

3
2018

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO
Anno XXVII

Nuova serie
3/2018

NUOVE AUTONOMIE



Editoriale Scientifica

ISSN: 1122-228X

NUOVE AUTONOMIE

Rivista fondata da Guido Corso, Franco Teresi e dall'Editore Danilo Pupillo

Direzione

Maria Immordino (*Direttore responsabile*),
Guido Corso, Marco Ruotolo, Mario R. Spasiano, Giuseppe Verde, Alberto Zito

Comitato scientifico

Francesco Astone, Francisco Balaguer Callejón, José Bermejo, Carlos Botassi, Agatino Cariola, Maria Teresa Carballera Rivera, Paolo Carrozza, Sabino Cassese, Maria Cristina Cavallaro, Alfredo Contieri, Gabriella De Giorgi Cezzi, Rosanna De Nictolis, Marina D'Orsogna, Enrico Follieri, Fabio Francario, Loredana Gianì, Laura Lorello, Francesco Manganaro, Stelio Mangiameli, José Luiz Martinez Lopez Muñiz, Roberto Mastroianni, Marco Mazzamuto, Mario Midiri, Jacquelin Morand-Deviller, Giovanni Pitruzzella, Aristide Police, Salvatore Raimondi, Mauro Renna, Angelo Rinella, Anna Romeo, Fabio Saitta, Laura Salamone, Maria Alessandra Sandulli, Fabrizio Scinè, Antonella Sciortino, Andrea Simoncini, Massimo Starita, Antonello Tancredi, Giovanni Tarli Barbieri, Fabrizio Tigano, Vincenzo Tondi Della Mura, Bruno Tonoletti.

Coordinatori della redazione

Marco Calabrò, Elisa Cavasino, Cristiano Celone, Nicola Gullo, Anna Simonati.

Comitato di redazione

Barbara Accettura, Marco Armanno, Felice Blando, Giacomo Gargano, Edoardo Giardino, Annarita Iacopino, Clara Napolitano, Giuseppe Andrea Primerano, Marco Ragusa, Paola Savona, Giovanni Scala, Caterina Ventimiglia, Stefano Villamena, Francesco Zammartino.

Editore

Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39 – 80138 Napoli
tel/fax 081/5800459
info@editorialescientifica.com
www.editorialescientifica.com

Direzione Redazione Amministrazione

c/o Editoriale Scientifica srl

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli
Abbonamento 2018: Italia Euro 150,00 – Estero Euro 280,00

Stampa
La Buona Stampa s.r.l. Caserta

Registrazione
Tribunale di Palermo n. 23 dell'11.09.1992

Proprietà letteraria riservata. Non è consentita la riproduzione anche parziale. In caso di autorizzazione va citata sempre la fonte.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista "Nuove Autonomie" sono vagliati dalla Direzione che si avvale della collaborazione del Comitato scientifico. I contributi sono sottoposti ad un processo di "double blind peer review": sono inviati in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità, a due referees, esperti esterni al Comitato Scientifico e alla Direzione della rivista. I referees sono scelti dalla Direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dalla stessa. Tale elenco è composto da professori di università italiane ed estere sia in servizio che in pensione e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti deve attenersi a criteri previamente definiti dalla Direzione d'intesa con il Comitato scientifico ed è comunicato in via riservata alla prima.

In caso di parere non unanime dei referees, la Direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

AVVISO

I lavori devono essere originali, non pubblicati né destinati ad altre Riviste, e devono essere inviati al seguente indirizzo: nuoveautonomie@unipa.it, utilizzando un programma di scrittura in ambiente windows o compatibile. La lunghezza dei contributi non deve superare 80.000 caratteri per gli articoli da inserire nella sezione Dottrina e 25.000 caratteri per le note a sentenza.

ISTRUZIONI PER GLI AUTORI

Il testo deve essere suddiviso in paragrafi numerati, il titolo dei paragrafi deve essere in carattere corsivo. Eventualmente i paragrafi possono essere suddivisi in sezioni distinte con doppio numero (1.1.; 1.2.). Il titolo deve essere centrato in carattere tondo, pt. 12. Per il testo deve essere usato un carattere pt. 12, per le note carattere pt. 10.

Il testo dei saggi di dottrina deve essere preceduto da un indice sommario, in carattere pt. 10. Deve essere altresì predisposto un breve abstract, comprensivo di titolo, in inglese, in carattere pt. 12.

Le note a commento della giurisprudenza devono essere completate con la redazione delle massime e dei titoli di riferimento.

Per le citazioni vanno osservati i seguenti criteri:

Per la legislazione si deve indicare, la prima volta, il provvedimento per esteso, completo di data e numero, in seguito, lo stesso provvedimento deve essere indicato in forma abbreviata (l. n. 59/1997).

Per la giurisprudenza i provvedimenti devono essere indicati, la prima volta, con l'indicazione per esteso dell'organo giudicante, del tipo, della data e del numero. In seguito, lo stesso provvedimento dovrà essere indicato in forma abbreviata (Corte cost. n. 282/2002).

Per la dottrina le monografie devono essere citate, con il cognome dell'autore, preceduto dall'iniziale del nome in maiuscolo, il titolo completo dell'opera in corsivo, il luogo e l'anno di pubblicazione e la pagina di riferimento in carattere tondo. Gli scritti contenuti in opere collettive devono essere citati con l'indicazione dell'opera di cui fanno parte secondo i seguenti criteri: titolo completo dell'opera in corsivo, indicazione "a cura di", seguito dall'iniziale del nome e dal cognome del curatore in carattere tondo, luogo e anno di pubblicazione e pagina di riferimento in carattere tondo. Gli articoli in riviste devono essere citati con indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, della rivista, dell'anno di pubblicazione e della pagina di riferimento. Se si tratta di riviste on-line deve essere indicata la home page della rivista (es. www.federalismi.it). Citando la stessa opera per la seconda volta deve essere indicato l'autore e le prime parole del titolo seguito dall'abbreviazione "cit."

Le note vanno inserite a piè di pagina.

Unitamente al contributo gli autori devono far pervenire l'indicazione della propria posizione. A parte devono essere comunicati anche indirizzo, recapito telefonico ed e-mail.

Le bozze devono essere restituite dagli autori improrogabilmente entro 4 giorni lavorativi dall'invio a mezzo posta elettronica, dopodiché si procederà alla pubblicazione del testo a disposizione della rivista.

Contributi che siano redatti senza rispettare le presenti istruzioni non potranno essere accettati per la pubblicazione.

L'ampio potere di regolazione dell'Autorità indipendente dei trasporti nel settore ferroviario

di Cristiano Celone*

SOMMARIO: 1. L'avvento, nel 2013, di un'unica autorità indipendente di regolazione per tutti i comparti del trasporto. – 2. Il groviglio di attribuzioni tra Autorità di regolazione dei trasporti ed altre autorità. – 3. I tratti distintivi dell'attività regolativa dell'ART. – 4. Un quadro di sintesi delle svariate competenze regolatorie dell'ART in materia ferroviaria e degli ulteriori poteri strumentali e complementari rispetto alla funzione di regolazione. – 4.1. L'ampliamento delle funzioni con il decreto legislativo n. 139/2018. In particolare: il potere di garantire il rispetto dei requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura ferroviaria nelle imprese integrate. – 5. Una panoramica delle diverse tipologie di atti regolatori adottati dall'ART nel settore ferroviario, nei primi cinque anni di attività.

1. *L'avvento, nel 2013, di un'unica autorità indipendente di regolazione per tutti i comparti del trasporto*

Il legislatore italiano, nel dare attuazione alla normativa europea sulla liberalizzazione (graduale e parziale) del mercato ferroviario¹, ha scelto di sottoporre

* L'articolo sviluppa la relazione tenuta al Convegno "Il sistema dei trasporti tra innovazione infrastrutturale e riforma del servizio pubblico", Roma, 21-22 gennaio 2016. L'evento, organizzato dalle Università di Roma Tor Vergata, L'Aquila e Teramo, a cura di A. Police, L. Giani, M. D'Orsogna, faceva parte del PRIN "Eguaglianza nei diritti fondamentali nella crisi dello Stato e delle finanze pubbliche: una proposta per un nuovo modello di coesione sociale con specifico riguardo alla liberalizzazione e regolazione dei trasporti", coordinato a livello nazionale da G. Colombini.

¹ Alla base della liberalizzazione graduale e parziale del trasporto ferroviario in Europa vi sono diverse considerazioni, tra le quali: l'appartenenza della rete ferroviaria al patrimonio pubblico nella maggior parte dei Paesi europei; il notevole valore e la natura di monopolio naturale della rete infrastrutturale, che non è considerata duplicabile, tant'è che la concorrenza tra le imprese è ammessa soltanto nello svolgimento dei servizi e non anche nella gestione delle reti; l'elevato livello di finanziamenti statali «degni in parte all'interesse generale al trasporto e alla mobilità dei cittadini (anche in base agli obblighi di servizio universale), in parte alla concessione di una modalità alternativa al trasporto su gomma, che invece produce costi di congestione ed esternalità ambientali negative più elevate» (M. DEL SIGNORE, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. it. dir. pub. comm.*, 2014, 451). Per una ricostruzione delle politiche di liberalizzazione del trasporto ferroviario in Europa ed in Italia si v. A. POLICE, *Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario*, in *Nuove Autonomie*, 2015, n. 3, 321 ss. Le logiche che in generale ispirano i processi di liberalizzazione dei servizi a rete ed i caratteri che assumono le relative attività amministrative coinvolte sono oggetto delle riflessioni di B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in AIPDA, *Annuario 2003. Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Milano, 2004, 333 ss., spec. 355 ss. Per una lettura giuridica del fenomeno delle liberalizzazioni dei servizi di interesse economico generale si v. pure M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, 507 ss. Le basi giuridiche, gli obiettivi e le strategie di intervento della politica europea di liberalizzazione

l'intero settore dei trasporti, nelle sue diverse modalità e infrastrutture (non solo ferroviarie, ma anche stradali ed autostradali, portuali e aeroportuali, interportuali o intermodali²), ad una impegnativa ed incisiva attività di vigilanza, regolazione e sanzione, da parte dell'Autorità dei trasporti (ART): l'ultima delle autorità amministrative indipendenti create nel settore dei servizi di pubblica utilità, prevista alla fine del 2011³, ma effettivamente istituita nella seconda metà del 2013⁴.

L'ART viene considerata inizialmente un *unicum* all'interno dell'Unione europea per l'ampiezza e la diversità sia dei settori affidati alle sue cure sia dei poteri esercitati in ciascuno di essi⁵. La scelta del legislatore italiano ha preceduto di alcuni anni le configurazioni che hanno via via assunto analoghe istituzioni in altri Paesi europei, sia pure con diverse caratterizzazioni. Oltre all'Italia, pochi altri Stati membri si sono in effetti dotati di un'unica autorità indipendente, chiamata a regolare l'intero settore dei trasporti⁶, con competenze che – si vedrà – abbracciano tutti gli aspetti essenziali della materia.

delle attività economiche nazionali sono illustrate, di recente, da N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, Napoli, 2018, 38 ss., spec. 162 ss.

² Gli "interporti", detti anche "nodi intermodali", sebbene non siano espressamente menzionati dal decreto istitutivo dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) nel novero delle infrastrutture sottoposte all'azione di vigilanza e regolazione del nuovo organismo indipendente (cfr. art. 37, comma 2, lett. a), decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, succ. mod.), tuttavia vi rientrano, come ha tenuto a precisare la stessa Autorità, il 15 luglio 2015, nel secondo rapporto annuale al Parlamento (disponibile nel sito dell'Autorità all'indirizzo <http://www.autorita-transporti.it/relazioni-annuali>, 54). Tali infrastrutture sono infatti definite, all'art. 1 della legge n. 240/1990, come «un complesso organico di strutture e servizi integrati e finalizzati allo scambio di merci tra le diverse modalità di trasporto, comunque comprendente uno scalo ferroviario idoneo a formare o ricevere treni completi e in collegamento con porti, aeroporti e viabilità di grande comunicazione». Si tratta quindi di strutture logistiche localizzate in posizione nodale nell'ambito delle reti di trasporto e provviste di collegamenti funzionali stradali e ferroviari destinati a favorire l'intermodalità nel trasporto delle merci, come tali rientranti nel perimetro regolatorio dell'ART in tema di accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture di trasporto ed ai relativi servizi. Tra gli atti di regolazione che interessano il settore interportuale rileva la delibera del 9 febbraio 2017, n. 18, che contiene una serie di misure volte a garantire l'economicità e l'efficienza gestionale dei servizi di manovra ferroviaria. Sugli interporti e in generale sulle infrastrutture adibite al trasporto intermodale, si rinvia a M. TRIMARCHI, *Le infrastrutture per il trasporto intermodale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, 549 ss.

³ Art. 37, d. l. n. 201/2011.

⁴ Il primo Consiglio dell'Autorità di regolazione dei trasporti è stato nominato con Decreto del Presidente della Repubblica del 9 agosto 2013, pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, SG n. 217 del 16 settembre 2013. Sulla procedura di nomina si rinvia al par. 3. Le prime delibere regolative dell'ART sono state adottate nel 2014.

⁵ F. BASSAN (a cura di), *Prefazione*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, 2015, XIII.

⁶ Per una rassegna dei diversi modelli di autorità preposte negli Stati membri dell'Unione europea alla regolazione dei trasporti, si veda: M.L. MAGNO, *La regolazione dei trasporti negli Stati membri*, *ivi*, 32 ss., a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti dottrinali; nonché, il quinto rapporto annuale dell'ART, presentato al Parlamento il 20 giugno 2018, disponibile nel sito dell'Autorità (<http://www.autorita-transporti.it/relazioni-annuali>).

L'ART, una volta istituita, ha assorbito le competenze dell'ormai soppresso Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT)⁷. È stata una scelta opportuna rispetto all'obiettivo di assicurare la progressiva apertura del mercato ferroviario alla concorrenza, perché in questo modo si sono evitate o certamente ridotte le potenziali deviazioni che potevano derivare dalla commistione tra lo Stato regolatore e lo Stato nel contempo imprenditore⁸, quest'ultimo ancora ampiamente presente nel campo dei trasporti, diversamente da altri settori nei quali lo Stato non gestisce più le attività economiche ed il passaggio da una regolazione ministeriale ad una regolazione indipendente dei mercati, che ne costituiscono "l'oggetto problematico"⁹, è già

⁷ L'URSF è stato soppresso nel 2014, nell'anno in cui l'ART è divenuta effettivamente operativa (cfr. art. 6-bis, d.l. n. 201/2011). Nello stesso anno il MIT è stato riorganizzato (con il DPCM 11 febbraio 2014, n. 72) ed è stata istituita (con un successivo decreto ministeriale del 4 agosto 2014, n. 346) la Direzione generale per le investigazioni ferroviarie e marittime (DIGFEMA), che è chiamata a svolgere soltanto attività di investigazione sugli incidenti ferroviari e marittimi (cfr. decreto legislativo 10 agosto 2007, n. 162, e decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 165), allo scopo di individuarne le cause e prevenirli in futuro, anche attraverso il potere di formulare raccomandazioni agli operatori del settore.

⁸ Sulle ragioni politiche, sociali ed economiche, che hanno determinato il declino del modello dello Stato imprenditore ed il passaggio al modello dello Stato regolatore delle attività economiche tramite le autorità amministrative indipendenti, si v. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, 7 ss., in part. 15 ss. Nell'attuale ciclo politico e istituzionale del nostro Paese (e non solo) il modello dello Stato regolatore sembrerebbe, però, essere messo in discussione (almeno in parte) dal recupero del precedente modello dello Stato interventista, ovvero programmatore e gestore delle attività economiche (in tal senso si v. le considerazioni di M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2018, 1 ss., il quale ritiene che il ruolo dello Stato regolatore, di cui le autorità indipendenti sono in questo momento l'emblema, vada difeso attraverso «una strategia più ampia che guardi in modo più unitario la "economic regulation" e la "social regulation"» (5). Con quest'ultima, infatti, si possono, per un verso, evitare o «correggere una serie di effetti collaterali o esternalità delle attività economiche in campi quali la salute, l'ambiente, la sicurezza dei lavoratori e gli interessi dei consumatori», per altro verso, «attuare politiche redistributive volte a contrastare eccessi di disuguaglianza e a fornire i cosiddetti beni meritori (istruzione, abitazioni a prezzo politico per i poveri, ecc.)» (7).

⁹ Il mercato – come è stato messo in luce da B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 6-7, 23-28, al quale si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali sul tema – costituisce un oggetto problematico della regolazione, intendendo con essa in generale qualsiasi vincolo giuridico che interferisca con la libertà d'impresa degli operatori economici. Il mercato, infatti, non è mai semplicemente l'oggetto della regolazione, perché in realtà ne determina tanto il problema quanto gli strumenti da utilizzare per risolverlo. Tali strumenti regolatori possono essere sia quelli tipici del diritto pubblico sia quelli tradizionali del diritto privato, attesa la loro fungibilità, almeno nelle visioni ispirate all'analisi economica del diritto. La questione regolatoria del mercato si pone naturalmente quando vi siano delle alternative rispetto ad un profilo di funzionamento del mercato, che genera o potrà generare problemi in ordine a valori o interessi da salvaguardare. In questo contesto è molto importante che l'immagine del mercato assunta dal regolatore come presupposto della propria valutazione corrisponda alla realtà effettiva del mercato preso in considerazione, sia per quanto riguarda la situazione attuale sia per quanto riguarda i suoi sviluppi futuri, al fine di evitare che l'analisi giuridica della regolazione si allontani

avvenuto da tempo ed ha rappresentato uno dei principali cambiamenti intervenuti nei rapporti tra Stato ed economia¹⁰ tra la fine del secolo scorso e l'attuale¹¹.

La creazione di un'unica autorità indipendente è comunque conforme alle indicazioni contenute nell'art. 55 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 34 del 21 novembre 2012, che istituisce uno "spazio ferroviario europeo unico"¹². Tale disposizione ha infatti imposto agli Stati membri di istituire un unico organismo nazionale di regolamentazione del settore ferroviario, lasciandoli poi liberi di scegliere se affidare allo stesso o a più organismi la regolamentazione degli altri settori del trasporto, purché tali autorità soddisfino tutte le requisiti della indipendenza (organizzativa, giuridica, funzionale, decisionale e finanziaria) da qualsiasi altro ente pubblico o privato, compresi naturalmente i gestori delle infrastrutture e le imprese di trasporto.

D'altra parte, l'opzione a favore di un modello unitario di amministrazione indipendente con competenza regolatoria generale per tutti i tipi di trasporto può risultare nel suo complesso innovativa e lungimirante, se comporta una regolazione efficiente ed efficace e lo sviluppo di un alto livello di professionalità, se è di supporto agli orientamenti di politica economica, industriale, sociale e ambientale, e, infine, se è capace di ricondurre a sistema la regolamentazione dei trasporti, storicamente assente poiché frammentata fra più Ministeri¹³.

dalla realtà (sempre concreta, particolare e in divenire) dei singoli mercati e allo scopo di fare in modo che quel particolare mercato accogla la *regulation* e impari da essa, anziché respingerla o ignorarla o, addirittura, essere fuorviato da essa.

