

5 DICEMBRE 2018

Ancora sulla tensione tra pubblico e privato: il caso della realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali nel comparto autostradale.

di Carla Acocella

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli “Suor Orsola Benincasa”

Ancora sulla tensione tra pubblico e privato: il caso della realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali nel comparto autostradale.*

di Carla Acocella

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli “Suor Orsola Benincasa”

Sommario: **1.** Considerazioni introduttive: il ciclico ritorno delle ragioni a sostegno dell'interventismo pubblico. **2.** La diffidenza nei confronti dell'affidamento ad imprese private della gestione del comparto autostradale: cenni. **3.** Pubblico e privato nel settore autostradale in prospettiva diacronica e sincronica. **3.1.** Le prime concessioni autostradali. **3.2.** La stagione dell'interventismo pubblico. **3.3.** La privatizzazione del settore. **3.4.** Le vicende successive: disorganici tentativi del pubblico di governare le concessioni. **4.** Il modello delle concessioni autostradali tra pubblico e privato: un quadro di sintesi.

1. Considerazioni introduttive: il ciclico ritorno delle ragioni a sostegno dell'interventismo pubblico.

I sussulti di resistenza che attualmente si registrano nei confronti di modelli politici variamente ispirati al liberismo economico e alle sue diverse evoluzioni, e delle salvifiche capacità tradizionalmente ascritte a quest'ultimo¹, sembrano avere una caratura globale². La collisione tra il quadro assiologico sviluppatosi

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente lavoro è destinato agli Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte, di prossima pubblicazione.

¹ Nel dare atto della densità del dibattito e del carattere non univoco delle letture dell'intreccio tra fenomeni di democratizzazione e libertà economica, per una ricostruzione dei postulati fondamentali intorno ai quali convergevano le teorie politico-economiche di matrice liberale, si veda F. Von Hayek, *Legge, legislazione e libertà: una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economica politica*, 1986, Milano; e ancora Id., *Nuovi studi di filosofia, politica economia e storia delle idee*, Roma, 1988; M. Friedman, *Capitalismo e libertà*, Firenze, 1967; Id., *La tirannia dello status quo*, Milano, 1984.

² In una delle sue varianti l'ostilità nei confronti del liberismo si identifica con un atteggiamento pregiudizialmente avverso al multilateralismo che del processo di liberalizzazione è stato una delle “pietre miliari”. Lo scenario politico-economico in cui si muove l'attuale indirizzo di governo degli Stati Uniti, sin dalla campagna elettorale che ha preceduto le ultime elezioni presidenziali USA, è esemplificativo dell'approccio di diffidenza di cui si discute, e caratterizzato come noto da un pregiudiziale atteggiamento di favore nei confronti del protezionismo. In tema cfr. J. E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori. Antiglobalizzazione nell'era di Trump*, Torino, 2018; A. Castagnoli, *Trump e la voglia di protezionismo*, in *Il Sole 24 ore*, 4 agosto 2016. Sul carattere globale delle perplessità maturate rispetto ai temi dell'apertura economica, e sui rischi di tensioni geopolitiche che le prime determinerebbero, cfr. altresì S. Merler, *I rischi del nuovo protezionismo americano*, in *LaVoce*, 17 gennaio 2017.

nel solco dello stesso liberalismo³ e il modello democratico⁴, più volte venuta in emersione nella storia del pensiero giuridico e politico occidentale – prima tra tutte quella coincidente con la fase di gemmazione dello Stato sociale dallo Stato di diritto, arricchito ed alterato rispetto ai suoi tratti originari⁵ – rischia di essere approfondita in un tempo, come quello attuale, ancora segnato dagli effetti di una profonda crisi economica⁶. Quest’ultima finirebbe per rappresentare – anche per effetto di impostazioni retoriche ed ideologizzanti, che affiorano con particolare pervicacia nelle finestre populiste⁷ – i risultati fallimentari di

³ V. ancora F. Von Hayek, *Nuovi studi di filosofia, politica economia e storia delle idee*, cit., 134; S. Valitutti, *Liberalismo*, (voce) in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, 206 ss. Per una sintesi dei diversi tentativi di inquadrare gli interventi ordinatori del mercato da parte dei pubblici poteri in particolare a partire dagli anni Trenta del XX secolo e per una ricostruzione della transizione dal liberalismo al “neoliberalismo”, si veda *ex multis* A. Somma, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 4/2015, 107 ss. che riprende sul punto l’opera di W. Lippmann, *The Good Society*, Boston, 1937, 203 ss., le critiche mosse alla medesima (cfr. F. H. Knight, *Lippmann’s The Good Society*, in *Journal of political Economy*, 1938, 46, 867) e il contributo di A. Rüstow, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, Marburg, 2001, 26.

⁴ Sulla tensione tra capitalismo e democrazia, e sull’ambiguità delle diverse costruzioni utilizzate per occultarne la complessità si veda ancora A. Somma, *op. cit.*, 109 ss.

⁵ Operando una semplificazione estrema, ci si riferisce come evidente al fenomeno evolutivo che dalla universalizzazione dei diritti fondamentali - a seguito degli eventi politico-istituzionali del XVIII secolo - presidiata dal riconoscimento di libertà negative (su cui v. P. Ridola, *Diritti costituzionali* (voce), in S. Patti (a cura di), *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, V, 134 ss.) approda a fenomeni di massificazione e democratizzazione che, anche attraverso il riconoscimento dei diritti sociali (N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant’anni di Repubblica italiana*, Torino, 1996, 115 ss.; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, 1 ss.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 97 ss.), determinano con l’affermazione dello Stato sociale, per molti versi, un rafforzamento del carattere democratico dello Stato di diritto. In ordine alla funzione rimessa alla legge al fine di individuare “il punto di equilibrio tra le esigenze della libertà e del benessere” si veda G. Abbamonte, *Stato ed economia nell’ordinamento costituzionale italiano*, Lezione inaugurale dell’a.a. 1950-60 tenuta all’Università di Macerata il 29 novembre 1959, Macerata, 1959. Sulla nozione di Stato sociale si veda F. Rimoli, *Stato sociale*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 2004, 1 ss.. I profili relativi alla latitudine della protezione dei diritti sociali - sia con riguardo ai destinatari che con riguardo agli enti onerati della funzione di garanzia - e quindi alla territorialità della tutela, sono oggetto della lucida analisi compiuta da S. Cassese, *I diritti sociali degli “altri”*, in *Riv. dir. sicur. soc.*, 4/2015, 677-686. Con riguardo alla espansione e al consolidamento dei diritti e delle tutele come fenomeni caratterizzanti l’avvento delle costituzioni democratiche si veda G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 35. In tema cfr. altresì P. Comanducci, *Diritti vecchi e nuovi: un tentativo di analisi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1987, 95-111.

⁶ Sulla trasformazione della crisi finanziaria – a causa della sua trasmissione nel 2008 all’economia reale – in recessione si veda per tutti L. Spaventa, *La grande crisi del nuovo secolo*, in *Enc. Treccani – diritto online*, 2009. Sul tema del complesso equilibrio tra esigenze di contenimento della spesa pubblica imposte dalla crisi economica e garanzia dei diritti, la letteratura è vastissima: ci si limita in questa sede a rinviare a F. Bilancia, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivistaiaic.it*, 2/2014; G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *forumcostituzionale.it*, 2013; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2014, 79 ss.; L.R. Perfetti, *I diritti sociali, Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l’autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1 ss.; AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, S. Gambino (a cura di), 2015, Torino.

