legge 22/12/51, n. 1379 (art. 3)	Riscossione imposta unica sui giochi di abilità e concorsi pronostici	Si	Ministero Finanze	S.I.A.E.	si	altro	1	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
n.º - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nella norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

La materia della RISCOSSIONE DELLE ENTRATE non è stata interessata da radicali modificazioni della disciplina, per cui la concessione rimane quale principale strumento per il trasferimento dell'esercizio di funzioni pubbliche autoritative.

A parte alcune proroghe consentite da norme di legge alle convenzioni per la riscossione attualmente vigenti (D.l. 669/96, a. 5 ter; D.l. 250/95 a.1; D.l. 26/95 a. 9), è comunque degna di nota la recente soppressione dei servizi di cassa ancora attivi presso gli uffici periferici dell'amministrazione finanziaria (D.lgs. 9.7.1997, n. 237): tale scelta del legislatore ha, di fatto, potenziato ancora di più il ruolo degli attuali concessionari della riscossione delle entrate, nelle cui competenze sono confluite le attività già degli uffici finanziari.

In questo disegno di rafforzamento del "peso" dei concessionari si inserisce anche la norma contenuta nello schema di decreto legislativo sul conferimento di funzioni e compiti amministrativi a regioni ed enti locali in attuazione del capo I della legge 59/97 (a. 99, lett. b), che attribuisce alle Poste Italiane S.p.A., a banche e a concessionari della riscossione, "la riscossione delle entrate per prestazioni rese da soggetti pubblici nel settore dei trasporti".

Per quanto attività non direttamente afferente alla materia della riscossione ma in considerazione del medesimo contesto normativo di disciplina, si segnala la previsione della possibilità che il Ministro delle finanze possa affidare "le attività di recupero, deposito, redazione dell'inventario alienazione e rottamazione di beni mobili iscritti in pubblici registri oggetto di provvedimento definitivo di confisca amministrativa ad uno o più concessionari" (a. 6, comma 2). Il rapporto di concessione è disciplinato da convenzione "onerosa"; la scelta del concessionario è, comunque, soggetta alla normativa in materia di appalti.

15. GAS, IDROCARBURI E DISTRIBUZIONE DI CARBURANTI

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

Gli idrocarburi, liquidi e gassosi, appartengono al patrimonio indisponibile dello Stato o delle Regioni autonome. La loro ricerca e coltivazione, così come lo stoccaggio, la lavorazione, il deposito, la vendita e la distribuzione degli stessi sono sottoposti ad un regime giuridico particolarmente complesso, caratterizzato dal frequente ricorso alla forma dell'affidamento in concessione e addirittura, in alcuni casi, non uniformemente applicabile su tutto il territorio nazionale.

RICERCA E COLTIVAZIONE

La disciplina di carattere generale sulla ricerca e coltivazione degli idrocarburi è contenuta nelle **leggi 11 gennaio 1957, n. 6 e 21 luglio 1967, n. 613** (disciplina recentemente integrata dalla **legge 9 gennaio 1991, n. 9**).

Agli inizi degli anni '50 il legislatore repubblicano ritenne infatti opportuno introdurre una definitiva regolamentazione del settore degli idrocarburi, in deroga alla legge mineraria generale e con l'intento di limitare la discrezionalità amministrativa che caratterizzava in tale ultima legge l'esercizio da parte dello Stato dei propri poteri.

In particolare, in forza del rinvio recettizio contenuto nell'art. 1 della l. n. 6/57, la legge mineraria generale (R.D. 29 luglio 1927, n. 1443) si applica ora alla ricerca e coltivazione degli idrocarburi soltanto per quanto non sia incompatibile con le disposizioni successive.

La legge mineraria si applica poi, in sostituzione della normativa generale sulla ricerca e la coltivazione degli idrocarburi, nelle zone della Pianura Padana sottratte alla riserva a favore dell'Ente Nazionale Idrocarburi - ENI (le c.d. isole concessionarie: l. 8 marzo 1958, n. 231), nonché nelle zone dell'Appennino Tosco-Emiliano di cui alla legge 24 luglio 1962, n. 1072.

La nuova normativa è poi caratterizzata da ottimistiche aspettative di ritrovamento, il che giustifica l'inserzione di disposizioni che sono dirette ad evitare l'accaparramento di superfici troppo vaste, a circoscrivere i tempi di vigenza dei permessi di ricerca, a mettere all'asta, o riservare allo Stato, fasce di terreno attorno alle concessioni.

Nelle regioni a statuto speciale la materia è disciplinata da apposite normative. In particolare, si devono ricordare, per la **Sicilia**, le **legge regionale 20 marzo 1950, n. 30**, successivamente integrata dalla **legge regionale 1° ottobre 1956, n. 54**; per il **Trentino-Alto Adige**, la **legge regionale 21 novembre 1958, n. 28**; per la **Sardegna**, la **legge regionale 19 dicembre 1959, n. 20**.

La legge n. 6/57 concerne però la sola ricerca e la coltivazione degli idrocarburi sulla terraferma. Con la legge n. 613/67, invece, si è provveduto a disciplinare la ricerca e la coltivazione off-shore, in conformità a quanto stabilito dalla convenzione di Ginevra del 29 aprile 1958, con la quale sono stati precisati i diritti di sovranità spettanti agli Stati costieri sulla piattaforma continentale per l'esplorazione e lo sfruttamento degli idrocarburi. In materia è esclusa qualsiasi competenza regionale, una scelta questa la cui legittimità è stata confermata dalla stessa Corte costituzionale con sentenza 3 aprile 1968, n. 21.

Di regola, la fase dello sfruttamento si innesta direttamente in quella di ricerca, senza mutamento di titolare. La concessione di coltivazione è infatti attribuita dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato al titolare del permesso di ricerca. Essa è esclusiva e può essere assegnata in contitolarità a più soggetti. L'area della discrezionalità amministrativa, come si è detto, è particolarmente limitata, essendo circoscritta alla definizione del rapporto concessorio e all'approvazione del programma di sfruttamento del pozzo. La legge fissa in trent'anni la durata della concessione ed attribuisce al concessionario il diritto ad ottenere una proroga di dieci, se il titolare, decorsi i due terzi della durata della concessione, abbia eseguito interamente il programma di coltivazione e abbia adempiuto a tutti gli obblighi derivanti dalla concessione. Ulteriori proroghe di cinque anni possono poi essergli concesse, ai sensi di quanto disposto dall'art. 9, comma 8, della legge n. 9/91, e ciò al fine di completare lo sfruttamento del giacimento.

A sua volta il permesso di ricerca (e il permesso di prospezione sul fondo marino) può essere accordato a cittadini o enti di stati membri della CEE o anche di altri Stati a condizione di reciprocità. Mentre il permesso di ricerca è **esclusivo** quello di prospezione non lo è, potendosi attribuire sulla stessa area altri permessi di prospezione. In caso di presentazione di più domande di rilascio del permesso esclusivo di ricerca su un'area, la scelta avviene sulla base di alcuni criteri di carattere obiettivo fissati nell'art. 16 della legge n. 613/67. Il permesso non può essere ceduto senza la preventiva autorizzazione del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato. Nell'ambito del permesso possono essere attribuite più concessioni di coltivazione.

Oltre al canone, il concessionario di coltivazione è tenuto a corrispondere allo Stato una quota del prodotto estratto. Gli artt. 28 della legge n. 6/57 e 37 della legge n. 613/67 individuano nell'ENI il **gestore esclusivo** di tali aliquote di prodotto.

Anche la prospezione estensiva sul mare territoriale e sulla piattaforma continentale sono affidate in **esclusiva temporanea** all'ENI. Parimenti, la **legge istitutiva dell'ENI, n. 136 dell'11 febbraio 1953**, riserva all'ente petrolifero di Stato l'esclusiva della ricerca e della coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi nelle zone da essa delimitate (sostanzialmente la Pianura Padana escluse le province di Ferrara e Rovigo, limitatamente agli strati di quaternario situati a profondità non superiore a 1200 metri), nonché della costruzione e dell'esercizio di condotte per il trasporto degli idrocarburi nazionali (art. 2).

La ricerca e la coltivazione a scopi energetici delle risorse geotermiche sono oggetto di disciplina specifica, contenuta nella legge 9 dicembre 1986, n. 896, i cui artt. 7 e 8 distinguono tra concessioni di coltivazione per risorse geotermiche di interesse nazionale (rilasciate dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato) e concessioni di coltivazione per risorse geotermiche di interesse locale (rilasciate dal Presidente della giunta regionale interessata). Anche tale concessione è normalmente accordata al titolare del relativo permesso di ricerca, riconoscendosi in caso diverso un diritto di preferenza, a parità di condizioni, all'ENEL o all'ENI.

Ai sensi di quanto previsto nel R.D.L. 20 febbraio 1939, n. 318, convertito nella legge 2 giugno 1939, n. 739, la ricerca e la coltivazione di giacimenti di vapori a gas da utilizzare a scopo di produzione di energia elettrica nei territori delle province di Grosseto, Livorno, Pisa e Siena, già riservati allo sfruttamento da parte delle Ferrovie dello Stato, tramite la Società Larderello, sono oggi **riservati** all'ENEL, a seguito del trasferimento a quest'ultimo della predetta Società in applicazione dell'art. 4, n. 6, ultimo inciso, della legge n. 1643/62.

I procedimenti amministrativi di conferimento delle concessioni di coltivazione degli idrocarburi in terraferma e in mare e di coltivazione delle risorse geotermiche di interesse regionale sono stati, rispettivamente semplificati, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, commi 7, 8 e 9 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, con i d.P.R. 18 aprile 1994, nn. 484 e 485.

STOCCAGGIO

La **legge 26 aprile 1974, n. 170** ha introdotto una nuova forma di concessione, quella di **stoccaggio di gas naturale nei giacimenti di idrocarburi**, la cui disciplina è analoga a quella prevista per la concessione di coltivazione. La concessione in esame trova la sua giustificazione nella **riserva** allo Stato di tale attività, introdotta dall'art. 1 della legge n. 170/74, là dove afferma che "il diritto di utilizzare giacimenti di idrocarburi per lo stoccaggio sotterraneo di gas naturale appartiene allo Stato. Essa è rilasciata dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato ai titolari di una concessione di coltivazione che ne facciano richiesta. Questi ultimi devono dimostrare, oltre alla necessaria capacità tecnica,

economica ed organizzativa, di poter realizzare, direttamente o a mezzo di altri soggetti, nel pubblico interesse, un programma di trasporto e distribuzione, o di avviamento al trasporto e alla distribuzione, che tragga contributo dalle operazioni di stoccaggio.

All'ENI è poi riservata l'esclusiva dello stoccaggio sotterraneo di gas naturali nei giacimenti di idrocarburi nella Pianura Padana. A seguito della trasformazione di quest'ultima in società per azioni, avvenuta con legge 8 agosto 1992, n. 359, la riserva originariamente disposta a favore di quest'ultimo deve intendersi implicitamente trasferita allo Stato. La legge n. 359/92 ha disposto che tutte le attività e tutti i diritti precedentemente riservati all'ente pubblico nazionale siano attribuiti alla nuova società per azioni a titolo di concessione, cui deve accedere una apposita convenzione. Così è anche per la riserva disposta a favore dell'ENEL in materia di sfruttamento dei giacimenti di vapore gas nelle province di Grosseto, Livorno, Pisa e Siena.

LAVORAZIONE E DEPOSITO

Il R.D.L. 2 novembre 1933, n. 1741 sottopone a concessione la raffinazione, la trasformazione o, comunque, l'elaborazione degli oli minerali e dei loro residui, nonché l'installazione e la gestione di depositi di oli minerali, di lubrificanti e di carburanti in generale. Essa deve essere richiesta al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato anche se l'impianto debba farsi su area di proprietà privata ed è rilasciata dal Ministro, a suo insindacabile giudizio, di concerto con il Ministro delle finanze (e con il Ministro dei trasporti e della navigazione per i depositi costieri). Sono esenti dall'obbligo della concessione tutti i depositi aventi capacità non superiore a mc. 10 e i depositi per usi privati, agricoli e industriali, aventi capacità non superiore a mc. 25 (art. 2 del R.D.L. 8 ottobre 1936, n. 2018, convertito con legge 11 gennaio 1937, n. 187). La competenza al rilascio delle concessioni per l'installazione di depositi di oli minerali con capacità di stoccaggio non superiore ai 3.000 metri cubi è stata delegata ai Prefetti (art. 1 della legge 7 maggio 1965, n. 460). Tali ultime concessioni sono trasferibili per voltura. Le procedure di rilascio della concessione per l'installazione di impianti di lavorazione o di deposito di oli minerali sono state recentemente semplificate, sempre ai sensi dell'art. 2 della legge n. 537/93, con d.P.R. 18 aprile 1994, n. 420.

DISTRIBUZIONE

Sono poi sottoposte a regime concessorio tanto l'installazione e la gestione di impianti di riempimento e di travaso di gas di petrolio liquefatti (art. 1 della legge

21 marzo 1958, n. 327), quanto la distribuzione e la vendita di gas di petrolio liquefatti in bombole ove sia disgiunta dalla titolarità di un impianto di riempimento (art. 2 della legge 2 febbraio 1973 n. 7). Autorità concedente è anche in questi casi il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

Per ciò che concerne, infine, l'installazione e l'esercizio degli impianti di distribuzione automatica di carburanti per uso di autotrazione, l'art. 16 del Decreto-legge 26 ottobre 1970, n. 745, che ha profondamente innovato il previgente regime giuridico, ha qualificato tale attività come servizio pubblico e ha sottoposto il suo svolgimento a concessione, non ritenendosi più sufficiente la semplice licenza prevista dal R.D.L. 16 dicembre 1926, n. 2174 (il regolamento di esecuzione delle disposizioni di cui al decreto-legge n. 745/70 è stato emanato con il d.P.R. 27 ottobre 1971, n. 1269).

In particolare, la concessione può essere accordata soltanto a soggetti in possesso di sperimentata e comprovabile capacità tecnico-organizzativa ed economica che siano cittadini italiani, enti italiani o degli altri Stati membri della CEE o società aventi la sede sociale nella CEE o, ancora, cittadini, enti o società di paesi extra comunitari a condizione di reciprocità.

La competenza ad emanare l'atto di concessione è riconosciuta al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato nel caso in cui l'impianto di distribuzione automatica debba essere installato lungo un'autostrada. Nel caso delle autostrade costruite in regime di concessione che, come abbiamo visto hanno natura di beni privati di interesse pubblico, le aree necessarie all'installazione degli impianti sono concesse in comodato gratuito al concessionario della distribuzione dal gestore dell'autostrada.

Con gli artt. 52, comma 1, lett. a) e 54, lett. d) del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 è stato invece delegato alle Regioni, nel quadro degli indirizzi determinati dal Governo, l'esercizio delle funzioni amministrative relative ai distributori di carburante, esclusi i predetti impianti autostradali, attribuendo ai Comuni le funzioni amministrative relative alla fissazione, sulla base dei criteri stabiliti dalla Regione, degli orari di apertura e chiusura degli impianti medesimi (la competenza ad emanare l'atto di concessione era già riconosciuta, in questi casi, al Prefetto e, relativamente alla Valle d'Aosta, al Presidente della Giunta regionale). Gli indirizzi governativi sono stati determinati con il D.P.C.M. 8 luglio 1978.

Si ricordi, infine, che, ai sensi dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e delle leggi 4 luglio 1967, n. 537 e 28 novembre 1980, n. 784, può essere affidato in concessione anche il servizio pubblico di distribuzione del gas. In materia è poi recentemente intervenuta la legge 14 novembre 1995, n. 481 che, nel prevedere l'istituzione di autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e, in particolare, dell'Autorità di regolazione per l'energia elettrica e il gas, ha dettato alcune norme in materia di concessione, delimitandone, ad esempio, la durata a quaranta anni (art. 2, comma 35).

Gas, idrocarburi e distribuzione di carburanti

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rimovibilità (3)
Decreto Legge 26/10/70, n. 745	Installazione ed esercizio impianti di distribuzione carburante per autotrazione su autostrade	No	Ministero Industria	Imprese specializzate	no*	servizi	3	18	si
Decreto Legge 26/10/70, n. 745	Installazione ed esercizio impianti di distribuzione carburante per autotrazione su strade	No	Regione	Imprese specializzate	no*	servizi	3	18	si
Legge e Legge 8/8/92, n. 359 (art. 14)	Costruzione ed esercizio condotte nazionali	Si	Ministero Industria	E.N.I.	si	altro	1	20	a.r.
Legge 10/2/53, n. 136 (art. 2) e Legge 8/8/92, n. 359 (art. 14)	Ricerca e coltivazione idrocarburi minerali nazionali (Val Padana)	Si	Ministero Industria	E.N.I.	si	altro	1	20	a.r.
Legge 11/1/57, n. 6 e Legge 9/1/91, n. 9 (art. 9)	Coltivazione idrocarburi sulla terraferma	Si	Ministero Industria	Titolare permesso di ricerca	no	altro	3	30	S
Legge 2/2/73, n. 7 (art. 2)	Distribuzione e vendita GPL in bombole	Si	Ministero Industria	a.r.	no	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 21/3/58, n. 327 e Legge 2/2/73, n. 7 (art. 1)	Installazione e gestione impianti riempimento e travaso GPL	Si	Ministero Industria	a.r.	no	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 21/7/67, n. 613 (art. 37) e Legge 11/1/57, n. 6 (art. 28)	Gestione idrocarburi corrisposti allo stato da titolari concessione coltivazione	Si	Ministero Industria	E.N.I.	no	altro	1	a.r.	a.r.
Legge 21/7/67, n. 613 e d.P.R. 18/4/94, n. 484	Coltivazione idrocarburi liquidi e gassosi nel mare territoriale	Si	Ministero Industria	Titolare permesso di ricerca	no	altro	3	30	si
Legge 26/4/74, n. 170 (art. 2)	Stoccaggio gas naturale in giacimenti idrocarburi Val Padana	Si	Ministero Industria	E.N.I.	si	altro	1	30	si
Legge 26/4/74, n. 170 (art. 3) e D.M. 28/7/1975	Stoccaggio gas naturale in giacimenti idrocarburi	Si	Ministero Industria	Concessionario per coltivazione idrocarburi	si	altro	3	30	si

Segue: Gas, idrocarburi e distribuzione di carburante

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2) anni (3)	Durata (2) anni (3)	Rinnovabilità (3)
Legge Legge 9/1/91, n. 9 (art. 15)	Coltivazione risorse geotermiche	Si	Ministero Industria	Titolare permesso di ricerca	no	beni pubblici	2	a.r.	si
Legge Legge 9/12/86, n. 896 (art. 8) e Legge 9/1/91, n. 9 (art. 15)	Coltivazione risorse geotermiche di interesse locale	Si	Regione	Titolare permesso di ricerca	no	beni pubblici	2	a.r.	si
Regio Decreto Legge 2/11/83, n. 1741 (art. 4) e d.P.R. 18/4/94, n. 420	Installazione depositi o impianti di lavorazione oli minerali e GPL	Si	Ministero Industria	a.r.	no	altro	3	a.r.	si
Regio Decreto Legge 20/2/39, n. 318 e Legge 9/12/86, n. 896 (art. 3, c. 6)	Coltivazione risorse geotermiche di interesse nazionale in provincia GR/LI/PI/SI	Si	Ministero Industria	E.N.E.L.	si	beni pubblici	1	a.r.	a.r.
Regio Decreto 15/10/25, n. 2578 (art. 1 e 26)	Distribuzione gas	Si	Comune	a.r.	no*	servizi	3	a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del Legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Con il decreto legislativo 25 novembre 1996, n. 625 il Governo ha dato attuazione alla delega conferitagli dall'art. 50 della legge comunitaria per il 1994 per il recepimento della direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio dei permessi di prospezione e di ricerca e delle concessioni di coltivazione e stoccaggio di idrocarburi.

Tale normativa è finalizzata a garantire l'accesso non discriminatorio alle attività di prospezione, ricerca, coltivazione e stoccaggio degli idrocarburi secondo modalità che favoriscano una maggiore concorrenza nel settore, rendendo, nel contempo, più efficiente l'utilizzazione di tali risorse e rafforzando il mercato comunitario dell'energia.

Si prevede infatti che il rilascio dei permessi e delle concessioni debba basarsi su criteri oggettivi, resi noti mediante pubblicazione, senza che, alla scadenza dei precedenti permessi o concessioni, vi possano essere discriminazioni tra enti richiedenti e titolari.

La durata delle concessioni di coltivazione e stoccaggio è stata ridotta da trent'anni a vent'anni.

La proroga dei permessi, pure consentita, è possibile solo se si sia realizzato interamente il programma di lavori approvato all'atto del conferimento del primo permesso e non è dunque rimessa all'apprezzamento discrezionale del Ministero dell'industria.