¹⁰ I diversi modelli di intervento pubblico nell'economia, che in Italia si sono succeduti nel tempo, sono descritti da F. MERUSI e C.G. SPATTINI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2084 ss.

¹¹ Tale mutamento è stato a sua volta preceduto dalla perdita della sovranità statale sull'economia. Quest'ultima, ormai globalizzata, ha finito, infatti, per dominare i singoli Stati nazionali, trasformandone la politica economica: da proattiva in reattiva (seguace ed adattiva), orientata oramai soltanto a correggere le (eventuali) tendenze negative dell'economia (il cui andamento complessivo sfugge al controllo dei singoli paesi), perché incapace di guidarla, essendone piuttosto guidata e giudicata (in questi termini si esprime S. CASSESE, *I rapporti tra stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 96-97). La globalizzazione dell'economia ha poi accresciuto il ruolo delle istituzioni sovranazionali e ha determinato la necessità di forme di coordinamento e intesa tra i vari Governi nazionali per ridurre certi squilibri e promuovere maggiore eguaglianza nella distribuzione della ricchezza, per esempio attraverso la lotta internazionale all'evasione fiscale, alla corruzione, al terrorismo, al riciclaggio di denaro "sporco".

¹² Per approfondimenti sulla politica dei trasporti ferroviari in Europa, in Italia ed in altri Stati membri, si rinvia ai volumi collettanei curati da: P. CHIRULLI, *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, e L. AMMANNATI e A. CANEPA, *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Torino, 2016.

¹³ M. SEBASTIANI, *La regolazione dei trasporti e di altre utilities*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board – 2015*, 59, disponibile nel sito dell'Autorità (<http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2015/12/Rapporto-Advisory-Board-2015.pdf>).

2. *Il groviglio di attribuzioni tra Autorità di regolazione dei trasporti ed altre autorità*

Sebbene le competenze dell'ART siano molto estese, come si avrà modo di vedere, tuttavia le disposizioni di legge¹⁴ non tracciano una chiara linea di confine con le attribuzioni, che vengono espressamente fatte salve¹⁵, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT)¹⁶ e del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), delle Regioni e degli Enti locali in tema di trasporto pubblico locale, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), nonché, per quanto riguarda in particolare il trasporto ferroviario, dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (ANSF).

Si ha così l'impressione che l'intero settore dei trasporti rimanga assoggettato a più centri di potere normativo ed amministrativo¹⁷, che, per un verso, crea incertezza tra gli operatori economici del settore e disincentiva gli investimenti, a causa della possibile sovrapposizione di interventi, conflittuali o comunque disallineati, da parte di amministrazioni diverse con poteri uguali o assimilabili sugli stessi oggetti e soggetti, per altro verso, si pone in contrasto con i principi dell'unicità e dell'indipendenza del regolatore stabiliti dall'art. 55 della direttiva europea n. 34/2012¹⁸.

Questa "confusione" di funzioni e poteri può essere tuttavia evitata, se si segue il principio generale valevole per tutte le autorità indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità (contenuto nella legge n. 481 del 1995, richiamata dal decreto istitutivo dell'ART), che impone di trasferire a tali autorità tutte le funzioni amministrative esercitate da organi statali e da altri enti e

¹⁴ Art. 37, decreto legge n. 201/2011, istitutivo dell'ART, art. 37, decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112, attuativo della direttiva europea n. 34/2012, cit.

¹⁵ Cfr. art. 37, comma 4 e 6-ter, d.l. n. 201/2011, nonché art. 37, comma 3, d.lgs. n. 112/2015, ove viene ribadito che sono fatte salve le competenze dell'AGCM.

¹⁶ Cfr. art. 42, decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

¹⁷ In questo senso, M. D'ALBERTI e C. IACOLUCCI, *Rapporti tra l'ART e le Amministrazioni non indipendenti*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board - 2015*, cit., 46. Similmente, M. SEBASTIANI, *Conclusioni*, *ivi*, 138, osserva come l'assetto normativo attuale non sia tale da permettere di ottimizzare la qualità della regolazione dei mercati di trasporto, poiché la legge istitutiva dell'ART conserva un'ingiustificata e inefficiente frammentazione di competenze fra diversi "corpi" dello Stato, che nuoce ad una sana dialettica fra la sfera politica, da un lato, cui spetta di dare indirizzi e di indicare obiettivi di politica industriale e sociale, le autorità indipendenti di regolazione, dall'altro, competenti a promuovere la concorrenza e l'efficienza nel quadro fissato "più in alto". Le criticità del disegno normativo sui confini dell'attività regolativa dell'ART sono messe in luce pure da G. MELE, *Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche*, in *Italian Antitrust Review*, 2/2014, 70 ss., disponibile su <http://iar.agcm.it>.

¹⁸ M. GIACHETTI FANTINI, *Funzioni, poteri e ruolo istituzionale dell'Autorità dei trasporti nel settore ferroviario alla luce del d.lgs. n. 112/2015 di recepimento della direttiva 2012/34/UE*, in *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit., 146.

amministrazioni pubbliche (anche a ordinamento autonomo), qualora riguardino le loro attribuzioni, mantenendo in capo al Governo soltanto poteri di indirizzo nel settore¹⁹.

Su questa linea sembra muoversi anche la giurisprudenza amministrativa, quando tende ad interpretare estensivamente l'ambito dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti, trasladando in capo alle stesse competenze in passato spettanti ad altri organi dello Stato²⁰.

In coerenza con il suddetto principio, l'art. 37, comma 4 e comma 6 *ter*, del decreto n. 201/2011, andrebbe interpretato restrittivamente nella parte in cui consente il permanere in vita di competenze regolatorie in capo a soggetti diversi dall'ART, oppure di poteri di vigilanza, controllo e sanzione (nei confronti delle imprese ferroviarie), che tendono a sovrapporsi con quelli dell'ART.

Spetterebbe, pertanto, soltanto all'ART la regolazione (non solo economica) del settore dei trasporti, da esercitarsi in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, mantenendo invece in capo al Governo, al MIT, al CIPE, alle Regioni ed agli Enti locali, poteri di indirizzo politico, nonché funzioni e poteri amministrativi effettivamente diversi da quelli affidati all'ART²¹.

Una possibile situazione conflittuale potrebbe porsi, per esempio, con riferimento alle competenze, espressamente fatte salve, del MIT, del Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) e del CIPE, in materia di approvazione dei contratti di programma e delle convenzioni, con particolare riferimento ai profili di finanza pubblica²², nella misura in cui tali atti consensuali presentino contenuti ascrivibili alla regolazione dei rapporti economici e dei corrispettivi²³, considerato che all'ART spetta il potere di regolare i rapporti tra i gestori delle infrastrutture e le imprese di trasporto²⁴ e in particolare il potere di definire i criteri tariffari che dovranno essere seguiti dalle autorità competenti per determinare i canoni ed i pedaggi²⁵.

Vi possono poi essere interferenze con i poteri esercitati dalle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, in materia di definizione degli ambiti del servizio pubblico²⁶, poiché l'ART nello specifico settore del trasporto ferroviario non si limita soltanto a sollecitare e coadiuvare (mediante l'adozione di pareri,

¹⁹ Cfr. art. 2, commi 2 e 14, legge 14 novembre 1995, n. 481.

²⁰ Cfr. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, 96-97.

²¹ In questo senso, M. D'ALBERTI e C. IACOLUCCI, *Rapporti tra l'ART e le Amministrazioni non indipendenti*, cit., 46-49.

²² Art. 37, comma 6-ter, d.l. n. 201/2011.

²³ A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, n. 6, 600; F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 2013, n. 1, 94.

²⁴ Cfr. art. 37, commi 1, 2, lett. a), f), i), d.l. n. 201/2011.

²⁵ Art. 37, comma 2, lett. b).

²⁶ Cfr. art. 37, comma 4.

che può rendere pubblici) le amministrazioni competenti ad individuare gli ambiti del servizio pubblico e i metodi più efficienti per finanziarli²⁷, ma ha anche il potere di definire detti ambiti, sebbene solo dopo aver sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati²⁸.

In presenza di queste sovrapposizioni, appare certamente utile, al di là di un intervento legislativo di razionalizzazione dei poteri delle varie istituzioni, sviluppare forme di cooperazione tra l'ART e le altre amministrazioni pubbliche, in modo da coordinare le rispettive azioni ed evitare conflitti di competenza.

Si possono stipulare, per esempio, protocolli d'intesa, in linea con la normativa europea e la normativa interna di recepimento²⁹, che prescrivono una collaborazione stretta tra l'ART, l'Autorità preposta al rilascio della licenza ferroviaria e l'Autorità nazionale di sicurezza, ossia: tra l'ART ed il MIT, che è titolare del potere di rilasciare alle imprese l'autorizzazione necessaria allo svolgimento dei servizi di trasporto ferroviario³⁰, valida adesso sull'intera rete dell'Unione europea, salvo specifiche limitazioni³¹; nonché, tra l'ART e l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (ANSF), istituita nel 2007³² e chiamata a svolgere compiti di regolamentazione tecnica, sotto i poteri di indirizzo e vigilanza del MIT.

Con l'ANSF è stato in effetti concluso, il 24 maggio 2018, un protocollo d'intesa, che disciplina le modalità di cooperazione tra i due soggetti, prevedendo lo scambio reciproco di informazioni, raccomandazioni, segnalazioni e pareri, in merito alle questioni che possono pregiudicare la concorrenza o la sicurezza nel trasporto ferroviario.

²⁷ Art. 37, comma 3, lett. a).

²⁸ Art. 37, comma 1, decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

²⁹ Art. 37, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2015, ed art. 56, paragrafo 3, direttiva 2012/34/UE. In tema, si v. pure art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011, ed art. 5, comma 5, d.lgs. 17 aprile 2014, n. 70.

³⁰ Il MIT è anche titolare del potere di concedere la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, che è stata rilasciata, nel 2000, per la durata di sessant'anni, a Rete Ferroviaria Italiana Spa (RFI), proprietaria peraltro dell'infrastruttura. Sul punto, ci si potrebbe domandare se il periodo di validità della concessione sia eccessivamente lungo e rischi di sacrificare la concorrenza e di non incentivare l'efficienza del gestore, che gode di un'esclusiva per più di mezzo secolo. Sulla durata dell'atto concessorio sarebbe tuttavia possibile incidere, qualora vi siano apportate delle modifiche sostanziali, poiché in questo caso si dovrebbe procedere ad una nuova gara, come prescrive l'art. 43 della direttiva 2014/23/UE.

³¹ Cfr. modifiche apportate al d.lgs. n. 112/2015 dal d.lgs. n. 139/2018.

³² Art. 4, d.lgs. 10 agosto 2007, n. 162. Dell'ANSF è stata però prevista – dall'art. 12 del decreto legge del 28 settembre 2018, n. 109 (convertito con modifiche dalla legge del 16 novembre 2018, n. 130) – la soppressione e nel contempo la sostituzione con la nuova Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (ANSFISA), che nel corso del 2019 le dovrebbe succedere a titolo universale in tutti i rapporti attivi e passivi, acquisendone le risorse umane, strumentali e finanziarie.

Un problema analogo di possibile duplicazione di interventi regolatori, con il rischio di posizioni divergenti sulle stesse questioni, questa volta tra autorità indipendenti, si è posto con riferimento alle competenze, che la legge anche in questo caso ha previsto che restino ferme e possano essere contestualmente esercitate³³, sia dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) per l'*enforcement* del diritto *antitrust*, sia dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) per la definizione degli schemi dei bandi di gara e dei criteri di nomina delle commissioni giudicatrici.

Nel primo caso, infatti, l'Autorità di regolazione dei trasporti interviene anche per promuovere e tutelare la concorrenza, con il rischio di comprimere le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sebbene la trasversalità e la flessibilità dell'intervento *antitrust* fanno sì che esso possa sempre svolgere una funzione riparatoria ovvero sussidiaria rispetto a persistenti anomalie anticoncorrenziali. L'AGCM è infatti legittimata ad intervenire allorché le regole fissate dall'ART lascino agli operatori economici uno spazio di discrezionalità che gli consente di porre in essere condotte in violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza o di abuso di posizione dominante³⁴.

Di contro, l'*Antitrust* tende talora ad assumere un'atipica ed innovativa vocazione regolatoria del mercato³⁵, che potrebbe invadere lo spazio d'azione riservato all'Autorità di regolazione dei trasporti. Questa situazione si manifesta in maniera più evidente allorché l'Autorità garante della concorrenza e del mercato impone misure positive alle quali è sottoposta un'operazione di concentrazione. Ma affiora anche in occasione delle decisioni di chiusura del procedimento *antitrust*, avviato per abuso di posizione dominante o intesa restrittiva della concorrenza, nel momento in cui l'Autorità accetta gli impegni proposti dalle imprese interessate. Le valutazioni che sorreggono tale accettazione presentano, infatti, un carattere regolatorio, con un respiro spesso generale e di indirizzo che si distacca dal concreto disvalore della fattispecie. Riemerge, infine, nell'ipotesi in cui l'AGCM intervenga per sanzionare ed inibire le pratiche commerciali scorrette, laddove finisca per impartire indirizzi e prescrizioni aventi proiezione futura e portata generale, ossia vere e proprie misure regolatorie con funzione *ex ante* a tutela di interi gruppi di consumatori³⁶.

³³ Art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011. Per l'AGCM viene ribadito all'art. 37, commi 3 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

³⁴ G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in *Federalismi.it*, 26 novembre 2014, 4; ID., *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, *ivi*, 19 marzo 2014, 8; S. PERUGINI, *ART: il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., 105; G. BRUZZONE, *Rapporti tra l'ART e altre autorità indipendenti di vigilanza e garanzia*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board – 2015*, cit., 53.

³⁵ La connotazione regolatoria *ex ante* della funzione svolta dall'AGCM è stata già sostenuta da chi scrive (C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 73 ss.).

³⁶ Così, F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di*

Il rischio, in questi casi, è di creare incertezza tra gli operatori economici a causa di troppe e talora disallineate misure regolatorie, di comprimere anziché incentivare l'iniziativa economica privata e di pregiudicare l'ottimale efficienza allocativa delle risorse. Inoltre, sussiste il pericolo che l'*Antitrust* finisca per compiere valutazioni di ordine politico-finalistico, che esulano dall'ambito proprio delle sue funzioni e minano la sua neutralità³⁷.

Tali inconvenienti possono essere tuttavia scongiurati, almeno in parte, se la funzione *antitrust* viene mantenuta entro i suoi limiti caratteristici, che sono quelli di prevenire e sanzionare l'illecito anticoncorrenziale tramite il potere di diffida e di sanzione. Il potere *antitrust*, d'altra parte, alla luce della giurisprudenza europea e nazionale, «non può spingersi sino a sostituire un assetto regolatorio, considerato anticompetitivo, con un diverso assetto ritenuto preferibile dall'Agcm», dal momento che deve essere volto «a riequilibrare e non a modificare l'assetto del mercato». Il potere *antitrust* non può, cioè, «tradire la propria funzione arbitrale e ripristinatoria», oltre che sanzionatoria, né può «trasmodare da strumento di riequilibrio in strumento di regolazione e conformazione del mercato»³⁸.

Nonostante il carattere complementare delle due funzioni, tuttavia si possono talvolta determinare in concreto momenti di sconfinamento tra la funzione di regolazione dell'ART e la funzione *antitrust* dell'AGCM e quindi possibili conflitti di competenza tra le due autorità, e ciò proprio a causa della promiscuità di poteri e fini che la legge assegna ad entrambe, conflitti che spetta poi al giudice amministrativo risolvere.

Questo fenomeno mostra quindi la fragilità del diaframma tra regolazione settoriale *ex ante* dell'ART per il mercato e tutela della concorrenza *ex post* dell'AGCM nel mercato ed evidenzia la difficoltà di delimitare esattamente gli ambiti di operatività delle due autorità, tanto che diventa inevitabile un certo grado di sovrapposizione³⁹.

Si pensi, nello specifico, al potere dell'ART di definire i criteri per la fissazione delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi da parte dei soggetti competenti, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese e gli utenti: aspetti rilevanti per il funzionamento di un mercato concorrenziale

interesse economico generale, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, Torino, 2010, 117, 122.

³⁷ In questi termini, F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, Torino, 2007, 149.

³⁸ L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma, 25-26 settembre 2013, 12-15, consultabile in www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/07/relazione-cds-def.pdf, alla quale si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali sul tema.

³⁹ A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, in *Italian Antitrust Review*, 2014, n. 2, 64.

e per una efficace politica di tutela dei passeggeri. L'esercizio di tale potere è invero condizionato dalle valutazioni della medesima Autorità sulle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi di trasporto nazionali e locali: valutazione questa che sembra interferire con le competenze dell'*Antitrust*. Per cui, sarebbe opportuno anche in questo caso un coordinamento tra le due autorità, soprattutto quando una simile valutazione sia propedeutica all'elaborazione di criteri di formazione delle tariffe idonei a scongiurare il pericolo di abusi di posizione dominante o intese restrittive della concorrenza⁴⁰.

Anche il potere dell'ART di evitare e di correggere con misure adeguate discriminazioni tra le imprese⁴¹, oppure di fornire segnalazioni e pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra gli operatori del settore⁴², sembra duplicare le competenze in materia dell'AGCM.

Si possono determinare ulteriori sovrapposizioni nell'esercizio delle funzioni a tutela dei diritti dei passeggeri, degli utenti, dei consumatori e degli operatori economici. All'ART è infatti attribuito il potere di valutare e decidere tutti i reclami, le istanze e le segnalazioni, sia quelli trasmessi dalle predette categorie di soggetti, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte delle imprese esercenti il servizio di trasporto sottoposto a regolazione⁴³, sia quelli presentati dalle imprese ferroviarie che lamentino un trattamento ingiusto o discriminatorio o qualsiasi altro pregiudizio. Al riguardo, l'ART ha il potere di adottare qualunque misura necessaria per rimediare alla situazione⁴⁴. Di contro, all'AGCM è conferito il potere di agire, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, contro le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive, con poteri inibitori, prescrittivi, cautelari e sanzionatori⁴⁵. Si aggiunge inoltre che, ai sensi dell'art. 2, comma 34, della legge

⁴⁰ Si veda sul punto F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, cit., 94.

⁴¹ Cfr. art. 37, comma 2, lett. f), d.l. n. 201/2011, ed art. 37, comma 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁴² Art. 37, comma 2, lett. f), comma 4, d.l. n. 201/2011.

⁴³ Art. 37, comma 3, lett. g).