⁷ T. Nencioni, *Il populismo nell’interregno della crisi globale*, 2017. Sulle ambiguità a cui si prestano i movimenti populistici per il fatto di trovarsi a metà del guado tra meri movimenti sociali e partiti in senso classico si vedano Y. Mény, Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004, 97. Si veda pure A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in AA.VV., *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, V, 2007-2042.

una tendenza fondata, tra le altre cose, sul ruolo recessivo dei pubblici poteri nella materia economica⁸. Non è trascorso molto tempo da quando, nel compendiare questo passaggio, è stato sostenuto che “i fallimenti dell’‘economia regolamentata’, il ritmo del progresso tecnologico e la rapida espansione del commercio internazionale dopo la fine della guerra fredda alimentarono un lungo processo di deregolamentazione ..., interrotto soltanto dalla crisi scoppiata nel 2007. Questa ha a sua volta innescato una tendenza alla ri-regolamentazione, o a una migliore regolamentazione, tuttora in atto. Il pendolo ancora oscilla, e certo continuerà a farlo in futuro”⁹. Malgrado il profilo essenzialmente finanziario del quadro cui tali rilievi venivano riferiti, si conferma dunque di una certa attualità su di un piano più generale la riflessione intorno al tema del conveniente dosaggio tra pubblico e privato, tra le opzioni – destinate a modularsi in misura diversa in ragione della sensibilità delle epoche attraversate, e considerato anche, il carattere “aperto” della costituzione economica domestica sul punto¹⁰ – di un massiccio intervento pubblico, da un lato, e di uno “Stato minimo” dall’altro¹¹.

A voler circoscrivere l’orizzonte della riflessione allo scenario europeo, appare sempre più sotto i riflettori il disincanto progressivamente maturato nei confronti di quel progetto originario, che in qualche misura aveva l’ambizione di coniugare l’idea forte di un’economia di mercato con obiettivi di giustizia sociale, ed anzi di elevare la prima a strumento per conseguire la seconda. Sennonché lo spessore e la trasversalità della crisi, ché attraversa le istituzioni e l’idea fondativa stessa dell’Europa, rischia di non essere intellegibile e di compromettere la capacità di orientare la “grande trasformazione” in atto, ove si eluda il

⁸ Tra quanti hanno avvertito come la crisi economica abbia evidenziato i rischi scaturenti da un eccesso di *deregulation*, anche in considerazione dell’abbattimento della fiducia nel mercato che la prima ha prodotto, si veda G. Napolitano, *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in F. Liguori, C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, *Quad. della riv. dir. lav. merc.*, 1/2015, 235. Sulla circolarità e interferenza dei fenomeni di regolazione e deregolazione, sia consentito rinviare a C. Acocella, *Andamenti ondivaghi del programma di semplificazione del sistema delle partecipate pubbliche*, in *federalismi.it*, 14/2016.

⁹ I. Visco, *Economia e finanza dopo la crisi*, intervento svolto in occasione della Conferenza a Classi Riunite del Governatore della Banca d’Italia, Roma, 8 marzo 2013, in *www.bancaditalia.it*.

¹⁰ In tema si veda infatti G. Amato, *La nuova costituzione economica*, in G. Della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, 11 ss., che definiva la stessa “statica o dinamica, conservatrice o propulsiva, a seconda della natura di tali principi”, riferendosi alle esigenze di garantire i diritti economici e di legittimare l’intervento pubblico. In tema F. Galgano, *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 15 ss.; N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 18 ss.; secondo il quale la stessa “non accoglie né il modello dell’economia di mercato né il principio generale di concorrenza”.

¹¹ Come è noto, la locuzione rinvia alla costruzione teorica al centro del pensiero di R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, (trad. it. *Anarchia, Stato e utopia*, Firenze, 1981) che si colloca in una posizione intermedia tra l’anarcocapitalismo di Friedman - che nega ogni spazio allo Stato - e il liberalismo classico di F. Hayek - che riconosce allo Stato i poteri secondo il canone della “rule of law” - che consentirebbe di conciliare diritti individuali e Stato. In ordine alle diverse forme di intervento pubblico in campo economico v. per tutti J. E. Stiglitz, *The economic Role of the State*, Oxford, 1989 (trad. it., *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992). V. pure V. Spagnuolo Vigorita, *Economia (Intervento della pubblica amministrazione nell’)*, voce, in *Noviss. Dig. It.*, 1966, 366.

denso intreccio di fattori culturali oltre che economici alla base dei fenomeni oggetto di osservazione, e si adotti un approccio unidimensionale al processo di integrazione¹². Chi si accinga ad individuare le ragioni di questo disincanto finirà per ammettere che, accanto ed oltre le amplificazioni retoriche che prestano il fianco a populismi, vi siano criticità e nodi irrisolti che rimontano tra le altre alla fase di strutturazione dell'eurozona. In particolare la necessità di convertire le singole valute nazionali nell'euro, tenendo al contempo conto dell'indebitamento pubblico e dei disavanzi di bilancio dei singoli Stati, avrebbe richiesto una soluzione diversa da quella in concreto adottata, che è stata fondata sulla scelta della compagine sovranazionale di non ereditare l'indebitamento pubblico dei singoli Stati esistente fino a quel momento; di conservare in capo agli stessi la spesa pubblica, da armonizzare successivamente con i patti di stabilità; di non dotare la Banca centrale europea di strumenti adeguati a "intervenire direttamente sul mercato bancario e finanziario a difesa del valore dell'euro"¹³. Questo passaggio rende ancora più evidente le ragioni per cui la garanzia dei diritti sociali – già terreno sul quale tradizionalmente sono emerse, come si è accennato, tensioni tra modello liberale economico e democrazia – nel quadro europeo venga additata come "la maggiore pietra d'inciampo sulla via dell'integrazione"¹⁴. La circostanza che la territorialità nazionale rappresenti la dimensione naturale di tutela dei diritti sociali, implicando un impegno economico finanziario che necessita di essere delimitato¹⁵, imporrebbe allora un riposizionamento dei confini che assicurano una funzione protettiva ai diritti in parola, e dunque presupporrebbe un ordinamento costituzionale europeo compiuto – non più solo la logica dei trattati istitutivi – entro cui la stessa garanzia possa svolgersi sì da fondare un sistema di welfare unitario. In questo scenario di tradizionale diffidenza nei confronti della capacità del processo di apertura e di integrazione dei mercati di assicurare certi diritti, acuitasi nella stagione più grave del disincanto, è comprensibile che la tendenza a sottrarre territori alle maglie del mercato abbia ad oggetto in primo luogo le prestazioni di cui si avverte il carattere irrinunciabile. Rispetto a queste ultime, le regole alla cui

¹² Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da S. Staiano, *The Crisis of State Sovereignty and Social Rights*, in *The Age of human Rights*, 2, 2014, 25-45; Id., *Diritti e confini dell'Europa della crisi*, in *federalismi.it*, 22/2015. Per uno studio approfondito delle cause degli attuali e per certi versi inediti "segni di sofferenza" che l'accordo funzionale alla base dell'ordinamento europeo mostra, si veda A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018. L'A., dinanzi al carattere parziale delle letture economiche della crisi, sottolinea la necessità "che diritto, politica, economia e le altre scienze sociali ... procedano in equilibrio tra loro (p. 222)", e l'opportunità che il diritto – per il passato impegnato a "dare forza di costituzione materiale al processo di integrazione economica (la c.d. *Integration through Law*)" europea (p. 212) – recuperi, attraverso un ritorno al "momento costituzionale" le sue finalità intrinseche, e cioè la capacità di "trasformare in regole ... le pulsioni, i bisogni e le rivendicazioni delle altre scienze sociali", in modo da ricostruire "l'equilibrio perduto tra le diverse scienze sociali" (p. 225).