Un passo particolarmente importante verso la realizzazione di una maggiore concorrenza nel settore è stato poi compiuto con la cessazione del regime di esclusiva previsto a favore dell'Ente nazionale idrocarburi S.p.A. dall'art. 2 della legge n. 136 del 1953 (ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi nella pianura padana, escluse le province di Ferrara e Rovigo, limitatamente agli strati di quarternario situati a profondità non superiore a 1200 metri, costruzione ed esercizio di condotte per il trasporto degli idrocarburi nazionali) e dall'art. 2 della legge 26 aprile 1974, n. 170 (stoccaggio sotterraneo di gas naturale nei giacimenti di idrocarburi nella pianura padana).

Infine, è necessario ricordare che ulteriori aperture in tal senso potranno derivare dalla semplificazione del procedimento per la concessione della distribuzione automatica di carburante prevista dall'art. 20, comma 8, della legge 15 marzo 1997, n. 59.

16. MINIERE, CAVE E TORBIERE

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

Lo sfruttamento economico di miniere, cave e torbiere, e delle acque minerali e termali, si realizza, normalmente anche se non esclusivamente, attraverso una concessione amministrativa che presenta - nei tre diversi casi - aspetti particolari, sia sotto il profilo delle competenze concessorie che sotto quello dei presupposti del provvedimento.

Le **miniere**, in primo luogo, disciplinate dal **R.D. 29.7.27, n. 1443**, sono qualificate come beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato (**art. 826, II co., cod. civ.**), che i privati possono sfruttare ottenendo dapprima un provvisorio permesso di ricerca e poi una vera e propria concessione di coltivazione. La concessione viene rilasciata dall'amministrazione, centrale o periferica, del **Ministero dell'industria** a seconda che si tratti di minerali d'interesse nazionale o d'interesse locale.

Tale concessione, esclusiva, attribuisce al concessionario veri e propri poteri pubblicistici: viene assegnata discrezionalmente senza una procedura di gara (**art. 15**), ed è trasferibile a terzi, con l'autorizzazione dell'amministrazione, in caso di atti inter vivos (**art. 27**).

Le **acque minerali e termali** sono disciplinate dal medesimo decreto che regola lo sfruttamento delle miniere: pur essendo assimilate, di fatto, a queste per ciò che riguarda il regime concessorio, vengono però a cadere sotto la competenza amministrativa delle **Regioni**, per il trasferimento operato con il **art. 61 del d.P.R. 24/7/77, n. 616**.

Le **cave** e le **torbiere**, infine, le cui relative attribuzioni amministrative sono parimenti trasferite alle **Regioni** (**art. 62, d.P.R. 616/77**), a differenza delle miniere e delle acque minerali e termali, non sono per la legge generale di disciplina n. 1443/27, beni pubblici, bensì beni privati di pubblico interesse. Dunque, in base a tale qualificazione, la titolarità del diritto di sfruttamento è riconosciuta pienamente al proprietario che è - comunque - obbligato alla coltivazione della cava o della torbiera. In caso di inadempienza dell'obbligo, l'amministrazione competente è legittimata ad assegnare in concessione a terzi lo sfruttamento della cava o della torbiera.

Alcuni aspetti della specifica disciplina relativa ai giacimenti di acque minerali e termali, alle cave e alle torbiere e alle miniere delle Regioni ad autonomia speciale, sono regolati anche da apposite leggi regionali.

Deve, infine, ricordarsi che la disciplina del sale rientra all'interno di quella vigente per le miniere. L'estrazione del sale sottoposta a riserva «monopolistica», ed esercitabile da parte di privati solo con concessione dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato (art. 3 legge 17.7.1942), è stata, di recente, dichiarata legittima dalla Corte costituzionale perché «conseguenza della qualità del bene in cui l'estrazione stessa si esplica, che appartiene allo Stato a titolo di proprietà indisponibile».

Riguardo i criteri generali per l'assegnazione delle concessioni, si rileva l'assenza di forme di gara per la scelta del concessionario. Considerato, poi, che nel R.D. 1443/27 la concessione viene preferenzialmente accordata al titolare del permesso di ricerca (a. 16), ai fini della individuazione di eventuali riflessi concorrenziali nella disciplina del settore rileva la procedura per l'assegnazione dei permessi di ricerca, che - comunque - dalle norme sembra essere l'esito di valutazioni discrezionali e insindacabili dell'amministrazione in seguito a domanda degli interessati che dimostrino di avere «l'idoneità tecnica ed economica a condurre l'impresa» (a. 15 e d.P.R. 18.4.1994, n. 382, a. 6). Si deve, inoltre, sottolineare come la discrezionalità venga ad ampliarsi quando la concessione è accordata ad una società: infatti il Ministero dell'industria, nelle sue articolazioni centrali e periferiche, deve avere in «gradimento» tanto i rappresentanti che i dirigenti della società (a. 15, II co.).

Le concessioni minerarie sono concessioni esclusive dal momento che sul medesimo bene possono essere attribuiti più permessi di ricerca o più concessioni «ma per sostanze diverse», e dunque afferenti a diversi mercati, e «sempreché i nuovi lavori non siano incompatibili con quelli della ricerca o della concessione preesistenti» (a. 11, I co.).

In relazione al tema della riserva sembrerebbe che vigano due diversi regimi per il caso delle miniere e quello delle cave e torbiere.

Infatti, le miniere sono beni patrimoniali indisponibili in senso stretto, di cui lo Stato è proprietario per organizzarne la coltivazione in modo conforme al pubblico interesse, attraverso lo strumento della concessione mineraria.

Invece, le cave e le torbiere sono beni patrimoniali indisponibili solo quando appartenenti alla Regione. Nel caso in cui siano beni privati di pubblico interesse, sono espropriabili se non coltivati dal proprietario del fondo e, in seguito, attribuiti in concessione per lo sfruttamento.

Miniere, cave e torbiere

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2) anni (3)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
d.P.R. 28/1/94	Gestione miniere di carbone sulcis	Si	Comitato di coordinamento accordo di programma	a.r.	si	beni pubblici	2	a.r.	a.r.
Legge 17/7/42, n. 907 (art. 3)		Si	Amministrazione autonoma dei	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.	a.r.
Regio decreto 29/7/27, n. 1443 (art. 14 Ss.) e d.P.R. 28/6/55, n. 620	Coltivazione giacimenti acque minerali e termali	Si	Regione	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.	si
Regio decreto 29/7/27, n. 1443 (art. 45 Ss.)	Coltivazione cave e torbiere	Si	Regione	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.	si
Regio decreto 29/7/27, n. 1443 e d.P.R. 18/4/94, n. 382 (art. 13)	Coltivazione miniere di interesse locale	Si	Ingegnere capo del distretto minerario	Titotale permesso di ricerca	si	beni pubblici	3	a.r.	si
Regio decreto 29/7/27, n. 1443 e d.P.R. 18/4/94, n. 382 (art. 14)	Coltivazione miniere di interesse nazionale	Si	Ministero Industria	Titotale permesso di ricerca	si	beni pubblici	3	a.r.	si

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Nel settore MINIERE, CAVE E TORBIERE non sono intervenute di recente innovazioni normative tali da modificare, nella sostanza la disciplina organica predisposta dalla normativa di settore.

E' opportuno, comunque, segnalare che il recentissimo schema di decreto legislativo sul conferimento delle funzioni e dei compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali (febbraio 1998) prevede il trasferimento delle funzioni degli uffici centrali e periferici dello Stato in materia di permessi di ricerca e concessioni di coltivazione delle sostanze minerali e delle risorse geotermiche su terraferma, alle regioni che lo esercitano nell'osservanza degli indirizzi della politica nazionale (a. 32).

17. CACCIA E PESCA

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

CACCIA

L'esercizio della caccia, nata come diritto libero e naturale dell'uomo, è sottoposto oggi ad una regolamentazione assai dettagliata, soprattutto per la concreta necessità di non intaccare irreversibilmente la fauna selvatica e di proteggere l'agricoltura dagli eccessi dell'attività venatoria. A tali finalità sono ispirati i numerosi provvedimenti normativi che si sono succeduti in materia, a partire dalla legge 24 giugno 1923, n. 1420, fino alla recente **legge 11 febbraio 1992, n. 157**.

In particolare, a seguito dell'approvazione di tale ultima legge, può dirsi vigente un regime di gestione programmata della caccia. Se pure si conservano alcuni principi codificati nella precedente normativa (si pensi alla qualificazione della selvaggina come patrimonio indisponibile dello Stato, già contenuta nell'art. 1 della legge 27 dicembre 1977, n. 968), tutto il territorio agro-silvo-pastorale nazionale è attualmente soggetto ad una dettagliata opera di pianificazione faunistico-venatoria.

In tale quadro, l'esercizio della caccia si svolge per concessione che lo Stato rilascia ai cittadini che la richiedano e che posseggano i requisiti previsti dalla legge (art. 12 della legge n. 157/92).

Un 15% del territorio può poi essere riservato alle aziende faunistico-venatorie, ovvero alle aziende agro-turistico-venatorie. Le prime sono associazioni senza fine di lucro, con obiettivi naturalistici; le seconde sono imprese agricole, destinate a ospitare fauna selvatica di allevamento (art. 16 legge cit.). La loro apertura è soggetta al rilascio di apposita concessione (si veda, in tal senso, TAR Veneto, II Sez., 19 gennaio 1993, n. 24 e TAR Lazio, 20 aprile 1993, n. 603).

Le riserve di caccia, per la cui istituzione era esplicitamente previsto il rilascio di un provvedimento di concessione, alla pari di quanto avviene ancora oggi per le bandite, ai sensi di quanto disposto dall'art. 43 del R.D. 5 giugno 1939, n. 1016, sono state invece soppresse dall'art. 36 della legge n. 968/77, prevedendosene la trasformazione in aziende faunistico-venatorie, nel caso in cui fossero istituite con lo scopo di mantenere, organizzare e migliorare gli ambienti naturali, anche ai fini dell'incremento della fauna selvatica (il termine per la soppressione delle riserve è stato tuttavia prorogato dall'art. 1 della legge 16 gennaio 1981, n. 9).

In attuazione dell'ordinamento regionale, sono state attribuite alle regioni, con il **d.P.R. 15 gennaio 1972, n. 11**, le funzioni amministrative di settore. Tale attribuzione, meglio precisata dall'art. 99 del successivo **d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616**, ha finito con il riguardare tutta la materia dell'esercizio della caccia, nonché la disciplina delle aziende di produzione e delle bandite, la polizia venatoria e la difesa del patrimonio zootecnico.

PESCA

Il primo intervento dello Stato unitario volto a dare completa regolamentazione allo svolgimento delle attività di pesca è rappresentato dal R.D. 22 dicembre 1861, n. 387. A tale primo decreto sono seguiti vari altri provvedimenti normativi, con i quali si sono distinte le attività di pesca nel mare e nelle acque interne e si è previsto che il loro svolgimento fosse soggetto al rilascio di una licenza o permesso di pesca cui veniva riconosciuta natura di provvedimento autorizzatorio (art. 12 della legge 14 luglio 1965, n. 963).

La situazione è tuttavia radicalmente mutata a seguito dell'entrata in vigore della **legge 17 febbraio 1982, n. 41**, con la quale tali attività sono state sottoposte ad una penetrante opera di pianificazione che culmina nell'adozione, da parte del CIPE, di un "piano nazionale della pesca".

Quest'ultimo ha, in particolare, la finalità di consentire il mantenimento dell'equilibrio più conveniente fra livello di sfruttamento delle risorse ittiche e loro disponibilità. Il piano ha l'obiettivo di definire lo "sforzo di pesca" di una determinata zona marina, in base alle sue reali e accertate capacità produttive, la cui valutazione spetta al Ministro dei trasporti e della navigazione, al quale pure compete il potere di stabilire il numero massimo delle licenze che possono essere rilasciate. In tal modo, se pure si ricorre ancora all'uso del termine "licenza" per definire il provvedimento amministrativo al cui rilascio è subordinato l'esercizio legittimo della pesca, non v'è dubbio che esso, per la valutazione ampiamente discrezionale che deve essere compiuta dall'Amministrazione prima della sua emissione, debba essere qualificato, più giustamente, come concessione o, al massimo, come autorizzazione costitutiva (di diritti di impresa).

È poi possibile rinvenire altre fattispecie concessorie che traggono origine dai c.d. diritti esclusivi di pesca su zone di mare delimitate, originariamente intesi quali veri e propri diritti dominicali e come tali espropriabili per ragioni di pubblica utilità, oggi liquidati o trasformati in concessioni assoggettate al regime generale delle concessioni su beni pubblici (e ciò anche se il mare non è definibile propriamente come bene pubblico, bensì come bene comune). Si pensi alle tonnare e agli altri impianti da pesca fissi, nonché all'installazione di opere per l'allevamento dei pesci, dei crostacei e dei molluschi e ad ogni altra occupazione del demanio marittimo e del mare territoriale occorrente per fini di pesca, concessioni

queste la cui disciplina è contenuta nel combinato disposto degli **artt. 36 e ss. e 222 del Codice della Navigazione**.

Allo stesso modo, è sottoposto a concessione l'esercizio dell'acquacoltura lagunare, detta anche vallicoltura, e, in generale, dell'acquacoltura nei tratti dei corsi o bacini pubblici di acqua dolce (**art. 11 del R.D. 8 ottobre 1931, n. 1604 e D.M. 14 gennaio 1949**). L'assegnazione di tale concessione avviene, in base a quanto disposto dall'art. 27 ter della legge n. 41/82, a seguito di apposita conferenza di servizi, che però, avendo funzione meramente istruttoria, non può essere in alcun modo assimilata ad una procedura di evidenza. Si osserva, peraltro, che le valli di pesca nelle acque interne possono anche formare oggetto di veri e propri diritti patrimoniali, la cui origine va fatta risalire al periodo preunitario.

Per quanto concerne l'esercizio delle funzioni legislativa e amministrativa in tale settore, mentre le regioni a statuto speciale (con le ovvie eccezioni costituite dalla Valle d'Aosta e dal Trentino-Alto Adige) possono occuparsi anche della pesca marittima (per la Sicilia, si vedano gli **artt. 14, lett. l, e 20 del D.lgS. 15 maggio 1946, n. 455**; per la Sardegna gli **artt. 3, lett. i, e 6 della Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 3**; per il Friuli-Venezia Giulia, gli **artt. 4, n. 3, e 8, della Legge cost. 31 gennaio 1963, n. 1**), la competenza legislativa e amministrativa delle regioni a statuto ordinario è invece limitata, ai sensi degli **artt. 117 e 118 della Costituzione e dell'art. 100 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616**, al solo settore della pesca nelle acque interne.

Caccia e pesca

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
Legge 11/2/92, n. 157, (art. 16)	Azienda agro-turistico-venatoria	Si	Regione	a.r.	no	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 11/2/92, n. 157, (art. 16)	Azienda faunistico-venatoria	Si	Regione	a.r.	no	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 11/2/92, n. 157, (art. 16)	Esercizio della caccia	No	Regione	a.r.	no	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 17/2/82, n. 41	Esercizio della pesca	No	Regione	a.r.	no	altro	3	a.r.	a.r.
Regio decreto 30/3/42, n. 327 (art. 36 e 222)	Tornare e altri impianti fissi da	Si	Regione	a.r.	si	beni pubblici	a.r.	a.r.	a.r.
Regio decreto 5/6/39, n. 1016 (art. 43 Ss.)	Bandita di caccia	Si	Regione	a.r.	no	altro	3	6	si
Regio decreto 8/10/31, n. 1604 (art. 11), D.M. 14/1/49 e Legge 17/2/82, n. 41 (art. 27 ter)	Lavori di acquacoltura nei corsi e laghi d'acque dolci	Si	Regione	Enti pubblici, Società e privati	si	beni pubblici	3	15	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Le funzioni amministrative prima spettanti allo Stato in tema di rilascio della concessione per l'esercizio della caccia sono state conferite al sistema regionale e degli enti locali dall'art. 1, comma 2, del D.lgs. 4 giugno 1997, n. 143, emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 2, della legge n. 59/1997.

18. RADIODIFFUSIONE E TELEVISIONE

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

Per “radiodiffusione” si intende quella particolare forma di radiocomunicazione che è caratterizzata dalla destinazione del messaggio ad una pluralità indeterminata di persone. Essa si concreta nell'utilizzazione delle onde elettromagnetiche (tecnicamente indicate come “frequenze”) per la diffusione “circolare” di messaggi sonori e visivi. A causa della loro limitatezza e della loro natura interstatale, le frequenze sono oggetto di un complesso sistema di regolamentazione. A livello internazionale, esso fa capo all'Unione internazionale delle telecomunicazioni (UIT), che provvede a ripartire le frequenze fra gli Stati, al fine di evitare brouillages nuisibles, cioè disturbi alle trasmissioni delle varie emittenti.

A livello di ordinamento nazionale, le frequenze sono considerate come res communes omnium, beni di cui la collettività ha l'effettivo godimento, nei confronti dei quali il potere pubblico esercita soltanto una funzione di costituzione, conservazione e disposizione delle utilità collettive, delle utilità collaterali e della gestione del bene.

La storia recente delle radiodiffusioni è del tutto peculiare, essendo stata scritta per buona parte dalla Corte costituzionale, che ha avuto modo di occuparsi, a più riprese, della presente materia.

Originariamente il servizio radiotelevisivo fu incluso fin dagli inizi del secolo nell'area di attività riservata allo Stato (si veda, in tal senso, il R.D. 8 febbraio 1923, n. 1067). Anche in seguito, l'art. 1 della legge 14 aprile 1975, n. 103, nel definire la diffusione circolare di programmi radiofonici e televisivi via etere o, su scala nazionale, via cavo e con qualsiasi altro mezzo, come servizio pubblico essenziale a carattere di preminente interesse generale, ne riservò l'esercizio allo Stato. Tale ultima legge escludeva tuttavia dall'area della riserva i ripetitori di emittenti straniere e le televisioni locali via cavo, in applicazione di quanto stabilito dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 225 e 226 del 1974. Sempre la Corte costituzionale intervenne poi a delimitare ulteriormente i confini, escludendo dalla riserva anche le televisioni locali via etere (sentenza n. 202/1976).

La normativa di base del settore è oggi contenuta, innanzitutto, nella **legge 6 agosto 1990, n. 223** (che ha regolamentato la materia dopo il periodo di libertà non governata dell'etere apertosi in seguito all'adozione di un decreto-legge tampone, il D.L. 6.12.1984, n. 807, convertito nella legge 4 febbraio 1985, n. 10), nel regolamento di attuazione di tale legge, d.P.R. 27 marzo 1992, n. 255, e nel

D.lgs. 22 febbraio 1991, n. 73, relativo agli impianti di diffusione sonora e televisiva via cavo.

La **sostituzione del monopolio pubblico** con un sistema di tipo misto pubblico-privato, quale è quello attualmente codificato dalla legge n. 223/90, e l'assenza di qualsiasi riferimento alla riserva a favore dello Stato starebbe a significare che quest'ultima è venuta meno. L'originario regime di riserva si sarebbe dunque trasformato in un'**assunzione parziale dell'attività radiotelevisiva nazionale** da parte dello Stato.

In particolare, per quanto concerne il ricorso allo strumento concessorio, è possibile distinguere la concessione del servizio pubblico radiotelevisivo, affidata ad una società a totale partecipazione pubblica, cui viene attribuita di diritto la qualifica di società di interesse nazionale ai sensi dell'art. 2461 c.c. (art. 2, comma 2, della legge n. 223/90; si vedano, però, al riguardo, gli esiti del recente referendum abrogativo in ordine alla partecipazione azionaria di privati), dalle concessioni per radiodiffusione sonora comunitaria, locale e nazionale (intendendosi per comunitaria quella che è espressione di particolari istanze culturali, etniche, politiche o religiose) e dalle concessioni per radiodiffusione sonora e televisiva, locale e nazionale, a carattere commerciale. Titolari di una concessione per radiodiffusione sonora comunitaria, locale e nazionale, - radiodiffusione che è caratterizzata dall'assenza dello scopo di lucro - possono essere soltanto fondazioni, associazioni riconosciute o non riconosciute che siano espressione di particolari istanze culturali, politiche, etniche e religiose, nonché società cooperative costituite ai sensi dell'art. 2511 c.c. Nel caso della radiodiffusione sonora e televisiva a carattere commerciale bisogna invece distinguere tra livello locale e nazionale. A livello locale possono infatti rivestire la qualifica di concessionari persone fisiche, in possesso della cittadinanza di uno degli Stati appartenenti alla CEE, enti di cui all'art. 12 c.c., e società costituite in Italia o in altri Stati appartenenti alla CEE, ad esclusione delle società semplici, con capitale non inferiore ai trecento milioni di lire. La concessione per la radiodiffusione commerciale a livello nazionale può essere invece rilasciata esclusivamente a società di capitali o cooperative, costituite in Italia o in altri Stati appartenenti alla CEE, con capitale sociale non inferiore a 3 miliardi di lire se hanno per oggetto la radiodiffusione televisiva ovvero a 500 milioni di lire se hanno per oggetto la radiodiffusione sonora.

Tutte le concessioni si intendono rilasciate anche per l'installazione dei relativi impianti. Il rilascio delle concessioni da parte del Ministero delle poste e telecomunicazioni è subordinato all'apprezzamento dell'utilità sociale del servizio che il concessionario intende svolgere (si veda, in tal senso, Cons. Giust. Amm, Reg. Sic., 20 aprile 1993, n. 149).