⁴⁴ Art. 37, commi 2 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁴⁵ Cfr.: art. 27, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo); art. 8, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145; art. 27, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146. In materia di tutela del consumatore-utente contro le pratiche commerciali scorrette ci sono stati diversi interventi legislativi e giurisprudenziali che hanno tentato di fare chiarezza sui delicati rapporti di delimitazione degli ambiti di competenza dell'*Antitrust* e delle Autorità di regolazione settoriali (cfr. sul tema B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2016, 89 ss.). Sulla questione è intervenuta di recente anche la Corte di Giustizia UE, sez. II, 13 settembre, 2018, n. 54 (a seguito delle domande di pronuncia pregiudiziale proposte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato), sostenendo che non contrasta con il diritto europeo la normativa nazionale che, pur in presenza di una disciplina di settore come il codice delle comunicazioni elettroniche regolante in maniera compiuta le pratiche commerciali vietate, impone l'applicazione della normativa generale sulle pratiche scorrette del codice del consumo con la conseguente competenza sanzionatoria dell'AGCM, anziché dell'AGCOM.

n. 481/1995, per le materie attinenti alla tutela della concorrenza, l'AGCM esprime parere obbligatorio, entro il termine di trenta giorni, alle amministrazioni pubbliche competenti in ordine alla definizione delle concessioni, dei contratti di servizio e degli altri strumenti di regolazione dell'esercizio dei servizi nazionali.

Riguardo ai rapporti tra l'ART e l'ANAC, si osserva, invece, come il codice dei contratti pubblici, per un verso, la legge istitutiva dell'ART, per altro verso, attribuiscono ad ambedue le autorità funzioni interferenti in tema di definizione degli schemi dei bandi di gara e dei criteri di nomina delle commissioni aggiudicatrici. L'ANAC è chiamata sia a predisporre i "bandi tipo", a cui le stazioni appaltanti si devono conformare in sede di redazione dei bandi di gara, sia a determinare i criteri di nomina dei componenti delle commissioni aggiudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici⁴⁶. Di contro, l'ART è chiamata a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, a definire gli schemi dei bandi di gara per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati e, nel settore autostradale, a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione e gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni⁴⁷. Non può peraltro escludersi un'area di contiguità più ampia, in considerazione, per un verso, della generale competenza dell'ANAC a vigilare sui contratti pubblici, anche in relazione ad aspetti diversi da quelli strettamente connessi alle procedure di gara, come, per esempio, sui profili connessi all'economica ed efficiente esecuzione dei contratti⁴⁸, per altro verso, della generale competenza dell'ART di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti e i consumatori⁴⁹.

Per superare l'*impasse* è necessario, pertanto, prevedere anche in questi casi forme di coordinamento delle rispettive azioni, tant'è che l'ART, nel 2014, ha stipulato due distinti protocolli d'intesa con l'AGCM e con l'ANAC⁵⁰, al fine

⁴⁶ Artt. 71 e 78, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁴⁷ Art. 37, comma 2, lett. f) e g), d.l. n. 201/2011.

⁴⁸ Art. 213, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁹ Art. 37, comma 2, lett. a), d.l. n. 201/2011.

⁵⁰ I Protocolli d'intesa tra ART e AGCM, nonché tra ART e ANAC, sono stati stipulati rispettivamente il 27 agosto 2014 ed il 20 novembre 2014 e sono disponibili nel sito dell'ART. Il 30 novembre 2016 è stato anche stipulato dall'ART un protocollo d'intesa con un'altra autorità indipendente, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, soprattutto in seguito allo sviluppo di servizi e applicazioni digitali ed alla necessità di adeguare reti e tecnologie per la fornitura dei servizi di connettività necessari al funzionamento dei nuovi dispositivi *smart* anche nel settore dei trasporti, che hanno aumentato l'interesse per un percorso di collaborazione e confronto su tematiche comuni. Inoltre, la nascita di tavoli di confronto e cooperazione per favorire la digitalizzazione nel settore dei trasporti, nell'ambito della più ampia Strategia europea verso il mercato unico digitale, come il "*Digital Transport and Logistics Forum (DTLF)*", ha stimolato la ricerca di sinergie tra i suddetti regolatori nazionali.

di disciplinare le modalità di cooperazione nelle materie di interesse comune, prevedendo lo scambio reciproco di informazioni, pareri e iniziative congiunte.

In proposito, vale la pena ricordare, per l'importanza della questione affrontata⁵¹ e perché inedita nel suo genere, la segnalazione congiunta di ART, AGCM e ANAC, del 25 ottobre 2017, in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, in deroga alle procedure di gara, che al momento è consentito dalla normativa europea⁵² ed è seguito dalla quasi totalità delle nostre Regioni. Le tre autorità indipendenti richiedono, in particolare, che tale forma di affidamento diretto si conformi ai principi concorrenziali, soprattutto quando le amministrazioni competenti ricevano manifestazioni di interesse da parte di soggetti diversi dal potenziale affidatario (prescelto all'inizio).

3. *I tratti distintivi dell'attività regolativa dell'ART*

Prima di entrare nel vivo delle singole competenze regolatorie dell'ART in materia ferroviaria attraverso l'analisi di alcuni dei provvedimenti più significativi, che danno l'idea del ruolo ampio e delicato svolto da questa Autorità, occorre mettere in luce anzitutto i caratteri salienti della sua generale funzione di regolazione, che, in virtù delle attribuzioni e dei criteri e delle modalità di organizzazione e funzionamento di tale organismo, può essere subito rappresentata in termini schematici come regolazione: indipendente e neutrale; imperativa; partecipata; generale e preventiva, oppure individuale e successiva, con finalità orientativa, conformativa, integrativa e correttiva; atipica o, più precisamente, non sempre tipizzata; europea; intermodale ovvero multimodale; economica, sociale e ambientale.

Passando in rassegna ciascuno di questi elementi caratterizzanti, può dirsi che l'indipendenza di questa forma di regolazione discende dalla natura e dalle modalità di organizzazione e funzionamento dell'ART, in particolare dai criteri e dal procedimento per la nomina degli organi di vertice, dal regime del loro mandato, dall'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria, dalla sottrazione ai poteri di indirizzo e vigilanza del Governo e del Ministero competente.

Il Consiglio, che è l'organo deliberativo apicale, è infatti composto dal Presidente e da altri due membri, che sono scelti (nel rispetto dell'equilibrio di

⁵¹ Il trasporto ferroviario regionale è un settore nevralgico per il Paese ed un mercato dalle dimensioni enormi: secondo le stime del MIT, ove sono considerati sia i contributi pubblici sia i ricavi provenienti dal traffico, vale, infatti, 3,8 miliardi di euro annui, di cui 2,6 sovvenzionati dal settore pubblico.

⁵² Sul tema si veda M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2018, fasc. 1, 183 ss.

genere), per un periodo di sette anni non rinnovabili, tra persone di indiscussa moralità e indipendenza e di comprovata professionalità e competenza nei settori in cui opera l'ART. La loro nomina, formalizzata con decreto del Presidente della Repubblica, viene deliberata dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con il parere favorevole di almeno due terzi dei componenti della Commissione parlamentare competente. In questo modo, dovrebbe essere garantito il controllo democratico delle nomine, in quanto il Governo è obbligato a raggiungere un'intesa *bipartisan* e necessita della sottoscrizione del decreto da parte del Capo dello Stato⁵³.

Durante il mandato i componenti del Consiglio sono inoltre sottoposti ad un rigoroso regime di incompatibilità, in quanto non possono esercitare, direttamente o indirettamente, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati, né possono ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici, né possono avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima Autorità. Se poi sono dipendenti di amministrazioni pubbliche vanno collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico.

Infine, in forza delle disposizioni della legge n. 481/1995, per almeno due anni dalla cessazione dell'incarico, i componenti dell'ART, al pari dei dirigenti della medesima Autorità, non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza, altrimenti vanno incontro ad una sanzione pecuniaria, che nel massimo edittale può anche essere piuttosto elevata⁵⁴. L'intento di una simile previsione è, d'altra parte, quello di evitare il pericolo che durante l'espletamento dell'incarico i membri delle autorità indipendenti siano "catturati" dai soggetti regolati, tramite l'offerta, alla scadenza del mandato, di assunzione presso le società che in precedenza erano sottoposte alla loro attività di vigilanza,

⁵³ In tema sia consentito il rinvio a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 106.

⁵⁴ L'art. 2, comma 9, della legge n. 481 del 1995, applicabile all'ART, ai sensi dell'art. 37, comma 1, ult. per., d.l. n. 201/2011, prevede in particolare che la violazione di tale divieto sia punita, salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, alla maggiore somma tra 50 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito e nel massimo alla maggiore somma tra 500 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito. All'imprenditore che abbia violato tale divieto si applica la sanzione amministrativa pecuniaria pari allo 0,5 per cento del fatturato e, comunque, non inferiore a 300 milioni di lire e non superiore a 200 miliardi di lire, e, nei casi più gravi o quando il comportamento illecito sia stato reiterato, la revoca dell'atto concessorio o autorizzativo. I valori di tali sanzioni sono rivalutati secondo il tasso di variazione annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevato dall'ISTAT. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai dirigenti che negli ultimi quattro anni di servizio sono stati responsabili esclusivamente di uffici di supporto. Si sottolinea come in origine il regime delle incompatibilità si estendesse per almeno un quadriennio successivo alla cessazione dell'incarico.

regolazione e sanzione. Si vuole cioè impedire il fenomeno del “*revolving door*”, che è comunque scongiurato, almeno in parte, dalla natura collegiale dell’organo deliberativo, che rende più difficili gli eventuali condizionamenti esterni⁵⁵. Per una maggiore garanzia di indipendenza delle persone nominate, il predetto regime di incompatibilità si ritiene che vada applicato anche al biennio che precede l’assunzione dell’incarico, prevedendo l’inconferibilità dello stesso ai soggetti che nei due anni pregressi abbiano svolto incarichi di vertice nelle imprese vigilate e regolate dall’ART. In questo modo, si sarebbe in linea con quanto stabilisce l’art. 4 del decreto legislativo n. 39 del 2013, applicabile alle amministrazioni indipendenti in virtù del richiamo contenuto nell’art. 1, comma 2, lett. a).

Un altro elemento che garantisce l’indipendenza dell’ART è la sua autonomia, non solo organizzativa, ma anche contabile e soprattutto finanziaria, dal momento che l’Autorità, concluso il periodo transitorio che prevedeva l’erogazione di una somma *una tantum* da parte dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, si finanzia attraverso un contributo proveniente dalle imprese regolate, che è stato giudicato legittimo sul piano costituzionale⁵⁶. In base alle

⁵⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 44. L. CARLASSARE, *Gli organi di governo del sistema*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXVIII, *Informazione e telecomunicazione*, a cura di R. Zaccaria, Padova, 1999, 127, sottolinea che la collegialità rafforza il carattere imparziale e indipendente di queste autorità.

⁵⁶ La Corte cost., con sentenza 7 aprile 2017, n. 69, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale della disposizione del decreto legge istitutivo dell’ART, censurata per violazione degli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost., laddove preveda che le attività dell’Autorità siano finanziate con un contributo versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati, in misura non superiore all’uno per mille del fatturato derivante dall’esercizio delle attività svolte e percepito nell’ultimo esercizio. Per la Corte è indubitabile che il contributo previsto dalla norma impugnata costituisca una prestazione patrimoniale imposta e rientri nel campo di applicazione dell’art. 23 Cost., con conseguente soggezione alla riserva relativa di legge, in virtù della quale la fonte primaria debba stabilire sufficienti criteri direttivi e linee generali di disciplina, richiedendosi in particolare che la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dai pertinenti precetti legislativi, che il soggetto e l’oggetto della prestazione imposta siano indicati compiutamente, mentre l’intervento complementare ed integrativo da parte della pubblica amministrazione debba rimanere circoscritto alla specificazione quantitativa (e qualche volta, anche qualitativa) della prestazione medesima. Ciononostante la previsione impugnata risulta conforme ai predetti criteri, in quanto il potere impositivo dell’amministrazione trova in essa e nelle altre norme pertinenti, anche di principio, «limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginarne la discrezionalità, anche nella prospettiva dei controlli e, segnatamente, dei controlli giurisdizionali ..., la cui incisività in concreto è, a propria volta, essenziale per l’effettività dell’art. 23 Cost». Per analoghe ragioni, sono da ritenere non fondate le censure formulate in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost. «La platea degli obbligati deve intendersi accomunata dall’essere in concreto assoggettati all’attività regolativa dell’ART. A tutti gli operatori economici che si trovano in tale posizione è imposto il contributo, il quale, pertanto, non può non essere determinato attraverso un atto generale È poi compito del giudice comune verificare se, nella determinazione della misura dei contributi, oltre che nella individuazione dei soggetti tenuti a corrisponderli, siano stati o meno rispettati i criteri desumibili dall’intero contesto normativo che regola la materia, potendosi

norme istitutive, si tratta in ogni caso di una somma che non può superare l'uno per mille del fatturato riferito all'ultimo esercizio dell'impresa. Sotto il profilo procedurale, il contributo cui le imprese regolate sono assoggettate è determinato annualmente con atto dell'Autorità, anche se è sottoposto all'approvazione del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze. L'atto dell'ART si intende tuttavia approvato, se nel termine di trenta giorni dalla sua ricezione non vengono formulati rilievi, ai quali l'Autorità è tenuta a conformarsi.

La neutralità della funzione regolativa risiede, invece, nella posizione terza assunta dall'ART rispetto agli interessi dei soggetti pubblici e privati che operano nel mercato dei trasporti, in quanto l'Autorità non cura un determinato interesse pubblico, di apparato o collettivo, né sceglie tra gli interessi degli esercenti e

eventualmente trarre le naturali conseguenze nella sede giudiziaria appropriata ...». Inoltre, «L'insieme delle norme, sostanziali e procedurali, che disciplinano i poteri dell'ART, smentisce l'asserita imprevedibilità degli oneri contributivi, assunta dal rimettente come premessa di un turbamento ... della libertà individuale di iniziativa economica. Infine, in riferimento all'art. 97 Cost., «il coinvolgimento delle categorie imprenditoriali nel procedimento di determinazione del contributo non riduce, ma invece accresce imparzialità, obiettività e trasparenza dell'azione amministrativa, la quale rimane comunque caratterizzata ... da inequivocabili tratti autoritativi, assicurati anche dalla partecipazione governativa al procedimento di determinazione annuale del contributo».

Riguardo poi alla concreta individuazione dei soggetti obbligati è intervenuto il TAR Piemonte, sez. II, con la sentenza del 21 maggio 2018, n. 631, il quale, sulla base di quanto affermato nella precedente sentenza della Corte costituzionale – in cui si legge che «la platea degli obbligati non è individuata [...] dal mero riferimento a un'ampia, quanto indefinita, nozione di “mercato dei trasporti” (e dei “servizi accessori”); al contrario, deve ritenersi che includa solo coloro che svolgono attività nei confronti delle quali l'ART ha concretamente esercitato le proprie funzioni regolatorie istituzionali ...» – ha ritenuto che «L'obbligo di pagamento del contributo riguarda solo i soggetti che svolgono attività che siano già state assoggettate all'esercizio delle funzioni regolatorie affidate all'Autorità». Per cui, «L'individuazione di tali soggetti dipende ... da un dato concreto e non dalla circostanza (teorica e quindi di per sé opinabile) che l'ART possa intervenire nel settore in cui operano. Tantomeno l'obbligo di versamento del contributo può sorgere nei confronti di soggetti che della regolazione possono beneficiare ... né la partecipazione a consultazioni pubbliche preliminari alla regolazione in qualità di “stake-holders” trasforma questi soggetti [ossia, le ricorrenti associazioni di categoria e società che operano nei settori dell'autotrasporto e della logistica] in regolati». Per questi motivi il TAR in questione ha annullato le deliberazioni dell'ART n. 139/2016 e n. 145/2017 nella parte in cui individuano tra gli obbligati al versamento del contributo i “servizi di trasporto merci su strada”, anche se connessi con porti, scali ferroviari merci, aeroporti, interporti”, nonché i “servizi logistici e accessori ai settori dei trasporti”. In senso conforme, si v., di recente, TAR Piemonte, sez. II, 26 marzo 2019, n. 342, che riprende l'orientamento già espresso (dallo stesso Tribunale) in altre sentenze secondo il quale le imprese assoggettate a contribuzione sono tutte quelle che operano in settori nei quali l'ART abbia concretamente esercitato le proprie prerogative istituzionali, tra le quali rientrano non soltanto le attività di regolazione vera e propria, ma anche quelle meramente strumentali a tali attività (come l'acquisizione di informazioni, lo svolgimento di ispezioni, l'esame di reclami e segnalazioni, la redazione di pareri), nonché quelle di irrogazione di sanzioni nei casi previsti dalla legge.

degli utenti, ma tenta di comporli sulla base dei principi e dei criteri stabiliti dalla legge⁵⁷.

Gli atti di regolazione deliberati dall'ART⁵⁸ hanno natura imperativa, in quanto, oltre ad essere definitivi, sono vincolanti per tutti i destinatari della sua azione⁵⁹, tant'è che, per un verso, l'Autorità può imporne il rispetto, comminando adeguate sanzioni, per altro verso, sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo e, più precisamente, del TAR del Piemonte, anziché del TAR del Lazio (sede di Roma), come recentemente statuito dal Consiglio di Stato, salvo poi domandarsi se la competenza spetti, in realtà, ad altro TAR, quando gli "effetti diretti" del provvedimento regolativo dell'ART siano circoscritti all'ambito territoriale di una regione diversa dal Piemonte⁶⁰.

⁵⁷ In questo senso, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 102-104.

⁵⁸ Sia gli atti regolativi a carattere individuale sia quelli a carattere generale.

⁵⁹ Il gestore della rete, le imprese ferroviarie, gli operatori di impianto, le amministrazioni statali, regionali e locali, ove interessate.

⁶⁰ Il Consiglio di Stato, con due ordinanze per regolamento di competenza, una, della sezione V, 13 luglio 2018, n. 4293, e un'altra, della sezione VI, 31 dicembre 2018, n. 7321, ha deciso che i ricorsi contro i provvedimenti regolatori dell'ART rientrano nella competenza del TAR del Piemonte e non nella competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio, sede di Roma, com'è previsto, invece, dalle disposizioni del codice del processo amministrativo per le controversie sui provvedimenti dello stesso genere (ma non solo) adottati dalle altre autorità amministrative indipendenti, ad eccezione delle liti relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, devolute alla competenza funzionale del TAR della Lombardia, sede di Milano (cfr.: art. 14, art. 133, comma 1, lettera l), richiamato dall'art. 135, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 104/2010).

Il ragionamento sviluppato dalla quinta sezione per giustificare la competenza del tribunale torinese desta interesse, poiché il collegio, nonostante riconosca "la natura statale dell'ART e l'efficacia nazionale dei suoi provvedimenti", ritiene tuttavia, "in assenza di una norma derogatoria espressa", che prevalga l'applicazione del criterio territoriale della "sede dell'amministrazione che ha adottato l'atto", espresso all'art. 13, comma 1, prima parte, c.p.a., poiché sarebbe "coerente con la manifesta finalità della legge del decentramento amministrativo a Torino della sede legale dell'Autorità", nonché "conforme ad una elementare esigenza operativa di funzionalità ed effettività della difesa erariale".