¹³ F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, 102.

¹⁴ S. Staiano, *Diritti e confini dell'Europa della crisi*, cit., 4.

¹⁵ S. Giubboni, *Diritti sociali e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

applicazione la sostanza economica dei fenomeni prelude, vengono percepite come il paradigma di un'ideologia, da contrastare con la domanda di un più consistente intervento pubblico, invocato nella sua dimensione interna piuttosto che sovranazionale, con particolare seguito nelle ipotesi in cui il passaggio dalla funzione produttiva a quella regolatrice dell'autorità pubblica non si è mai compiutamente realizzato, come accade nella cornice locale¹⁶. Appare convergente con la prospettiva sin qui tratteggiata il tentativo di rinnovare, all'insegna dell'ancoraggio ai diritti fondamentali¹⁷, ed oltre la stessa alternativa pubblico-privato, i paradigmi ricostruttivi delle formule di gestione di attività essenziali e dei modelli proprietari delle risorse e dei beni funzionali all'erogazione delle prime. In tal senso la teorica dei beni comuni opera nella direzione di arricchire lo spettro dei possibili modelli di *governance*¹⁸, approfondendo peraltro

¹⁶ Sono molteplici le letture che convergono sulla resistenza nel comparto locale delle funzioni erogative pubbliche. In tale prospettiva F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA*, 2001, Milano, 2002, 63 ss. esclude che la evaporazione del servizio pubblico e l'assorbimento delle relative attività nella logica della regolazione, prodottisi sul piano generale, abbiano interessato l'area dei servizi locali, perché resi al di fuori di un mercato concorrenziale rilevante. In tema F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 8 osserva: "l'itinerario istituzionale che nel tempo ha condotto alla trasformazione della pubblica amministrazione in soggetto dispensatore di prestazioni alla collettività ha riguardato naturalmente e forse principalmente gli enti locali, la cui presenza viene prioritariamente percepita proprio in termini di assicurazione di beni e di servizi a vantaggio delle collettività rappresentate". In ordine ai peculiari profili acquisiti dalla liberalizzazione in questo settore si veda S. Cassese, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 96 ss.: "mentre in sede nazionale liberalizzazione e nazionalizzazione vanno di pari passo, in sede locale la liberalizzazione dei servizi pubblici produce un'espansione della sfera in comando pubblico e, cioè, il contrario della privatizzazione". "Sullo Stato regolatore la letteratura è vastissima. Ci si limita qui a rinviare ad A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2010. Per l'incidenza spiegata dal diritto europeo: su tale passaggio, in particolare per l'introduzione del metodo della "regolazione economica" nei settori tradizionalmente caratterizzati da situazioni di monopolio naturale si veda F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014, 8; sulla trasformazione dell'impresa pubblica si veda S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2006, 169 ss.; in ordine al ridimensionamento delle funzioni politiche di governo dell'economia a favore della funzione neutrale di regolazione del mercato quale tratto caratterizzante di un "diritto comunitario dell'economia" cfr. E. Picozza, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Bari, 2001, 19.

¹⁷ I beni comuni sono stati infatti identificati in "quelli funzionali all'esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della personalità, che devono essere salvaguardati sottraendoli alla logica distruttiva del breve periodo, proiettando la loro tutela nel mondo più lontano, abitato dalle generazioni future" da S. Rodotà, *Il valore dei beni comuni*, in *Repubblica.it*, 5.1.2012; dello stesso A., tra gli altri, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013. Le riflessioni della scienza economica intorno al tema dei beni comuni fanno capo inevitabilmente all'opera di E. Ostrom, della quale tra i tanti, si rinvia a *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006.

¹⁸ La riscoperta della nozione (economica) dei beni comuni da parte della letteratura giuridica è accompagnata da una proclamata svalutazione del profilo soggettivo-formale – in ragione di uno spostamento del fuoco di attenzione dal "soggetto proprietario" alla "funzione che un bene deve svolgere nella società", dal profilo "dell'appartenenza del bene" a "quello della sua gestione" – ed è compendiata nell'idea che "la dimensione collettiva scardini la dicotomia pubblico-privato, intorno alla quale si è venuta organizzando nella modernità la dimensione proprietaria": S. Rodotà, *Il valore dei beni comuni*, cit.. Nel senso della possibilità di un effettivo superamento della dicotomia pubblico-privato attraverso l'affermazione dell'autonoma categoria dei beni comuni S. Marotta, *La via italiana ai beni comuni*, in www.aedon.it, 1/2013. Il dibattito apertosi sul punto nella scienza giuridica è densissimo; senza pretese di esaustività si rinvia a: U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; P. Grossi, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'post-moderno'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2012, 1059 ss.; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni*

avvertimenti “antichi” della scienza giuridica¹⁹, ma sembra essersi tradotta con buona approssimazione, nel settore dei servizi pubblici come in altri comparti²⁰, in una nuova spinta verso la ciclica pubblicizzazione delle formule²¹. In realtà le istanze volte a contenere gli effetti e gli stessi processi di

de iure condendo *su un dibattito in corso*, in *giustamm.it*, 2013; G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Bari, 2012.