L'art. 32, comma 1, della legge n. 223/90 ha tuttavia fotografato la situazione esistente al momento della sua entrata in vigore, consentendo ai privati che già esercitavano impianti per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito nazionale o locale di proseguire nell'esercizio dei relativi impianti, obbligandoli esclusi-

vamente a presentare domanda di concessione. In attesa dell'approvazione della nuova disciplina del sistema radiotelevisivo e dell'editoria prevista dall'art. 2, comma 2, della legge 25 giugno 1993, n. 206, la durata delle concessioni di cui sopra, che è normalmente di sei anni (20 anni nel caso della concessionaria pubblica), è stata limitata ad un periodo non superiore ai tre anni (D.L. 27 agosto 1993, n. 323). In caso di trasferimento di azioni o quote di società concessionarie private che interessino più del 10% del capitale sociale o più del 2% se si tratti di società quotate in borsa, è necessario presentare domanda di conferma della concessione (art. 17, comma 5, della legge n. 223/90).

Il venir meno della riserva d'impresa a favore dello Stato dovrebbe far cadere la necessità dell'adozione del modulo concessorio che non potrebbe essere, secondo alcuni, conservato neppure facendo riferimento alla natura di *res communes omnium* delle frequenze. Se si giustificasse, infatti, la permanenza del regime concessorio facendo riferimento a tale natura, si dovrebbe ritenere che qualsiasi forma di utilizzazione dell'etere debba essere sottoposta ad un regime di tipo concessorio, cosa che invece non avviene per l'installazione di ripetitori esteri, per le emittenti che diffondono programmi verso l'estero e per gli apparecchi di debole potenza (al riguardo si ricorda, in via del tutto incidentale, come la Corte costituzionale abbia ritenuto più corretto il ricorso da parte del legislatore, allo strumento dell'autorizzazione non soltanto in questi ultimi casi, ma anche con riguardo alle emittenti radiotelevisive locali).

Bisogna peraltro notare che in sede di discussione parlamentare circa il nuovo ordinamento del sistema delle comunicazioni, è stato da alcuni ribadito come l'utilizzazione delle frequenze via etere debba essere sottoposta a riserva originaria, a norma dell'art. 43 Cost., e come la costruzione e gestione delle reti di diffusione e di collegamento, nonché la distribuzione dei servizi radiotelevisivi su radiofrequenze a terra debbano essere soggetti a regime di concessione, per il rilascio della quale, in caso di pluralità di domande, si prevede il ricorso ad una procedura di tipo concorsuale (si pensi al d.d.l. Bogi). Non sussistendo "riserva" né quanto all'attività né quanto al bene, una simile impostazione sembra non potersi condividere.

La diffusione di programmi televisivi e sonori via cavo è invece sin da ora sottoposta al rilascio di una autorizzazione: il D.lgs. n. 73/91 ha limitato il ricorso allo strumento concessorio alla sola attività di installazione e gestione delle reti e degli impianti di diffusione sonora e televisiva, mono e pluricanale, via cavo. Il fondamento del ricorso alla disciplina autorizzatoria risiederebbe nel fatto che l'accesso alla visione o all'ascolto dei programmi diffusi via cavo è possibile ad una pluralità determinata di abbonati e non alla collettività indifferenziata.

Bisogna, infine, notare come con l'art. 2, comma 1, della legge 14 novembre 1995, n. 481, sia stata prevista l'istituzione di apposite autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e, in particolare, di una Autorità di regolazione per le telecomunicazioni, cui potranno essere attribuiti - recita testualmente tale disposi-

zione - “competenze su altri aspetti” del complessivo sistema delle telecomunicazioni, ivi comprese, si ritiene, alcune competenze in materia di radiotelevisione. La costituzione di un'unica autorità per le comunicazioni era stata peraltro auspicata anche in sede di redazione di alcune proposte di legge per la riforma di tale sistema (si fa riferimento, ancora una volta, al già citato d.d.l. Bogi).

Radiodiffusione e televisione

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni	Rinnovabilità
Decreto legislativo 22/201, n. 73	Installazione ed esercizio reti ad impianti diffusione sonora e televisiva via cavo	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	a.r.	no	mista	3	20	si
Legge 6/8/90, n. 233 (art. 16) e D.L. 27/8/93, n. 323 (art. 1, I e IV e c.)	Installazione ed esercizio impianti locali di radiodiffusione sonora privata commerciale	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Persone fisiche, Persone giuridiche, Società	no	mista	3	3	si
Legge 6/8/90, n. 223 (art. 16) e D.L. 27/8/93, n. 323 (art. 1, I e IV e c.)	Installazione ed esercizio impianti locali di radiodiffusione televisiva privata commerciale	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Persone fisiche, Persone giuridiche, Società	no	mista	3	3	si
Legge 6/8/90, n. 223 (art. 16) e D.L. 27/8/93, n. 323 (art. 1, I e IV e c.)	Installazione ed esercizio impianti nazionali di radiodiffusione sonora privata commerciale	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Società di capitali o cooperative	no	mista	3	3	si
Legge 6/8/90, n. 223 (art. 16) e D.L. 27/8/93, n. 323 (art. 1, I e IV e c.)	Installazione ed esercizio impianti nazionali di radiodiffusione sonora privata commerciale	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Associazioni, Fondazioni, Società cooperative	no	mista	3	3	si
Legge 6/8/90, n. 223 (art. 16) e D.L. 27/8/93, n. 323 (art. 1, I e IV e c.)	Installazione ed esercizio impianti nazionali di radiodiffusione televisiva privata commerciale	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Società di capitali o cooperative	no	mista	3	3	si
Legge 6/8/90, n. 233 (art. 16) e D.L. 27/8/93, n. 323 (art. 1, I e IV e c.)	Installazione ed esercizio impianti locali di radiodiffusione sonora privata commerciale	No	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Associazioni, Fondazioni, Società cooperative	no	mista	3	3	si
Legge 6/8/90, n. 233 (art. 2) e d.P.R. 28/3/94	Servizio pubblico radiotelevisivo	Si	Ministero Poste e Telecomunicazioni	R.A.I. S.p.a.	no*	mista	3	3	si

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

L'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, avvenuta con legge 31 luglio 1997, n. 249 non ha coinciso con il superamento del regime concorsorio per l'assegnazione delle frequenze.

Non sono state modificate neppure le attribuzioni riconosciute al Ministero delle poste e telecomunicazioni - oggi denominato "Ministero delle comunicazioni" - dal decreto-legge 1° dicembre 1993, n. 487, convertito con modificazioni, dalla legge 29 gennaio 1994, n. 71.

A rilasciare le concessioni è sempre il Ministero, sia pure nel rispetto delle condizioni definite in un regolamento adottato dall'Autorità, la quale è anche competente ad approvare un piano nazionale di assegnazione delle frequenze e a proporre al Ministero delle comunicazioni i disciplinari per il rilascio delle concessioni e delle autorizzazioni in materia radiotelevisiva.

La durata della concessione, già fissata in tre anni, è stata rideterminata in sei anni.

19. OPERE PUBBLICHE

(Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

L'istituto della concessione di opere pubbliche nasce nella seconda metà del secolo scorso. In origine tale concessione era tuttavia utilizzata essenzialmente al fine di regolare i rapporti tra più soggetti pubblici in ordine alla realizzazione dell'opera. La possibilità che la qualità di concessionario fosse rivestita da un privato è stata infatti ammessa, in via generale, soltanto in una seconda fase.

Uno dei primi prototipi di concessione di opere è costituito dalla concessione ferroviaria (R.D. 2 agosto 1929, n. 2150). Essa consiste nell'affidamento, compiuto dallo Stato a favore di un'impresa, di una pluralità di poteri di carattere pubblicistico consistenti nella progettazione, nel reperimento dei fondi, nell'attivazione delle procedure necessarie per realizzare l'impianto ed, infine, nell'esercizio a carattere oneroso di quest'ultimo. All'istituto della concessione di opere pubbliche si fa dunque ricorso innanzitutto per ragioni di carenza di fondi (è infatti il concessionario che procura il finanziamento, ripagandosi con i proventi che derivano dall'esercizio) o, ancora, per la mancanza, all'interno dell'Amministrazione, di competenze tecniche adeguate.

In passato, si è ritenuto che il rapporto tra soggetto concedente e soggetto concessionario potesse instaurarsi soltanto su basi fiduciarie. Al riguardo, il carattere originariamente fiduciario di tale forma di concessione emerge chiaramente dalla lettura della **legge 24 giugno 1929, n. 1137**.

Quest'ultima prevedeva però la possibilità che l'affidamento dell'opera fosse affidata separatamente dal suo esercizio. Una simile previsione ha rappresentato un facile strumento per aggirare le disposizioni in tema di gara dettate in materia di appalti pubblici, essendo possibile che una concessione avente sostanzialmente lo stesso oggetto di un contratto di appalto fosse attribuita in base ad una trattativa diretta con il concessionario.

A tal fine, le direttive comunitarie n. 71/305/CEE, 89/440/CEE (recepita nel nostro ordinamento con la **legge 19 dicembre 1991, n. 406**) e 93/37/CEE, relative all'affidamento di lavori pubblici per importo pari o superiore a 5 milioni di ECU, hanno espressamente equiparato all'appalto le concessioni di sola costruzione, non accompagnate dalla gestione dell'opera.

L'ambito di applicazione dell'istituto della concessione di lavori pubblici è stato dunque delimitato, precisando che quest'ultima si distingue dall'appalto perché la controprestazione per l'esecuzione dei lavori consiste qui **unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo**.

Il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno dettare in materia una disciplina specifica che può essere così sinteticamente esposta:

1) nell'ipotesi in cui rivesta la qualifica di concessionario un soggetto che è tenuto a dare applicazione alla direttiva - vale a dire un'amministrazione aggiudicatrice - , dovranno essere osservate tutte le disposizioni in essa contenute, senza alcuna eccezione;

2) se il concessionario è, invece, un imprenditore privato, si è voluto affermare un generico principio di concorsualità per la sua scelta, lasciandosi per il resto al concedente una certa autonomia nella fissazione dei requisiti per operare la scelta dei candidati, non essendo, ad esempio, necessario che concessionaria sia un'impresa di costruzioni, in considerazione del fatto che il concessionario può anche limitarsi a svolgere una funzione di carattere organizzativo, tecnico o finanziario (possono rivestire tale qualifica anche i raggruppamenti temporanei di imprese o i consorzi di cui all'art. 2612 del codice civile). Devono essere, in particolare, applicate le norme comunitarie sulla pubblicità e sui termini per la presentazione delle candidature.

Analoga previsione è stata inserita, da ultimo, con riferimento anche ai lavori pubblici di importo inferiore ai 5 milioni di ECU, nella **legge 11 febbraio 1994, n. 109** e successive modificazioni. Anche in questo caso si stabilisce che l'assegnazione della concessione debba avvenire attraverso idonee procedure concorsuali, mediante licitazione privata.

Al di là di tali disposizioni aventi natura generale esistono poi numerosissimi provvedimenti normativi che hanno previsto il ricorso alla concessione per l'esecuzione di particolari tipologie di lavori pubblici. Si è però deciso di segnalare soltanto alcuni di questi provvedimenti, particolarmente in materia di costruzioni aeroportuali e di salvaguardia del bacino lagunare di Venezia, anche in considerazione del fatto che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha già espresso il proprio parere al riguardo nella Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri del luglio 1992. Altri provvedimenti sono stati poi segnalati in occasione dell'analisi di alcuni specifici settori (si pensi alla legge n. 729/61 in materia di concessioni autostradali).

Opere pubbliche

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva (3)	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara Durata (2)/(3) anni (3)	Rinnovabilità (3)
Decreto legislativo 13/1/94, n. 62	Studio, ricerca, sperimentazione e progettazione opere salvaguardia Venezia	a.r.	Ministero Lavori Pubblici	Società partecipata I.R.I.	no	opere pubbliche	1	a.r.
Decreto Legislativo 19/12/91, n. 406 (art. 4, II c.)	Lavori pubblici	a.r.	Organismi di diritto pubblico Telecomunicazioni	a.r.	no	mista	2	a.r.
Legge 11/2/94, n. 109	Costruzione e gestione di opere pubbliche	a.r.	Organismi di diritto pubblico	a.r.	no	mista	2	a.r.
Legge 12/8/74, n. 376	Aeroporti Venezia e Palermo	a.r.	Ministero Trasporti	Società concessionaria o Persone fisica	no	opere pubbliche	a.r.	a.r.
Legge 22/12/73, n. 825	Progettazione e ammodernamento aeroporti	a.r.	Ministero Trasporti	Società concessionaria o Persona fisica	no	opere pubbliche	3	a.r.
Legge 24/6/29, n. 1137	Costruzione e gestione di opere pubbliche	a.r.	Stato	Provincia, Comune, Consorzi Privati	no	mista	3	a.r.
Legge 25/2/71, n. 111	Aeroporti Firenze - Napoli - Agrigento - Olbia	a.r.	Ministero Trasporti	Ente pubblico o Società a prevalente capitale pubblico	no	opere pubbliche	a.r.	a.r.
Legge 29/11/84, n. 798	Salvaguardia e recupero	a.r.	Ministero Lavori Pubblici	Società, Imprese e loro consorzi	no	opere pubbliche	3	a.r.
Legge 8/11/91, n. 360	Sistema di controllo degrado bacino lagunare Venezia	a.r.	Ministero Ambiente	a.r.	no	opere pubbliche	3	a.r.
Legge 8/5/71, n. 420	Ampliamento aeroporto Milano	a.r.	Ministero Trasporti	S.E.A. S.p.a.	no	mista	1	a.r.
Regio Decreto Legge 2/8/29, n. 2150	Costruzioni linee ferroviarie	a.r.	Consiglio dei Ministri Governo	Imprese non identificate dal legislatore	no	opere pubbliche	2	a.r.

Legendi:

- (1) sì - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

20. BENI DEMANIALI

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

Il godimento da parte di privati di beni appartenenti al demanio dello Stato è disciplinato da un quadro normativo disarticolato e ricco di fonti, che prevedono competenze concessorie di diverse amministrazioni.

Demanio marittimo

In base all'**art. 30 del codice della navigazione**, la competenza in materia di beni del demanio marittimo è dell'amministrazione centrale e periferica del Ministero della marina mercantile, di recente soppresso, le cui attribuzioni sono ora demandate al **Ministero dei trasporti e della navigazione**. Quando la utilizzazione del demanio abbia finalità turistiche o ricreative, le relative competenze sono da considerarsi delegate alle **Regioni** ai sensi dell'**art. 59 del d.P.R. 24/7/1977, n. 616**.

Uno dei profili più rilevanti dell'assegnazione delle concessioni di demanio marittimo è legato alla presenza di impianti di difficile sgombero. Infatti, dalla presenza o meno di tali impianti, eventualmente presenti ovvero da realizzare sulla porzione di demanio, derivano:

- 1) l'obbligo di esperimento di gare;
- 2) l'eventuale accelerazione dell'istruttoria per il rilascio della concessione.

Deve, comunque, rilevarsi come la discrezionalità dell'amministrazione per l'attribuzione delle concessioni sia ampia, considerato che, in presenza di più domande concorrenti, la preferenza è accordata «al richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico» (**art. 37, cod. nav.**).

Ancora, si registra la previsione normativa di un diritto di insistenza del concessionario sul bene oggetto della concessione (**art. 2, legge 4/12/1993 n. 494**): tale diritto rappresenta una vera e propria preferenza accordata dall'amministrazione al concessionario il quale, alla scadenza della concessione, richieda il rinnovo in concomitanza di altre richieste per l'assegnazione del medesimo bene.

Le tipologie di concessione di beni demaniali marittimi legate allo svolgimento di attività economiche turistico-ricreative, diverse da quelle per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, sono - ai sensi dell'art. 01 della legge 494/93 - le seguenti:

- a) gestione di stabilimenti balneari;
- b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio;
- c) noleggio di imbarcazioni e natanti, in genere;
- d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive;
- e) esercizi commerciali
- f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo.

Demanio idrico (rinvio)

Si è ritenuto di rendere autonoma la materia dello sfruttamento economico delle acque pubbliche rispetto alla trattazione generale dei beni demaniali per le sue caratteristiche di servizio infrastrutturale a rete (v. mercato n. 9).

Demanio storico, artistico, archeologico

L'utilizzazione da parte di privati di beni appartenenti al demanio storico, artistico, archeologico può avvenire esclusivamente attraverso una concessione rilasciata di concerto dalle amministrazioni competenti, ovvero le articolazioni centrali e periferiche del **Ministero delle finanze** (competente in base agli **artt. 1 e 18 del Reg. di contabilità generale dello Stato**) e del **Ministero dei beni culturali** (**artt. 6 e 11, legge 1.6.1939, n. 1089**).

In questo settore vigono, principalmente, tre tipologie concessorie.

1) Concessioni per alloggi ai pubblici dipendenti, di durata annuale, assegnate in seguito ad una gara, nella forma di graduatoria (v. **Circolare 17.7.1995, n. 197/T**). La concorrenza per l'assegnazione degli alloggi è limitata, peraltro, da una preselezione svolta dall'amministrazione e finalizzata all'espletamento di una «licitazione privata»: alla licitazione verranno invitati solo coloro che «sulla base delle informazioni raccolte, diano maggiore affidamento di solvibilità e correttezza» (pag. 7) in base al principio dell'«intuitu personae» (pag. 6).

2) Concessioni speciali, normalmente sessennali ma con durata massima di 19 anni, secondo le previsioni della **legge 11.7.1986, n. 390** con la quale si è stabilita la possibilità di dare in concessione beni del demanio storico, artistico, archeologico ad enti, istituzioni, fondazioni inserite in un apposito elenco, aggiornato ogni tre anni. L'attribuzione di tali concessioni è stipulata per un canone ricognitorio, irrisorio rispetto al valore di mercato del bene (non inferiore a

L. 100.000, non superiore al 10% del canone determinato dall'Ufficio Tecnico Erariale sulla base del valore in comune commercio).

3) Concessioni per usi diversi, di durata sessennale, la cui procedura è disciplinata dalla legge di contabilità generale dello Stato. Gli usi in questione, diversi per modalità e concessione e di determinazione del canone, sono principalmente due:

a) Fruizione diretta della specifica utilità del bene demaniale (es. riprese cinematografiche, televisive o fotografiche di opere architettoniche e artistiche; occupazioni temporanee di edifici monumentali per manifestazioni culturali in genere). La competenza, in questo caso, è dell'**amministrazione dei beni culturali**, in base alla **legge 30.3.1965, n. 340** ed al relativo regolamento d.P.R. 2.9.71, n. 1247.

b) Fruizione indiretta della specifica utilità del bene demaniale (occupazione stabile di immobili per lo svolgimento di attività che non hanno una specifica connessione con la natura monumentale degli stessi: es. sedi per uffici di enti pubblici o privati, abitazioni, negozi). Per queste concessioni la competenza è del **Ministero delle finanze**, che per destinare i beni ad usi compatibili con il loro interesse storico-artistico, deve comunque acquisire il parere del Ministero dei beni culturali ai sensi della già citata legge 1089/39.

Si deve, infine, ricordare che le concessioni di demanio storico, artistico, archeologico di competenza delle ex Intendenze di finanza (ora Sezioni staccate semianio delle Direzioni compartimentali del territorio - Dipartimento del territorio - Ministero delle finanze), sono attribuite a trattativa privata.

Porti ed aeroporti (rinvio)

Per la trattazione relativa ai beni del demanio portuale ed aeroportuale si rimanda ai settori n. 5 e 7.

Strade e autostrade (rinvio)

Per la trattazione relativa ai beni del demanio stradale ed autostradale, si rimanda al settore n. 11.

Usualmente le concessioni in materia di beni demaniali e patrimoniali indisponibili riguardano non solo il conferimento e l'uso del bene ma anche, e soprattutto, la disciplina dell'attività d'impresa che su quel bene trova svolgimento (ad es. le concessioni minerarie, dove il bene miniera rappresenta la vera e propria azienda dell'impresa mineraria; le concessioni di demanio marittimo a fini industriali; ecc.). In tali casi si ha una concessione ad oggetto misto: la concessione travalica gli aspetti relativi alla semplice amministrazione pubblicistica del bene ed entra nel merito dello svolgimento dell'attività d'impresa, determinando significative distorsioni dell'andamento concorrenziale del mercato.

E' quanto è avvenuto nella prassi delle concessioni portuali e aeroportuali.

La linea di tendenza più rispettosa della normativa in materia di concorrenza dovrebbe, dunque, consistere nel confinare l'oggetto della concessione al contenuto proprio della riserva di proprietà, e cioè al godimento del bene in senso stretto (e alla eventuale manutenzione delle infrastrutture su questo esistenti), lasciando la disciplina d'impresa a regimi più conformi alla libertà d'iniziativa economica e alle esigenze di un mercato aperto.