La linea argomentativa seguita dalla quinta sezione del Consiglio di Stato solleva, però, qualche perplessità, in quanto, benché si muova nell'ottica condivisibile di favorire la funzionalità e l'effettività della difesa erariale e di salvaguardare la specializzazione del giudice torinese su questo genere di controversie, finirebbe tuttavia per disapplicare il principio codificato dalla prima parte del comma 3, dell'art. 13, in virtù del quale andrebbe invece devoluta al TAR del Lazio la competenza per le controversie sugli "atti statali" con effetti ultraregionali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2016, n. 1647), come nel caso di specie, sebbene questo criterio di riparto della competenza territoriale sia considerato sussidiario e residuale rispetto a quello ritenuto principale della sede dell'organo.

Finora si è comunque ragionato sul presupposto dell'efficacia ultraregionale delle delibere regolative dell'ART. Cosa accade, invece, se gli "effetti diretti" degli atti regolativi dell'ART siano limitati all'ambito territoriale di una sola regione diversa dal Piemonte? Si pensi, per esempio, alla recente delibera dell'ART n. 121 del 6 dicembre 2018, che disciplina l'accesso all'infrastruttura ferroviaria regionale umbra e fissa i criteri per la determinazione da parte del gestore dei relativi canoni di accesso. Qui dovrebbe addirittura applicarsi un altro principio, codificato all'art. 13,

L'azione di regolazione dell'ART è poi partecipata, in modo ampio e rafforzato, nel rispetto del valore della "legalità procedimentale". Una forma di legalità, questa, che, secondo l'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato⁶¹, non solo resiste alla dequotazione dei vizi procedurali, in quanto non sarebbe in questo caso applicabile il regime della non annullabilità degli atti (disciplinato dall'art. 21-octies della legge generale sul procedimento), ma compenserebbe anche il *deficit* di "legalità sostanziale", che talora si avverte in taluni atti e provvedimenti di regolazione delle autorità indipendenti, legittimandone in un certo senso l'operato. L'idea che la partecipazione procedimentale possa sostituire la legalità sostanziale non può però diventare un dogma, altrimenti finirebbe per assolvere sistematicamente il legislatore dal dovere di definire il potere pubblico in modo da evitare l'eccessiva latitudine delle scelte amministrative.

Nello specifico, tutti i soggetti interessati a vario titolo (gestore dell'infrastruttura, imprese ferroviarie, operatori di impianto, associazioni di settore, Regioni, Enti locali, etc.) dagli atti di regolazione di carattere generale, che l'ART intende concretamente adottare sulle questioni di sua competenza, vengono avvisati ed invitati a presentare, entro un tempo ragionevole predeterminato, che varia a seconda della complessità dell'atto, le proprie osservazioni e proposte sullo schema dell'atto regolatorio, che l'ART pubblica preventivamente, individuandone i presupposti, gli obiettivi (che intende raggiungere) ed i contenuti (ovvero, le questioni che intende affrontare).

Alcuni atti di regolazione sono preceduti da un'analisi di impatto della regolazione (AIR), che illustra gli effetti attesi dalle misure regolatorie individuate nel documento.

In altri casi, l'Autorità, al fine assicurare la massima partecipazione degli

comma 1, seconda parte, che devolve la competenza al TAR della regione entro i cui confini si producono gli effetti diretti ed immediati dell'atto impugnato. La regola ordinaria della sede dell'organo andrebbe, infatti, integrata e sostituita con quella del "luogo di produzione degli effetti diretti dell'atto" impugnato, ove essi siano "limitati all'ambito territoriale di un'altra regione", ossia di una regione diversa da quella in cui l'organo ha sede, come è stato chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nell'ordinanza per regolamento di competenza del 4 febbraio 2013, n. 4. Per il supremo organo di giustizia amministrativa i rapporti tra il criterio della sede e quello dell'efficacia spaziale sono costruiti, d'altra parte, «secondo una logica di complementarietà e di reciproca integrazione», nel senso che «il criterio ordinario rappresentato dalla sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell'efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un Tribunale periferico» (così, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 31 luglio 2014, n. 17).

Resta, pertanto, da chiedersi, laddove si intendano salvaguardare i principi di funzionalità e effettività della difesa erariale e di specializzazione del giudice amministrativo, se non sia il caso di introdurre una norma espressa che devolva al TAR del Piemonte tutte le controversie che coinvolgono i poteri esercitati dall'ART.

⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

stakeholders, oltre a sottoporre il documento che intende adottare a consultazione pubblica, tiene anche un'audizione pubblica nel corso della quale i portatori di interesse possono illustrare le proprie osservazioni e proposte, che l'Autorità è tenuta a valutare.

Il procedimento si conclude con l'approvazione dell'atto finale di regolazione, corredato di una relazione, che reca gli esiti dell'attività condotta in fase istruttoria, con una sintesi dei contributi pervenuti e delle relative valutazioni, l'illustrazione delle eventuali modifiche apportate al testo originario con le relative motivazioni, nonché le valutazioni che l'Autorità pone a fondamento delle misure adottate⁶².

La partecipazione dei destinatari dell'azione dell'ART, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, è ampiamente garantita anche nei procedimenti sanzionatori avviati dalla medesima, in cui si prevede la possibilità di chiudere il procedimento "in via negoziale", per così dire, senza cioè accertare l'infrazione, analogamente a quanto può avvenire nei procedimenti dinanzi all'AGCM. L'ART può cioè decidere di approvare e rendere obbligatori gli eventuali impegni proposti dalle imprese interessate, se idonei a far venir meno le violazioni riscontrate. Tali impegni, in ogni caso, prima di essere approvati, vengono sottoposti ad una procedura trasparente, denominata *market test*, che prevede la comunicazione degli impegni proposti agli altri soggetti partecipanti al procedimento (diversi dal proponente) e la loro pubblicazione nel sito dell'Autorità, al fine di consentire ai terzi interessati di presentare osservazioni scritte, entro un termine di trenta giorni. Anche queste osservazioni, a loro volta, vengono pubblicate nel sito, al fine di consentire al proponente di controdedurre. Le osservazioni e le controdeduzioni vengono poi valutate dall'Autorità prima dell'adozione del provvedimento finale⁶³.

Gli atti di regolazione finora adottati dall'ART nel settore ferroviario possono avere o un carattere generale e preventivo, con finalità orientativa e conformativa delle condotte dei destinatari, qualora interessino la generalità delle imprese che gestiscono e utilizzano l'infrastruttura ferroviaria ed i servizi connessi e siano adottati prima che le stesse svolgano la loro attività, per orientarla e conformarla in vista del raggiungimento dei fini di pubblico interesse, alla cui cura la medesima Autorità è preposta. È il caso, per esempio, delle delibere

⁶² Le finalità e le modalità di coinvolgimento degli *stakeholders* nei processi decisionali delle autorità e dell'ART in particolare sono illustrate da E. CASCETTA, S. BATTINI e C. DE LUCA, *Regolazione dei mercati e interazione con gli stakeholders*, in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*. ..., cit., 67 ss.

⁶³ Cfr. art. 37, comma 3, lett. f), m), d.l. n. 201/2011, nonché regolamento deliberato dall'ART il 22 luglio 2015, che disciplina lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di sua competenza. Per quanto riguarda i poteri sanzionatori di tipo pecuniario dell'ART in materia ferroviaria, si applica, tuttavia, anziché la disciplina generale prevista dal decreto istitutivo del 2011, la normativa speciale contenuta nei decreti n. 70/2014 e n. 112/2015, come precisato nel testo alla fine del successivo paragrafo.

che regolano le condizioni di accesso alle infrastrutture ferroviarie ed ai servizi connessi; che determinano i criteri tariffari oppure i criteri che gli operatori economici del settore devono osservare per la redazione della contabilità regolatoria, o per la separazione contabile ed eventualmente societaria; che definiscono i criteri per la redazione dei bandi e delle convenzioni aventi ad oggetto le gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale dei passeggeri, o i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; che stabiliscono le condizioni minime di qualità dei servizi ferroviari di trasporto dei passeggeri, nazionali, regionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico.

Oppure, la regolazione dell'ART può essere individuale, preventiva o successiva, con una finalità conformativa, integrativa e correttiva, qualora l'Autorità intervenga nei confronti di uno o più operatori economici individuati, prima che svolgano determinate attività, prescrivendo loro le condotte da porre in essere, oppure, nei confronti di imprese che abbiano già svolto un'attività considerata deviante o non conforme rispetto a regole eterodeterminate (a livello europeo o nazionale) o autodeterminate (dalla stessa ART), al fine di rimetterle per così dire "in riga", prescrivendo a loro carico obblighi di *facere*, a pena di sanzione pecuniaria (se non vengono osservati)⁶⁴. Si pensi, in questo caso, alle delibere con le quali l'Autorità prescrive al gestore dell'infrastruttura modifiche ed integrazioni da apportare al prospetto informativo della rete (PIR) già presentato o da predisporre, oppure alle delibere con le quali l'Autorità accetta e rende obbligatori gli impegni assunti dalle imprese regolate, qualora li consideri idonei a rimuovere le contestazioni da essa avanzate per la presunta infrazione di una regola.

La regolazione posta in essere dall'ART in certi casi può anche essere definita atipica, se gli atti che ne sono manifestazione non risultano tipizzati dalla legge. Talvolta, gli ambiti della regolazione ed i contenuti concreti e specifici che essa può assumere non sono sufficientemente predeterminati dal legislatore, sì da rendere impliciti taluni provvedimenti regolatori in concreto adottati, ma non illegittimi, nella misura in cui essi siano riconducibili inequivocabilmente alle attribuzioni e quindi al fascio di competenze dell'Autorità e siano necessari per lo svolgimento delle funzioni attribuitegli dalla legge e per il perseguimento efficace della pluralità di fini di pubblico interesse demandati dalla legge alle sue cure⁶⁵. Si pensi, per esempio, al potere dell'ART di disporre le «misure opportune di ripristino» a carico delle imprese ferroviarie che abbiano posto in essere con-

⁶⁴ Sui caratteri della regolazione posta in essere dalle autorità indipendenti, sia consentito rinviare a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., spec. 33, 47, 53, 76 ss., 201.

⁶⁵ I presupposti per l'ammissibilità di poteri impliciti di regolazione delle autorità indipendenti, in ossequio al principio di legalità ed al principio di buon andamento dell'amministrazione, sono indagati da C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., spec. 289 ss. In tema, di recente, si veda pure il lavoro monografico di P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

dotte contrastanti con i propri atti di regolazione o con gli impegni dalle stesse assunti⁶⁶, oppure di decidere di propria iniziativa in merito a «misure adeguate per correggere le discriminazioni contro i richiedenti, le distorsioni del mercato e altri eventuali sviluppi indesiderabili»⁶⁷.

La regolazione dell'ART si connota anche per il suo carattere europeo, in quanto tale Autorità è stata voluta dall'Unione europea ed è stata inserita nel quadro di una politica volta alla liberalizzazione del settore ed allo sviluppo di una rete transeuropea dei trasporti competitiva, sicura e sostenibile. La missione istituzionale dell'Autorità è, d'altra parte, quella di garantire l'attuazione della normativa europea nei vari comparti del trasporto attraverso l'esercizio di un ricco assortimento di poteri, sia regolatori sia di controllo e vigilanza, cautelari e inibitori, paragiurisdizionali e sanzionatori, di *advocacy* (pareri, segnalazioni e raccomandazioni, proposte, relazioni), con l'obbligo di cooperare con le amministrazioni nazionali, indipendenti e non, regionali e locali, che svolgono specifici compiti nel settore, nonché con le autorità similari degli altri Stati membri e con la Commissione europea⁶⁸. Al riguardo, si segnala l'*Independent Regulators' Group – Rail (IRG-Rail)*, il *network* internazionale, fondato nel 2011, che oggi riunisce gli organismi di regolazione dei trasporti ferroviari di 31 Paesi europei, che ha lo scopo di promuovere lo scambio di informazioni e la condivisione di *best practice* tra i Paesi membri e di sviluppare il dialogo con le Istituzioni europee per la creazione in Europa di uno spazio ferroviario unico, competitivo, efficiente e sostenibile.

Altro tratto distintivo della regolazione dell'ART è la sua intermodalità o multimodalità, nel senso che le sue delibere incidono anche sulle altre reti di trasporto di persone e di merci e sui servizi connessi⁶⁹, in linea con la *policy* europea, che intende utilizzare un approccio globale ed integrato al tema e puntare molto sull'intermodalità e sull'interoperabilità dei sistemi, allo scopo di costruire un sistema di mobilità sostenibile in tutto il territorio e ridurre le esternalità negati-

⁶⁶ Art. 37, comma 3, lett. f), d. l. n. 201/2011.

⁶⁷ Art. 37, comma 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁶⁸ Cfr. art. 38, d.lgs. n. 112/2015.

⁶⁹ Negli Stati membri dell'Unione europea si registrano soluzioni diversificate: Svezia, Danimarca e Finlandia hanno istituito autorità con competenze generali nel settore dei trasporti; mentre, Spagna, Francia e Regno Unito, hanno optato per l'istituzione di agenzie con competenze limitate a singoli settori del trasporto; in Germania ed Olanda, le autorità istituite hanno competenze regolatorie che riguardano sia i settori del trasporto che altri settori a rete (come, per esempio, poste, telecomunicazioni, elettricità, gas). Al trasporto multimodale è dedicata la prima parte del quinto rapporto annuale presentato dall'ART al Parlamento, il 20 giugno 2018, in cui si sottolinea come su tale tema si orientino ormai le riflessioni dei regolatori e dei *policy makers* nei diversi contesti nazionali e internazionali. L'anno in corso è stato, tra l'altro, dedicato, dalla Commissaria europea Violeta Bulc, alla multimodalità nei trasporti. Per gli studi comparati sul trasporto ferroviario si rinvia ai volumi citati alla nota 12.

ve tipiche dei trasporti, ossia i costi ambientali legati all'inquinamento acustico, dell'aria e dell'acqua, alla congestione prodotta dal traffico, ai costi della sicurezza dovuti ad incidenti e disastri.

L'ART, sotto questo profilo, attraverso, per esempio, il potere di definire i criteri a cui si devono uniformare i soggetti pubblici e privati competenti a vario titolo a fissare le tariffe, i canoni ed i pedaggi nei vari mercati dei servizi di trasporto, potrebbe favorire l'intermodalità nel trasporto di persone e di merci, secondo un approccio orientato allo sviluppo sostenibile, che, in base agli obiettivi fissati nel Libro Bianco della Commissione europea del 2011, richiede, tra le altre cose, di far viaggiare su strade ferrate o su vie navigabili, entro il 2030, il trenta per cento delle merci che percorre più di trecento chilometri, fino a raggiungere, entro il 2050, il cinquanta per cento. Una grande sfida per l'Italia, considerato che il sistema dei trasporti è per il momento molto sbilanciato sulla gomma.

Sul piano dell'intermodalità rilevano anche le delibere dell'ART che contengono indicazioni e prescrizioni per il gestore dell'infrastruttura ferroviaria, da inserire nel prospetto informativo della rete, in quanto la riscontrata carenza di determinate informazioni nel prospetto, che il gestore dell'infrastruttura è tenuto a predisporre e ad aggiornare tempestivamente, è spesso causa di mancate coincidenze intermodali, come è emerso dagli oltre quattrocento reclami e segnalazioni di passeggeri riguardanti le varie modalità di trasporto, pervenuti e riscontrati dall'ART nel 2015⁷⁰. Tant'è che l'Autorità, dopo aver preventivamente sottoposto a consultazione un documento preliminare, ha approvato, con la delibera 11 maggio 2016, n. 54, un atto di regolazione sul contenuto minimo degli specifici diritti che i passeggeri in possesso di "abbonamenti" possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi ferroviari ad alta velocità.

⁷⁰ A partire dal mese di giugno 2015, sono pervenute all'ART più di quattrocento segnalazioni e reclami da parte di viaggiatori, titolari di abbonamenti emessi da due imprese ferroviarie su diverse tratte ad alta velocità, che hanno evidenziato, anche tramite associazioni ed organizzazioni rappresentative dei loro interessi, una serie di disservizi, come: la scarsa accessibilità e l'esistenza di difficoltà nel perfezionamento o nelle modifiche della prenotazione del posto; l'impossibilità di accedere ai posti a sedere (e dunque di fruire del servizio di trasporto pagato anticipatamente), pur in presenza di posti liberi a bordo treno; l'assenza di informazioni chiare e trasparenti, prima e all'atto dell'emissione del titolo di viaggio, sull'esistenza di limitazioni alla fruibilità del servizio connesse alla scarsità del numero di posti resi disponibili sulle singole tratte per i viaggiatori in possesso dell'indicato titolo di viaggio, anche nelle ore di maggiore affluenza; l'assenza di un sistema di indennizzi specifico per il caso del susseguirsi di ritardi, di soppressione di treni e di mancata fruizione del titolo di viaggio. L'ART, dopo avere richiesto chiarimenti alle imprese, con delibera n. 103 del 30 novembre 2015, ha avviato il procedimento di consultazione pubblica nel corso del quale i soggetti interessati hanno potuto presentare, entro un dato termine, osservazioni e proposte sullo schema dell'atto di regolazione predisposto dall'Autorità con riguardo al contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri in possesso di titoli di viaggio prepagati per spostamenti ripetuti tra determinate città e con validità temporalmente definita, ivi compresi gli abbonamenti, possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi ferroviari ad alta velocità.

Quest'ultima delibera pone in evidenza la valenza sociale dell'attività di regolazione dell'ART, volta anche alla tutela dei diritti degli utenti dei servizi di trasporto, in forza della disposizione che le attribuisce il potere di definire il contenuto minimo di tali diritti, anche di natura risarcitoria, nei confronti dei gestori dei diversi tipi di servizi e infrastrutture⁷¹.

Anche la tutela dell'ambiente e delle esigenze sociali rappresenta, quindi, uno dei fini della regolazione posta in essere dall'ART, unitamente alle finalità economiche che è chiamata per legge a garantire, come la progressiva liberalizzazione del settore e l'adeguato sviluppo infrastrutturale delle reti di trasporto in Italia e, più specificamente, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti ed i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle varie infrastrutture ed ai relativi servizi di trasporto, anche in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano, nonché la qualità dei servizi di trasporto⁷².

L'apertura alla concorrenza del mercato ferroviario rappresenta, pertanto, solo uno dei fini perseguiti dall'attività di regolazione dell'ART, non certo il fine ultimo, essendo concepito, a sua volta, come obiettivo strumentale rispetto alla tutela di altri valori e interessi (finali)⁷³, potenzialmente configgenti e individuati dalla legge senza alcun ordine gerarchico, come il pieno dispiegarsi della libertà economica privata, l'adeguato sviluppo della rete infrastrutturale, l'efficienza gestionale dell'impresa che amministra la rete e delle imprese che offrono i servizi di trasporto, la salvaguardia dell'ambiente ed il benessere dei consumatori-utenti attraverso l'offerta di servizi di qualità migliore e a prezzi più bassi⁷⁴.