¹⁹ Ci si riferisce in particolare alla linea ricostruttiva che fa capo a M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 51-53, tesa a conciliare, intorno alla nozione di demanio e di proprietà collettiva, la logica appropriativa con il godimento cui si prestavano segnate categorie di beni. Il demanio sarebbe stato, infatti, “all’origine una proprietà collettiva, cioè una proprietà di cui ogni membro della collettività poteva trarre delle utilizzazioni”, rispetto alla quale i poteri pubblici si ponevano quali “amministratori di beni altrui”, sino a che, “inavvertitamente quasi, si invertirono le parti, e si giunse a concepire Stato e comuni come proprietari dei beni gravati di servitù di uso da parte della collettività”. Ma i beni demaniali andrebbero opportunamente definiti come “beni di proprietà collettiva affidata in gestione legale ad enti territoriali”. Sul punto osserva infatti V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, in *Annuario AIPDA* 2003, Milano 2004, 7, come i beni collettivi, “imputati a titolo dominicale o ad altro titolo ad una collettività o comunità di abitanti”, siano altra cosa rispetto ai beni del “demanio pubblico” e del “patrimonio indisponibile”, entrambe categorie di beni “in proprietà individuale pubblica”. Dello stesso A. si veda già *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983. In tema si rivela di grande efficacia, nella ricostruzione del “regime dei beni in titolarità pubblica aperti alla fruizione collettiva”, operazione circoscritta, appunto, all’analisi del demanio, l’accostamento operato da V. Caputi Jambrenghi, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. ...cit.*, 70 ss., del pensiero di R. von Jhering (*Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel: ein Rechtsgutachten*, Leipzig, 1862), relativo all’importanza della destinazione del bene ad una pluralità indeterminata di persone che fonda la “qualità” del diritto di quelle persone alle cose pubbliche, lontano dalla “forma dell’esclusività”, forma inerente, invece “a tutti i diritti del ‘*commercium*’”, con quello di G. Capograssi (*Analisi dell’esperienza comune*, Roma, 1930), che illumina “il nodo di rapporti e di azioni cui la cosa dà occasione”, piuttosto che la materialità di quest’ultima, in modo da valorizzare il dato della “dipendenza” e del “dovere del proprietario verso la comunità”, come nucleo essenziale del demanio. Le conclusioni cui in tale prospettiva perviene l’A. identificano le peculiarità del “rapporto ente-cittadino-cosa”, nella ipotesi in cui i beni pubblici siano – non oggetto di proprietà individuale pubblica e quindi strumenti attraverso i quali l’amministrazione espleta i compiti assegnatili dall’ordinamento, ma piuttosto – “aperti alla fruizione collettiva nelle forme dell’uso libero e paritario”, in una dimensione di doverosità dei compiti dell’ente di appartenenza non priva di “elementi di obbligazione verso i cittadini proprietari reali-utenti”. Sottolinea come il tentativo, sotteso alla teoria dei beni comuni, di andare “oltre il pubblico e il privato” originasse da un equivoco appiattimento della pubblicità dei beni sullo schema della proprietà individuale, proprio “in base a una erronea interpretazione del genuino significato del concetto di demanio”, C. Iannello, *Il diritto all’acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013, spec. 175.

²⁰ G. Bravo, *Dai pascoli ad Internet. La teoria delle risorse comuni*, in *Stato e mercato*, 3/2001, 487-512; G. Allegri, M.R. Allegri, A. Guerra, P. Marsocci (a cura di), *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al web*, Napoli, 2012.

²¹ Con particolare riguardo al comparto idrico coglie una “inveterata diffidenza verso formule di gestione comunitaria”: E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, 220-221. In merito alla riproposizione di formule gestionali a spiccata caratterizzazione pubblicistica, si guardi all’esperienza dell’azienda speciale rispetto alla gestione del ciclo delle acque – opzione che viene presentata come funzionale a favorire un modello organizzativo e gestionale per così dire partecipato – si veda: A. Pioggia, *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 1-2/2012, 86 ss.; A. Lucarelli (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della Società per azioni in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2014; P. Duret, “Crossing the great divide”. *Spunti per un approccio sussidiario alla gestione dell’acqua (ovvero della rondine e della primavera)*, in M. Andreis (a cura di), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Torino, 2015, 29 ss., spec. 76 ss. In senso critico sulla praticabilità del modello G. Caia, *Finalità e problemi dell’affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. – TAR*, 2/2012, 663 ss.. Sulle vicende che hanno interessato la contigua esperienza dell’Acquedotto Pugliese, costituita in S.p.a., mediante trasformazione del preesistente Ente autonomo e, alla quale è successivamente subentrata l’Azienda pubblica regionale si veda A. Sandulli, *L’acquedotto pugliese e la*

mercificazione²² di beni e risorse sono, come si avvertiva, trasversali: accanto a quelli di respiro locale anche fenomeni di evidente dimensione nazionale²³ – che investano il governo di beni, infrastrutture, servizi di carattere essenziale per la collettività – sono attratti nella tradizionale polarizzazione tra pubblico e privato e attraversati dall’attuale aspirazione a conservare alla sfera pubblica²⁴ decisioni gestionali (oltre che allocative)²⁵.

2. La diffidenza nei confronti dell’affidamento ad imprese private della gestione del comparto autostradale: cenni.

La tensione dei rapporti di forza tra pubblico e privato è stata recentemente alimentata da una serie di accadimenti²⁶, complessivamente letti da una parte dell’opinione pubblica come evidenza dell’esito fallimentare della gestione di infrastrutture essenziali, come quelle autostradali, attraverso lo strumento concessorio. Si tratta a ben vedere di eventi che consegnano all’attenzione collettiva²⁷, non senza il rischio

gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza, in *Giur. cost.*, 2/2012, 828 ss.; A. Lucarelli, *Il governo pubblico dell’acqua tra l’eterodossa nozione di interesse economico generale ed il regime delle competenze Stato-Regioni*, in *Giur. cost.*, 2/2012, 837 ss..

²² Sul punto ancora S. Rodotà, *Il valore dei beni comuni*, cit., che riprende, condividendole, le riflessioni critiche di R. Esposito in ordine al ruolo svolto nella tarda modernità dalla “teologia economica” – su cui W. Benjamin, *Capitalismo come religione*, 1921, trad. it. di C. Salzani, Genova, 2013.

²³ Peraltro la dimensione nazionale è quella rispetto a cui meno opera la “valvola” della sussidiarietà, come paradigma alternativo a quello dominante la distribuzione dei poteri istituzionali e sociali nella modernità, che consente di individuare le istituzioni della società civile come “prioritarie” proprio rispetto alla “gestione di alcuni beni pubblici” e “dei servizi sociali”, qualora esse si rivelino “in grado di soddisfare autonomamente domande e bisogni della collettività”: così A. Cantaro, *Nota di lavoro. Le domande della sussidiarietà*, in C. Magnani (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino, 2007, 23, nel descrivere la portata trascendente del paradigma, e nell’avvertire tuttavia che, anche tra le letture di apprezzamento per la dinamica in parola, si registrano posizioni del tutto ideologiche che finiscono per trascurare la funzione garantistica svolta dalla centralizzazione e dalla pubblicizzazione soggettiva di alcuni comparti.

²⁴ Cfr., con riguardo ai risultati delle gestioni privatizzate dei servizi pubblici che non avrebbero assicurato né l’auspicato miglioramento dei servizi né la promessa diminuzione delle tariffe U. Realfonzo, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 4/2016.

²⁵ Sulla distinzione tra decisioni allocative (relative a cosa produrre ed a che condizioni offrire ciò che è stato prodotto, suscettibili di essere attuate sia per mezzo di imprese pubbliche sia ricorrendo a soggetti privati) e decisioni gestionali (che implicano valutazioni relative all’efficienza dei diversi modi possibili per produrre i servizi, come a titolo esemplificativo la scelta tra l’operatore economico pubblico e la concessione all’impresa privata come strumenti per attuare le decisioni di tipo allocativo) si veda ancora F. Trimarchi Banfi, *op. cit.*, 3 ss..

²⁶ Il più recente dei quali si è verificato lo scorso 14 agosto in coincidenza con il crollo di una sezione del viadotto Polcevera localizzato sull’autostrada A10 Genova-Savona, assentito in concessione ad Autostrade per l’Italia S.p.a. (cfr. *infra* spec. par. 4). Per una rassegna dei precedenti casi – almeno dieci dal 2013 ad oggi – in cui si sono verificati cedimenti di viadotti di collegamento di parti dell’infrastruttura autostradale, v. F. Pinotti, *Dieci i ponti crollati in 5 anni: in calo la manutenzione e gli investimenti*, in *Il Corriere della sera*, 14 agosto 2018.