Beni demaniali

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione (2)(3)	Gara Durata (2)(3) anni (3)	Rinnovabilità (3)
Decreto Legge. 5/10/93, n. 400	Beni del demanio marittimo per scopi turistici e ricreativi	Si	Regione	a.r.	si	beni pubblici	a.r.	4 a.r.
Legge 1/6/39, n. 1089	Beni del demanio storico, artistico, archeologico per alloggio di pubblici dipendenti	Si	Ministero Finanze	a.r.	si	beni pubblici	2	6 a.r.
Legge 1/6/39, n. 1089	Beni del demanio storico, artistico, archeologico per uffici, negozi e abitazioni	Si	Ministero Finanze	a.r.	si	beni pubblici	a.r.	6 a.r.
Legge 11/7/86, n. 390	Beni del demanio storico, artistico, archeologico	Si	Ministero Finanze	Istituti culturali, Enti pubblici e altri Enti	si	beni pubblici	3	6 si
Legge 30/3/65, n. 340	Beni del demanio storico, artistico, archeologico occupazione temporanea per manifestazioni culturali	Si	Ministero Beni culturali	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r. a.r.
Legge 30/3/65, n. 340	Beni del demanio storico, artistico, archeologico per riprese televisive, cineatografiche, ecc.	Si	Ministero Beni culturali	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r. a.r.
Regio Decreto 10/8/34, n. 1452	Estrazione di arenne fiume Tevere	Si	Ministero Trasporti	a.r.	si	beni pubblici	a.r.	a.r. a.r.
Regio Decreto 10/8/34, n. 1452	Utilizzazione acque e sponde Tevere	Si	Ministero Trasporti	a.r.	si	beni pubblici	a.r.	a.r. a.r.
Regio Decreto 17/6/1900, n. 306 (art. 1)	Utilizzazione suolo stradale per impianto tramvie	Si	Vari (a seconda della titolarità del suolo)	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r. a.r.
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 (art. 36)	Beni del demanio marittimo per finalità non turistica di durata < 15 anni e > 4 anni	Si	Direttore marittimo	a.r.	si	beni pubblici	2	a.r. a.r.

Segue: Beni demaniali

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara Durata (2)(3) anni (3)	Rinnovabilità (3)
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 A7 (art. 36)	Beni del demanio marittimo per finalità non turistica di durata < 4 anni con imp. diff. sgombero	Si	Direttore marittimo	a.r.	si	beni pubblici	2	a.r.
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 A7 (art. 36)	Beni del demanio marittimo per finalità non turistica di durata < 4 anni con imp. facile rimoza.	Si	Capo del compartimento marittimo	a.r.	si	beni pubblici	3	a.r.
Regio Decreto 30/3/42, n. 327 A7 (art. 36)	Beni del demanio marittimo per finalità non turistica di durata > 15 anni	Si	Ministero Trasporti	a.r.	si	beni pubblici	2	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
ne* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Nel settore BENI DEMANIALI non sono intervenute di recente innovazioni normative tali da modificare, nella sostanza la struttura concessoria del regime di disciplina.

E' opportuno, comunque, segnalare che l'art. 20, comma 8 della legge 15.3.97, n. 59 ha autorizzato il Governo a riformare con regolamento, tra gli altri, il "procedimento di concessione di beni demaniali marittimi nel caso di più domande di concessione" (Allegato, procedimento n. 21) e i "procedimenti di concessione di beni del demanio marittimo utilizzati per finalità turistiche, ricreative e per la realizzazione e gestione di attività commerciali, ricreative, sportive, turistiche." (Allegato, n. 76).

21. SERVIZI POSTALI

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

Il **d.P.R. 29.3.73, n. 156** (testo unico delle disposizioni in materia di poste e telecomunicazioni) è la norma fondamentale di disciplina dei servizi postali.

I servizi postali - sinteticamente identificati dalla norma nei «servizi di raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza epistolare» e nei «servizi di trasporti di pacchi e colli» - vengono qualificati dall'**art. 1 del d.P.R. 29/3/73, n. 156** come appartenenti «in esclusiva allo Stato».

Vi è, dunque, una chiara enunciazione di riserva di attività economica a favore dello Stato.

Tradizionalmente, i servizi postali sono stati svolti in forma diretta e collettivizzata dallo Stato attraverso l'azienda autonoma delle Poste e Telecomunicazioni, di recente trasformata in ente pubblico economico (Ente Poste Italiane) con il **D.L. 1.12.93, n. 487** convertito nella **L. 29.1.94, n. 71**.

Il monopolio postale conseguente alla riserva di attività operata dalla legge è legato alla corrispondenza epistolare (oltre al trasporto di pacchi e colli fino a 20 Kg.). La presenza della epistolarità quale criterio discretivo della sussistenza di riserva, ha consentito, innanzi tutto, di ritenere la corrispondenza non epistolare fuori dall'ambito del monopolio postale, e dunque in regime di libera concorrenza. L'esclusività della riserva è stata, peraltro, attenuata sia dalla presenza di eccezioni al monopolio direttamente previste dalla norma (es. art. 41 cod. postale: trasporto lettere occasionale senza fine di lucro o trasporto di valori eseguito da banche tramite propri agenti); sia dall'istituto del c.d. corso particolare, che consente a corrieri privati di svolgere attività di servizio autonoma rispetto all'amministrazione postale soddisfacendo il diritto postale di esclusiva attraverso il pagamento di una royalty.

Per gli ambiti riservati del servizio postale la normativa di settore ha, comunque, sempre riconosciuto uno spazio significativo alle concessioni postali. L'**art. 29 del d.P.R. 156/73** stabilisce, infatti, che 6 tipi di servizi postali possano essere affidati in concessione. In particolare, possono essere oggetto di concessione (concessioni ad uso pubblico, cioè accordate per la cura di interessi generali):

- 1) l'accettazione e recapito di corrispondenze epistolari per espresso nell'ambito del comune di provenienza;
- 2) il recapito di corrispondenze ordinarie e raccomandate per espresso;

- 3) l'esercizio di casellari privati per la distribuzione della corrispondenza;
- 4) il servizio di trasporto di pacchi e colli fino a 20 kg.

Possono, poi, essere oggetto di concessione (ad uso privato, cioè per soddisfare interessi del richiedente o di particolari categorie di utenti):

- 5) impianti pneumatici privati;

6) il recapito con mezzi propri della propria corrispondenza epistolare (banche, ditte, istituti, enti, ecc.).

A queste concessioni si devono aggiungere le due previste dall'art. 197 del testo unico, relative:

- all'impianto e all'esercizio di stazioni pubbliche telegrafiche;
- ai servizi di accettazione e recapito di telegrammi.

Infatti, i servizi telegrafici, ricompresi dalla norma all'interno della categoria dei servizi di telecomunicazione lato sensu, rientrano normalmente nel mercato dei servizi postali.

Il gruppo di concessioni postali previste dall'art. 29 rientra nelle competenze del Direttore provinciale delle poste, a conferma dell'originale carattere locale di questo istituto. Si è, peraltro, affermata di recente la tendenza ad una forma di raccordo dell'attività tra i concessionari locali di servizi postali che ha, senz'altro, accresciuto il peso dei privati nella gestione del servizio nei confronti dell'amministrazione postale, ben oltre le valutazioni di opportunità del responsabile provinciale.

Quanto agli aspetti della disciplina di queste concessioni più rilevanti sotto il profilo della concorrenza, si può - innanzi tutto - segnalare la previsione normativa che consente la titolarità della concessione solo a cittadini italiani (art. 186 testo unico).

In secondo luogo, è ricorrente in queste concessioni il riconoscimento da parte dell'amministrazione postale dell'esclusiva territoriale al concessionario per lo svolgimento del servizio.

Ancora, la concessione può essere ceduta a terzi solo con il consenso dell'amministrazione concedente. Infine, per ciò che riguarda la scelta del concessionario non è prevista alcuna forma di gara: l'amministrazione postale procede, infatti, discrezionalmente all'individuazione del concessionario.

In ordine alla attuale sussistenza della riserva in materia di servizi postali, si registra una graduale ma costante recessione del monopolio postale. Il Libro verde della Commissione CEE sullo sviluppo del mercato unico dei servizi postali (1992) ha enunciato il principio che solo il servizio universale può rientrare nel monopolio statale: ciò equivale a dire che la conservazione di un ambito di servizi riservati alla amministrazione postale può essere giustificato solo per consentire il mantenimento del servizio universale di base.

A tale proposito, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, chiamata a pronunciarsi su una questione attinente al monopolio postale dello Stato belga (Courbeau c. Régies des postes - Sent. 19.5.1993), ha sostenuto che la restrizione

della concorrenza derivante dal monopolio del servizio postale non sarebbe giustificata per quei servizi che fossero separabili dai servizi di interesse generale: tra questi, i servizi che rispondano ad una domanda altamente specifica degli utenti del servizio postale; quelli che rappresentino prestazioni supplementari rispetto al servizio postale tradizionale; quelli che, comunque, non alterino l'equilibrio economico del servizio di interesse generale gestito dall'impresa titolare del diritto esclusivo.

Servizi postali

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva (3)	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
d.P.R. 13/8/84, n. 523 (art. 2)	Servizio telegrammi per Europa (tranne alcuni paesi)	Si	Ministero Poste e Telecomunicazioni	Telecom Italia S.p.A. (già Italcable)	si	servizi	3	20	si
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (art. 197 lett. a)	Accettazione e recapito telegrammi	Si	Direttore provinciale Poste	Enti, Società, Dite specializzate poss. da Stato, italiani	si	servizi	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (art. 197 lett. b)	Impianto ed esercizio posti pubblici di trasmissione telegrammi	Si	Direttore provinciale Poste	Enti, Società, Dite specializzate poss. da Stato, italiani	si	servizi	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (art. 29)	Accettazione e recapito per espreso corrispondenze epistolari intracomunali	a.r.	Direttore provinciale Poste	a.r.	si	servizi	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (art. 29)	Esercizio casellari distribuzione corrispondenze	a.r.	Direttore provinciale Poste	a.r.	si	servizi	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (art. 29)	Impianti comunicazioni pneumatiche	a.r.	Direttore provinciale Poste	a.r.	si	servizi	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (art. 29)	Recapito con mezzi propri corrispondenze epistolari intracomunali ditte private	a.r.	Direttore provinciale Poste	Imprese non identificate dal legislatore	si	servizi	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 29/3/73, n. 156 (art. 29)	Recapito corrispondenze ordinarie e raccomandate per espreso	a.r.	Direttore provinciale Poste	a.r.	si	servizi	3	a.r.	a.r.

Segue: Servizi Postali

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva (3)	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara Durata (2)/(3) anni (3)	Rimovabilità (3)
d.P.R. 29/373, n. 156 (art. 29)	Trasporto pacchi e colli peso fino a 20 kg.	a.r.	Direttore provinciale Poste	a.r.	si	servizi	3 a.r.	a.r.

Legenda:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Nel settore delle POSTE è, recentissimamente, intervenuta una direttiva comunitaria (97/67/CE del 15.12.1997) emanata per assicurare una liberalizzazione progressiva e controllata del mercato.

Anche in questo ambito la normativa europea si è premurata di garantire, comunque, il godimento "del diritto a un servizio universale corrispondente ad un'offerta di servizi postali di qualità determinata forniti permanentemente in tutti i punti del territorio a prezzi accessibili a tutti gli utenti" (a.3, comma 1). Il fornitore (o i fornitori) del servizio universale devono assicurare per tutti i giorni lavorativi (e come minimo cinque giorni a settimana) - salvo circostanze o condizioni geografiche eccezionali - almeno una raccolta e una distribuzione al domicilio di ogni persona fisica o giuridica (a.3, comma 3).

Il **servizio universale** comprende almeno (a. 3, comma 4):

- 1) raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione degli invii postali fino a 2 kg;
- 2) raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione dei pacchi postali fino a 10 kg;
- 3) servizi relativi agli invii raccomandati e agli invii con valore dichiarato.

Nella definizione dei contenuti del servizio universale si fa, peraltro, strada anche il problema degli interventi tesi a "ravvicinare e migliorare la qualità dei servizi forniti a livello comunitario" (considerando 8).

È riconosciuto, comunque, il diritto degli Stati membri - per ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza - "di procedere al collocamento di cassette postali sulla via pubblica, all'emissione di francobolli e al servizio di invii raccomandati utilizzato nelle procedure amministrative e giudiziarie" (a. 8).

Dunque, il sistema dei servizi postali vede una conferma della fondamentale - e tradizionale - distinzione tra servizi riservati e servizi non riservati: per tutto ciò che non è contenuto all'interno della specifica nozione di servizio universale non vi è ragione per una riserva ai prestatori dello stesso (considerando 21).

Si possono distinguere:

a) **SERVIZI CHE POSSONO ESSERE RISERVATI** (a. 7) da ciascuno Stato membro al fornitore o ai fornitori del servizio universale: "la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna, tramite consegna espressa o no, il cui prezzo sia inferiore al quintuplo delle tariffe pubbliche applicate ad un invio di corrispondenza del primo livello di peso della categoria normalizzata più rapida ove questa esista, a condizione che il peso di detti oggetti sia inferiore a 350 grammi" (comma 1). In questi limiti, nella misura necessaria al mantenimento del servizio universale possono continuare ad essere riservate la posta transfrontaliera e la pubblicità diretta per corrispondenza. (comma 2).

È prevista un'ulteriore tappa della liberalizzazione da realizzarsi entro la data del 1° gennaio 2000 (comma 3).

b) SERVIZI NON RISERVATI CHE ESULANO DAL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL SERVIZIO UNIVERSALE (a. 9, comma 1): per garantire la conformità ad esigenze essenziali gli Stati membri possono introdurre per lo svolgimento di questi servizi delle autorizzazioni.

c) SERVIZI NON RISERVATI CHE RIENTRANO NEL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL SERVIZIO UNIVERSALE (a. 9, comma 2): per garantire la conformità ad esigenze essenziali e per salvaguardare il servizio universale gli Stati membri possono introdurre procedure di autorizzazione (comprese licenze individuali).

Dunque:

- il conferimento di autorizzazioni (rilasciate in base a procedure trasparenti, non discriminatorie, proporzionate e basate su criteri oggettivi) può essere subordinato agli obblighi del servizio universale;

- diritti esclusivi o speciali possono essere accordati ai fornitori del servizio universale solo per i servizi postali riservati.

In questo articolato sistema, vengono imposti ai fornitori del servizio universale obblighi di separazione contabile (a. 14, comma 2):

- per ciascun servizio riservato;

- per i servizi non riservati.

Fra i servizi non riservati si dovrebbe, ancora, distinguere:

- tra quelli che fanno parte del servizio universale;

- tra quelli che non ne fanno parte.

La ratio di tale previsione, adottata sovente nella regolazione comunitaria dei servizi pubblici, risiede nell'intento di garantire condizioni di effettiva concorrenza. Infatti, se gli obblighi di servizio universale rappresentano un onere finanziario non equo per il fornitore, lo Stato membro può istituire un fondo di compensazione alimentabile dalle imprese che richiedono autorizzazione per svolgere servizi postali (a. 9, comma 4): sovvenzioni incrociate fra settore riservato e non riservato potrebbero alterare le condizioni di concorrenza nel settore.

Nella prospettiva di garantire "il buon funzionamento del servizio universale e per non distorcere la concorrenza nel settore non riservato" (considerando 39) il legislatore comunitario ha ancora una volta fornito chiare indicazioni per separare le funzioni di regolamentazione da quelle di gestione, di modo che "nessun esercente postale (debba) essere al tempo stesso giudice e parte in causa".

Così, la direttiva prevede, all'art. 22, la creazione di autorità nazionali di regolamentazione per il settore postale "giuridicamente distinte e funzionalmente indipendenti dagli operatori postali", attraverso le quali si assicuri il rispetto del complesso di obblighi derivanti dalla direttiva stessa ed, eventualmente, si concorra "a garantire il rispetto delle norme in materia di concorrenza nel settore postale".

Si ricorda, infine, la recentissima Comunicazione della Commissione "sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali" (98/C39/02).

22. GIOCHI E SCOMMESSE

(Maria De Benedetto)

SCHEMA DI SINTESI

Per ciò che riguarda il settore giochi, scommesse e concorsi pronostici, il legislatore ha posto una chiara enunciazione della riserva dell'organizzazione e dell'esercizio delle relative attività allo Stato: in particolare nell'**art. 1 del D.lgs. 14.4.1948, n. 496** (per i giochi di abilità ed i concorsi pronostici) e nell'**art. 1 della legge 2.8.1982, n. 528** (per il gioco del lotto) e nelle normativa sulle lotterie nazionali alla cui organizzazione e gestione provvede direttamente il **Ministero delle Finanze**.

Le attività suddette, pur non rientrando all'interno delle classiche tipologie di concessione amministrativa (servizi, beni, opere), sono soggetti a concessione, in ragione della riserva, a quattro diversi livelli:

1) per l'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e concorsi pronostici (art. 2, D.lgs. 14.4.1948, n. 496)

2) per il servizio del lotto (art. 1, d.P.R. 7.8.1990, n. 303)

3) per le attività di raccolta di gioco del lotto alle rivendite di generi di monopolio e ricevitorie (art. 12, l. 2.8.1982, n. 528)

4) per le attività di propaganda, distribuzione e vendita dei biglietti delle lotterie (d.P.R. 20.11.1948, n. 1677; l. 4.8.1955, n. 722; D.M. 12.2.1991, n. 183).

Vi è, poi un particolare caso di riserva diretta in capo all'Unione nazionale incremento razze equine (U.N.I.R.E.) e al Comitato olimpico nazionale italiano (C.O.N.I.) dell'esercizio di giochi di abilità e concorsi pronostici «connessi a manifestazioni sportive organizzate o svolte sotto il controllo degli enti predetti» (**art. 6, D.lgs. 496/48**).

In particolare, le scommesse riservate all'U.N.I.R.E. vengono raccolte attraverso operatori esterni delegati (es. agenzie ippiche; agenzie TIU - totalizzatore interurbano; ecc.). La delega rappresenterebbe una vera e propria concessione amministrativa, caratterizzata dalla presenza di poteri direttivi dell'ente nei confronti degli operatori delegati. Di recente, la Corte dei Conti (sez. controllo Enti, dec. n. 2 - 25.1.1994) ha affermato che per l'affidamento dell'esercizio delle scommesse l'U.N.I.R.E. è tenuta a seguire le procedure concorsuali. La Corte ha sottolineato, inoltre, l'opportunità che il Parlamento valuti l'interesse pubblico al mantenimento di una riserva che comporterebbe benefici per i privati più che per lo Stato.

Diverso fondamento hanno le concessioni comunali per la gestione di case da gioco. Infatti, apposita legge riconosce al Ministro dell'Interno la facoltà di autorizzare il comune nominato (attualmente i comuni di Sanremo, Venezia, Campione e S. Vincent) il quale - se non intende gestire direttamente la casa da gioco - ne può affidare a privati l'esercizio: l'atto di affidamento a privati di tale esercizio rappresenta una concessione di attività in pubblico dominio, altrimenti illecita ai sensi dell'art. 718 del codice penale.

All'interno di questo settore non sono mai sorti particolari problemi per la qualificazione della riserva, salvi quelli inerenti alle valutazioni di opportunità economica al mantenimento della stessa.

Sembrerebbe, piuttosto, rilevante la verifica del concreto svolgimento dei singoli rapporti concessori, allo scopo di individuare eventuali situazioni lesive della concorrenza (es. per la previsione dello svolgimento di gara laddove non indicato dalle norme).

Si sono, peraltro, di recente registrati tentativi di modificazione della normativa allo scopo di limitare l'estensione della riserva in questo settore, sia sotto il profilo della, seppur limitata, apertura ai privati dell'esercizio di concorsi pronostici negli ambiti attualmente riservati al C.O.N.I., sia sotto quello dell'incremento del numero delle case da gioco e della loro parziale liberalizzazione.

Gioche e scommesse

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2) anni (3)	Durata (2) anni (3)	Rinnovabilità (3)
d.P.R. 20/11/48, n. 1677	Distribuzione e vendita biglietti lotterie nazionali "Italia", "Merano" e "Solid. naz."	Si	Ministero Finanze	Imprese non identificate dal legislatore	si	altro	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 20/11/48, n. 1677	Propaganda lotterie nazionali "Italia", "Merano" e "Solid. naz."	Si	Ministero Finanze	Imprese non identificate dal legislatore	si	altro	3	a.r.	a.r.
d.P.R. 7/7/90, n. 303	Servizio del lotto	Si	Ministero Finanze	Imprese non identificate dal legislatore	si	altro	3	a.r.	a.r.
Decreto Legislativo 14/4/48, n. 496	Giochi abilità e concorsi pronostici (non C.O.N.I. o U.N.I.R.E.)	Si	Ministero Finanze	Persone fisiche o giuridiche non specificate	si	altro	3	a.r.	a.r.
Decreto Ministeriale 12/2/91, n. 183	Distribuzione biglietti lotterie nazionali ad estrazione istantanea	Si	Amministrazione Monopoli di Stato	Imprese non identificate dal legislatore	si	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 2/8/82, n. 528 (art. 12)	Raccolta del gioco del lotto	No	Ministero Finanze	Riverlute di generi di monopoli	si	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 24/3/42, n. 315	Esercizio scommesse al totalizzatore ed al libro	No	U.N.I.R.E.	Persone fisiche o giuridiche (operatori esterni)	si	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 4/8/55, n. 722	Distribuzione e vendita biglietti n. 4 lotterie nazionali	Si	Ministero Finanze	Imprese non identificate dal legislatore	si	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 4/8/55, n. 722	Propaganda n. 4 lotterie nazionali	Si	Ministero Finanze	Imprese non identificate dal legislatore	si	altro	3	a.r.	a.r.