La funzione regolativa delle autorità indipendenti, d'altra parte, non è rivolta alla cura di un determinato interesse pubblico, ma a conciliare principi e valori di sistema, a comporre diritti e interessi, privati e pubblici, che si contrappongono all'interno di mercati (più o meno) aperti alla concorrenza⁷⁵.

Il ruolo regolatorio dell'ART è dunque molto ampio e complesso e, in virtù di taluni poteri conferiti, potrebbe anche interferire con la politica economica, industriale, ambientale e sociale del Governo, dovendosi l'interprete interrogare sulla problematica individuazione dei confini tra la funzione di regolazione indipendente e la funzione di indirizzo politico in materia⁷⁶. A tal proposito, si pensi,

⁷¹ Art. 37, comma 2, lett. e), d.l. n. 201/2011.

⁷² Art. 37, comma 2, lett. a), d).

⁷³ In questo senso, M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, cit., 510.

⁷⁴ In questo senso, C. IAIONE, *La regolazione pro-infrastrutturale. Rilievi preliminari sul diritto delle reti di trasporto e sulla nuova autorità indipendente*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. III, Napoli, 2013, 1651-1652.

⁷⁵ Così, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 102-104.

⁷⁶ I rapporti fra decisori politici e autorità indipendenti di regolazione, con particolare riferimento all'ART, sono analizzati da vari Autori in *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'Advisory Board – 2015*, cit., con una breve sintesi ragionata delle principali conclusioni

per esempio, al potere dell'ART di: garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti ed i consumatori; assicurare l'accesso, a condizioni eque e non discriminatorie, alle infrastrutture ferroviarie; definire i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi connessi, nonché i criteri di assegnazione della capacità e delle tracce⁷⁷; definire gli ambiti del servizio pubblico ferroviario sulle tratte e le modalità di finanziamento, dopo aver sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati⁷⁸; fornire segnalazioni e pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra gli operatori del settore, sulle tariffe, sull'accesso alle infrastrutture, sulla congruenza di tali delibere con la regolazione economica⁷⁹.

4. *Un quadro di sintesi delle svariate competenze regolatorie dell'ART in materia ferroviaria e degli ulteriori poteri strumentali e complementari rispetto alla funzione di regolazione*

Dall'analisi finora condotta sono emerse le competenze regolatorie dell'ART, numerose fin dalla legge istitutiva del 2011 ed ulteriormente ampliate negli anni grazie al diritto europeo. Il quadro normativo appare, però, piuttosto disorganico ed in parte ripetitivo, in quanto le funzioni dell'ART sono disseminate tra varie disposizioni contenute in diversi testi di legge, modificati nel corso del tempo: l'art. 37 dei decreti legge n. 201/2011 e n. 1/2012, gli artt. 14 e 37 del decreto legislativo n. 112/2015, l'art. 48 del decreto legge n. 50/2017⁸⁰.

Con specifico riferimento al mercato ferroviario l'attività di regolazione dell'ART incide su tutti gli elementi essenziali: dai servizi infrastrutturali ai servizi di trasporto, dagli assetti generali del settore ai diritti degli utenti.

ad opera di M. SEBASTIANI, 131 ss. A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, cit., 52-53, osserva come nell'art. 37 del decreto istitutivo dell'ART si possano rinvenire "sottotraccia" anche poteri di indirizzo politico, tra i quali include i poteri di effettuare segnalazioni e rilasciare pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza, sulle tariffe e sull'accesso alle infrastrutture. Anche A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, cit., 598-599, sottolinea come le funzioni ed i poteri dell'Autorità influenzino significativamente la sostanza stessa delle indicazioni di *policy*, pensando a tal proposito all'incidenza delle tariffe sugli investimenti nel settore (che spetta allo Stato ed agli enti territoriali programmare, promuovere e finanziare) e sulle scelte degli utenti.

⁷⁷ Art. 37, comma 2, lett. b) e i).

⁷⁸ Art. 37, comma 1, d.l. n. 1/2012.

⁷⁹ Art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011.

⁸⁰ Decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96. L'art. 48 di tale decreto detta misure per promuovere la concorrenza e contrastare l'evasione tariffaria nei servizi di trasporto pubblico regionale e locale.

Per quanto riguarda la regolazione dei servizi infrastrutturali, compete in generale all'ART il potere di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, condizioni di accesso eque e non discriminatorie all'infrastruttura ferroviaria, agli impianti ed ai servizi accessori e, più nel dettaglio, il potere di definire i criteri per l'assegnazione della capacità di infrastruttura e delle tracce orarie e per la determinazione dei canoni da parte del gestore, facendo salva in ogni caso la sua indipendenza e tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico dello stesso. L'Autorità può altresì dettare al gestore dell'infrastruttura prescrizioni e indicazioni integrative e modificative del prospetto informativo della rete (PIR).

In tema di regolazione dei servizi di trasporto l'ART ha il potere di definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti, i criteri di determinazione delle tariffe da parte delle imprese ferroviarie, nonché, di stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico.

Nella regolazione degli assetti di settore possono essere inclusi svariati poteri dell'ART, taluni dei quali individuati attraverso formulazioni generiche che ne indicano le finalità ma non ne tipizzano il contenuto, così da renderli atipici, almeno in parte, come, per esempio, il potere dell'Autorità di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi per le imprese, gli utenti e i consumatori, oppure, il potere di adottare misure adeguate per correggere eventuali discriminazioni contro le imprese ferroviarie, i gestori di impianto e gli altri operatori economici del settore, o distorsioni e altri possibili sviluppi indesiderati del mercato. Rientra in questa categoria anche il potere dell'Autorità di definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare, oppure, il potere di determinare i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici. Ancora, all'ART compete di stabilire, sentiti il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le Regioni e gli Enti locali interessati, gli ambiti del servizio pubblico sulle tratte e le relative modalità di finanziamento. L'Autorità determina anche i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e impone, se necessario per garantire la concorrenza, la separazione contabile e societaria delle imprese integrate (cd. *unbundling*).

Nella regolazione dei diritti dell'utente va annoverato, infine, il potere dell'ART di determinare, in relazione ai diversi tipi di servizio e infrastruttura, il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri e gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture.

Per l'efficace svolgimento della funzione di regolazione rilevano, altresì, gli altri poteri attribuiti all'ART per ogni comparto del trasporto (sparsi, anche

questi, con talune ripetizioni, tra le disposizioni, già citate, dei decreti legge n. 201/2011 e n. 1/2012, e dei decreti legislativi n. 70/2014 e n. 112/2015), che svolgono un ruolo che può essere definito strumentale e complementare rispetto all'attività regolativa. Si tratta di una ricca panoplia di poteri: di monitoraggio e informazione, di controllo, anche ispettivo, inibitori, di segnalazione e raccomandazione, consultivi, cautelari, paragiurisdizionali, di proposta, nonché, in ultima analisi, in funzione di *enforcement*, di poteri sanzionatori di tipo pecuniario.

Nello specifico, l'ART è chiamata a monitorare la situazione concorrenziale nel mercato ferroviario ed a controllare di propria iniziativa le attività del gestore dell'infrastruttura, degli operatori degli impianti di servizio e delle imprese di trasporto, al fine di evitare trattamenti ingiusti, discriminazioni o qualsiasi altro pregiudizio nei confronti dei richiedenti, oppure allo scopo di verificare l'osservanza delle disposizioni relative alla separazione contabile e societaria. Controlla, in particolare, che il prospetto informativo della rete non contenga clausole discriminatorie o non attribuisca al gestore dell'infrastruttura poteri discrezionali che possano essere utilizzati per discriminare i richiedenti⁸¹. Vigila sull'indipendenza e sulla trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura e sulla corretta applicazione da parte dello stesso dei criteri per la determinazione dei pedaggi e per l'assegnazione delle capacità di rete e delle tracce orarie⁸². Con riferimento al trasporto ferroviario regionale, verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o condizioni che impediscano l'accesso al mercato dei potenziali concorrenti e, più specificamente, controlla che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti⁸³.

Nell'esercizio delle sue competenze l'ART ha il potere di richiedere informazioni a chiunque ne sia in possesso, inclusa l'esibizione di documenti necessari per l'esercizio delle sue funzioni, di raccogliere dichiarazioni da qualunque soggetto informato, di consultare regolarmente, e in ogni caso almeno ogni due anni, i rappresentanti degli utenti dei servizi ferroviari di trasporto merci e passeggeri, per tenere conto del loro punto di vista in relazione al mercato ferroviario⁸⁴.

Qualora l'ART sospetti possibili violazioni della regolazione negli ambiti di sua competenza, dispone anche del potere di svolgere ispezioni presso i soggetti sottoposti alla regolazione, mediante l'accesso agli impianti, ai mezzi di trasporto ed agli uffici. Durante l'ispezione può avvalersi della collaborazione di altri organi dello Stato (come, per esempio, la Guardia di Finanza, con la quale, il 30 novembre del 2016, ha stipulato un protocollo d'intesa), al fine di controllare i

⁸¹ Art. 37, commi 3 e 13, d.lgs. n. 112/2015.

⁸² Art. 37, comma 2, lett. i), d.l. n. 201/2011.

⁸³ Art. 37, comma 2, lett. f).

⁸⁴ Art. 37, commi 7, 8 e 13, d.lgs. n. 112/2015; art. 37, comma 3, lett. d), d.l. n. 201/2011.

libri contabili e qualsiasi altro documento aziendale, ottenerne copia, chiedere chiarimenti e informazioni, apporre sigilli⁸⁵.

Tra i poteri inibitori può ricomprendersi il potere dell'ART di ordinare la cessazione delle condotte in contrasto con i propri atti di regolazione e con gli impegni assunti dai soggetti regolati⁸⁶.

In circostanze straordinarie, ove ritenga che sussistano motivi di necessità e di urgenza, al fine di salvaguardare la concorrenza e di tutelare gli interessi degli utenti rispetto al rischio di un danno grave e irreparabile, l'ART può anche adottare provvedimenti temporanei di natura cautelare⁸⁷.

Tra le funzioni paragiurisdizionali rientra il potere dell'ART di valutare e decidere tutte le vertenze, i reclami, le istanze e le segnalazioni, sia quelle degli utenti e dei consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione⁸⁸, sia quelle delle imprese ferroviarie o degli altri operatori economici del settore, che ritengano di essere stati vittime di un trattamento ingiusto o discriminatorio o di qualsiasi altro pregiudizio. Nello svolgimento di questa competenza giustiziale l'ART può in particolare adottare "qualunque misura ritenga necessaria per rimediare alla situazione"⁸⁹: un potere, questo, individuato dalla legge con una formula vaga, che lo rende molto ampio ed atipico, non essendo sufficientemente predeterminato il suo contenuto.

L'Autorità ha altresì il compito di favorire l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti ed utenti⁹⁰.

L'ART può proporre all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico e di programma e degli atti assimilabili, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento⁹¹.

L'Autorità effettua segnalazioni e rilascia pareri sulle delibere delle amministrazioni pubbliche che possono avere un impatto sulla concorrenza tra operatori del settore, sulle tariffe, sull'accesso alle infrastrutture, nonché sulla congruenza di tali delibere con i propri provvedimenti di regolazione⁹².

Nell'ambito dei rapporti di stretta cooperazione con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie, l'ART ha il potere di fornire raccomandazioni in merito alle questioni che possono pregiudica-

⁸⁵ Art. 37, comma 3, lett. e), d.l. n. 201/2011.

⁸⁶ Art. 37, comma 3, lett. f).

⁸⁷ Art. 37, comma 3, lett. f).

⁸⁸ Art. 37, comma 3, lett. g).

⁸⁹ Art. 37, commi 2 e 9, d.lgs. n. 112/2015.

⁹⁰ Art. 37, comma 3, lett. h), d.l. n. 201/2011.

⁹¹ Art. 37, comma 3, lett. c).

⁹² Art. 37, comma 4.

re la concorrenza nel mercato ferroviario, che il MIT e l'ANSF sono tenuti a prendere in considerazione, con l'obbligo di motivare se intendono discostarsi da esse; così come, allo stesso modo, l'ART è tenuta a valutare le raccomandazioni dell'ANSF in merito alle questioni che possono pregiudicare la sicurezza, dovendo eventualmente esplicitare le ragioni per cui non intende uniformarsi ad esse⁹³.

L'ART è inoltre tenuta a relazionare annualmente alle Camere sull'attività di regolazione svolta, evidenziando lo stato di attuazione della disciplina sulla liberalizzazione⁹⁴. Nel settore ferroviario, in particolare, relaziona anche al Governo sugli esiti della propria analisi circa l'efficienza dei diversi gradi di separazione tra l'impresa che gestisce l'infrastruttura e l'impresa ferroviaria⁹⁵.

Le competenze, infine, il potere di irrogare sanzioni amministrative di tipo pecuniario per le violazioni della disciplina nazionale ed europea, per l'inosservanza dei suoi ordini e delle sue prescrizioni, oppure per la mancata, inesatta, incompleta, fuorviante o ritardata ottemperanza alle sue richieste di informazioni. Le sanzioni pecuniarie, nel settore ferroviario, in forza dei decreti n. 70/2014 e n. 112/2015⁹⁶, sono però sottoposte ad una disciplina speciale, che si pone come derogatoria rispetto a quella generale contenuta nel decreto istitutivo del 2011⁹⁷, con riferimento sia alle tipologie di violazioni sia ai tetti massimi delle sanzioni pecuniarie irrogabili⁹⁸. I relativi introiti devono essere poi destinati ad un fondo per il finanziamento di progetti (approvati dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'ART medesima) a beneficio degli utenti e dei consumatori nei settori dei trasporti.

4.1. L'ampliamento delle funzioni con il decreto legislativo n. 139/2018. In particolare: il potere di garantire il rispetto dei requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura ferroviaria nelle imprese integrate

Le funzioni dell'ART nel settore ferroviario vanno lette alla luce del continuo divenire del diritto europeo e del diritto interno, al quale l'Autorità è chiamata tempestivamente a conformarsi, con poteri via via più ampi, com'è accaduto di recente, per opera del decreto legislativo del 23 novembre 2018, n. 139 (entrato in vigore il 23 dicembre⁹⁹), che recepisce le disposizioni della direttiva dell'Unione europea n. 2370/2016 e modifica il precedente decreto n. 112/2015.

⁹³ Art. 37, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2015.

⁹⁴ Art. 37, comma 5, d.l. n. 201/2011.

⁹⁵ Art. 37, comma 1, d.l. n. 1/2012.

⁹⁶ Art. 37, commi 10 e 14.

⁹⁷ Art. 37, comma 2, lett. l), comma 3, lett. i), l), m).

⁹⁸ M. BRIGNARDELLO, E.G. ROSAFIO, *Il settore ferroviario*, cit., 162.

⁹⁹ Ad eccezione di alcune disposizioni in tema di licenza, condizioni di accesso all'infrastruttura ferroviaria e richiesta di tracce orarie, applicabili dal 1° gennaio 2019.

Tra le novità in materia si segnalano: le funzioni regolatorie acquisite dall'ART nel mercato dei servizi di trasporto passeggeri ad alta velocità, ove l'esercizio del diritto di accesso all'infrastruttura è soggetto soltanto ai requisiti stabiliti dalla medesima Autorità¹⁰⁰; il potere della stessa di definire i criteri di differenziazione dei canoni per l'utilizzo dei corridoi ferroviari (di cui al regolamento n. 919/2016 della Commissione europea¹⁰¹); i poteri di controllo, di regolazione e paragiurisdizionali, che le sono stati affidati per garantire il rispetto di una serie di requisiti di indipendenza, imparzialità e trasparenza finanziaria del gestore della rete.

Il tema dell'indipendenza e dell'imparzialità del gestore dell'infrastruttura ferroviaria, soprattutto nelle imprese integrate verticalmente, riveste una posizione strategica per una piena liberalizzazione del mercato dei servizi di trasporto ferroviario. Occorre pertanto fare un cenno a quanto è accaduto sul punto in Italia ed in Europa, a partire dal 2016.

In Italia, il 16 maggio 2016, veniva infatti approvato, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che definiva i criteri di privatizzazione sostanziale e le modalità di dismissione di una quota (non superiore al 40%) della partecipazione detenuta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nel capitale della *holding* Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. (FSI)¹⁰², che finora non ha però avuto concreta realizzazione. Per cui, FSI continua ad essere, per il momento, una società in mano pubblica, partecipata al cento per cento dal Ministero dell'economia e delle finanze (MEF). Tale dicastero ha poi il controllo, la direzione ed il coordinamento sia di Rete ferroviaria italiana S.p.a (RFI), che è il gestore ed il proprietario unico dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, sia di Trenitalia, che detiene la posizione dominante sul mercato dei servizi di trasporto ferroviario, sia di altre imprese che si occupano di attività connesse alle infrastrutture, ai trasporti e ad altri servizi¹⁰³. Questo modello di *governance* dell'infrastruttura ferroviaria e del servizio di trasporto tramite società "sorelle" in mano pubblica fa discutere, come si vedrà, soprattutto sotto il profilo della compatibilità con i principi europei ed interni sulla liberalizzazione del mercato ferroviario e in particolare sull'indipendenza e sull'imparzialità del gestore dell'infrastruttura da qualsiasi impresa ferroviaria.

In Europa, nel corso del 2016, si è invece concluso l'*iter* di approvazione (da

¹⁰⁰ Art. 12-bis, d.lgs. n. 112/2015, inserito dal d.lgs. n. 139/2018.

¹⁰¹ Art. 18, comma 9, d.lgs. n. 112/2015, come sostituito dal d.lgs. n. 139/2018.

¹⁰² I contenuti e le finalità del decreto sono descritti da L. BELVISO, *Il sistema dei canoni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria a seguito dell'adozione della delibera n. 96/2015 dell'ART*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 132-134, il quale osserva, tra l'altro, come la delibera dell'ART n. 96/2015 (di cui si dirà nel successivo paragrafo) ne condivida i fini e ne faciliti la realizzazione.

¹⁰³ La *holding* Ferrovie dello Stato ha partecipazioni azionarie totalitarie o maggioritarie in numerose altre società che operano nel settore ferroviario, ma non solo. Alla fine del 2017 è entrata nel gruppo anche l'ANAS, gestore delle infrastrutture stradali ed autostradali italiane, dando vita al primo polo europeo integrato di infrastrutture ferroviarie e stradali.

parte delle istituzioni comunitarie) del “quarto pacchetto ferroviario”, composto da tre regolamenti e da tre direttive¹⁰⁴, che innova profondamente il quadro normativo del settore e propone un approccio integrato volto a rivitalizzare il trasporto ferroviario all'interno dello “spazio unico europeo” tramite la sua graduale liberalizzazione¹⁰⁵, interoperabilità¹⁰⁶ e intermodalità¹⁰⁷.