²⁷ In genere l’evidenza di profitti molto elevati costituisce in astratto – attesa l’opacità delle regole applicabili e delle informazioni rilevanti che caratterizza il settore (G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, Bologna, 2008, 12) – uno dei principali moventi della pressione esercitabile dall’opinione pubblica sul decisore politico per modificare termini contrattuali eccessivamente favorevoli per il concessionario.

di ideologizzazioni e distorsioni delle questioni rilevanti, un settore che è da tempo oggetto del dibattito politico²⁸ e della riflessione della scienza giuridica ed economica²⁹. Nel confronto politico e mediatico su questo tema le posizioni inclini ad inferire la necessità di un nuovo interventismo pubblico – il ricorrente slogan “più Stato e meno mercato” ne rappresenta una sintesi – recuperano, enfatizzandoli, una serie di argomenti tra i quali: il privilegio per il passato accordato alle concessionarie autostradali private, per il tramite di proroghe ripetute e generalizzate dei relativi rapporti concessori; il mancato riequilibrio, con interventi regolatori efficaci, di asseriti extraprofiti registrati dalle gestioni privatizzate del comparto; gli aumenti tariffari introdotti a fronte di mancati investimenti da parte delle stesse concessionarie private; la previsione di nuovi investimenti tesi ad una estensione della rete autostradale al fine di ottenere ulteriori proroghe delle concessioni in essere³⁰. In tale quadro appare di particolare rilevanza chiarire se tali argomenti – ammettendone la fondatezza – possano essere utilmente spesi per sostenere l’inopportunità del coinvolgimento dei privati (nettamente prevalente nel nostro Paese³¹ rispetto all’alternativa pubblica) nella costruzione e gestione delle infrastrutture autostradali, e per prefigurare come necessaria una precisa declinazione dell’intervento pubblico nel settore, quella diretta ed imprenditoriale. A parere di chi scrive il saggio e ancor attuale ammonimento secondo cui “il privato rischia fino a quando dal servizio reso alla società ottenga un utile, che non esita a difendere, recando danno, se occorre”³², non può valere a radicare un approccio pregiudiziale (negativo) nei confronti di una particolare categoria – quella privata – di soggetti operanti nel settore, o di una peculiare forma di strumenti (le concessioni) ai quali ricorrere per soddisfare la domanda di infrastrutture e di servizi essenziali come quelli autostradali, ma piuttosto indirizza la riflessione verso modalità e contenuti con cui “governare” –attraverso l’esercizio di pubblici poteri – un settore attraversato da una pluralità di interessi generali (quello alla fruizione di utilità collettive; al controllo e alla distribuzione di risorse scarse; ad un’allocazione equa dei costi sociali della costruzione e della gestione delle infrastrutture).

²⁸ Si ci riferisce evidentemente al dibattito che ha accompagnato l’esordio delle autostrade in Italia e i successivi passaggi che sono valsi a delineare e a scandire il regime giuridico interno delle autostrade, intorno a ripetute oscillazioni tra gli estremi della “razionalità economica privatistica” e della “logica pubblicistico-dirigistica”, per una ricostruzione analitica dei quali si rinvia allo studio di L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in di L. Saltari, A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, 2017, 18 ss.

²⁹ Si veda *ex multis*, per un’analisi economica del settore: G. Marzi, L. Prosperetti, E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali. Teoria e pratica*, Bologna, 2001; G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit.; G. Ragazzi, W. Rothengatter, *Procurement and Financing of Motorways in Europe*, Amsterdam, 2005.

³⁰ Cfr. Anna Donati nella Prefazione a, G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 7 ss.

³¹ Sulla frammentazione della rete, suddivisa tra una pluralità di concessionari, cfr. G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 169.

³² G. Abbamonte, *Stato ed economia nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., 5.

3. Pubblico e privato nel settore autostradale in prospettiva diacronica e sincronica.

3.1. Le prime concessioni autostradali

L'esordio in Italia – e nel mondo³³ – di infrastrutture stradali riservate a veicoli a motore è segnato sul finire degli anni '20 del XX secolo dall'impiego del modulo concessorio. Quest'ultimo era teso a consentire allo Stato di avvalersi di una società a capitale prevalentemente privato³⁴ sia per la costruzione che per la gestione del tratto di collegamento stradale progettato, di partecipare agli utili dell'impresa, nonché di rientrare al termine della concessione nella disponibilità – il riferimento era in realtà all'acquisizione del diritto di proprietà³⁵ – dell'infrastruttura senza oneri; a fronte del diritto attribuito alla società di riscuotere i pedaggi pagati dagli utenti – e soggetti a controllo pubblico – per tutto il periodo di durata della concessione (in quel caso cinquanta anni), in modo da poter così ammortare e remunerare l'investimento, quantunque realizzato con importanti sussidi pubblici³⁶. Tra gli elementi distintivi del modello, utilizzato in tale occasione ed assunto a paradigma delle concessioni autostradali³⁷, vi era peraltro l'adozione con Regio decreto-legge della concessione cui accedeva la convenzione tra il privato e lo Stato, e la qualificazione delle infrastrutture autostradali quali opere di pubblica utilità, il che vale a rendere conto del conferimento al concessionario di poteri pubblicistici da esercitare nell'uso del territorio – che consentissero al medesimo di acquistare la disponibilità del suolo su cui realizzare l'opera mediante l'espropriazione³⁸ – e dunque della rappresentazione del concessionario in termini di “organo indiretto”

³³ La prima autostrada, la Milano-Laghi (il primo tratto Milano-Varese e il secondo Lainate-Como) fu ultimata nel 1925. In tema L. Bortolotti, *Origini e primordi della rete autostradale in Italia, 1923-1933*, in *Storia urbana*, 59, 1992, 43 ss. Nei successivi otto anni furono realizzati altri sette tronchi autostradali (Milano-Bergamo; Napoli-Pompei; Bergamo-Brescia; Torino-Milano; Firenze-Mare; Padova-Mestre): G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 29.

³⁴ Il capitale della Società Anonima Autostrade-Saa, che ottenne la concessione autostradale nel 1923 e che era stata creata nel 1921 dall'Ing. Piero Puricelli, primo progettista dell'Autostrada del Sole, era per la parte prevalente proveniente dal settore privato.

³⁵ Si veda altresì S. Amorosino, *I beni autostradali*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni ..cit.*, 49 che, nell'osservare come il regime proprietario dei beni autostradali sia stabilito “non dalla legge, ma dalle singole convenzioni”, segnala la presenza in queste ultime della previsione secondo cui “le espropriazioni avvengano a favore della concessionaria e la proprietà sia della concessionaria, la quale si obbliga a trasferire i beni allo Stato o all'ente concedente alla scadenza della concessione ... le autostrade sono, quindi, private (quasi sempre), ma sono ‘predestinate’ a divenire pubbliche”.

³⁶ Nello specifico ci si riferisce alla sovvenzione annua accordata a Saa, per facilitare il finanziamento dell'operazione, per tutta la durata della concessione, da usare in assenza di avanzi netti di gestione e da restituire con gli utili netti dell'esercizio successivo.