Legendat:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
 no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
 no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del Legislatore
 2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
 3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTO

Nel settore GIOCHI E SCOMMESSE non sono di recente intervenute significative modificazioni legislative.

Si ricordano, comunque, due norme confermative della riserva sulla materia.

In particolare, la l. 549/95 (a. 2, comma 229) ha riconosciuto al CONI la riserva sulla organizzazione e l'esercizio di scommesse a totalizzatore che sono affidabili in concessione.

Il D.M. 16.5.1997, n. 150 ha, poi, attribuito alla competenza del Ministro delle Finanze la fissazione delle "quote di prelievo sull'introito lordo delle scommesse sulle corse dei cavalli a favore dell'UNIRE, per garantire l'espletamento dei suoi compiti istituzionali".

23. ALTRI SETTORI

(Maria De Benedetto - Claudio Gallucci)

SCHEMA DI SINTESI

Alloggi di servizio

In alcuni casi le Amministrazioni pubbliche acconsentono all'utilizzazione da parte dei propri dipendenti di immobili rientranti nella loro disponibilità, e ciò soprattutto per ragioni connesse con il servizio da essi espletato, tanto al fine di venire incontro alle necessità abitative avvertite dai dipendenti medesimi e dal loro nucleo familiare quanto per realizzare l'esigenza della reperibilità di tale personale.

Si parla allora di assegnazione dell'alloggio di servizio. Il provvedimento di assegnazione dell'alloggio ha per lo più natura di concessione amministrativa che decade, in via automatica, allorquando cessi l'incarico dal quale l'utente dell'alloggio trae titolo per la concessione dello stesso.

Paradigmatica, in questo senso (anche per l'esplicito riferimento all'istituto della concessione amministrativa, richiamato nell'art. 17), è la legge 18 agosto 1978, n. 497, recante norme di autorizzazione di spesa per la costruzione di alloggi di servizio per il personale militare e di disciplina delle relative concessioni. Allo stesso modo possono essere citate le leggi 10 febbraio 1982, n. 39 e 1 dicembre 1986, n. 831, relative, rispettivamente, agli alloggi di servizio per il personale postelegrafonico e per i dipendenti del Corpo della guardia di finanza.

Nell'assegnazione degli alloggi si ricorre, per lo più, all'utilizzazione di procedure di tipo concorsuale, anche se si prevede, in alcuni casi, l'assegnazione dell'alloggio su semplice domanda.

La scelta del legislatore a favore dello strumento concessorio, però, se pienamente giustificata in considerazione dell'eventuale natura di bene patrimoniale indisponibile dell'alloggio, mal si giustifica ove l'alloggio dovesse piuttosto rientrare nel patrimonio disponibile, essendo preferibile il ricorso alla stipula di contratti di locazione di natura privatistica.

Non sembra si possa poi utilizzare in linea generale, specialmente dopo la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, l'argomentazione cui ha fatto riferimento la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. 9 dicembre 1986, n. 7293) per discriminare i casi in cui è necessario ricorrere alla concessione-contratto o, piuttosto, al contratto di locazione, argomentazione fondata sul fatto che l'alloggio sia concesso o meno per rendere più agevole l'espletamento delle funzioni del pubblico dipendente, sulla base di norme attinenti al rapporto di impiego.

Farmacie

La disciplina del servizio farmaceutico è essenzialmente contenuta nella **legge 2 aprile 1968, n. 475**.

Essa costituisce il punto terminale di un lungo processo di maturazione concettuale che ha visto il passaggio da concezioni di natura liberista, improntate al principio della libertà di esercizio, ad un modello organizzativo nel quale il numero delle farmacie, assegnate in regime di concessione amministrativa, è rigidamente programmato mediante la pianta organica.

In realtà, vi è una annosa disputa su quale sia la natura giuridica del provvedimento con il quale si conferisce, con atto definitivo, l'esercizio farmaceutico, poiché il riferimento testuale ad un regime di tipo autorizzatorio (l'art. 1 della legge n. 475/68 parla di "autorizzazione") non è ritenuto appagante al fine di una definizione giuridica del fenomeno.

Dottrina e giurisprudenza sottolineano, infatti, i profili schiettamente pubblicistici che caratterizzano il servizio farmaceutico (i controlli pubblici sull'attività; il sistema a numerus clausus degli operatori; il pubblico concorso per il conferimento della titolarità della farmacia; il monopolio del farmacista nella vendita dei medicinali a dose o forma di medicamento ex art. 122 t.u. sanitario; la prelazione degli enti locali nel conferimento degli esercizi farmaceutici). In particolare, si sostiene che l'impresa farmaceutica si riferisce ad un "servizio pubblico essenziale" di "preminente interesse generale", ai sensi dell'art. 43 della Costituzione.

Ancora più marcata sembra essere la connotazione pubblicistica dell'impresa farmaceutica dopo l'entrata in vigore della **legge 23 dicembre 1978, n. 833**, la quale dispone, all'art. 28, che l'assistenza farmaceutica è erogata dall'Unità Sanitaria Locale mediante le farmacie gestite dai privati e quelle in mano pubblica, tutte obbligatoriamente convenzionate ai sensi dei successivi artt. 43 e 48.

La stessa Corte di cassazione, nella qualità di supremo organo regolatore della giurisdizione, dopo alcune oscillazioni, ha finalmente riconosciuto la natura di concessione amministrativa dell'atto di conferimento dell'esercizio farmaceutico (Cass., SS.UU., 3 febbraio 1986, n. 652, in Foro it., 1986, I, 1909).

A seguito del trasferimento delle funzioni amministrative in materia di assistenza farmaceutica dallo Stato alle Regioni di diritto comune, operato dai **d.P.R. 14 gennaio 1972 e 24 luglio 1977, n. 616**, l'autorità concedente deve esser individuata nella Regione. A tal fine il Consiglio provinciale di sanità e il medico provinciale sono divenuti organi regionali. Quanto alla cerchia dei potenziali concessionari, essa è più larga con riferimento alle c.d. farmacie rurali, per ottenere la titolarità delle quali è sufficiente essere iscritto all'albo professionale; in caso di concessione di una farmacia urbana, sarà altresì necessario essere titolare o direttore di una farmacia rurale da almeno tre

anni, essere professori universitari titolari di una cattedra presso le facoltà di farmacia, farmacisti direttori di cooperative farmaceutiche o farmacisti collaboratori scientifici nell'industria farmaceutica da almeno cinque anni o, infine, titolari o direttori di farmacie urbane o collaboratori presso farmacie da almeno cinque anni.

La farmacia può essere trasferita, pur prevedendosi, al riguardo, dei vincoli di natura oggettiva e soggettiva (art. 12 della legge n. 475/68). Come vincolo di natura oggettiva, si richiede che il trasferimento della titolarità della farmacia comprenda contestualmente il diritto di esercizio e l'azienda commerciale. Come limite di carattere soggettivo, si precisa che il trasferimento può essere effettuato, decorsi cinque anni dal conseguimento della titolarità, solo in favore di un farmacista che abbia già conseguito la titolarità a seguito di pubblico concorso o che sia almeno risultato idoneo in tale sede.

Si ricordi, poi, che, in caso di conferimento dell'esercizio farmaceutico ad un ente locale, quest'ultimo può deliberare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 26 del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, di affidarne la gestione a terzi mediante concessione.

Interporti e idrovie

Un settore di particolare interesse tra quelli sottoposti al regime della concessione «globale» (di costruzione e gestione) è quello delle infrastrutture di trasporto, diverse dalle strade.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla previsione della **legge 29.11.1990, n. 380**, relativa alla realizzazione del sistema idroviario padano-veneto. La norma prevede (**art. 4**) che il Ministro dei Trasporti affidi tale concessione di costruzione e gestione alla società a partecipazione statale Idrovie S.p.A., integrando una fattispecie - piuttosto ricorrente - di individuazione diretta del concessionario da parte del Parlamento.

Sotto un altro profilo, rileva la **legge 4.8.1990, n. 240**, finalizzata alla realizzazione di interporti per il trasporto merci. Per la costruzione e l'esercizio di tali infrastrutture è prevista una concessione (**art. 3**) ad enti pubblici e società per azioni: nell'ambito dell'affidamento in concessione la norma dispone l'assegnazione preferenziale alle domande presentate dalla Ferrovie dello Stato S.p.a. e dalle società concessionarie di infrastrutture pubbliche di trasporto, nonché a società da queste partecipate.

Si segnala, infine, la previsione di una specifica concessione di costruzione e gestione di infrastrutture di sosta e corrispondenza, in connessione alla rete autostradale e finalizzate all'interscambio con sistemi di trasporto collettivo (**art. 10, legge 24.3.1989, n. 122**). La legge 122/89 individua come affidatari di tali attività gli enti concessionari di autostrade o società da questi appositamente costituite.

Servizi museali

Il d.l. 14.11.1992, n. 433, disponendo alcune misure urgenti per il funzionamento dei musei statali, stabilisce che alcuni servizi aggiuntivi da svolgersi presso musei, biblioteche, archivi di Stato, ed in particolare:

a) il servizio editoriale e di vendita di riproduzioni di beni culturali e la realizzazione di cataloghi;

b) i servizi riguardanti beni librari ed archivistici (riproduzioni e recapito nell'ambito del prestito bibliotecario);

c) i servizi di caffetteria, ristorazione, guardaroba e vendita di altri beni possano essere affidati in concessione, attraverso il sistema della licitazione privata (art. 4, III co.).

I concessionari vengono individuati in soggetti privati ed enti pubblici economici (anche costituenti società o cooperative).

Parcheggi

Attualmente la costruzione e gestione di parcheggi - attività da non ritenersi riservata - è di competenza dei Comuni (legge 24.3.1989, n. 122, art. 5), i quali possono affidarla in concessione, di durata massima novantennale.

E' assente dalla norma qualsiasi riferimento all'esperimento di gare pubbliche per la scelta del concessionario.

Ricerca archeologica

La normativa di base del settore è contenuta nel capo V della legge 1° giugno 1939, n. 1089. In sostanza, l'attività di ricerca archeologica viene da tale legge riservata allo Stato, si ritiene in funzione dell'appropriazione ex lege delle cose ritrovate, per garantire che la ricerca avvenga con modalità non suscettibili di danneggiare i resti archeologici nascosti nel sottosuolo e che il frutto della medesima non venga sottratto allo Stato e messo abusivamente in circolazione.

Lo Stato non deve però svolgere una simile attività necessariamente in forma diretta, potendosi ammettere alla ricerca archeologica anche altri soggetti pubblici o privati che rimangono sottoposti al preminente indirizzo e controllo dell'Amministrazione. A tal fine, gli artt. 45 e 47 della predetta legge n. 1089/39 prevedono che la ricerca archeologica privata avvenga in regime di concessione: la legittimazione ad eseguire la ricerca ha infatti natura derivata e l'atto di concessione conferisce al privato una situazione giuridica del tutto nuova. Si deve poi ritenere che il riferimento, contenuto nell'art. 47 della legge n. 1089/39 ed avente ad oggetto il caso in cui la ricerca sia condotta dallo stesso proprietario del fondo, alla neces-

sità del rilascio di un atto di autorizzazione e non di concessione non corrisponda ad una reale diversità di regime giuridico dell'attività di ricerca. L'unica differenza che ci è dato rilevare tra le due fattispecie consiste nel fatto che, in caso di ricercatore non proprietario, alla concessione inerisce la facoltà strumentale di ottenere dall'Amministrazione l'emanazione, a favore di questo, dell'autorizzazione all'occupazione temporanea del fondo in cui dovranno svolgersi le ricerche.

Rifiuti solidi

La competenza in materia di smaltimento dei rifiuti è riconosciuta dalle norme ai **Comuni**, fin dal Testo Unico sulla municipalizzazione dei pubblici servizi. Il Comune può affidare in concessione il relativo servizio a imprese o enti specializzati.

Rimane, comunque, alle **Regioni** la competenza concessoria per la costruzione e l'esercizio di impianti di smaltimento dei rifiuti industriali (**D.L. 9.9.1988, n. 397**).

Rivendite di generi di monopolio

Attraverso i generi di monopolio lo Stato persegue l'obiettivo di lucrare la differenza tra il prezzo fissato in via autoritativa ed il costo del bene soggetto a privativa: a questo fine si avvale di un sistema di distribuzione e vendita controllato attraverso lo strumento della concessione amministrativa.

I rivenditori di generi di monopolio sarebbero infatti, tanto per la dottrina che per la giurisprudenza, veri e propri concessionari.

In particolare, le concessioni di rivendita di generi di monopolio, disciplinate dalla **legge 22.12.1957, n. 1293**, sono:

- a) la rivendita ordinaria in capoluoghi di provincia e Comuni con più di 30.000 abitanti (**art. 21, III co.**);
- b) la rivendita ordinaria in Comuni con meno di 30.000 abitanti (assegnata a categorie protette; **art. 21, II co.**);
- c) la rivendita vacante (**art. 25**);
- d) la rivendita speciale e speciale stagionale (**art. 22**).

Normalmente l'assegnazione delle rivendite di generi di monopolio è effettuata attraverso una vera e propria gara (asta pubblica). E' previsto, però, (**art. 1, lett. b, legge 23.7.1980, n. 384**) che le rivendite ordinarie possano anche essere assegnate a trattativa privata, contro la corresponsione di una somma di denaro stabilita da una apposita commissione nominata dal Ministro delle Finanze: in presenza di più aspiranti all'assegnazione della rivendita viene favorito chi abbia offerto la somma più elevata.

Pubblico Registro Automobilistico

Le funzioni relative alla tenuta del Pubblico Registro Automobilistico, indicate dal **R.D.L. 15.3.1927, n. 436**, sono esercitate dagli organi centrali e periferici dell'Automobile Club d'Italia. Tali funzioni sono svolte sulla base di una apposita convenzione di esercizio approvata dal Ministero delle Finanze.

Nello svolgimento delle attività relative alla tenuta del P.R.A., l'A.C.I. agisce in qualità di preposto ad un ufficio dello Stato e per conto di questo.

Pubblicità lungo le linee ferroviarie

La **legge 18.3.1959, n. 132**, riserva allo Stato il diritto di esercitare la pubblicità sui beni affidati all'amministrazione delle Ferrovie dello Stato. La medesima norma stabilisce che tale diritto possa essere esercitato dalle Ferrovie dello Stato direttamente o attraverso concessione.

Rimane da verificare la portata di tale norma e l'ambito di operatività dei relativi poteri concessori in seguito alla assunzione della natura privatistica delle Ferrovie dello Stato, per cui sarebbe difficilmente configurabile la titolarità in proprio alla F.S. S.p.A. di poteri riservati allo Stato.

Altri settori

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva (3)	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Cara (2)(3)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
d.P.R. 10/9/82, n. 915	Smaltimento rifiuti urbani Speciali, tessici e nocivi	Si	Comune	Imprese o Enti specializzati autorizzati	no*	servizi	a.r.	a.r.	a.r.
Decreto Legge 13/6/89, n. 227 (art. 1bis)	Raccolta e smaltimento alghe in Adriatico	Si	Comuni	Imprese o Enti specializzati autorizzati	no	servizi	a.r.	a.r.	a.r.
Decreto Legge 14/11/92, n. 443 (art. 4 lett. a e D.M. 31/1/94, n. 171)	Servizi editoriali presso musei gallerie, archivi ecc.	Si	Soprintendente o Capo di istituto	Privati, Enti pubblici economici, Società o Cooperative	no	servizi	2	4	si
Decreto Legge 14/11/92, n. 443 (art. 4, + Al7 lett. a bis e D.M. 31/1/94, n. 171)	Servizi riguardanti beni librari presso musei, gallerie, archivi ecc.	Si	Soprintendente o Capo di istituto	Privati, Enti pubblici economici, Società o Cooperative	no	servizi	2	4	si
Legge 9/9/88, n. 397	Costruzione ed esercizio impianti di smaltimento rifiuti industriali	a.r.	Regione	Impresa Pubblica	no*	mista	3	10	a.r.
Legge 1/6/39, n. 1089 (art. 47)	Scavi archeologici eseguiti dal proprietario del fondo	Si	Ministero Beni Culturali	Proprietario del fondo	si	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 1/12/86, n. 831	Alloggi di servizio guardia di finanza	Si	Comando generale	Personale dipendente	no	beni pubblici	2	a.r.	a.r.
Legge 1/6/39, n. 1089 (art. 45)	Scavi archeologici	Si	Ministero Beni Culturali	Enti o privati	si	altro	3	a.r.	a.r.
Legge 10/2/82, n. 39	Alloggi di servizio personale p.t.	Si	Ente Poste	Personale dipendente	no	beni pubblici	2	a.r.	a.r.
Legge 18/3/59, n. 182 (e R.D. 9/5/35, n. 1149)	Pubblicità lungo le linee ferroviarie	a.r.	F.S. Sp.A.	a.r.	si	altro	3	a.r.	a.r.

Segue: **Altri settori**

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)(3)	Durata anni (3)	Rinnovabilità (3)
Legge 19/8/78, n. 497	Alloggi di servizio Forze Armate	Si	Comando militare territoriale o marittimo o Comando regione aerea	Personale dipendente	no	beni pubblici	2	ar.	ar.
Legge 2/4/68, n. 475	Apertura ed esercizio di farmacia	Si	Regione	Dottore in farmacia o comune	no*	servizi	2	ar.	ar.
Legge 22/12/57, n. 1293 (art. 21, II c.)	Assegnazione rivendite ordinarie di generi di monopolio in comuni < 30.000 ab.	No	Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato	Persone fisiche	si	altro	2	ar.	ar.
Legge 22/12/57, n. 1293 (art. 21, III c.)	Assegnazione rivendite ordinarie	No	Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato	Persone fisiche	si	altro	2	ar.	ar.
Legge 22/12/57, n. 1293 (art. 22)	Assegnazione rivendite ordinarie	No	Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato	Persone fisiche	si	altro	2	ar.	ar.
Legge 22/12/57, n. 1293 (art. 25)	Assegnazione rivendite ordinarie	No	Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato	Persone fisiche	si	altro	2	ar.	ar.
Legge 22/12/57, n. 1293 (art. 1, lett. b)	Assegnazione rivendite ordinarie	No	Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato	Persone fisiche	si	altro	2	ar.	ar.
Legge 24/3/89, n. 122 (art. 10)	Costruzione e gestione infrastrutture di sosta ed interscambio con sistemi trasporto collettivo	Si	Ministero Lavori Pubblico	Concessione di autostrade	no	mista	1	ar.	ar.
Legge 24/3/89, n. 122 (art. 5)	Costruzione e gestione parcheggi	Si	Comune	Imprese non identificate dal legislatore	no	mista	ar.	90	ar.

Segue: **Altri settori**

Fonte normativa	Oggetto	Esclusiva	Concedente	Concessionario (3)	Riserva (1)	Tipo concessione	Gara (2)(3)	Durata (3) anni	Rimovibilità (3)
Legge 29/11/90, n. 380	Costruzione e gestione sistema idrovivario veneto	Si	Ministero Trasporti	Idrovie S.p.A. o altra Società prevalente capitale pubblico	no*	mista	1	60	a.r.
Legge 4/8/90, n. 240 (art. 21, III c.)	Realizzazione interporti	Si	Ministero Trasporti di concerto con Ministero Lavori Pubblici	Enti pubblici o S.p.A. con preferenze	no	mista	3	30	a.r.
Regio Decreto 15/10/25, n. 2578 (art. 1 e 26)	Impianto ed esercizio di farmacie	Si	Comune	a.r.	no*	servizi	30	a.r.	a.r.
Regio Decreto Legge 15/3/27, n. 486 (art. 23)	Esercizio pubblico registro automobilistico	Si	Ministero Finanze	Automobile Club d'Italia	si	altro	1	a.r.	a.r.

Legendat:

- (1) si - presenza di riserva di proprietà o di impresa a favore di pubblico potere
no - assenza di riserva e svolgimento di attività di mera impresa
no* - assenza di riserva e svolgimento di attività con obblighi di servizio pubblico
- (2) 1 - identificazione diretta o indiretta del concessionario da parte del Legislatore
2 - previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
3 - assenza di previsione di una procedura di gara nelle norme legislative
- (3) a.r. - assenza di riferimenti normativi

AGGIORNAMENTI

La materia degli ALLOGGI DI SERVIZIO non ha di recente subito modificazioni di rilievo.