¹⁰⁴ I regolamenti e le direttive del “quarto pacchetto ferroviario” sono accompagnati da una comunicazione (“Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee”) e da due relazioni (una, sul profilo e sui compiti degli altri membri del personale viaggiante, l'altra, sulla liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario internazionale di passeggeri). La Commissione europea ha presentato il pacchetto il 30 gennaio 2013 e, ad esito di un lungo percorso, nel mese di maggio del 2016, sono stati pubblicati il Regolamento (UE) 2016/796, del Parlamento europeo e del Consiglio, che ridefinisce lo *status* giuridico, il ruolo, gli obiettivi, le funzioni ed i poteri dell'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie (e abroga il Regolamento (CE) n. 881/2004), la direttiva (UE) 2016/797, relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario europeo, e la direttiva (UE) 2016/798, sulla sicurezza delle ferrovie. Tali interventi sono diretti ad assicurare un processo di omogeneizzazione, sotto il profilo tecnico, in relazione alla sicurezza e all'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione. Nel mese di dicembre del 2016, sono stati infine pubblicati il Regolamento (UE) 2016/2337, sulla normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie (che abroga il Regolamento (CEE) n. 1192/69 del Consiglio); il Regolamento (UE) 2016/2338, che (modifica il Regolamento (CE) 1370/2007, e) introduce nuove norme sull'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, e la direttiva (UE) 2016/2370, che riguarda anch'essa l'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri, nonché la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria (e modifica la direttiva cd. *Recast* 2012/34/UE, istitutiva dello spazio ferroviario unico europeo, recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 112/2015). Questi altri interventi sono diretti ad una progressiva liberalizzazione di altri segmenti del trasporto ferroviario e ad un rafforzamento della posizione di indipendenza e imparzialità del gestore dell'infrastruttura e costituiscono il cd. “pilastro politico” del quarto pacchetto.

Alla base di tutti questi atti vi è la considerazione di una sostanziale stasi nello sviluppo del trasporto ferroviario. Malgrado, infatti, gli sviluppi positivi registrati in alcuni mercati, se si considera l'Unione europea nel suo complesso, la parte modale del trasporto ferroviario di merci ha subito un'inversione di tendenza dal 2000, passando, alla data di presentazione del pacchetto ferroviario, dall'11,5 al 10,2%; sempre nello stesso periodo la percentuale del trasporto ferroviario di passeggeri si è invece mantenuta pressoché costante, intorno al 6%.

¹⁰⁵ Sul tema si rinvia alla nota 1.

¹⁰⁶ Per interoperabilità si intende la capacità dei sistemi ferroviari nazionali di consentire la circolazione sicura e senza soluzione di continuità dei treni su tutto il territorio europeo attraverso una rete infrastrutturale adeguata. L'Unione europea si preoccupa da molti anni di promuovere l'interoperabilità ferroviaria al fine di pervenire alla creazione di un grande mercato del trasporto ferroviario nel quale si eserciti la libera concorrenza. L'azione comunitaria si è concentrata dapprima sulle linee ad alta velocità, dal momento che risulta più agevole l'armonizzazione di una rete in allestimento. Per il trasporto convenzionale l'armonizzazione è un compito difficile e di lunga durata, poiché gli investimenti sono in alcuni casi troppo elevati per assicurare una sufficiente redditività. Nell'ambito dell'Unione europea l'interoperabilità ferroviaria investe la concezione, la costruzione, la messa in servizio, il rinnovo, l'esercizio e la manutenzione degli elementi dei sistemi ferroviari, così come le qualifiche professionali e le condizioni di salute e di sicurezza del personale addetto.

¹⁰⁷ Per intermodalità qui si intende la capacità del trasporto ferroviario di integrare le altre modalità di trasporto di persone e di merci (v. pure nota 2).

Le misure poste in essere dal legislatore europeo, nel 2016, intendono risolvere una serie di inefficienze riscontrate nel mercato ferroviario, derivanti dall'assenza di adeguati stimoli concorrenziali, dal fatto che in determinati Stati membri i finanziamenti pubblici sono erogati direttamente, senza ricorso a procedure concorrenziali, dalla durata eccessiva e dai costi elevati delle procedure di autorizzazione alla prestazione del servizio, dagli ostacoli all'ingresso nel mercato di nuovi operatori, dovuti anche alle divergenze tra le pertinenti norme dei vari Stati membri, dalle distorsioni del mercato, dallo sviluppo insoddisfacente delle strutture.

Questo nuovo *corpus* di atti è volto in particolare a: garantire l'efficienza e l'omologazione delle norme, al fine di ridurre gli oneri tecnici e amministrativi per le imprese ferroviarie e favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato¹⁰⁸; potenziare la sicurezza, l'interoperabilità e l'intermodalità del sistema ferroviario; migliorare la qualità dei servizi e diversificarne l'offerta¹⁰⁹; scongiurare i conflitti di interesse nelle imprese ad integrazione verticale ed assicurare a tutti gli operatori un accesso equo e non discriminatorio al mercato; garantire una gestione più equa ed efficiente della rete, rafforzando il ruolo e l'indipendenza organizzativa e decisionale dei gestori delle infrastrutture da tutti gli operatori che forniscono servizi di trasporto ferroviario; assicurare la presenza di personale qualificato e motivato chiamato ad operare in un contesto innovativo e competitivo, derivante dalla maggiore apertura dei mercati ferroviari.

Tali interventi dovrebbero quindi permettere al settore ferroviario di realizzare le *performance* richieste, incrementando la propria quota di mercato, migliorando l'affidabilità e l'efficienza dei servizi offerti e diventando una valida alternativa alle altre modalità di trasporto, in linea con la politica europea dei trasporti, che si costruisce necessariamente sulla connettività intermodale delle varie infrastrutture e che ha assunto tra le sue finalità prioritarie il perseguimento di livelli più elevati di mobilità sostenibile e di sicurezza dei cittadini e delle imprese, la garanzia della libertà di movimento efficiente e a prezzi accessibili, la riduzione del consumo energetico e dell'impatto ambientale, con una significativa diminuzione delle emissioni di gas serra, prodotte soprattutto dal trasporto su strada¹¹⁰.

Il recepimento nell'ordinamento italiano di quest'ultimo pacchetto di norme

¹⁰⁸ È stato stimato che l'attuazione di queste misure dovrebbe comportare una riduzione del 20% dei tempi di accesso al mercato per i nuovi operatori, nonché del costo e della durata delle procedure di autorizzazione del materiale rotabile, con un risparmio complessivo per le imprese stimato in circa 500 milioni di euro entro il 2025.

¹⁰⁹ L'attuazione di tali misure, associate alle riforme strutturali, dovrebbe invece assicurare, entro il 2035, più di 40 miliardi di euro di benefici finanziari ai cittadini e alle imprese.

¹¹⁰ In questo senso, cfr. L. AMMANNATI, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *federalismi.it*, 14 febbraio 2018, spec. 6, 11, 14-15

è avvenuto finora parzialmente, alla fine del 2018, grazie al predetto decreto n. 139, con il quale è stata data attuazione solo ad una delle tre direttive europee del 2016, la n. 2370¹¹¹, che modifica la precedente direttiva n. 34/2012 per quanto riguarda l'apertura alla concorrenza (anche) dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri (già sperimentata in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia) e la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria.

Il decreto legislativo n. 139/2018 apporta rilevanti modifiche al precedente decreto n. 112/2015, al fine di completare il processo di liberalizzazione del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri e di rafforzare l'indipendenza del gestore della rete, con specifico riferimento alle imprese integrate verticalmente, assegnando, si è visto, nuove competenze all'ART¹¹².

Per l'instaurazione di un mercato ferroviario effettivamente concorrenziale non sembra comunque che al momento abbia rilievo il regime privatistico o pubblicistico della proprietà degli *asset*¹¹³ e delle singole imprese, né pare che sia di ostacolo la presenza di "imprese a integrazione verticale"¹¹⁴. Ciò che certa-

¹¹¹ Le altre due direttive del 2016, la n. 797 e la n. 798, non sono state ancora recepite e fanno parte, insieme ad alcuni regolamenti, del cd. pilastro tecnico, dal momento che comprendono l'insieme delle iniziative per rimuovere le barriere tecniche ed amministrative che ancora si frappongono alla creazione di un sistema comune di sicurezza e interoperabilità all'interno di uno spazio ferroviario europeo unico.

¹¹² All'estensione delle competenze dell'ART aveva pure contribuito il decreto legge n. 109/2018 (già citato), all'art. 16.

¹¹³ In questo senso, B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit., 361, 363, il quale osserva come per il diritto comunitario sia indifferente se la proprietà delle reti nei settori del trasporto ferroviario, dell'energia elettrica e delle comunicazioni elettroniche, sia pubblica o privata, essendo rilevante soltanto la modalità della loro utilizzazione, e ciò in quanto le reti sono considerate beni posti per l'uso comune del mercato, non tanto perché possono essere utilizzate liberamente dagli operatori economici, quanto piuttosto perché sono risorse la cui utilizzazione deve recare beneficio al mercato nel suo insieme, tant'è che l'intervento pubblico nel contesto delle liberalizzazioni dei servizi a rete è rivolto principalmente a garantire un utilizzo delle reti che promuova lo sviluppo del mercato nel suo complesso. La regolamentazione amministrativa delle reti è dovuta al fatto che dalle modalità di utilizzazione delle stesse «dipende in ultima istanza la capacità del mercato di produrre efficienza nella produzione dei servizi» e, per converso, al fatto che l'efficienza nell'utilizzazione delle reti «non può essere assicurata dalle forze di mercato prive di adeguata regolamentazione».

¹¹⁴ In base alla definizione fornita dall'art. 1 della direttiva europea n. 2370/2016 ed inserita al punto 31 dell'art. 3 della direttiva europea n. 34/2012, per «impresa a integrazione verticale» si intende un'impresa per cui si verifica, ai sensi del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, una delle situazioni seguenti:

- a) un gestore dell'infrastruttura è controllato da un'impresa che contemporaneamente controlla una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura;
- b) un gestore dell'infrastruttura è controllato da una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura;
- c) una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura sono controllate da un gestore dell'infrastruttura.

mente rileva sono, invece, i diversi tipi e livelli di separazione tra i gestori delle infrastrutture essenziali e i gestori del servizio di trasporto ferroviario e, quindi, tra chi controlla le risorse e chi le usa¹¹⁵, affinché sia garantita l'effettiva indipendenza organizzativa, funzionale e finanziaria dei primi e l'assenza di conflitti di interesse.

Si può semmai discutere se la sola separazione contabile e giuridica del gestore dell'infrastruttura da qualsiasi altra impresa ferroviaria, anche facente parte di una struttura integrata, nonché le ulteriori misure di salvaguardia previste dalla direttiva europea n. 2370/2016 e dal decreto legislativo di recepimento n. 139/2018 (di cui si dirà subito), siano sufficienti affinché sia assicurata la piena indipendenza del gestore dell'infrastruttura e la sua imparzialità di azione non venga compromessa da alcun conflitto di interesse, in modo da non generare discriminazioni e da non pregiudicare la *par condicio* concorrenziale tra gli operatori.

Le garanzie specifiche introdotte dalla direttiva e dal decreto si prefiggono intanto di impedire che le entità giuridiche facenti parte dell'impresa integrata abbiano un'influenza determinante sulle decisioni adottate dal gestore dell'infrastruttura, in relazione, però, alle sole funzioni essenziali quali l'assegnazione delle tracce ferroviarie e l'imposizione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura. Tali norme intendono anche garantire la trasparenza e l'imparzialità del gestore in relazione alle funzioni di gestione del traffico e di programmazione della manutenzione dell'infrastruttura. Tra queste misure va anzitutto ricordato il divieto per i membri del consiglio di amministrazione del gestore dell'infrastruttura o, qualora istituito, del consiglio di vigilanza, nonché per i responsabili delle decisioni sulle funzioni essenziali, di poter ricoprire contemporaneamente simili incarichi all'interno di un'impresa ferroviaria. Oppure, il divieto per questi soggetti di poter ricevere da una delle imprese integrate retribuzioni basate sui risultati, o premi legati primariamente alla prestazione finanziaria di specifiche imprese ferroviarie, ad eccezione degli incentivi connessi alla prestazione globale del sistema ferroviario. Ed ancora, il divieto di comunicare alle imprese ferroviarie integrate informazioni sensibili sulle funzioni essenziali. Le misure di trasparenza finanziaria sono volte invece ad impedire la pratica dei sussidi incrociati, tra cui quelle che stabiliscono che le entrate del gestore dell'infrastruttura

Per impresa integrata si intende inoltre un'impresa costituita da divisioni distinte, in cui vi sia un gestore dell'infrastruttura e una o più divisioni che forniscono servizi di trasporto non dotate, però, di personalità giuridiche diverse.

Se poi sono pienamente indipendenti l'uno dall'altra, ma entrambi sono controllati direttamente da uno Stato membro senza un'entità intermedia, un gestore dell'infrastruttura e un'impresa ferroviaria non sono considerati un'impresa a integrazione verticale ai fini della direttiva.

¹¹⁵ Cfr. in tal senso l'audizione presso il Senato del Presidente dell'ART, tenuta il 12 gennaio 2016, avente ad oggetto lo schema del DPCM sulla privatizzazione delle Ferrovie dello Stato (disponibile su <http://www.autorita-transporti.it/wp-content/uploads/2013/11/Audizione-Privatizzazione-Gruppo-FS-Presidente-Camanzi-12-gennaio2016.pdf>).

derivanti da attività beneficiarie di fondi pubblici debbano essere utilizzate dal gestore soltanto per finanziare la propria attività (inclusa la gestione e il rimborso dei prestiti) e che precisano che i dividendi derivanti da tali entrate non possano essere distribuiti alle imprese ferroviarie integrate nello stesso gruppo al quale appartiene il gestore, né alla capogruppo¹¹⁶.

Il decreto di attuazione, poi, amplia la portata della direttiva europea, generando alcuni dubbi di conformità con la stessa. Nel primo caso, prevede, infatti, che i responsabili delle decisioni sulle funzioni essenziali del gestore dell'infrastruttura non possano ricoprire, per un periodo di ventiquattro mesi da quando cessano dalle proprie originarie funzioni, alcun ruolo all'interno delle imprese ferroviarie operanti sulla medesima infrastruttura¹¹⁷, estendendo così la portata della direttiva, in quanto il divieto finisce per coinvolgere anche le imprese che non fanno parte del gruppo a cui appartiene il gestore. Il rischio, secondo l'ART, è di produrre effetti limitativi della concorrenza (contrari a quelli attesi), qualora le imprese ferroviarie che competono con l'operatore dominante vengano private della possibilità di acquisire professionalità essenziali molto specialistiche, non comunemente disponibili sul mercato. Anche in tema di trasparenza finanziaria del gestore viene inserita dal decreto una disposizione non necessitata dalla direttiva – che secondo l'Autorità potrebbe contrastare con il principio di non discriminazione delle imprese ferroviarie concorrenti¹¹⁸ – sul caso speculare degli utili che possono invece essere distribuiti alle imprese facenti parte del gruppo verticalmente integrato, ove si tratti di dividendi del gestore dell'infrastruttura prodotti da attività che non comportino l'impiego di fondi pubblici, oppure, di entrate derivanti dai canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria¹¹⁹.

Se poi le misure finora descritte non siano considerate elementi sufficienti per garantire la totale indipendenza e imparzialità dell'amministratore della rete ferroviaria, ove questi faccia parte di un gruppo societario in cui la capogruppo controlli pure una o più imprese ferroviarie di trasporto, si può discutere se non sia più proficuo realizzare una vera e propria separazione istituzionale, ovvero una separazione proprietaria del gestore della rete, scorporandolo dal gruppo societario e quindi dalla possibile influenza dominante della *holding company*, e ciò allo scopo di neutralizzare i conflitti di interesse che potrebbero comunque permanere nel gruppo per ragioni legate alla massimizzazione del profitto.

¹¹⁶ Cfr. art. 7 e art. 7-bis, comma 2, nonché art. 7-quinquies, direttiva europea n. 34/2012, inseriti da art. 1, direttiva n. 2370/2016.

¹¹⁷ Art. 11, comma 7, d.lgs. n. 112/2015, come sostituito da art. 7, d.lgs. n. 139/2018.

¹¹⁸ In questi termini si è espresso il Presidente dell'ART nell'audizione del 18 settembre 2018, presso l'8° Commissione del Senato della Repubblica, in merito allo schema del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2016/2370/UE (disponibile su: www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2018/09/AudizioneVII.SenatoRecepDIR2370-2016_rev270918.pdf).

¹¹⁹ Cfr. art. 11-quater, comma 3, d.lgs. n. 112/2015, inserito da art. 8, d.lgs. n. 139/2018.

In proposito la Commissione europea, all'inizio del 2013, nella comunicazione sul quarto pacchetto ferroviario e nella proposta di direttiva, pur ritenendo che le imprese a integrazione verticale, anche con struttura di *holding*, possano mantenere la proprietà del gestore dell'infrastruttura, a condizione che siano introdotte misure forti ed efficaci di salvaguardia dell'indipendenza decisionale del gestore, ha tuttavia espresso una preferenza per la separazione radicale dei gestori delle infrastrutture dalle *holding* che controllano altre imprese ferroviarie, poiché la «separazione istituzionale tra la gestione dell'infrastruttura e l'esercizio del trasporto» è «la soluzione più semplice e più efficace per creare condizioni di parità tra gli operatori del trasporto» e «per garantire che i gestori dell'infrastruttura possano svolgere tutte le funzioni necessarie ... in modo ottimizzato, efficiente e non discriminatorio»¹²⁰. È innegabile, d'altra parte, che «i gestori dell'infrastruttura si trov[ino] di fronte ad un conflitto di interessi», qualora debbano «tener conto degli interessi commerciali della struttura integrata e delle sue società controllate che operano nei trasporti» e siano quindi indotti a «operare discriminazioni quando si tratta di fornire l'accesso all'infrastruttura». Le strutture integrate rendono poi «molto più difficile applicare la separazione contabile tra gestione dell'infrastruttura e attività di trasporto». In presenza di una struttura integrata, le stesse «autorità di regolamentazione incontrano difficoltà a tracciare i flussi finanziari tra le diverse società controllate e la società *holding*», per impedire «la pratica dei sussidi incrociati e il trasferimento ad attività competitive dei fondi destinati all'infrastruttura», anche perché gli «strumenti contabili permettono di aumentare o diminuire artificialmente i risultati delle rispettive società controllate». Il che costituisce «un grande ostacolo all'ingresso sul mercato per i nuovi operatori che non possono contare su tali fondi» e può altresì «implicare la concessione di aiuti di Stato ad attività concorrenziali»¹²¹.