³⁷ Replicato in diversi ordinamenti come ricostruisce lo studio comparato condotto da L. Saltari, A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit..

³⁸ Sul rilevante nodo della presenza del pubblico interesse quale fattore conformativo (l'istituto dell'espropriazione è in tal senso il tramite attraverso cui tale rilievo si esprime) della fisionomia delle infrastrutture, che va evidentemente oltre il profilo dominicale, pur senza riuscire a giustificare i peculiari vincoli a carico del gestore della rete (che invece la *essential facility doctrine* spiega), cfr. G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, cit., 41-42. Cfr. pure S. Amorosino, *I beni autostradali*, cit., 49.

dell'amministrazione, sottoposto ad incisivi controlli da parte di quest'ultima. Lo schema è quello noto della "concessione-contratto"³⁹, ovvero di un atto amministrativo cui accede la convenzione tra parte pubblica e parte privata, che, attesa la sua natura anfibia, si presta in linea di principio e malgrado indicatori, eventuali e contingenti, di squilibrio tra le parti⁴⁰, a soddisfare le esigenze di entrambe, e al contempo si presta ad assecondare il modello liberale di intervento pubblico "contenuto" negli affari economici.

3.2. La stagione dell'interventismo pubblico

Con un certo ritardo sui tempi che avevano scandito la vicenda delle concessioni ferroviarie⁴¹, anche nel comparto autostradale lo Stato reagisce all'esperienza fallimentare delle concessionarie private – causata da previsioni eccessivamente ottimistiche sui volumi di traffico (principale fonte di alea nei ricavi) combinate agli effetti della crisi economica del '29, e caratterizzata da risultati non entusiasmanti delle gestioni (i difetti di manutenzione della rete ne sono un'esemplificazione) che non avevano comunque scongiurato significativi esborsi di risorse pubbliche – con un generalizzato riscatto delle concessioni assentite ai privati⁴², e con la nazionalizzazione del settore attraverso il conferimento della gestione delle autostrade all'Azienda autonoma delle strade-Ass, successivamente trasformata nell'Anas.

Successivamente, al modello pubblicistico declinato per il tramite dello Stato-apparato subentra – nel trentennio che va dalla fine del secondo conflitto mondiale al 1975 – quello dello Stato-imprenditore, rappresentato nel settore dalla Società autostrade concessioni e costruzioni, costituita nel 1950 in seno

³⁹ In tema D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1985, 280 ss.; E. Casetta, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della p.a.*, in *Il dir. dell'eco.*, 1992, 275; M.S. Giannini, *Il diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1996, 78; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; Id., *Concessioni e concorrenza*, in *Tem e Problemi*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998. Sul punto mette conto segnalare peraltro la posizione di S. Amoroso, *I beni autostradali*, cit., 50 che della convenzione sottolinea il carattere sostitutivo e non accessivo al provvedimento concessorio, per ragioni riconducibili (rinviando sul punto all'analisi svolta da S. Cassese, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974, 277 ss.) alla natura originaria delle concessionarie *ex lege* di società delle partecipazioni statali.

⁴⁰ In questo senso è stato osservato che lo sfondo storico-politico delle concessioni autostradali di prima generazione, ed in particolare l'alleanza tra il neo regime fascista e l'alta borghesia imprenditoriale del Nord, aveva finito per conferire ingenti vantaggi alla concessionaria privata – a sua volta collegata alla società di costruzioni alla cui guida era appunto il proponente l'opera – sì da configurare un "legame paradossale tra le due parti, dove quella dotata di poteri autoritativi è nella sostanza meno forte rispetto a quella privata": L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in L. Saltari, A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade*, cit., 26.

⁴¹ N. Rangone, *Trasporti di linea*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo, speciale*, III, Milano, 2003, 2275 ss. Il riscatto delle concessioni e la nazionalizzazione del settore ferroviario, con la istituzione dell'Amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato, risale alla L. 22 aprile 1905, n. 137.

⁴² Con l'eccezione della concessione per la Torino-Milano.

all'Iri, centrale nel programma di rilancio delle autostrade italiane⁴³. Passaggio quest'ultimo che prelude ad una combinazione di pubblico e privato ancora diversa rispetto a quella che aveva caratterizzato gli albori delle autostrade. Verso la promozione della logica imprenditoriale spingono una limitazione del contributo statale per il finanziamento dell'opera pari al 40%⁴⁴; il principio di autofinanziamento delle autostrade, in base al quale i pedaggi da fissare per ciascuna concessionaria avrebbero dovuto consentire la gestione in pareggio; la stessa previsione del modulo concessorio che in potenza, come detto, è destinato a incorporare energie private. Sennonché proprio tale ultimo aspetto veniva significativamente condizionato dalla previsione della preferenza da accordare nel rilascio delle concessioni a “enti di diritto pubblico, loro consorzi e società da essi costituiti o nelle quali essi abbiano la maggioranza azionaria”⁴⁵. A questo si affiancava, tra i sentori di pubblicità, la scelta di plafonare gli utili delle concessionarie nell'eventualità di un aumento dei volumi di traffico superiore a quello preventivato nel piano finanziario, imponendo la devoluzione allo Stato dell'eccedenza dei ricavi con una deduzione del 10%; l'attribuzione della concessione e l'approvazione della convenzione con decreto del Ministero dei lavori pubblici di concerto con quello del Tesoro. Il piano Zaccagnini del 1961⁴⁶ finiva per accentuare il conio pubblicistico di questa generazione di autostrade: valorizzava il ruolo dell'Iri e della controllata Società autostrade impostando un programma in base al quale quasi tutte le concessioni future avrebbero dovuto essere assegnate alla stessa⁴⁷; per la restante parte favoriva nei fatti, attraverso la previsione di una serie di misure fiscali e di contributi, l'attribuzione delle concessioni a controllate da enti locali; promuoveva l'assunzione di un ruolo più significativo e diretto da parte dei pubblici poteri e parallelamente deresponsabilizzava le concessionarie rispetto ai risultati delle gestioni⁴⁸. Nonostante il significativo coinvolgimento nella costruzione delle infrastrutture autostradali dell'epoca di competenze elevatissime e di energie autenticamente imprenditoriali, come quelle che si concentravano nel Gruppo Iri⁴⁹, la gestione delle concessionarie era fortemente condizionata dall'esiguità dei mezzi propri e dunque dall'incapacità di far

⁴³ La prima convenzione tra l'Anas e la Società Autostrade è stipulata nel 1956.

⁴⁴ La previsione era contenuta nella L. n. 463/1995, c.d. “Legge Romita”.

⁴⁵ Cfr. L. n. 463/1995, cit..

⁴⁶ Approvato con L. n. 729/1961.

⁴⁷ Si veda la previsione a mente della quale le nuove concessioni dovevano attribuirsi a una “società per azioni al cui capitale sociale l'istituto per la ricostruzione industriale partecipi direttamente o indirettamente almeno con il 51%”: L. n. 729/1961, art. 16.