Sembra, comunque, opportuno riferire dell'intervento del D.M. 16.1.1997, n. 253 contenente alcune specifiche norme sulla concessione di alloggi di servizio al personale militare. Ribadito che gli alloggi di servizio sono oggetto di concessione amministrativa (a. 1) vengono individuati gli organismi competenti al rilascio delle relative concessioni (a. 4) e la durata delle stesse (a. 8).

La disciplina recentemente introdotta in materia di SERVIZI MUSEALI aggiuntivi, ha visto riconfermare una ampia utilizzazione dell'istituto della concessione come forma ordinaria per l'esercizio degli stessi.

L'art. 3 della legge 8.10.1997, n. 352 ne fissa la durata quadriennale e la rinnovabilità.

Il D.M. 24.3.1997, n. 139 regola dettagliatamente indirizzi, criteri, modalità di istituzione e gestione dei servizi aggiuntivi: stabilisce che la valutazione di affidabilità del concessionario avviene attraverso verifiche di sussistenza di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria (a. 3, comma 8) e fissa i contenuti della convenzione accessoria all'atto di concessione (a. 5).

Nel settore della COSTRUZIONE E GESTIONE DI PARCHEGGI si segnala un recente arricchimento del contenuto delle concessioni già e registrate.

Infatti, la legge 127/97, a. 17, comma 132, prevede che i comuni - trasferendo di fatto l'esercizio di funzioni autoritative - siano autorizzati a "conferire funzioni di prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta a dipendenti comunali o delle società di gestione dei parcheggi, limitatamente alle aree oggetto di concessione...I gestori possono...esercitare tutte le azioni necessarie al recupero delle evasioni tariffarie e dei mancati pagamenti...".

CONCLUSIONI E PROPOSTE

(Marco D'Alberti)

1. CONCESSIONI E RISERVA DI PROPRIETÀ E DI IMPRESA

Le concessioni amministrative, come si è sottolineato nell'introduzione a questo lavoro, comportano usualmente il conferimento da parte di un'amministrazione pubblica (concedente) ad un unico soggetto o ad un limitato numero di soggetti pubblici o privati (concessionario o concessionari) della facoltà di esercitare un'impresa in un determinato settore di mercato.

Giuridicamente si distinguono concessioni di beni pubblici, di pubblici servizi, e di opere pubbliche. Negli ultimi due casi la concessione regola direttamente l'attività imprenditoriale, consistente nell'erogare un servizio pubblico (di trasporto, di telecomunicazione, di radiodiffusione, di distribuzione di energia, di istruzione, di recapito postale, ecc.), ovvero nel realizzare e gestire un'opera pubblica (una strada, un'autostrada, ecc.). Nel caso di concessioni di beni pubblici, oggetto immediato della concessione è il conferimento al concessionario dell'uso di un bene appartenente ad un pubblico potere, ma la concessione disciplina anche l'impresa che si esercita sul bene (ad esempio, l'attività dello stabilimento balneare sul demanio marittimo).

In ogni caso, quindi, la concessione finisce per essere una misura di regolazione di attività imprenditoriali. E, sotto questo profilo, è strumento che produce distorsioni della concorrenza e del mercato.

Innanzitutto, con la concessione il pubblico potere concedente restringe l'accesso al mercato ad una o a poche imprese concessionarie. La restrizione è la regola. Non tutti i mercati possono aprirsi a tutti gli operatori economici: motivi di interesse pubblico, ragioni di sicurezza, fattori tecnici o tecnologici, possono costituire altrettante cause limitative dell'accesso. Ma le norme comunitarie e nazionali sulle libertà economiche impongono che le eventuali restrizioni affidate alle mani dei pubblici poteri costituiscano l'eccezione e rispondano a criteri oggettivi, tecnici, trasparenti e comunque non discriminatori (si veda in tal senso, fra l'altro, la direttiva della Commissione delle Comunità europee 90/388 del 28 giugno 1990 relativa ai servizi di telecomunicazioni).

Inoltre, la concessione finisce per porre l'impresa o le poche imprese concessionarie in una posizione privilegiata o dominante, spesso con pregiudizi palesi a danno degli utenti nei casi di concessioni di servizi (si vedano, ad esempio, le decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di servizi aeroportuali e di telecomunicazioni). Stanno peraltro in capo all'amministrazione concedente una serie di poteri idonei ad incidere pesantemente sull'attività d'impresa del concessionario, come le potestà di direzione, di sostituzione, di revoca. Sono poteri che ri-

mangono quasi sempre sulla carta, perché le amministrazioni concedenti spesso «dipendono» dai loro concessionari e comunque mancano di adeguate strutture tecniche di vigilanza. Si tratta, in ogni caso, di poteri d'incidenza sulla singola impresa che difficilmente possono tramutarsi in potestà di regolazione generale del mercato.

Dunque, la restrizione nell'accesso al mercato come regola, la posizione privilegiata delle imprese concessionarie, la possibile forte influenza del concedente sull'attività svolta dal concessionario, costituiscono le principali distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento dei mercati prodotte dalle concessioni amministrative.

Le distorsioni si tramutano spesso in stravolgimenti. La parte ricognitiva di questo lavoro ha mostrato che la limitazione dell'accesso al mercato è in numerosissimi casi affidata all'ampia discrezionalità dell'autorità concedente (o un ministro, o un organo istituzionale di una regione o di un ente locale), in assenza di criteri obiettivi o di procedure di gara fra gli imprenditori aspiranti. Talora, come si è visto fra l'altro in materia di autostrade o aeroporti, è stato addirittura il legislatore, nella sua discrezionalità politica, ad individuare direttamente o indirettamente il concessionario. Spesso, la posizione privilegiata o dominante dei concessionari è esasperata dalla previsione dell'esclusiva a favore di un'unica impresa, dalla lunga durata della concessione, dalla sua facile rinnovabilità (lo si è notato, fra l'altro, in materia di trasporti e di telecomunicazioni). Si è detto che dei poteri di direzione sull'impresa concessionaria i concedenti fanno poco uso: quei poteri, però, se esercitati, rischiano d'essere meno idonei a garantire un equilibrio nel mercato di riferimento o la protezione degli utenti che a consentire un'ingerenza politica o burocratica del concedente nell'attività del concessionario.

La parte ricognitiva di questo lavoro ha mostrato quanto estesa sia l'utilizzazione delle concessioni amministrative nel nostro ordinamento. Si sono individuati ventitre settori e subsettori di mercato, di primario rilievo economico, in cui sono presenti concessioni amministrative.

In un sistema giuridico come il nostro, che ricomprende oramai in sé rigorose normative antitrust di fonte comunitaria e nazionale, l'estensione e la pervasività persistente delle concessioni, e delle distorsioni da esse prodotte nel gioco della concorrenza e del mercato, appaiono oggi del tutto inaccettabili. E' assolutamente indispensabile limitare il loro impiego, ed individuare le aree in cui le concessioni possano essere «giustificate». Fermo restando che anche in quelle aree si renderebbe necessario temperare, almeno, gli stravolgimenti di mercato, gli eccessi distorsivi. La «giustificazione», come risulta dall'art. 21, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, deve comunque fondarsi su esigenze o ragioni di «interesse generale».

Quali ragioni di tale genere possono avere forza giustificativa delle concessioni? Come si è visto nella precedente parte ricognitiva, le concessioni amministrative sono utilizzate tanto in materie «riservate» allo Stato o ad altri pubblici poteri, quanto in materie «non riservate» o «libere».

Nei settori «riservati» il potere pubblico è titolare esclusivo del diritto d'impresa ovvero della proprietà del bene sul quale l'attività produttiva si svolge. La «riserva d'impresa», come è noto, trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 43 Cost., che ne riconosce la possibile attribuzione per legge allo Stato o ad altro ente pubblico in relazione ad imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali, a fonti d'energia, o a situazioni di monopolio. La «riserva di proprietà» si basa invece sull'art. 42 Cost., là dove prevede la proprietà pubblica, e sulle norme del codice civile riguardanti i beni demaniali e patrimoniali indisponibili (art. 822 e segg.).

Quando ad esempio, in base a tali fondamenti, il testo unico del 1973 in materia di poste e telecomunicazioni stabilisce che certi servizi postali sono «riservati» allo Stato, si ha una «riserva d'impresa» che impedisce ad altri operatori economici di acquisire la qualità di imprenditori in quel settore di mercato. Lo Stato può assumere direttamente la gestione di quei servizi, ovvero può decidere di conservare per sé la titolarità esclusiva che la «riserva» gli riconosce conferendo il solo esercizio dell'attività, con una concessione amministrativa, ad un'impresa privata o pubblica. Quando, invece, il codice civile o un'altra norma di legge stabiliscono che determinati beni sono demaniali (ad esempio, le rade e i porti) o patrimoniali indisponibili (ad esempio, le miniere), si ha una «riserva di proprietà» a favore dello Stato o di un ente territoriale, la quale impedisce l'appropriazione di quel bene da parte di altri soggetti. Lo Stato può utilizzare direttamente quel bene, ovvero può decidere di conservare per sé la titolarità esclusiva e «riservata» della proprietà, conferendo il mero uso ad un altro soggetto con una concessione amministrativa.

Nei casi di «riserva d'impresa» e di «riserva di proprietà» a favore di un potere pubblico, la giustificazione dell'impiego della concessione amministrativa ha un suo fondamento. La titolarità esclusiva riconosciuta dalla legge ad un pubblico potere in ordine ad un'attività produttiva o ad un bene legittima quel potere pubblico a restringere ad una o a poche imprese l'accesso al mercato di riferimento, tramite la concessione. Quella «riserva», o titolarità esclusiva, giustifica che un intero ramo economico venga sottratto al libero mercato e lasciato al potere pubblico «riservatario» e ai suoi concessionari. Quella «riserva» permette di riconoscere all'amministrazione pubblica concedente poteri di direzione, sostituzione, revoca, che incidono sulle scelte delle imprese concessionarie. Nei settori «riservati», dunque, la concessione è, in principio, giustificata; anche se, come si è detto, vanno attenuati taluni effetti di eccessiva alterazione del corretto funzionamento dei mercati.

Nei settori «non riservati», o «liberi», non c'è alcun riconoscimento di titolarità esclusiva di diritti d'impresa o di proprietà a favore dello Stato o di altri pubblici poteri. La concessione è tuttavia utilizzata anche in questi settori. Ad esempio, come si è visto nella parte ricognitiva di questo lavoro, per molti servizi di trasporto di linea mancano norme che esplicitamente stabiliscano una «riserva d'impresa», ma lo Stato, le Regioni, gli enti locali hanno ampiamente impiegato le concessioni per regolare l'attività delle imprese esercenti tali servizi.

In simili casi, la giustificazione del regime concessorio non è mai stata chiarita. La legislazione ha previsto l'uso di concessioni senza seguire criteri precisi. La giurisprudenza ha meccanicamente collegato la sussistenza di un servizio pubblico con la possibilità di utilizzare la concessione amministrativa. Talora la dottrina ha lasciato intravedere che quando un servizio pubblico è chiamato a rendere prestazioni «universali», a tutti i possibili utenti e a prezzi o tariffe ragionevoli, come è per i trasporti di linea, allora a garanzia dell'«universalità» si giustifica la disciplina concessoria, che affida alle amministrazioni pubbliche competenti la scelta discrezionale delle imprese migliori e i poteri di direzione e sostituzione nei confronti dei concessionari qualora il servizio sia carente o discontinuo.

Più in generale si è talvolta sottolineato che la concessione amministrativa, oltre ad essere strumento di disciplina di beni o attività oggetto di «riserva», ai sensi degli artt. 42 e 43 Cost., può utilizzarsi anche per la regolazione di settori «non riservati» o «liberi», valendo come mezzo di controllo per indirizzare a fini sociali le attività economiche, secondo quel che stabilisce l'art. 41 Cost.

In realtà, le ragioni dell'«universalità» del servizio e l'argomento fondato sui controlli a fini sociali previsti dall'art. 41 Cost. non valgono a giustificare l'impiego della concessione amministrativa. Prestazioni universali possono essere sufficientemente garantite da meccanismi di controllo sulla qualità del servizio e del prodotto, e sulle tariffe, che non comportano necessariamente l'uso di concessioni. «I programmi e i controlli» previsti dall'art. 41 Cost. sono finalizzati a che l'attività economica sia «indirizzata e coordinata» a fini sociali. L'indirizzo e il coordinamento non tollerano i tratti propri delle concessioni amministrative: né la restrizione come regola per l'ammissione al mercato, né la connessa posizione privilegiata delle imprese concessionarie, né la potestà di direzione dell'amministrazione pubblica concedente nei confronti del concessionario. Indirizzo e coordinamento tollerano, semmai, restrizioni dell'accesso al mercato eccezionali e rispondenti a rigorosi criteri tecnici; chiedono, piuttosto, l'applicazione di regole antitrust; e, infine, possono ammettere un'ingerenza pubblica che si arresti però sulla soglia della determinazione di atti di programma, di linee-guida, anche di misure vincolanti purché ad oggetto specifico e non così pervasive e direttamente incidenti sulle scelte d'impresa come i precetti che possono derivare dalla potestà di direzione.

In definitiva, può dirsi che le concessioni amministrative sono oramai incompatibili con i settori «non riservati» a pubblici poteri e con i controlli previsti dall'art. 41 Cost., perché in tali campi sono negatrici della libera iniziativa economica garantita dallo stesso art. 41 Cost. e dall'ordinamento dell'Unione europea. Conservarle ancora nei mercati «liberi da riserva» significherebbe perpetuare una situazione che ricorda l'uso delle «patenti» regie nella storia precedente le costituzioni borghesi, quando, in assenza di un principio di libertà economica, era rimessa alla Corona ogni scelta sugli operatori legittimati a intraprendere e ogni decisione sulle condizioni dell'impresa. Le concessioni devono essere confinate nei settori «riservati» a pubblici poteri, in base agli artt. 42 e 43 Cost., nei quali

l'esclusiva titolarità dei diritti di proprietà e d'impresa garantita ai poteri pubblici legittima tendenzialmente i tratti della disciplina concessoria.

Solo la «riserva» giustifica la concessione. Questo è quel che sostenne la cultura giuridica liberale tra la fine dell'Ottocento e gli esordi del nostro secolo. Affermare oggi il nesso necessario fra «riserva» e concessione non significa però un semplice ritorno all'ideologia e all'età liberale.

A quel tempo l'insieme delle attività «non riservate» si volevano lasciare alla piena «libertà d'industria», salva l'esistenza di blandi regimi fondati su autorizzazioni o licenze. Oggi esistono incisive forme di sorveglianza e regolazione pubblica delle imprese in tutti i settori di mercato, anche «non riservati», che non esistevano allora: valga per tutti l'esempio della cosiddetta regolazione tramite autorità indipendenti, come la Banca d'Italia, la CONSOB, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le Autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Queste forme di regolazione sono destinate ad assicurare l'«indirizzo e coordinamento» delle attività economiche a fini sociali e costituiscono appropriata attuazione dell'art. 41 Cost.: non si dimentichi che la legge 287 del 1990 sull'antitrust esordisce chiamando in causa proprio l'art. 41. Sono forme di regolazione incisive, ma non intrusive come le concessioni; disciplinano ma non alterano il funzionamento dei mercati; promuovono e tutelano la concorrenza, non la distorcono; impongono misure vincolanti alle imprese, ma non pretendono di poterne «dirigere» le scelte. Sono praticabili in tutti i settori economici, anche in quelli «liberi da riserva». Per questi ultimi non si può andare oltre, non si può giustificare più la concessione.

Per delimitare l'ambito delle concessioni «giustificate» occorre, dunque, individuare quali siano oggi i settori «riservati» a pubblici poteri.

La parte ricognitiva di questo lavoro, segnalando le aree «riservate» e le «non riservate», ha mostrato che l'ambito delle materie «riservate» a pubblici poteri si è andato progressivamente restringendo, specialmente per virtù della normativa dell'Unione europea. La «riserva d'impresa», nella tendenza generale alla liberalizzazione dei mercati, è da considerarsi ormai un'eccezione. Si può ritenere che vi sia «riserva» soltanto quando una legge lo stabilisca in modo esplicito ed inequivoco, e valgono comunque i canoni dell'interpretazione restrittiva.

E' da reputarsi che rimangano nella sfera della «riserva» le «funzioni pubbliche», fra le quali, in base alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, sono da ricomprendersi esclusivamente quelle attività che esprimono al massimo grado la sovranità e l'autoritatività degli Stati membri. Sono riconducibili a quest'area, considerando soltanto i settori in cui sono presenti le concessioni, le funzioni di riscossione delle entrate, ma anche le materie connesse all'organizzazione dei giochi e delle scommesse, che restano quel che tradizionalmente erano, cioè private fiscali.

Allo stesso modo, i beni demaniali e patrimoniali indisponibili costituiscono oggetto di piena «riserva di proprietà» a favore dello Stato e dei pubblici poteri territoriali.

È invece il terreno dei servizi pubblici che registra la più sensibile restrizione delle «riserve». Grandi servizi nazionali a rete sono stati ampiamente toccati dalle disposizioni dell'Unione europea restrittive dei diritti esclusivi e «riservati». In particolare, può ritenersi che la normativa comunitaria abbia rimosso ogni «riserva» nelle telecomunicazioni tanto per l'installazione e la fornitura delle reti, quanto per la prestazione dei servizi (direttiva n. 90/388/CEE, direttiva n. 96/19 «full competition», e DPR 19 settembre 1997, n. 318).

In altri settori la sfera «riservata» ha subito restrizioni significative. Nelle ferrovie (direttiva n. 91/440/CEE), essa è ormai limitata alla sola parte strettamente concernente l'installazione e la gestione dell'infrastruttura, essendo invece oggetto di progressiva liberalizzazione la parte relativa alla fornitura dei servizi erogati sull'infrastruttura.

Per quel che riguarda l'energia elettrica, l'ampia «riserva» contenuta nella legge 6 dicembre 1962, n. 1643, «riserva» concernente le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita della stessa, è stata già circoscritta a seguito della parziale liberalizzazione operata dalla legge 9 gennaio 1991, n. 9, in materia di autoproduzione e di produzione da fonti alternative, e ha subito ulteriori limitazioni per virtù della direttiva 96/92/CE: l'unica parte «riservata» riguarda il trasporto e la distribuzione.

Nel settore dei servizi postali, l'estesa «riserva» prevista dal T.U. 29 marzo 1973, n. 156, ha trovato larghe corrispondenze negli ordinamenti di altri Stati membri della Comunità. La Corte di giustizia delle Comunità europee si è orientata nel senso di una stretta interpretazione dell'oggetto della «riserva» postale, per cui il monopolio non sarebbe giustificato per quei servizi, distinti da quelli di interesse generale, volti al soddisfacimento di una domanda altamente specifica degli utenti, che rappresentino prestazioni supplementari al servizio postale, e che comunque consentano all'impresa titolare del diritto esclusivo di mantenere l'equilibrio economico del servizio di interesse generale (caso Courbeau c. Régie des postes, Sent. 19.5.1993). E' intervenuta di recente la direttiva 97/67/CE, che limita la possibile «riserva» postale ad alcuni dei servizi cosiddetti universali (fondamentalmente, gli invii di corrispondenza al di sotto di un certo prezzo e di un determinato peso).

In materia di radiotelevisione, l'approvazione della legge n. 223 del 1990 ha comportato il passaggio dalla «riserva» - che era ancora prevista a favore dello Stato nella legge n. 103 del 1975 - ad una forma di mera assunzione parziale in mano pubblica, circoscritta solo ad alcune delle reti televisive e radiofoniche.

E' da reputarsi inoltre che per alcuni servizi pubblici una vera e propria «riserva» a favore dello Stato o di altro pubblico potere non sia mai esistita nel nostro ordinamento: è il caso dei servizi di autolinee, per i quali la normativa comunitaria significativamente prevede un regime di semplice autorizzazione (regolamento n. 572/72/CEE e legge 8 aprile 1977, n. 144). E' dubbia l'esistenza di una «riserva» anche in materia di servizi di linea marittimi ed aerei.

Quanto all'istruzione, il chiaro ed esplicito principio costituzionale che sancisce la libertà della scuola (art. 33 della Costituzione) porta ad escludere ogni

sorta di «riserva» a favore dello Stato. Inesistente è da considerarsi pure qualunque forma di «riserva» nel campo della gestione, manutenzione, e sviluppo dei sistemi informativi automatizzati nelle pubbliche amministrazioni. Ed anche nel campo della realizzazione di opere pubbliche. Resta fermo che in settori «non riservati» possono sussistere alcuni profili di esercizio di funzioni pubbliche autoritative, che giustificano l'uso, strettamente limitato ai profili medesimi, di misure quali la concessione o la delegazione amministrativa: si pensi, ad esempio, al rilascio dei titoli di studio aventi valore legale da parte di scuole riconosciute, o alle procedure espropriative preliminari alla realizzazione di opere pubbliche.

In ragione di tutto ciò, quale sorte dovrebbero avere le concessioni attualmente presenti nei settori sopra ricordati, ove si adotti il criterio del nesso necessario tra «riserva» e concessione?