Non mancano, tuttavia, autori che hanno evidenziato alcuni svantaggi del modello della separazione istituzionale, caratterizzata dalla separazione proprietaria, oltre che strutturale, del gestore dell'infrastruttura dalle imprese di trasporto, tra cui i maggiori costi di coordinamento e riorganizzazione delle imprese¹²², com'è accaduto, per esem-

¹²⁰ Bruxelles, 30 gennaio 2013, COM (2013) 25 *final*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sul “Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee” (disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0025>).

¹²¹ Bruxelles, 30 gennaio 2013, COM (2013) 29 *final*, “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, per quanto riguarda l'apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia e la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria” (disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0029:FIN:IT:PDF>).

¹²² In questo senso, D. VAN DE VELDE, *European Railway Reform: Unbundling and the Need for Coordination*, in *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe*, a cura di M. FINGER e P. MESSULAM, 2015,

pio, in Gran Bretagna, negli anni novanta del secolo scorso, con la privatizzazione della *British Rail*, che è però consistita nello smembramento della compagnia in circa cento aziende diverse e che ha visto, nei primi anni duemila, il fallimento del gestore della rete (*Railtrack*) e la sua successiva ripubblicizzazione come organismo governativo¹²³.

Allo stato attuale degli studi appare in ogni caso difficile esprimere un giudizio definitivo su quale dei due modelli di *unbundling* per la *governance* dell'infrastruttura ferroviaria debba prevalere per avere un unico mercato ferroviario europeo altamente competitivo: se la separazione verticale (istituzionale o proprietaria) o l'integrazione verticale (separazione strutturale o societaria). Entrambi i modelli presentano infatti una serie di vantaggi e svantaggi, secondo quanto emerge dai risultati di una ricerca condotta dai Servizi della Commissione europea, pubblicati nel 2006¹²⁴.

Nello specifico, i maggiori vantaggi della separazione verticale sono stati individuati in «*an increase in transparency, in cost efficiency, in neutrality, in the competition level and in reliability as well as better possibilities to privatize commercial activities*»¹²⁵. È stato osservato che la maggiore trasparenza nella gestione dell'infrastruttura in regime di separazione verticale consente un miglior confronto dei costi delle ferrovie rispetto alle altre modalità di trasporto, migliora la posizione informativa del regolatore, permettendogli di impostare in modo più appropriato le tariffe e gli incentivi, e riduce il rischio di sussidi incrociati e di informazioni asimmetriche. Questo, a sua volta, consente di determinare i costi reali di gestione di un'impresa ferroviaria e crea parità di condizioni per i potenziali concorrenti. La separazione istituzionale consente altresì una migliore specializzazione delle attività principali e una migliore personalizzazione dei beni e dei servizi offerti. Inoltre, riduce i costi unitari grazie all'aumento del traffico ferroviario. L'accesso equo e non discriminatorio alla rete (*third-party access to network*), come è stato già detto, è maggiormente garantito dalla separazione proprietaria, in quanto il gestore dell'infrastruttura non è incentivato a fornire un trattamento preferenzia-

Cheltenham, Edward Elgar, 52 ss., il quale *takes a critical look at the consequences of EU unbundling policy and clarifies the concept of railway unbundling before illustrating the wide diversity in implementation of this policy across Europe*. L'autore evidenzia *the defective coordination and cost-ineffectiveness that may result from incentive misalignment between entities resulting from vertical separation*.

¹²³ Cfr. T. PROSSER, *La disciplina del trasporto ferroviario nel Regno Unito e il sistema dei "franchises"*, Intervento al Convegno "Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario", Università degli studi di Roma "La Sapienza", 19-20 Novembre 2015.

¹²⁴ Il documento è allegato alla relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, sull'attuazione del primo pacchetto ferroviario: *European Commission, Commission Staff Working Document Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives ("First Railway Package")*, Bruxelles, 3 maggio 2006, {COM(2006) 189 final}, 35-41, reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52006SC0530>.

¹²⁵ *Ivi*, 36.

le ad un determinato operatore e neppure a limitare l'accesso ai nuovi operatori. La separazione verticale aumenta anche il livello di concorrenza e le pressioni concorrenziali garantiscono a loro volta che le imprese ferroviarie adottino le necessarie misure di razionalizzazione e producano innovazione e sviluppo nel settore. Viceversa, la proprietà dell'infrastruttura e del servizio di trasporto non produce alcun incentivo a promuovere la libera concorrenza, perché le tendenze monopolistiche non favoriscono l'ingresso di altre imprese ferroviarie alla stessa infrastruttura. Una maggiore indipendenza nella gestione e nel finanziamento della rete assicura che le decisioni siano prese nel migliore interesse della rete stessa. Inoltre, come accennato in precedenza, la trasparenza generata dall'*unbundling* consente al regolatore di creare incentivi adeguati per le reti, che stimolano il loro sviluppo e migliorano la qualità dei servizi offerti. Infine, la separazione verticale facilita la privatizzazione di diverse organizzazioni ed attività all'interno del settore e la privatizzazione dei segmenti competitivi del settore aumenta generalmente la loro efficienza¹²⁶.

Viceversa, tra gli effetti negativi che possono essere innescati dalla separazione verticale vengono annoverati «*the existence of transitional costs, the loss of economies of scope, the risk of double marginalization, coordination problems, as well as the possible negative effects on the quality, safety and reliability of rail services and on the level of competition*»¹²⁷. È stato sottolineato che il passaggio dall'integrazione alla separazione verticale comporta costi di transizione dovuti alla ristrutturazione organizzativa delle imprese ed alla rinegoziazione degli accordi contrattuali tra le parti. Tuttavia, tali costi dovrebbero essere successivamente compensati dalla riduzione dei costi per l'esercizio dei servizi ferroviari grazie ad una maggiore concorrenza nel settore. Si è altresì osservato che le economie di scopo derivanti da operazioni integrate potrebbero andare perdute con l'*unbundling* di attività fondamentali. Ancora, in un sistema integrato gli incentivi del gestore ad investire nell'infrastruttura sono generalmente maggiori rispetto ad un sistema separato. Questo problema può essere tuttavia superato mediante un controllo regolatorio più rigoroso e l'inserimento di apposite clausole nei contratti di programma che vengono stipulati con il gestore dell'infrastruttura. Grazie ad un'efficace regolamentazione dei diritti di accesso all'infrastruttura e delle tariffe ferroviarie, può essere pure evitato il problema della cd. "doppia marginalizzazione", che è quella situazione in cui ciascuna delle imprese separate verticalmente, in fasi diverse della catena di valore (in questo caso, gestione dell'infrastruttura e prestazione del servizio di trasporto), carica un margine al di sopra del costo efficiente del servizio che fornisce. In un ambiente separato la risoluzione dei conflitti potrebbe inoltre rivelarsi relativamente più complicata. Una serie di decisioni spesso richiedono il coinvolgimento reciproco di tutte le parti del sistema e devono

¹²⁶ *Ivi*, 36-37.

¹²⁷ *Ibidem*.

essere prese rapidamente, per cui la separazione verticale determina ed aumenta i costi di transazione per prendere le decisioni. Questi problemi di coordinamento possono poi determinare un aumento dei ritardi e delle cancellazioni e, persino, una riduzione della sicurezza. In alcuni casi si è anche osservato che l'*unbundling* delle imprese integrate può dar vita ad entità finanziariamente meno forti e, di conseguenza, più esposte al rischio di fusioni e acquisizioni, che possono ridurre il numero dei rivali e quindi il livello di concorrenza. Infine, l'affidabilità dei servizi ferroviari può in alcuni casi essere influenzata negativamente dal maggior rischio di comportamenti opportunistici degli attori coinvolti nel settore e dagli investimenti insufficienti nelle infrastrutture. Inoltre, possono sorgere problemi che non hanno una chiara identificazione delle rispettive responsabilità dei gestori dell'infrastruttura e degli operatori del servizio di trasporto. Tuttavia, come è stato detto in precedenza, la pressione competitiva sugli operatori generata dalla separazione, molto probabilmente potrebbe costringerli a offrire servizi migliori e più affidabili e questo guadagno di affidabilità, dunque, compensare gli impatti negativi di possibili comportamenti opportunistici e/o di investimenti insufficienti nelle infrastrutture.

Dunque, in sintesi, il rapporto tra vantaggi e svantaggi del modello dell'integrazione verticale (*holding company model*) o del modello della totale separazione (*full unbundling model*) nella gestione dell'infrastruttura sembra risolversi in un classico *trade off* tra efficienza tecnica e questioni di concorrenza¹²⁸.

Per tutte queste considerazioni il legislatore dell'Unione europea, al momento, lascia agli Stati la libertà di scegliere il modello di *governance* dell'infrastruttura ferroviaria, potendo ciascuno optare per un livello maggiore o minore di separazione delle attività di gestione della rete dalle attività connesse alla prestazione dei servizi di trasporto, tant'è che alcuni Paesi, come, ad esempio, la Gran Bretagna, la Svezia, la Norvegia, la Danimarca, l'Olanda, la Spagna, il Portogallo, hanno adottato il regime della separazione proprietaria, con un amministratore della rete separato radicalmente da tutte le imprese di trasporto (e quindi anche dall'operatore storico o principale o dominante), mentre altri Paesi, tra cui l'Italia, la Germania, la Francia, l'Austria, il Belgio, la Grecia, la Polonia, hanno utilizzato il modello della separazione contabile e strutturale o societaria, con un gestore dell'infrastruttura che, seppure costituito come entità giuridica distinta rispetto alle imprese ferroviarie, tuttavia fa sempre parte di un'impresa a integrazione verticale, essendo controllato dalla *holding* che contemporaneamente controlla altre imprese ferroviarie che effettuano servizi di trasporto sulla rete del gestore dell'infrastruttura¹²⁹.

¹²⁸ In questi termini, C. CAMBINI, *IV Railway Package: Critical Issues from a Regulatory Perspective*, relazione introduttiva al Seminario *Il IV Pacchetto ferroviario: lo stato dell'arte*, Torino, 18 settembre 2014.

¹²⁹ Per un'analisi dei diversi modelli di *unbundling* nel settore ferroviario, si v., tra gli altri: C.

La stessa Corte di giustizia, chiamata più volte a decidere sulla compatibilità dei gestori di rete inseriti nelle imprese integrate con l'indipendenza degli stessi prescritta dalle direttive europee, ha respinto le censure della Commissione, ritenendo che la stessa non avesse fornito prove concrete¹³⁰ sulla mancata indipendenza funzionale del gestore della rete¹³¹, respingendo così l'idea che vi sia una mera presunzione di incompatibilità del modello della *holding* che detiene la maggioranza o la totalità delle azioni della società che gestisce l'infrastruttura.

Oggi, peraltro, grazie alle anzidette misure specifiche introdotte dalla direttiva n. 2370/2016 e dal decreto legislativo di attuazione n. 139/2018, sono stati positivizzati una serie di parametri per verificare sia l'indipendenza sia l'imparzialità del gestore, che nel passato erano verosimilmente più dichiarate che effettivamente perseguite dal legislatore europeo e italiano¹³². E questa verifica spetta, oggi, all'Autorità di regolazione dei trasporti, allo scopo di: garantire il corretto utilizzo delle risorse essenziali e non replicabili nel medio periodo; creare le condizioni per applicare soluzioni organizzative e gestionali più efficienti nelle attività connesse all'infrastruttura ed ai servizi di trasporto; utilizzare in modo ottimale la capacità installata in relazione agli investimenti fatti; consentire l'accesso equo e non discriminatorio alla rete ed ai servizi connessi, nell'interesse sia degli operatori economici presenti sia di quelli potenzialmente interessati (*new entrants*); contenere i costi e migliorare la qualità e la sicurezza delle strutture e dei servizi di trasporto di passeggeri e di merci.

5. Una panoramica delle diverse tipologie di atti regolatori adottati dall'ART nel settore ferroviario, nei primi cinque anni di attività

Sono parecchie le regole introdotte dall'ART per il mercato ferroviario, nei primi cinque anni di attività (dal 2014 al 2018), soprattutto se si considera che

NASH, *Europe: Alternative models for restructuring*, in J.A. Gómez-Ibáñez, G. De Rus (edited by), *Competition in the railway industry. An international comparative analysis*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006, 25 ss.; oppure, i due *report* dell'OCSE, del 2006 e del 2011 (OECD Competition Committee, *Report on experiences with structural separation*, reperibili in www.oecd.org/daj/competition/sectors/45518043.pdf, 16-23, ed in www.oecd.org/daj/competition/50056685.pdf, 85-107).

¹³⁰ Così, CGUE sez. I, 28 febbraio 2013, n. 556.

¹³¹ Per un commento alle sentenze della Corte di Giustizia sui numerosi procedimenti di infrazione e susseguenti ricorsi proposti dalla Commissione europea contro l'Ungheria, la Spagna, l'Austria, la Germania, la Francia, la Polonia e l'Italia, si v. M. DEL SIGNORE, *L'attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di Giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia*, in www.osservatorioaic.it, 2013, 4-5; ID., *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, cit., 455-456.

¹³² In questo senso, C. CATALDI, *La sentenza della Corte di Giustizia C-369/11 e la liberalizzazione «debole» del trasporto ferroviario*, in *Munus*, 2014, 278; ID., *Il "Quarto pacchetto ferroviario": la proposta per uno spazio ferroviario europeo unico e liberalizzato*, in *Munus*, 2016, 152.

ogni atto di regolazione contiene più misure che intervengono su vari aspetti collegati al tema generale della delibera.

Il sistema regolatorio sulle condizioni di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e degli impianti e servizi connessi è stato definito dall'Autorità con le delibere n. 70/2014 e n. 96/2015¹³³, alle quali sono seguite altre delibere di attuazione¹³⁴, volte a creare un mercato più trasparente, efficiente, concorrenziale e sicuro anche per gli investitori. I principali destinatari delle misure regolative adottate sono il gestore delle infrastrutture e le imprese ferroviarie, che, tra l'altro, ne hanno contestato diversi aspetti, proponendo una serie di ricorsi nel complesso respinti¹³⁵. Ma gli effetti delle misure regolative ricadono pure sugli utenti, nella misura in cui attraverso la concorrenza si incentiva il permanere sul

¹³³ Pubblicate rispettivamente il 5 novembre 2014 ed il 18 novembre 2015.

¹³⁴ Cfr., tra le tante: la delibera dell'1 luglio 2016, n. 75, avente ad oggetto il "Sistema tariffario 2016-2021 per il Pacchetto Minimo di Accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale. Conformità al modello regolatorio approvato con la delibera n. 96/2015 e successive integrazioni"; oppure, la delibera del 9 febbraio 2017, n. 18, che contiene una serie di misure volte a garantire l'economicità e l'efficienza gestionale dei servizi di manovra ferroviaria.

¹³⁵ Il sistema regolatorio elaborato dall'ART con le delibere n. 70/2014 e n. 96/2015 e con le successive delibere di attuazione è stato oggetto di plurime contestazioni da parte di vari operatori del settore interessati, ma nel complesso è stato ritenuto legittimo dal TAR del Piemonte. Al riguardo, si possono consultare le seguenti sentenze del TAR Piemonte, sezione II: 24 agosto 2017, n. 1025; 3 novembre 2017, n. 1176; 30 novembre, 2017, n. 1301; 5 luglio 2018, n. 822. Alcuni dei motivi di ricorso respinti hanno in particolare riguardato le contestazioni circa l'inclusione di talune voci di costo sostenute dal gestore dell'infrastruttura ai fini dell'individuazione dei criteri per la determinazione del pedaggio. In alcuni casi le imprese ricorrenti hanno ritenuto che i canoni dovessero essere strutturati in modo da provvedere alla copertura dei soli costi diretti, cioè strettamente legati alla prestazione del servizio ferroviario. Il mero riferimento all'esigenza di assicurare l'equilibrio finanziario del gestore non sarebbe stato considerato sufficiente a fondare un impianto regolatorio che ammette in via generalizzata e ordinaria la copertura attraverso il pedaggio di costi diversi da quelli diretti. Oggetto di contestazione (non accolta) sono state anche le misure in tema di gestione equa e non discriminatoria degli spazi nelle stazioni a favore delle imprese ferroviarie, finalizzate a garantire a tutte le imprese presenti in stazione pari e adeguata visibilità e accessibilità per i viaggiatori. Gli operatori di impianto hanno in particolare contestato l'ambito dei servizi suscettibili di regolazione, affermando che la vendita di spazi pubblicitari, la locazione di spazi per lo svolgimento di servizi commerciali nelle stazioni (ad esempio, le biglietterie) e l'inclusione nei contratti siglati con le imprese ferroviarie di SLA (*Service Level Agreement*=Accordo sui livelli di qualità del servizio), che garantiscano la qualità dei servizi resi (ad esempio, nelle informazioni all'utenza), non rientrerebbero negli ambiti di intervento del regolatore. Tra i limitati motivi di ricorso accolti si possono invece menzionare quelli di cui alle sentenze del TAR Piemonte, sez. II, di identico tenore, entrambe del 5 ottobre 2017, n. 1097 e n. 1098, quali: l'erroneità del dato riferito al tasso di inflazione programmata per il 2016, ben più alto (1%, anziché 0,2 %) di quello che doveva essere preso in considerazione dall'ART per determinare i costi del gestore e per approvare la proposta tariffaria presentata dallo stesso; l'illegittimità dell'approvazione da parte dell'ART di taluni piani tariffari presentati dal gestore della rete, poiché essa non avrebbe dato atto dell'aderenza della contabilità regolatoria del gestore ai criteri indicati dalla legge, né della corretta individuazione e imputazione di determinati costi affrontati dal gestore.

mercato delle imprese migliori e si contribuisce a mantenere livelli di prezzi contenuti e adeguati rispetto alla qualità dei servizi offerti ed ai costi effettivamente sostenuti dagli operatori economici per la gestione e per gli investimenti, al netto dei contributi pubblici.

La delibera n. 70/2014 include, in particolare, ventinove misure di regolazione, aggregate per aree di intervento (*cluster*). Vengono affrontati diversi temi, alcuni menzionati dalla legge istitutiva, altri inclusi dall'ART per via interpretativa nel suo perimetro regolatorio, anche in virtù della competenza generale che le viene attribuita nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, purché essa sia esercitata in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle Regioni e degli Enti locali¹³⁶. Le tematiche regolate spaziano dall'assegnazione della capacità di infrastruttura, inclusi gli accordi quadro tra gestore e imprese ferroviarie, alla gestione della circolazione perturbata ed allo sgombero delle infrastrutture, dagli effetti della mancata contrattualizzazione e/o utilizzazione delle tracce, al pedaggio per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, dal *performance regime* del gestore, alle condizioni di accesso ai servizi resi alle imprese ferroviarie da parte del gestore dell'infrastruttura o dell'operatore d'impianto, dall'assistenza alle persone a mobilità ridotta, all'assegnazione alle imprese ferroviarie di spazi pubblicitari, *desk* informativi ed aree per la fornitura di servizi di accoglienza e assistenza alla clientela, fino ai servizi di manovra.