⁴⁸ In questo senso parte della dottrina (G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 31-33) sottolinea come le previsioni del Piano Zaccagnini, da un lato, avessero ridotto il margine di manovra delle concessionarie affidando la fissazione delle tariffe al Ministero dei lavori pubblici, imponendo la devoluzione del ricavo dei pedaggi – dedotti gli oneri e le spese indicate in convenzione – allo Stato, e dall'altro lato avessero favorito, nonostante la nominale subordinazione delle nuove concessioni alla presenza di un piano finanziario in pareggio, investimenti da parte delle concessionarie quasi integralmente a debito grazie al riconoscimento di garanzie per ogni forma di indebitamento prevista nei piani finanziari.

⁴⁹ F. Amatori (a cura di), *Storia dell'Iri*, Vol. II, *Il “miracolo” economico e il ruolo dell'Iri*, Roma-Bari, 2013.

fronte alla crisi energetica⁵⁰ e dai conseguenti aumenti dei costi e degli oneri economici in assenza di incentivi e innesti finanziari (anche attraverso la conclusione di nuove convenzioni e le conseguenti rimodulazioni tariffarie). Il salvataggio statale di varie concessionarie anche attraverso il Fondo centrale di garanzia⁵¹, il blocco dell'appalto di costruzione di ulteriori tratte, ancorché assentite amministrativamente, disposto con legge nel 1975 e rimosso solo nel 1982, esprimevano efficacemente la logica sottesa allo sviluppo della rete autostradale in quel periodo: logica orientata ad assicurare non più che l'equilibrio economico-finanziario delle gestioni, nella quale la presenza ingombrante dell'attore pubblico attraverso una significativa commistione tra potere politico ed economico schiude un panorama particolarmente eterogeneo di soggetti concessionari, quelli particolarmente autorevoli e competenti come Società autostrade, o tali da giustificare importanti interventi di sostegno statale⁵².

3.3. La privatizzazione del settore

Riproponendo uno schema del tutto noto in punto di evoluzione dei rapporti Stato-mercato e del ruolo dei pubblici poteri nella sfera economica, il legislatore italiano ha, nel corso degli anni Novanta del XX secolo, avviato e compiuto un massiccio programma di privatizzazioni della gestione delle infrastrutture autostradali, favorendo la trasformazione delle imprese pubbliche attive nel settore, per il passato destinatarie di garanzie illimitate dello Stato, attraverso lo smobilizzo, essenzialmente per ragioni di cassa, delle partecipazioni di controllo detenute nelle prime dall'Iri e da altre concessionarie pubbliche⁵³. In questo senso l'orizzonte della privatizzazione – in particolare di quella che interessava la Società autostrade – era l'ingresso dei privati sino al superamento del modello della società in controllo pubblico, e dunque era quello di una privatizzazione “calda”⁵⁴, che in linea di principio appariva la più funzionale a

⁵⁰ Ci si riferisce alla crisi energetica del 1973: S. Labbate, *Il governo dell'energia: l'Italia dal petrolio al nucleare (1945-1975)*, Milano, 2010.

⁵¹ Istituito con l'art. 8, della legge n. 382/1968.

⁵² L'analisi condotta da G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 34, mette a tal proposito in luce la prassi invalsa sino alla fine degli anni '90 di utilizzare le concessionarie autostradali – Società autostrade e le altre prevalentemente controllate da enti locali – per finanziarie opere pubbliche “fuori bilancio”.

⁵³ In particolare l'accordo intervenuto nel 1993 tra il Ministro italiano degli Esteri, Andreatta, e il commissario europeo alla concorrenza, Van Miert, impegnava il governo italiano a quantificare l'indebitamento degli enti trasformati in S.p.a. e a tagliare l'indebitamento degli stessi entro il 1996 entro un livello fisiologico – utilizzando come parametro di riferimento quello di un “investitore privato operante in condizioni di economia di mercato” – attraverso appunto le privatizzazioni.

⁵⁴ Per una classificazione delle privatizzazioni e delle ragioni sottese a tali processi si veda S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2006, 124 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014, 48 ss.. V. altresì E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, cit., 3947. Per un'indagine in ordine alle finalità e agli esiti prodotti dai processi di privatizzazione rispettivamente degli enti e delle imprese pubbliche, da un lato, e dei beni pubblici, dall'altro lato, si veda F. Francario, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione “naturale” dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, cit., 191 ss. Per questi ultimi non sarebbe anzitutto proponibile la distinzione

garantire per il futuro il conseguimento di un'effettiva efficienza gestionale, essendo tali previsioni combinate alla rimozione – a fronte dell'obbligo del concessionario di corrispondere un canone allo Stato per la concessione – dei vincoli dettati in passato sulla destinazione degli utili, e cioè il divieto per la Società autostrade di distribuire dividendi superiori all'8% del capitale nominale, e l'obbligo di devolvere eventuali utili eccedenti allo Stato. In sostanza si spingeva sulla formula della società di capitali in modo da valorizzarne al massimo le potenzialità nel solco del modello capitalistico, in un quadro caratterizzato, anche all'indomani del processo in esame, da una significativa frammentazione di soggetti concessionari, venuti fuori dalle plurime dismissioni operate dalle società pubbliche – prevalentemente controllate da enti pubblici locali, come si è accennato⁵⁵ – oltretutto dalla privatizzazione di Autostrade, compiuta solo nel 1999⁵⁶. Alcuni dei principali profili di scetticismo avanzati nei confronti della *governance* italiana delle concessioni autostradali si anniderebbero tuttavia proprio in questo passaggio, destinato, come in altri settori, a far avanzare decisamente il privato e a far arretrare il pubblico, pur circondando in teoria con una serie di garanzie il descritto avvicendamento (risponde a quest'esigenza, per esempio, la previsione, valida per i servizi di rilevante interesse pubblico, della necessaria creazione di organismi indipendenti

tra una privatizzazione formale e sostanziale; ed in particolare una privatizzazione solo formale – che investa cioè “solo il profilo della titolarità del bene, e non anche il regime giuridico sostanziale, il quale continuerebbe ad essere immediatamente finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico” – sarebbe predicabile per i beni destinati a pubblici servizi, all'esito di una privatizzazione del servizio pubblico accompagnata da una regolazione dell'attività economica che, nel conformare il regime d'uso dei beni necessari all'attività stessa, “rende indifferente la natura (pubblica o privata) del soggetto proprietario” (220). Ravvisa peraltro la distinzione tra privatizzazioni sostanziali – che fanno perdere anche ai beni “non soltanto la loro forma o titolarità pubblica, bensì pure la loro strumentalità o destinazione istituzionale all'interesse pubblico, unitamente al loro speciale regime pubblicistico, funzionale a tale strumentalità o destinazione” – e privatizzazioni solo formali – che importano un nuovo modo di gestire e garantire l'interesse pubblico, lungi dal determinare la cessazione dell'asservimento degli stessi beni a tale interesse – M. Renna, *I beni “pubblici” degli enti privatizzati*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. ... cit.*, 295 ss.. Nel caso del settore autostradale il legislatore aveva rimosso (cfr. art. 10, c. 6, L. n. 537/1993) la condizione in base alla quale era imposto (art. 16, c. 1, L. n. 729/1961) “all'Iri di detenere la maggioranza delle azioni della concessionaria”, e aveva disposto che (art. 10, c. 7, L. n. 537/1993 cit.) “il venir meno della prevalenza pubblica nel capitale delle società concessionarie o della maggioranza delle società facenti parte dei consorzi ... fa cessare la garanzia dello Stato prevista” sui mutui e le obbligazioni.