Innanzitutto, andrebbero conservate nel nostro sistema giuridico le concessioni riguardanti un oggetto che resta interamente «riservato»: si pensi alle concessioni in materia di «funzioni pubbliche» e di beni demaniali e patrimoniali indisponibili. Sono però necessarie alcune osservazioni.

Quanto alle «funzioni pubbliche», se lo strumento concessorio si giustifica perché l'oggetto è integralmente «riservato», considerazioni legate a ragioni di opportunità consigliano di valutare la possibile eliminazione dal sistema giuridico di forme di affidamento di poteri autoritativi particolarmente intensi a concessionari sia privati che pubblici; se storicamente sono scomparse dagli ordinamenti giuridici le concessioni agli eserciti mercenari o alle compagnie coloniali, non sarebbe sconveniente pensare di estromettere dal sistema le concessioni in materia di riscossione delle entrate, al fine di realizzare una garanzia maggiore per i contribuenti, e in materia di giochi e scommesse (su quest'ultimo punto si veda: Corte dei conti, Sezione controllo enti, 25 gennaio 1994, n. 2).

Quanto al demanio e al patrimonio indisponibile, va detto che le attuali concessioni di beni pubblici hanno un contenuto precettivo che spesso trascende il conferimento dell'uso del bene in senso stretto, spingendosi a regolare, direttamente o tramite subconcessioni, le attività d'impresa esercitate sul bene medesimo. Se queste attività non sono «riservate», le clausole concessorie dovrebbero riguardare soltanto l'uso e la conservazione del bene e delle pertinenze, che in tali casi costituisce il fine proprio della concessione (si veda, in seguito, l'esempio concernente la materia portuale ed aeroportuale).

Altre concessioni dovrebbero essere limitate nell'oggetto rispetto alla situazione attuale, a seguito della riduzione dell'area «riservata». Ad esempio, in base alla normativa comunitaria vigente sopra citata, la concessione alla Ferrovie dello Stato S.p.A. dovrebbe propriamente riguardare la sola parte che resta «riservata», quella relativa alla gestione dell'infrastruttura.

Nel caso dell'energia elettrica, nel momento in cui diverrà operante la liberalizzazione prevista dalla direttiva n. 96/92/CE, la concessione all'E.N.E.L. S.p.A. potrà riguardare soltanto il trasporto e la distribuzione su rete.

Per la materia portuale e aeroportuale, la concessione dovrebbe giustificarsi soltanto in relazione all'utilizzazione e alla gestione delle parti e dei sedimenti aventi natura demaniale, essendone scorporate sia la sfera concernente i rispettivi servizi al pubblico, il cui svolgimento non è da ritenersi oggetto di «riserva», sia, a maggior ragione, le attività commerciali e di mera impresa.

Infine, un'ulteriore serie di concessioni dovrebbe cadere completamente. È il caso delle telecomunicazioni, per le quali, come s'è visto, è venuta meno ogni «riserva», in relazione sia alla rete che ai servizi forniti: la normativa (d.P.R. n. 318/1997) prevede già il sostanziale superamento delle attuali concessioni entro il 1 gennaio 1999. Dovrebbero venir meno anche le concessioni in materia di radiotelevisione, a seguito del ricordato superamento della «riserva» di impresa allo Stato, e dell'impossibilità, chiaramente dimostrata dalla dottrina, di giustificare la permanenza di un regime concessorio in ragione della pretesa configurazione delle frequenze come beni sostanzialmente pubblici; s'imporrebbe, dunque, una revisione della legge 31 luglio 1997, n. 249, che ha confermato lo strumento concessorio in tale settore.

Dovrebbero senz'altro cadere del tutto, per totale assenza di «riserva», le concessioni amministrative in materia di gestione dei servizi informativi automatizzati, di autolinee, di trasporti marittimi di linea (sui trasporti aerei di linea v. *infra*, par. 3).

Manca, come s'è detto, qualunque «riserva» anche in materia di opere pubbliche. La normativa comunitaria e nazionale (direttiva del Consiglio n. 89/440/CEE, recepita con decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406; legge 11 febbraio 1994, n. 109; legge 2 giugno 1995, n. 216) limita l'uso della concessione ai soli casi di costruzione congiunta alla gestione dell'opera, prevedendo comunque la licitazione privata. La costruzione e gestione di un'opera pubblica può ritrovarsi in diversi settori, come nei porti, negli aeroporti, nelle autostrade. Nei primi due casi prevale, però, l'aspetto dei servizi e delle attività commerciali: non è dunque configurabile in essi una concessione di costruzione e gestione di opere; può esservi, come s'è detto, concessione solo per l'uso dei beni pubblici, poiché servizi e attività sono liberalizzati. Nel caso delle autostrade, prevale l'elemento dell'opera: la concessione di costruzione ed esercizio qui è configurabile, ma non può comunque allargarsi a disciplinare servizi «non riservati» e attività commerciali.

Rimangono da precisare due punti. Anche là dove le concessioni, e le distorsioni del mercato che esse portano con sé, possono ancora trovare giustificazione nel nostro sistema, andrebbero comunque introdotte necessarie modifiche almeno per temperare alcuni eccessi distorsivi, taluni stravolgimenti rispetto al gioco della concorrenza, che in molti casi le concessioni sono in grado di causare. Nei settori economici in cui si ritiene che le concessioni debbano assumere un oggetto più ridotto o cadere del tutto, è necessario stabilire quali siano gli strumenti giuridici da adottarsi a loro integrazione o sostituzione. Di questi due punti si tratterà nei successivi paragrafi.

2. REVISIONI NECESSARIE NELL'AREA DELLE CONCESSIONI

Nei settori in cui le concessioni amministrative sono ancora giustificabili, in ragione della presenza di una chiara ed esplicita «riserva», sono da ammettere le principali distorsioni di mercato che esse producono: la restrizione all'accesso come regola, la posizione privilegiata dei concessionari, il possibile esercizio di poteri di direzione del concedente nei confronti del concessionario. Sarebbe però necessario attenuare alcuni eccessi distorsivi, che si sono riscontrati in diversi mercati.

Innanzitutto, la parte ricognitiva del lavoro ha mostrato in numerosissimi settori o subsettori di mercato l'ampiezza della discrezionalità amministrativa nella scelta del concessionario. I margini discrezionali andrebbero ristretti. A tal fine dovrebbero moltiplicarsi i casi in cui le previsioni legislative predeterminano criteri non discriminanti e di tipo oggettivo per l'individuazione dell'impresa concessionaria, come ora accade solo in taluni settori (ad esempio, gli idrocarburi). Analoghi criteri andrebbero stabiliti per la delimitazione del numero dei concessionari che possono operare nel mercato.

Dovrebbero poi subire una riduzione i casi di esclusiva riconosciuta ad unico concessionario, oggi assai diffusi, come risulta dalle tabelle della parte ricognitiva; restano salve le ragioni che economicamente o tecnicamente impongono un solo operatore, compatibilmente con la normativa comunitaria. Andrebbero poi riveduti i diritti di preferenza a favore dei concessionari preesistenti al fine del rinnovo della concessione.

Non va inoltre dimenticato che importanti concessioni amministrative hanno una struttura contrattuale, nella quale non compare affatto un provvedimento amministrativo unilaterale costitutivo del rapporto concessorio (ad esempio, le concessioni in materia aeroportuale). E' chiaro che, in tali casi, l'individuazione del concessionario dovrebbe trovare il suo fondamento in un'autentica procedura di gara, o più generalmente, di evidenza pubblica, perché questa è la regola per tutti i contratti delle pubbliche amministrazioni. L'eventuale silenzio del legislatore su procedure di tale tipo non può significare esclusione del loro espletamento.

In ogni caso, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive integrazioni, la competenza amministrativa al conferimento delle concessioni dovrebbe consolidarsi in capo ai dirigenti generali e non al ministro. Questa è la regola in caso di silenzio del legislatore, che andrebbe comunque sollecitato a rivedere le previsioni normative che esplicitamente individuano nel ministro l'organo competente al rilascio della concessione, adeguandole alla nuova logica di netta separazione tra sfera politica e amministrativa.

Andrebbe anche previsto il conferimento di concessioni da parte di apposite autorità indipendenti, che garantiscono al massimo grado l'imparzialità e la tecnica: una simile soluzione potrebbe adottarsi, ad esempio, nel settore dell'energia

elettrica, modificandosi l'attuale legge 481 del 1995 sulla regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Vanno comunque radicalmente espunti dal sistema interventi legislativi del tipo di quelli, evidenziati nella parte ricognitiva, che in diversi settori individuano direttamente o indirettamente il soggetto concessionario. Queste «leggi-fotografia», infatti, tagliano in radice ogni spazio per valutazioni tecniche dell'amministrazione, lasciando la scelta del concessionario nelle esclusive mani della negoziazione politica: è quel che avviene, ad esempio, in base alle attuali leggi sulle concessioni concernenti autostrade, alcuni grandi aeroporti, taluni servizi di trasporto marittimo di linea, la gestione e lo sviluppo dei sistemi informativi automatizzati nelle pubbliche amministrazioni (per gli ultimi due settori, come s'è visto, è però lo stesso strumento concessorio che dovrebbe cadere).

Quanto alla durata, sarebbe opportuno che il legislatore si astenesse dall'intervenire, lasciando la definizione del tempo della concessione a un negoziato fra le parti, che possa adeguatamente contemperare le esigenze economiche, il necessario ammortamento del capitale investito, e gli interessi pubblici specifici relativi ai singoli settori.

Per quel che riguarda la rinnovabilità, necessita di completa rivisitazione la norma contenuta nell'articolo 14, comma 4, della legge n. 359 del 1992, in materia di privatizzazioni, che prevede in via generale il rinnovo automatico delle concessioni conferite agli enti privatizzati e alle società da essi controllate, norma incompatibile con i principi della legislazione a tutela della concorrenza.

Spesso il contenuto misto delle concessioni (incidenti contestualmente su opere, beni, servizi) ha costituito l'occasione per un'alterazione grave del libero gioco di mercato (così è stato per le concessioni aeroportuali in relazione ai servizi di assistenza a terra): occorre, dunque, rivedere i casi di concessioni miste, obiettivo peraltro facilitato dalla sopra ricordata riduzione necessaria dell'oggetto di alcune concessioni, in corrispondenza con l'erosione dell'area «riservata» (per stare all'esempio degli aeroporti, la concessione, come si è visto, dovrebbe essere limitata alla gestione dei sedimi demaniali).

Va detto poi che nel sistema persistono casi in cui la qualità di concedente è rivestita da soggetti non dotati delle caratteristiche tipiche di questa figura nel modello classico della concessione. Se tradizionalmente la potestà di conferire una concessione spetta ad un'amministrazione pubblica in senso stretto, accade spesso che concedente o subconcedente sia un ente pubblico economico ovvero una società in partecipazione pubblica, cioè soggetti largamente sottoposti a norme di diritto privato, e che non di rado operano a loro volta come concessionari. Sarebbe opportuno rivedere l'intera materia, evitando simili improprietà. L'istituto della «sub-concessione» va comunque considerato del tutto eccezionale (come è stato stabilito nel parere reso dall'adunanza generale del Consiglio di Stato, n. 95 del 1° ottobre 1993, sullo schema di decreto del Ministro dei trasporti concernente la concessione del servizio ferroviario alla F.S. S.p.A., specialmente nella parte relativa alla natura del rapporto tra quest'ultima e la T.A.V. S.p.A.).

3. STRUMENTI SOSTITUTIVI DELLE CONCESSIONI

Nei casi in cui la concessione amministrativa non appaia più strumento «giustificabile», per l'inesistenza di una chiara ed esplicita «riserva» di proprietà o di impresa a favore dello Stato o di un altro pubblico potere, occorre individuare strumenti alternativi di disciplina delle attività economiche.

In taluni settori le concessioni amministrative potrebbero essere sostituite con strumenti di diritto comune. Così, per la gestione dei servizi informativi automatizzati presso le pubbliche amministrazioni, sarebbe opportuno adottare contratti di appalto di servizi e di forniture, soggetti alle procedure di gara e di evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria. L'assegnazione di alloggi di servizio appartenenti al patrimonio disponibile di soggetti pubblici potrebbe essere disciplinata da contratti privatistici di locazione, con la conseguente integrale applicazione di quanto disposto dal codice civile o dalle leggi speciali in materia (si veda la disciplina dell'assegnazione di alloggi di servizio al personale militare, postelegrafonico, nonché agli appartenenti al Corpo della guardia di finanza).

In altri settori la concessione andrebbe sostituita con una diversa misura amministrativa. La principale misura alternativa è senza dubbio l'autorizzazione. In base al diritto comunitario, l'autorizzazione si distingue dalla concessione per il limitatissimo potere discrezionale nel conferimento, che deve comunque fondarsi su criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori, e per il fatto che può comportare restrizioni alla libertà di prestazione di servizi e all'accesso ai mercati solo in via eccezionale ed esclusivamente in ragione di esigenze fondamentali d'interesse generale e di carattere non economico, debitamente motivate, come l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, la protezione dei dati personali e la riservatezza.

In talune materie, nelle quali, come s'è visto, la «riserva» non è mai esistita o è venuta a cadere in modo pieno, l'autorizzazione potrebbe prendere integralmente il posto della concessione: è quel che si prevede per le telecomunicazioni (D.P.R. n. 318 del 1997, cit.), e che dovrebbe estendersi, ad esempio, ai casi delle autolinee, dei trasporti marittimi di linea e della radiotelevisione.

In altre materie, nelle quali, come pure si è notato, la riserva cade solo in parte, le autorizzazioni verrebbero ad affiancarsi alle concessioni rimanenti per la residua sfera «riservata»: è il caso, fra l'altro, delle ferrovie, in cui, accanto alle concessioni per la gestione dell'infrastruttura, si porrebbero le autorizzazioni per la fornitura dei servizi liberalizzati erogati sull'infrastruttura medesima. Nel settore dell'energia elettrica la concessione appare destinata a riguardare solo il trasporto e la distribuzione, le altre fasi potendo essere oggetto di regime autorizzatorio. Nel trasporto aereo di linea è già previsto che la concessione rimanga soltanto,

in via eccezionale e per breve durata, per le rotte nazionali che già formavano oggetto di concessione esclusiva o per quelle sulle quali nessun vettore abbia istituito o si appresti ad istituire servizi aerei di linea (regolamento n. 2408/92/CEE); il resto è soggetto ad autorizzazioni.

In ogni caso, il regime autorizzatorio dovrebbe assumere connotati differenti nei diversi campi: mere autorizzazioni sarebbero sufficienti per le attività che non danno luogo a pubblici servizi, mentre autorizzazioni accompagnate da contratti di programma o di servizio sarebbero necessarie per le attività gravate da obblighi di servizio pubblico, le quali peraltro sono destinate a ridursi progressivamente in base alla normativa comunitaria. Norme di fonte primaria o subprimaria potrebbero prevedere, come già avviene per le telecomunicazioni, che le compensazioni finanziarie per gli obblighi di pubblico servizio gravanti solo su una o su alcune imprese, ove necessarie, siano erogate non dall'erario pubblico ma dagli altri operatori presenti nel settore.

La mera autorizzazione potrebbe valere, ad esempio, in casi come quelli dei trasporti di gran turismo su strada, o, ancora, dei trasporti ferroviari ad alta velocità, e per la fornitura di alcuni servizi specifici o aggiuntivi di telecomunicazione. L'autorizzazione connessa con contratto accessivo di programma o di servizio potrebbe essere, invece, adottata ove sia necessario garantire un «servizio universale», secondo la terminologia dell'Unione europea, che sia «non riservato»: è così, fra l'altro, per taluni dei servizi di base nei settori delle ferrovie, delle funivie e funicolari, dei telefoni, della radio e della televisione, delle poste.

Nei mercati in cui sussistano contestualmente parti «riservate», soggette a concessione, e sfere «liberate dalla riserva», soggette ad autorizzazione, come dovrebbe avvenire nei settori in cui la gestione «riservata» della rete si distingue dalla fornitura «non riservata» dei servizi, è da ritenersi che il soggetto concessionario di diritti esclusivi o speciali per l'installazione e la gestione della rete debba soggiacere al divieto di cumulare questa posizione con l'altra di soggetto condizionatore dell'accesso al mercato degli operatori che intendano fornire i servizi sulla rete. Questa seconda funzione va riservata ad un «ente indipendente» appositamente costituito per esercitare le funzioni di regolazione degli ingressi al mercato. In altri termini, il concessionario della rete non può agire anche come soggetto autorizzante nei confronti delle imprese di servizi, poiché ciò potrebbe comportare un abuso della posizione dominante costituita dall'essere concessionario. Un simile modello, già previsto nella normativa comunitaria sulle telecomunicazioni prima della liberalizzazione globale (vedi la direttiva n. 90/388/CEE), potrebbe essere seguito per tutti i servizi in cui la concessione può oramai propriamente riguardare solo la gestione della rete o dell'infrastruttura: quindi, ad esempio, per le ferrovie e per l'energia elettrica.

Il riferimento agli «enti indipendenti» apre un problema più generale, relativo alle autorità indipendenti per la regolamentazione di specifici mercati, autorità previste nel nostro ordinamento per l'energia elettrica e il gas (legge n. 481 del

1995) e per le telecomunicazioni e radiotelevisioni (legge n. 249 del 1997). Alla luce della normativa vigente in diversi Paesi, simili autorità possono operare all'interno di differenti sistemi di regolazione: sistemi «ternari», come è stato per il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, che per la disciplina del mercato radiotelevisivo si è affiancato alla Commissione parlamentare di vigilanza e al Ministero delle poste e delle telecomunicazioni; sistemi «binari», esistenti in Gran Bretagna e in altri Paesi europei nei settori delle public utilities, in cui le competenze regolatorie si dividono fra le rispettive autorità indipendenti ed i ministri di riferimento; sistemi tendenzialmente «monisti», presenti negli Stati Uniti d'America, in cui le independent regulatory agencies assumono l'assoluta preminenza nella disciplina amministrativa del rispettivo settore.

Quest'ultima formula sembra essere la più efficace in termini di chiarezza dei rapporti fra regolazione pubblica e imprese, e al fine di superare le interferenze fra le attribuzioni di strutture ministeriali e di autorità indipendenti con funzioni regolatorie. Nei limitati settori in cui queste ultime vengono istituite, esse dovrebbero essere titolari delle più ampie potestà di regolazione e immuni al massimo grado dalle ingerenze dei rispettivi ministeri. In particolare, il potere di conferire le concessioni e le autorizzazioni necessarie per l'esercizio delle attività economiche dovrebbe spettare, nel rispetto delle procedure stabilite dalla legge, alle autorità indipendenti di regolazione dei singoli mercati. Le nostre recenti leggi sopra menzionate (la n. 481 del 1995 e la n. 249 del 1997) hanno scelto il sistema monista solo per le telecomunicazioni, mentre per il settore radiotelevisivo e per quello dell'elettricità e del gas adottano soluzioni «binarie», basate su competenze a mezzadria fra autorità indipendenti e ministri.

4. OSSERVAZIONI FINALI

Le tesi qui sostenute e le proposte avanzate, che intendono ridimensionare la sfera delle concessioni amministrative, non riposano affatto su una critica dello strumento concessorio in sé, il quale giustamente gode di una lunga tradizione nei sistemi amministrativi dell'Europa continentale.

Quel che si ritiene assolutamente necessario è ricondurre le concessioni dai troppo numerosi terreni in cui quest'indagine ha mostrato che vengono utilizzate ad un ambito giustificabile.

Le concessioni producono, come si è più volte sottolineato, serie distorsioni della concorrenza e del mercato: la restrizione degli operatori come regola per l'accesso ai mercati; il privilegio dei pochi concessionari; l'attribuzione al concedente di forti poteri di direzione nei confronti delle imprese concessionarie.

Queste distorsioni sono ammissibili ormai solo in settori economici che siano per chiara ed espressa disposizione di legge «riservati» allo Stato o al pubblico potere (in base agli artt. 42 e 43 Cost.), ove l'autorità pubblica è legittimata a gestire in proprio beni ed imprese o ad affidarne l'esercizio a pochi, in posizione dominante o privilegiata, conservando per sé la possibilità di «dirigere» quell'esercizio. Una simile soluzione si fonda, come si è tentato di mostrare, sull'interpretazione congiunta della «costituzione europea», delle norme sui rapporti economici contenute nella nostra carta costituzionale, dei principi della legislazione antitrust.

Nei settori «riservati» giustificare le «distorsioni» prodotte dalle concessioni non significa poter ammettere gli «stravolgimenti» che spesso le concessioni causano rispetto al corretto funzionamento dei mercati. Se in quei settori restringere l'accesso al mercato può essere la regola, l'esclusiva ad un unico concessionario, oggi troppo frequente nel nostro sistema, dev'essere l'assoluta eccezione. Come del tutto eccezionale in quei settori deve diventare l'ampia discrezionalità nella scelta dei concessionari, che oggi è la regola.