La delibera n. 96/2015 comprende, invece, oltre cinquanta misure regolatorie, che definiscono, per un verso, i nuovi criteri che il gestore della rete deve seguire per determinare il canone che le imprese ferroviarie sono tenute a corrispondergli per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e dei servizi connessi, per altro verso, i criteri che il gestore e gli operatori di impianto devono osservare per la redazione della contabilità regolatoria e per la separazione contabile.

Questo atto di regolazione è fondamentale nella ricostruzione del sistema tariffario ed ha un contenuto innovativo, anche in virtù dell'ampia delega che il legislatore conferisce in materia all'ART, non senza individuare, però, i parametri di riferimento sulla base dei quali l'Autorità è tenuta ad intervenire. Nella definizione dei criteri tariffari l'ART deve infatti tenere conto «dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori»¹³⁷. Per cui, in questo caso, la singola norma attributiva del potere, così come formulata, non conferirebbe all'ART una delega "in bianco", né tantomeno il principio di legalità sostanziale sarebbe violato, in quanto il potere regolatorio potrebbe considerarsi sufficientemente determinato nell'oggetto e nel contenuto¹³⁸.

¹³⁶ Art. 37, comma 1, d.l. n. 201/2011.

¹³⁷ Art. 37, comma 2, lett. b).

¹³⁸ In questo senso si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016,

Esso individua, per la prima volta, i principi di calcolo dei pedaggi (ossia, i corrispettivi¹³⁹ che le imprese ferroviarie sono tenute a versare all'amministratore dell'infrastruttura per far circolare i propri treni sulla rete ferroviaria), volendo contemperare due interessi concorrenti: quello delle imprese ad avere un canone che non sia discriminatorio né elevato; quello del gestore di ottenere un adeguato compenso, al fine di evitare situazioni di disequilibrio economico e finanziario. Tra i principi (ai quali il gestore deve rifarsi per determinare i canoni di accesso all'infrastruttura) vengono individuati: la semplicità e la predeterminazione delle tariffe, la modulazione delle tariffe in funzione degli obiettivi economici da traguardare, la correlazione delle stesse ai costi ed alle condizioni di mercato¹⁴⁰.

Tra le novità contenute nella delibera vi è il recepimento di un principio strategico per il buon andamento del mercato ferroviario qual è quello della correlazione dei canoni ai “costi pertinenti ed efficienti” affrontati dal gestore per la prestazione del servizio ferroviario, tenendo conto delle regole espresse dal regolamento europeo di esecuzione n. 909/2015. La pertinenza dei costi è garantita dall'obbligo in capo al gestore della rete di produrre un'apposita contabilità regolatoria, che dia agli *stakeholders* una separata evidenza sia dei costi imputabili al cd. “pacchetto minimo di accesso” all'infrastruttura ferroviaria (che comprende diversi servizi erogati dal gestore, fra i quali l'assegnazione della capacità di rete e l'utilizzo dei binari), sia dei costi imputabili ad altri servizi svolti dal gestore stesso¹⁴¹. In quest'ottica vengono rafforzati i principi di trasparenza della struttura dei costi, di rendicontazione e di separazione contabile.

Al riguardo, va osservato che dovrebbe essere ormai consolidato, a livello europeo ed interno, il principio per il quale le tariffe devono essere orientate ai “costi pertinenti efficientati”, al fine di assicurare l'economicità e la redditività delle gestioni e prezzi di accesso alle infrastrutture contenuti entro livelli accessibili anche ad operatori di minori dimensioni, in modo da favorire lo sviluppo della concorrenza. In questa prospettiva, i costi riconosciuti non possono identificarsi con i costi storici, altrimenti il gestore si troverebbe in una situazione

97-98. Per i casi in cui, invece, il potere regolatorio dell'ART non appare sufficientemente tipizzato dalla legge, si rinvia al paragrafo 3.

¹³⁹ Nel mercato ferroviario, i termini “tariffa”, “pedaggio”, “canone di accesso”, che riguardano il corrispettivo pagato dalle imprese per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, possono essere usati come sinonimi, mentre è preferibile utilizzare il termine “prezzo” per riferirsi al corrispettivo pagato dagli utenti per i servizi di trasporto. A livello legislativo è tuttavia presente, talvolta, la tendenza ad impiegare il termine “tariffa” come sinonimo di “prezzo”. La tariffa rappresenta in ogni caso il corrispettivo di un servizio determinato secondo criteri diversi da quelli che sarebbero seguiti da un imprenditore mosso dall'interesse commerciale.

¹⁴⁰ I suddetti principi vengono specificati nel loro contenuto dalla misura n. 23, alla quale si rinvia.

¹⁴¹ I vari servizi forniti dal gestore e dagli operatori degli impianti di servizio sono specificati all'art. 13, del d.lgs. n. 112/2015.

protetta dalla concorrenza, che non favorirebbe scelte efficienti. Alla regolazione tariffaria sarebbe quindi richiesto di mantenere «un delicato equilibrio tra l'effettiva realtà di costo dei gestori e l'astrazione parametrica del costo efficiente»¹⁴².

L'Autorità deve stare attenta, però, a non fissare criteri troppo dettagliati per il gestore, in quanto la sua funzione regolatoria in materia tariffaria è solo «indiretta», nel senso che non determina direttamente i canoni di accesso all'infrastruttura per gli operatori del servizio ferroviario¹⁴³, ma fornisce linee guida e, dopo, controlla che siano applicate¹⁴⁴. In caso contrario, verrebbe compromesso il principio dell'indipendenza di gestione dell'amministratore della rete ferroviaria, sancito dagli artt. 4 e 29 della direttiva europea n. 34 del 2012. Il gestore deve infatti disporre di un certo grado di flessibilità tariffaria, ossia di un adeguato margine di discrezionalità nella determinazione dei canoni¹⁴⁵, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴⁶.

Tra le ulteriori novità va annoverata l'introduzione di una «regolazione di periodo» della durata di cinque anni, con un tendenziale allineamento di questo periodo regolatorio con la durata dei contratti di programma tra lo Stato ed il gestore dell'infrastruttura, nei quali viene definito il livello dei finanziamenti pubblici, che dovrebbe andare a beneficio della strategia industriale del gestore dell'infrastruttura e delle imprese ferroviarie, delle decisioni di investimento degli azionisti e dei mercati finanziari¹⁴⁷. Così come l'utilizzo di modulazioni tariffarie per fasce orarie, per segmenti (merci o passeggeri), per tipologia di servizio e per classi di velocità, che siano maggiormente articolate rispetto a quelle attuali, al fine di consentire di adottare piani industriali più sfidanti e strategie di *marketing* aderenti all'emergente domanda di trasporto da parte di passeggeri ed imprese. Oppure, le indicazioni al gestore dell'infrastruttura per massimizzare lo sfruttamento della capacità di rete esistente, anche nell'ottica di un contenimento dei costi di lungo periodo, tenuto conto che l'ART ha imposto al gestore un taglio dei costi del 2% l'anno, dal 2017 al 2021.

Viene a configurarsi, dunque, un sistema che intende valorizzare la capacità

¹⁴² B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 2017, 46.

¹⁴³ Diversamente dalle altre autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico (AEEGSI), di recente ridenominata Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente) (ARERA), e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), alle quali compete anche la quantificazione della «tariffa base» (cfr. art. 2, comma 12, lett. e), legge n. 481/1995).

¹⁴⁴ In questi termini, C. IAIONE, *La regolazione pro-infrastrutturale delle reti di trasporto. Le funzioni*, in *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, Paper di Astrid, a cura di L. TORCHIA, Roma, 2013, 18, reperibile al seguente link: http://www.transportonline.com/schede/Astrid_Paper_31_05.pdf.

¹⁴⁵ In questi termini, L. BELVISO, *Verso una single European railway area. Il ruolo delle tariffe ferroviarie*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 533-536.

¹⁴⁶ CGUE, sez. I, 3 ottobre 2013, n. 369; ID., 11 luglio 2013, n. 545; ID., 28 febbraio 2013, n. 483.

¹⁴⁷ Tale sistema regolatorio è stato già sperimentato nel settore autostradale ed aeroportuale.

imprenditoriale dell'amministratore della rete, incentivandolo a massimizzare i risultati della propria gestione, in modo da ridurre i costi e, di conseguenza, l'entità dei canoni per le imprese e dei prezzi di vendita al pubblico dei servizi di trasporto, con l'idea sottostante, sebbene di difficile attuazione, di ridurre gradualmente i finanziamenti pubblici quanto più sia possibile.

Vi sono poi le delibere¹⁴⁸ con cui l'ART è intervenuta, ogni anno, a fornire indicazioni ed a dettare prescrizioni volte a modificare ed integrare il prospetto informativo della rete (PIR), che il gestore dell'infrastruttura è tenuto ad elaborare, pubblicare ed aggiornare periodicamente, per informare le imprese ferroviarie delle caratteristiche dell'infrastruttura disponibile, delle condizioni di accesso alla rete e delle modalità di calcolo del canone di utilizzo. Sono misure significative nell'ottica di una maggiore trasparenza e imparzialità nei rapporti tra gestore e imprese richiedenti, soprattutto qualora l'ART accerti che nel prospetto informativo di rete siano contenute previsioni pregiudizievoli per i concorrenti dell'operatore ferroviario dominante.

Gli atti di regolazione riguardanti il PIR, unitamente a quelli volti a regolare i criteri che il gestore dell'infrastruttura deve seguire per assegnare (in maniera equa, trasparente e non discriminatoria) la capacità di infrastruttura e le tracce orarie alle imprese ferroviarie, oppure intesi a ridurre le barriere di ingresso nel settore per favorire l'entrata di nuove imprese, assolvono ad una funzione molto delicata, proprio per via del legame societario esistente tra il gestore della rete e l'impresa *incumbent* Trenitalia, appartenenti entrambe allo stesso gruppo societario¹⁴⁹.

Per quanto riguarda i servizi all'utente rileva, invece, il provvedimento di carattere generale, di cui alla delibera, già citata, n. 54/2016, che individua e definisce il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri in possesso di "abbonamenti" possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi ferroviari ad alta velocità. Nell'atto di regolazione viene in particolare garantito il diritto all'informazione ed il diritto all'utilizzo degli abbonamenti, di cui vengono declinati diversi profili, nonché il diritto all'indennizzo adeguato per ritardi e soppressioni di servizio ripetuti durante il periodo di validità dell'abbonamento, che va determinato secondo criteri di calcolo dei ritardi e dell'indennizzo specifici e differenziati rispetto a quelli previsti dai gestori dei servizi per i titoli di viaggio singoli¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Cfr., tra le tante, le delibere n. 76 del 27 novembre 2014, n. 104 del 4 dicembre 2015, n. 140 del 30 novembre 2016, n. 140 del 30 novembre 2017, da ultimo, n. 118 del 29 novembre 2018.

¹⁴⁹ In questo senso, M. BRIGNARDELLO, E.G. ROSAFIO, *Il settore ferroviario*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., 144.

¹⁵⁰ Tale delibera è stata impugnata sotto vari profili da più operatori economici, tra cui Trenitalia S.p.a., che ha sostenuto la carenza di potere dell'ART nel dettare misure di regolazione in materia di abbonamenti alle tratte ad alta velocità, poiché si tratterebbe di un servizio erogato in

Infine, nell'ambito della regolazione degli assetti di settore e dei servizi all'utente sono state approvate dall'ART tre delibere, tra di loro collegate, che affrontano tematiche di rilievo sociale, oltre che economico, quali: la determinazione dei criteri per la redazione dei bandi e delle convenzioni riguardanti le gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale dei passeggeri, nonché dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici¹⁵¹; l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico sulle tratte, degli obblighi di servizio pubblico che su di essi insistono e delle modalità più efficienti di finanziamento degli stessi¹⁵²; la definizione delle condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali, regionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico¹⁵³. In proposito, si pensi soprattutto a quelle tratte, a carattere nazionale, regionale o locale, che per la loro non remuneratività non sarebbero operate dal vettore se non in presenza di una compensazione. Si tratta, tra l'altro, di poteri regolatori che si inseriscono in un quadro normativo non sempre omogeneo e talvolta conflittuale, specie se riferito al trasporto ferroviario regionale o locale, da valutare anche alla luce degli orientamenti espressi al riguardo dalla Corte costituzionale¹⁵⁴, in cui appare comunque necessario, in attesa di una chiara *actio*

regime di libero mercato. Questa censura è stata però respinta dal TAR Piemonte, Torino, sez. II, con la sentenza del 9 novembre 2017, n. 1181, in quanto la competenza regolatoria individuata dalla legge istitutiva sul punto «non può limitarsi al solo servizio pubblico» e, «daddove il legislatore ha ritenuto di circoscrivere il perimetro dei poteri di regolazione ai soli servizi pubblici, lo ha fatto espressamente». Di contro, «con riferimento alla definizione del contenuto minimo dei diritti degli utenti, la legge istitutiva non ha previsto una siffatta limitazione, nel chiaro intento di garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti dei passeggeri, anche nell'ambito del servizio ferroviario Alta Velocità che, pur non essendo un servizio pubblico in senso oggettivo, rappresenta certamente un servizio di pubblica utilità soggetto a regolazione», con la conseguenza che «la circostanza indiscussa che l'Alta Velocità sia un'attività liberalizzata non esclude che la stessa possa essere soggetta a regolazione».

¹⁵¹ Delibera del 17 giugno 2015, n. 49, articolata in ventuno misure.

¹⁵² Delibera del 30 marzo 2017, n. 48, articolata in sei misure, che completano ed integrano le misure della precedente delibera. L'ambito di servizio pubblico viene in particolare definito dall'ART nella prima misura come «l'insieme dei servizi di trasporto pubblico di persone, di linea e non di linea, resi con diverse modalità che il soggetto competente individua, anche in assenza di compensazione degli operatori, per soddisfare obblighi di servizio pubblico ed esigenze essenziali di mobilità dei cittadini. L'area territoriale di riferimento per la definizione dell'Ambito è il Bacino di mobilità, determinato dai soggetti competenti con gli atti di programmazione e pianificazione del trasporto pubblico regionale e locale, di cui agli articoli 14 e 16 del d.lgs. n. 422/1997, sulla base di un'analisi della domanda potenziale di mobilità, della struttura orografica, del grado di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento». Sui soggetti competenti a determinare i bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale ed i relativi enti di governo, si veda adesso l'art. 48 del decreto legge n. 50/2017.

¹⁵³ Delibera n. 16 dell'8 febbraio 2018, recante quindici misure, suddivise tra più aree tematiche.

¹⁵⁴ La Corte costituzionale, con la sentenza del 15 marzo 2013, n. 41, sulla base della considerazione che l'istituzione dell'ART «è volta a realizzare un mercato concorrenziale nei servizi di

finium regundorum da parte del legislatore (che eviti sovrapposizioni e duplicazioni di poteri delle istituzioni coinvolte), individuare una linea di demarcazione (non semplice) e prevedere un coordinamento tra le competenze regolatorie dell'ART, da un lato, e le competenze di indirizzo politico-economico dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali, dall'altro¹⁵⁵.

trasporto» e che la «tutela della concorrenza» è riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e), ha ritenuto legittime le disposizioni della legge statale che attribuiscono alla predetta autorità indipendente funzioni regolatorie (anche) in materia di «trasporto pubblico locale», riservata alla competenza delle Regioni, nella misura in cui l'attribuzione e l'esercizio di tali funzioni per la promozione della concorrenza si mantengano «nei limiti necessari ad assicurare gli interessi cui [tale competenza esclusiva e trasversale] è preposta, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità». È quanto accadrebbe – secondo la Corte – nel caso in esame, ove «de funzioni conferite all'Autorità di regolazione dei trasporti, se intese correttamente alla luce della *ratio* che ne ha ispirato l'istituzione, non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano». Il compito affidato alla nuova Autorità consiste, infatti, nel «dettare una cornice di regolazione economica, all'interno della quale Governo, Regioni e enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito». In relazione alle disposizioni sottoposte all'esame della Corte, per quanto riguarda le tariffe, i canoni e i pedaggi, le disposizioni impugnate «attribuiscono all'Autorità il compito di stabilire solo i criteri, mentre resta impregiudicata in capo ai soggetti competenti la determinazione in concreto dei corrispettivi per i servizi erogati». Analogamente, riguardo ai bandi di gara, l'Autorità è investita della «competenza a definire gli schemi, senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni». Infine, con riguardo alla nomina delle commissioni giudicatrici, secondo la normativa in esame, l'Autorità è dotata del potere di «stabilire solo i criteri per la nomina, salve restando le competenze delle amministrazioni locali su ogni ulteriore decisione in ordine alla composizione delle commissioni giudicatrici o alle modalità di scelta dei suoi componenti, decisioni che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, rientrano invece nella materia dell'organizzazione amministrativa, spettante alle Regioni». Le parole della Corte lasciano, però, aperti alcuni dubbi: per un verso, non è, infatti, dimostrato che le funzioni dell'ART in alcuni casi «non assorbano», a ben vedere, le competenze delle Regioni in tema di trasporto pubblico locale, limitandosi semplicemente a «presupporle e supportarle»; per altro verso, l'affermazione della Corte secondo cui spetterebbe all'ART la competenza a dettare la «cornice regolatoria economica» della materia dei trasporti all'interno della quale Governo, Regioni ed Enti locali sarebbero chiamati a sviluppare le loro politiche pubbliche negli ambiti di rispettiva competenza, reca con sé il rischio che l'ART possa effettuare o condizionare significativamente le scelte strategiche di politica economica, che, al contrario, dovrebbero rimanere riservate alla competenza degli Enti territoriali. Per un esame critico della sentenza, cfr. A. CARDONE, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi "automatismi" a danno dell'autonomia? (nota a Corte cost. n. 41/2013)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2014.

¹⁵⁵ In questo senso cfr. S. LUCATTINI, *Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici*, in *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, a cura di F. Merusi e S. Antoniazzi, Torino, 2017, 69 ss., spec. 72-73.

Abstract

The wide regulatory power of the Independent Transport Authority
on the railway sector

by Cristiano Celone

The National Independent Authority for Transport, imposed by European Law and established in Italy in 2013, is characterized by using wide powers of control, regulation and sanction, which cover all transport sectors.

Regulatory competences seem in particular to interfere, in some areas, with the functions, also of political direction, of the State, Regional and Local Government, as well as the competences of the other administrative independent bodies such as the National Antitrust Authority or National Anti-Corruption Authority. This requires the provision of forms of coordination and cooperation between those authorities, waiting for a clear *actio finium regundorum* by the national legislator, in order to avoid risks of conflicts between the activities of the various authorities or the adoption of contradictory or misaligned decisions and measures on the same issues.

The paper will give a general outline of this type of independent regulation and the several public interests assigned to the Transport Authority, and, in particular, it will focus the attention on many regulatory competences of the Transport Authority on the railway sector, recently extended by the legislative decree n. 139/2018, as well as the content of the several measures adopted by the Transport Authority for the railway market, considered in the light of European policy of market liberalization, establishing a single European railway area and promoting a safe, efficient, multimodal and sustainable trans-European transport network.