Quel che si critica non è dunque lo strumento concessorio in sé, ma piuttosto la sua estensione esorbitante e gli eccessi distorsivi che può produrre nei mercati. Per le aree «riservate» sono anzi da auspicare una più adeguata regolazione ed un miglior uso delle concessioni. Un utile strumento al fine di una più adeguata regolazione delle concessioni è costituito dall'attuazione dell'art. 20 della legge n. 59 del 1997, che prevede interventi di semplificazione e di riordino dei procedimenti amministrativi per via di delegificazione. Il miglior uso delle concessioni richiederebbe alle amministrazioni concedenti di istituire adeguate strutture tecniche di vigilanza sui concessionari: ciò ad evitare che i concedenti dipendano dai concessionari, come troppo spesso è avvenuto e accade nelle nostre amministrazioni, o

che, negli infrequenti casi in cui chi concede decida di esercitare i propri poteri, questi ultimi non si riducano ad intrusioni politiche o burocratiche nelle attività d'impresa.

Al di fuori dei settori «riservati» non dovrebbero più ammettersi le concessioni. In realtà, nonostante i recenti interventi normativi che tendono al superamento del regime concessorio in alcuni settori rilevanti, come quello delle telecomunicazioni, nei mercati «non riservati» permane un numero ancora troppo elevato di concessioni amministrative: come risulta dalla parte ricognitiva di questo lavoro, quasi il cinquanta per cento delle ipotesi in cui il legislatore prevede l'impiego dello strumento concessorio riguardano proprio tali mercati.

Nelle aree «non riservate» o «libere» dovrebbe ricorrersi solo ad altre forme di disciplina pubblica dell'economia: appalti di lavori, di forniture, o di servizi; altri contratti di diritto comune; autorizzazioni amministrative, che hanno importanti prospettive in base alla normativa comunitaria; contratti di pubblico servizio collegati alle autorizzazioni, se vi siano prestazioni configurabili come servizi pubblici⁽¹⁾. In tali aree, infatti, la regola è costituita dal libero accesso ai mercati, dal disfavore per le posizioni dominanti o di privilegio, dall'assenza di poteri di «direzione» pubblica sulle imprese. Nelle stesse aree «non riservate» o «libere» sono sempre possibili, inoltre, forme incisive di regolazione, come quelle poste in essere da autorità indipendenti, che impongono alle imprese misure anche vincolanti, ma per «indirizzare e coordinare» l'attività economica a fini sociali (secondo la dizione dell'art. 41 Cost.), senza alcuna pretesa di «dirigere».

Tale conclusione, che confina le concessioni nei settori «riservati» e ammette per tutti i mercati, anche «liberi», forme di regolazione incisive ma non intrusive o distorsive, appare idonea ad abbandonare la persistente abitudine di utilizzare le concessioni ovunque, come fossero le «patenti» regie pre-borghesi, che in assenza di un principio di libertà economica conferivano la facoltà di intraprendere, ed è al tempo stesso conclusione che rifiuta di tornare ai miti ottocenteschi di una liberalizzazione priva di solide discipline regolative. Le proposte che qui si sono formulate percorrono esattamente questa via.

(1) Il disegno di legge che reca modifiche e integrazioni alle leggi n. 59 e n. 127 del 1997 (Atto Senato n. 3095-B) apre una via importante in tale direzione, prevedendo espressamente l'«adeguamento della disciplina sostanziale e procedimentale dell'attività e degli atti amministrativi ai principi della normativa comunitaria, anche sostituendo al regime concessorio quello autorizzatorio» (articolo 1, comma 18, lettera g-quater). La norma è stata definitivamente approvata ed è contenuta nell'articolo 1, comma 17, lettera g-quater della legge 16 giugno 1998, n. 191.

5. SINTESI DELLE PROPOSTE

1. Le concessioni amministrative sono giustificate solamente nei settori economici in cui sussiste una «riserva» di proprietà o d'impresa disposta chiaramente ed esplicitamente per legge a favore dello Stato o di pubblici poteri, ovvero nei settori in cui il concessionario è chiamato ad esercitare una funzione pubblica.

2. In base a tale premessa, sono giustificate le concessioni aventi ad oggetto **funzioni pubbliche autoritative, e beni demaniali o patrimoniali indisponibili**, perché tali settori restano interamente «riservati». Va comunque precisato: che appare utile porre in discussione l'opportunità di affidare a concessionari funzioni pubbliche particolarmente «delicate», come quelle connesse all'esazione di imposte; che le concessioni di demanio e patrimonio indisponibile dovrebbero di regola limitarsi a disciplinare l'uso del bene in senso stretto, evitando di regolare l'impresa che sul bene si esercita, quando l'attività imprenditoriale sia «non riservata» (si pensi agli aeroporti).

3. Nei settori economici in cui l'area della «riserva» si è **ridotta**, specialmente per virtù del diritto comunitario, le concessioni possono conservarsi, ma con un oggetto limitato in ragione della riduzione della «riserva». Si formulano le seguenti proposte specifiche:

a. la concessione riguardante le **ferrovie nazionali** dovrebbe avere ad oggetto la sola parte relativa all'installazione e alla gestione dell'infrastruttura e non più quella concernente i servizi di trasporto;

b. le concessioni in materia di **energia elettrica** dovrebbero progressivamente limitarsi a disciplinare i soli profili del trasporto e della distribuzione;

c. per i settori **portuali ed aeroportuali**, la concessione è giustificata soltanto in ordine all'uso delle parti e dei sedimi demaniali, e non in relazione ai servizi resi al pubblico e alle attività commerciali.

4. Nei settori economici in cui la «riserva» non è **mai esistita** o è **venuta a cadere** completamente, le concessioni andrebbero del tutto espunte. Ciò dovrebbe avvenire nelle seguenti aree:

a. **radiotelevisioni**;

b. **telecomunicazioni**;

c. **autolinee**;

d. **trasporto aereo di linea**;

e. **trasporto marittimo di linea**;

f. **servizi informativi automatizzati**;

g. **istruzione** (le concessioni di riconoscimento e pareggiamento di scuole secondarie private dovrebbero riguardare strettamente il profilo del rilascio dei titoli di studio aventi valore legale);

h. **opere pubbliche** (con la sola eccezione, per ora, della concessione cosiddetta di costruzione e gestione).

5. Nei settori economici nei quali le concessioni sono giustificate, andrebbero comunque attenuati alcuni tratti della loro disciplina che provocano eccessive alterazioni del mercato.

In particolare:

a. sarebbe da ridurre la **discrezionalità** amministrativa nella scelta dei concessionari;

b. dovrebbero evitarsi i casi di «**leggi-fotografia**», nei quali il legislatore stesso identifica, direttamente o indirettamente, il concessionario;

c. andrebbero ridotti al minimo possibile i casi di concessione **esclusiva** ad unico concessionario e i casi di **preferenza** per il conferimento o per il rinnovo di concessioni;

d. le procedure di **gara** o di evidenza pubblica per l'affidamento di concessioni dovrebbero avere maggiore estensione e costituire la regola, almeno per i rapporti concessori di natura contrattuale;

e. in attuazione delle nuove normative sulla dirigenza pubblica (decreto legislativo 29 del 1993 e successive integrazioni), dovrebbero essere rafforzate, a scapito delle attribuzioni degli organi politici, le competenze dei **dirigenti amministrativi** in materia di conferimento delle concessioni. Andrebbero anche potenziate le competenze dirette delle **autorità indipendenti** che intervengono in settori in cui siano utilizzate concessioni amministrative (ad esempio, nei servizi di pubblica utilità);

f. la determinazione della **durata** andrebbe di regola affidata alle parti del rapporto concessorio, sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, più che al legislatore; sarebbero da eliminare previsioni generali di rinnovo automatico di concessioni;

g. andrebbero evitate le concessioni «soggettivamente» improprie, come quelle conferite da **enti pubblici economici** o da **società per azioni con partecipazione pubblica**. La **sub-concessione** è comunque da considerarsi strumento del tutto eccezionale.

6. Nei settori economici nei quali le concessioni sono destinate a cadere in tutto o in parte per il venir meno o per il ridursi della «riserva» (v. punti 3 e 4), andrebbero individuate misure sostitutive di disciplina delle attività economiche «non riservate» o «libere». In alcune aree potrebbero utilizzarsi strumenti contrattuali, come gli **appalti di forniture e servizi** (ad esempio per la gestione dei servizi informativi automatizzati nelle pubbliche amministrazioni). In altre aree potrebbero essere impiegate - come è già previsto, ad esempio, per le telecomunicazioni - le **autorizzazioni amministrative**. Queste ultime andrebbero affiancate alle concessioni nei casi in cui vi è riduzione parziale della «riserva» (v. punto 3), e disciplinerebbero l'intera materia nei casi in cui vi è inesistenza o caduta totale della «riserva» (v. punto 4, esclusi i servizi informativi e le opere pubbliche).

7. **Autorizzazioni amministrative semplici** sarebbero sufficienti a regolare attività «non riservate» aventi natura di mera impresa, che non comportano prestazione di pubblici servizi (trasporti di gran turismo su strada, trasporti di alta velocità ferroviaria, servizi supplementari di posta e telecomunicazione). **Autorizzazioni amministrative congiunte a contratti di servizio** sarebbero da adottarsi per disciplinare attività «non riservate» che si concretano in «servizi universali», resi a tutti gli utenti e a prezzi ragionevoli (si pensi, fra l'altro, ai servizi di base nei settori delle ferrovie, delle funivie e funicolari, dei telefoni, della radio e della televisione).

APPENDICE

CRONOLOGIA DELLE FONTI NORMATIVE

Con il numero tra parentesi viene individuato il settore di mercato in relazione al quale si è analizzata la specifica fonte normativa.

- 1885** Regio decreto 2.4.1885, n. 3095 (7)
1900 Regio decreto 17.6.1900, n. 306 (1)
1912 Regio decreto 9.5.1912, n. 1447 (1)
1913 Regio decreto 11.7.1913, n. 959 (4)
1923 Regio decreto 8.2.1923, n. 1067 (18)
 Regio decreto 6.5.1923, n. 1054 (12)
 Regio decreto legge 18.10.1923, n. 3176 (2)
 Regio decreto legge 21.10.1923, n. 2386 (3)
1925 Regio decreto 15.10.1925, n. 2578 (10) e (15)
1926 Regio decreto legge 16.9.1926, n. 1702 (1)
1927 Regio decreto legge 15.3.1927, n. 436 (23)
 Legge 23.6.1927, n. 1110 (6)
 Regio decreto 29.7.1927, n. 1443 (16)
1929 Legge 24.6.1929, n. 1137 (19)
 Regio decreto legge 2.8.1929, n. 2150 (19)
1930 Regio decreto 15.5.1930, n. 1170 (12)
1931 D.M. 3.3.1931 (6)
 Regio decreto 8.10.1931, n. 1604 (17)
 Regio decreto legge 21.12.1931, n. 1575 (3)
1932 Regio decreto legge 14.10.1932, n. 1496 (3)
1933 Regio decreto legge 2.3.1933, n. 201 (22)
 Legge 8.5.1933, n. 505 (22)
 Regio decreto 2.11.1933, n. 1579 (9)
 Regio decreto legge 2.11.1933, n. 1741 (15)
 Regio decreto 8.12.1933, n. 1740 (11)
 Regio decreto 11.12.1933, n. 1775 (9)
1934 Regio decreto 10.8.1934, n. 1452 (20)
1935 Regio decreto 9.5.1935, n. 1149 (23)
1936 Regio decreto legge 16.7.1936, n. 1404 (22)
1938 Regio decreto legge 7.9.1938, n. 1696 (6)
1939 Regio decreto legge 20.2.1939, n. 318 (15)
 Legge 1.6.1939, n. 1089 (20) e (23)
 Regio decreto 5.6.1939, n. 1016 (17)
 Legge 28.9.1939, n. 1822 (3)

- 1942** Legge 19.1.1942, n. 86 (12)
Legge 24.3.1942, n. 315 (22)
Regio decreto 30.3.1942, n. 327 (2), (4), (5), (7) e (17)
Legge 17.7.1942, n. 907 (16)
- 1946** Decreto C.P.S. 30.8.1946, n. 212 (12)
Decreto legislativo C.P.S. 4.9.1946, n. 88 (2)
- 1947** Decreto legislativo C.P.S. 2.1.1947, n. 2 (9)
- 1948** Decreto legislativo 14.4.1948, n. 496 (22)
D.P.R. 20.11.1948, n. 1677 (22)
- 1949** D.M. 14.1.1949 (17)
- 1951** Legge 22.12.1951, n. 1379 (14)
- 1953** Legge 5.1.1953, n. 34 (4)
Legge 10.2.1953, n. 136 (15)
- 1954** Legge 16.4.1954, n. 156 (5)
Legge 15.5.1954, n. 272 (1)
- 1955** Legge 21.5.1955, n. 463 (11)
D.P.R. 28.6.1955, n. 771 (3)
Legge 4.8.1955, n. 722 (22)
- 1957** Legge 11.1.1957, n. 6 (15)
Legge 22.12.1957, n. 1293 (23)
- 1959** Legge 18.3.1959, n. 132 (23)
Legge 26.3.1959, n. 178 (4)
Legge 24.12.1959, n. 1145 (1)
- 1961** Legge 7.2.1961, n. 59 (11)
Legge 24.7.1961, n. 729 (11)
- 1962** Legge 18.4.1962, n. 194 (5)
Legge 6.12.1962, n. 1643 (10)
- 1964** D.P.R. 3.6.1964, n. 438 (5)
- 1965** Legge 30.3.1965, n. 340 (20)
Legge 21.7.1965, n. 914 (5)
- 1967** Legge 21.7.1967, n. 613 (15)
- 1968** Legge 28.3.1968, n.385 (11)
Legge 2.4.1968, n. 475 (23)
D.M. 21.6.1968 (11)
- 1969** Legge 29.12.1969, n. 1042 (1)
- 1970** Decreto legge 26.10.1970, n. 745 (15)
- 1971** Legge 25.2.1971, n. 111 (19)
Legge 8.5.1971, n. 420 (19)
D.P.R. 27.10.1971, n. 1269 (15)
Legge 6.12.1971, n. 1065 (22)
Legge 17.12.1971, n. 1158 (11)

- 1972** D.P.R. 14.1.1972, n. 5 (3)
D.P.R. 14.1.1972, n. 2 (16)
D.P.R. 26.10.1972, n. 640 (14)
Legge 18.12.1972, n. 878 (11)
- 1973** Legge 2.2.1973, n. 7 (15)
D.P.R. 29.3.1973, n. 156 (8) e (21)
Legge 10.11.1973, n. 755 (5)
Legge 22.12.1973, n. 826 (4)
Legge 22.12.1973, n. 825 (19)
- 1974** Legge 26.4.1974, n. 170 (15)
Legge 12.8.1974, n. 376 (19)
Legge 20.12.1974, n. 684 (4)
- 1975** Legge 14.4.1975, n. 103 (18)
Legge 19.5.1975, n. 169 (4)
Legge 27.12.1975, n. 746 (5)
- 1977** Legge 8.4.1977, n. 144 (3)
Legge 23.6.1977, n. 373 (4)
D.M. 11.11.1977 (11)
Legge 21.12.1977, n. 985 (5)
- 1978** Legge 18.8.1978, n. 497 (23)
Legge 23.12.1978, n. 833 (23)
- 1979** D.P.R. 1.6.1979, n. 501 (4)
- 1980** Legge 24.4.1980, n. 146 (13)
Legge 23.7.1980, n. 384 (23)
- 1981** Legge 10.4.1981, n. 151 (3)
Legge 26.11.1981, n. 690 (22)
- 1982** Legge 10.2.1982, n. 39 (23)
Legge 17.2.1982, n. 41 (17)
Legge 2.8.1982, n. 528 (22)
Legge 12.8.1982, n. 531 (11)
D.P.R. 10.9.1982, n. 915 (23)
- 1984** Legge 4.6.1984, n. 194 (13)
D.P.R. 13.8.1984, n. 523 (8)
Legge 29.11.1984, n. 798 (19)
Decreto legge 6.12.1984, n. 807 (18)
- 1985** Legge 22.8.1985, n. 449 (5)
- 1986** Legge 11.7.1986, n. 390 (20)
Legge 22.10.1986, n. 736 (5)
D.M. 26.11.1986 (14)
Legge 1.12.1986, n. 831 (23)
Legge 5.12.1986, n. 856 (4)
Legge 6.12.1986, n. 896 (15)
Legge 24.12.1986, n. 938 (5)
- 1987** Circ. M.P.I. 9.12.1987, n. 377 (12)

- 1988** D.P.R. 28.1.1988, n. 44 (13)
D.P.R. 28.1.1988, n. 43 (14)
Legge 11.3.1988, n. 66 (13)
Decreto legge 9.9.1988, n. 397 (23)
- 1989** Legge 24.3.1989, n. 122 (23)
Decreto legge 13.6.1989, n. 227 (23)
- 1990** Legge 4.8.1990, n. 240 (23)
Legge 6.8.1990, n. 223 (18)
D.P.R. 7.8.1990, n. 303 (22)
Legge 29.11.1990, n. 380 (23)
- 1991** Legge 9.1.1991, n. 9 (10) e (15)
D.M. 12.2.1991, n. 183 (22)
Decreto legislativo 22.2.1991, n. 73 (18)
Legge 25.3.1991, n. 98 (1)
D.P.R. 27.5.1991, n. 395 (15)
D.P.R. 10.7.1991, n. 305 (13)
Legge 8.11.1991, n. 360 (19)
Convenz. di concess. Min Agr./Agrisiel (1991) (13)
Decreto legislativo 19.12.1991, n. 406 (19)
Legge 30.12.1991, n. 413 (13)
- 1992** Legge 29.1.1992, n. 58 (8)
Regolamento CEE n. 2408/1992 (2)
Legge 5.2.1992, n. 81 (13)
Legge 11.2.1992, n. 157 (17)
Legge 12.2.1992, n. 187 (5)
Legge 19.2.1992, n. 142 (13)
D.P.R. 27.3.1992, n. 255 (18)
D.M. 10.4.1992 (10)
Convenz. di concess. Min. Fin/SOGEI (1992) (13)
Decreto legislativo 30.4.1992, n. 285 (11)
Delibera CIPE 12.8.1992 (1)
Decreto legge 14.11.1992, n. 433 (23)
D.P.R. 16.12.1992, n. 495 (11)
- 1993** Delibera CIPE 2.4.1993 (8)
Legge 25.6.1993, n. 206 (18)
Decreto legislativo 12.7.1993, n. 275 (9)
Decreto legge 27.8.1993, n. 323 (18)
Decreto legge 5.10.1993, n. 400 (20)
Decreto legislativo 15.11.1993, n. 507 (14)
Legge 24.12.1993, n. 537 (5)
- 1994** Legge 5.1.1994, n. 36 (9)
Decreto legislativo 13.1.1994, n. 62 (19)
Legge 28.1.1994, n. 84 (7)

- D.P.R. 28.1.1994 (10)
D.P.R. 28.1.1994 (16)
D.M. 31.1.1994, n. 171 (23)
Legge 11.2.1994, n. 109 (19)
Decreto legislativo 26.2.1994, n. 143 (11)
D.P.R. 28.3.1994 (18)
D.P.R. 18.4.1994, n. 484 (15)
D.P.R. 18.4.1994, n. 485 (15)
D.P.R. 18.4.1994, n. 420 (15)
D.P.R. 18.4.1994, n. 382 (16)
D.P.R. 22.4.1994, n. 369 (3)
Decreto legge 1.7.1994 n. 428 (1)
Delibera Consob 12.7.1994 (13)
D.P.R. 28.9.1994, n. 634 (13)
D.P.R. 2.12.1994 (8)
D.P.R. 22.12.1994 (8)
- 1995** Decreto legislativo 17.3.1995, n. 103 (8)
Decreto legge 28.6.1995, n. 251 (5)
Circol. Min. Fin. n. 197/T (17.7.1995) (20)
Legge 3.8.1995, n. 351 (5)
D.P.R. 4.9.1995, n. 420 (8)
Legge 14.11.1995, n. 481 (10) e (15)
D.P.R. 4.9.1995 (8)
Legge 549/95 (22)
- 1996** Decreto legislativo 25.11.1996, n. 625 (15)
- 1997** D.M. 16.1.1997, n. 253 (23)
Decreto legislativo 11.2.1997, n. 55 (8)
Legge 15.3.1997, n. 59
 articolo 20, comma 8 (7) (9) (13) (15) (20)
 articolo 99, lettera b (14)
D.M. 24.3.1997, n. 139 (23)
D.P.R. 13.4.1997, n. 177 (13)
Decreto legge 1.5.1997, n. 115 (8)
D.M. 16.5.1997, n. 150 (22)
Legge 127/97, articolo 17, comma 132 (23)
Decreto legislativo 4.6.1997, n. 143 (17)
Decreto legislativo 9.7.1997, n. 237 (14)
Decreto legislativo 25.7.1997, n. 250 (5)
Legge 31.7.1997, n. 249 (8) (18)
D.P.C.M. 7.8.1997 (8)
D.P.R. 19.9.1997, n. 318 (8)
Legge 8.10.1997, n. 352 (23)
Decreto legislativo 10.11.1997, n. 422 (1) (3) (6)