⁵⁵ Le privatizzazioni che hanno interessato le concessionarie diverse da Società autostrade hanno portato tra il XX e il XXI secolo al controllo il Gruppo Gavio concessioni autostradali, che è attualmente il quadro operatore al mondo e il secondo in Italia.

⁵⁶ A seguito dell'adozione della L. n. 537/1993 cit., con la quale si definiva il futuro programma di dismissione della Società Autostrade, le procedure per la completa privatizzazione della Società autostrade – della quale era stata già ceduta nel 1986 una prima quota pari al 13% del capitale – furono avviate nel 1996; scandite dal rinnovo nel 1997 della convenzione tra l'Anas e la Società Autostrade – con proroga al 2038 della durata della concessione, originariamente stabilita al 2018 – ; e definite dalla delibera del C.d.M. 16 maggio 1997, adottata ai sensi dell'art. 1, c. 2, L. n. 481/1995, con le cessioni del 1999 e con la ristrutturazione societaria del 2002/2003 a seguito della quale veniva operato un trasferimento del ramo d'azienda relativo alle attività di gestione autostradale di Autostrade Spa a favore della nuova Autostrade per l'Italia, controllata al 100% da Atlantia, che subentrava ad Autostrade Spa nella convenzione con Anas: M. D'Antoni, *Privatizzazione e monopolio. Il caso della Società Autostrade*, in R. Atroni (a cura di), *Storia dell'Iri*, Vol. IV. *Crisi e privatizzazione 1990-2002*, Roma-Bari, 2013, 387 ss.; cfr. altresì M. Mucchetti, *L'ultimo decennio, revisione di una liquidazione sommaria*, in *Storia dell'Iri*, Vol. IV, cit., 591 ss..

finalizzati a regolare le tariffe e a controllare la qualità dei servizi stessi⁵⁷). La circostanza che la privatizzazione di Autostrade si fosse effettivamente compiuta nel 1999, quando “gli obiettivi di adesione all’Unione monetaria e di risanamento finanziario dell’Iri erano già stati raggiunti e l’esigenza di far cassa era dunque venuta meno”⁵⁸, avrebbero privato l’operazione delle contingenti ragioni sovente allegate per giustificare le privatizzazioni di quegli anni⁵⁹.

A ciò si aggiungevano le complessità sottese al regime regolatorio scaturito dalla L. n. 498/1992, e dalle successive delibere del Cipe⁶⁰, tra le quali spiccava la n. 319/1996 che aveva definito un sistema di regolazione delle tariffe basato sull’adozione del metodo del *price cap* – sostanzialmente volto a rivedere periodicamente le tariffe sulla base delle variazioni dei costi medi sostenuti dal concessionario, condizionando la media dei prezzi praticata da quest’ultimo ad un fattore di riduzione legato ai miglioramenti qualitativi del servizio⁶¹ – nei fatti indubabilmente favorevole per il concessionario. Aspetti che, in sede di rinnovo della convenzione tra Anas e Autostrade nel 1997, hanno acquisito rilevanza decisiva nel determinare la nuova scadenza della concessione, fissata in quell’occasione al 2038, e destinata a sollevare per un asserito contrasto con i principi di tutela della concorrenza, una serie di rilievi non solo interni⁶², non fuggiti dalla considerazione per cui le scelte compiute in ordine al metodo

⁵⁷ Cfr. art. 1, bis, del d.l. n. 332/1994, conv. in L. n. 474/1994, recante Norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni.

⁵⁸ G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 99. L’A. aggiunge a tal proposito che l’investimento finanziario dell’Iri nel capitale della Società autostrade era stato minimo, “la costruzione della rete era stata finanziata interamente a debito, e i debiti rimborsati con i proventi dei pedaggi”, con i quali di conseguenza “la Autostrade ha potuto non solo rimborsare i debiti contratti per finanziare gli investimenti ma anche assicurare un’altissima redditività al suo azionista” (94).

⁵⁹ Per l’idea condivisibile secondo cui la privatizzazione della Società autostrade non rimonderebbe a ragioni strettamente sussumibili nell’area della politica economica, ma piuttosto a motivazioni di carattere *lato sensu* politico-ideologiche, che spingono nel periodo dell’ascesa al Governo di D’Alema “gli *homines novi* della politica italiana” ad accreditarsi come “forza di governo *market friendly*”, L. Saltari A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 58-59.

⁶⁰ La l. n. 498/1992 affidava, infatti, al Cipe la funzione di adottare direttive per la revisione delle convenzioni autostradali e degli atti aggiuntivi ed in particolare delle tariffe.

⁶¹ Per una ricostruzione analitica dei meccanismi caratterizzanti tale metodo e delle ragioni teoriche a fondamento del medesimo si veda S.C. Littlechild, *Privatisation, Competition and Regulation*, London, 2000; R. Mele, *Economia e gestione delle imprese di pubblici servizi tra regolazione e mercato*, Padova, 2003. Si veda da ultimo Autorità di regolazione dei trasporti, delibera n. 73 del 18 luglio 2018 con la quale è stato approvato il sistema tariffario di pedaggio per l’affidamento della concessione per la gestione *in house* della tratta autostradale A22 Brennero-Modena. Sull’idoneità del metodo del *price cap* a “stimolare politiche aziendali di miglioramento delle produttività e, in definitiva, un risparmio della spesa pubblica”, cfr. D.U. Galetta, M. Giavazzi, *Trasporti terrestri*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Milano, 2007, 2225-2226.

⁶² Rilievi: della Corte dei conti – delibere nn. 136 del 27 ottobre 1997 e 20/E/98 del 17 febbraio 1998 – dinanzi alla richiesta di registrazione del decreto interministeriale di approvazione della convenzione; della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella Segnalazione AS135, “Proroghe delle concessioni autostradali”, 22 maggio 1998; nonché della Commissione europea. Per una compiuta ricostruzione dei rilievi formulati in tale occasione si veda S. Amorosino, *Le concessioni autostradali tra proroghe, liberalizzazioni e privatizzazioni*, in S. Amorosino, *Poteri amministrativi e intraprese finanziarie*, Torino, 1999, 184 ss.

tariffario erano volte “a massimizzare gli introiti ottenibili dalla privatizzazione attraverso la garanzia di una elevata redditività”⁶³.

Per l’effetto di queste criticità finisce per non esprimere al meglio le sue potenzialità neanche il congegno contrattuale concessorio, immaginato per operare in condizioni in cui i centri di interesse siano ben definiti, in modo da poter equilibrare efficacemente le diverse istanze rappresentate, ciascuna tendente alla propria massimizzazione, ed affrancato in questa nuova cornice, come si è visto, dalla precedente impossibilità del concessionario di realizzare un lucro soggettivo.

3.4. Le vicende successive: disorganici tentativi del pubblico di governare le concessioni

Le tensioni che la gestione delle concessioni autostradali pone sotto il profilo della tutela della concorrenza, sono state enfatizzate dagli accadimenti successivi e portate al centro di un vivo dibattito tra gli attori istituzionali che a vario titolo hanno condizionato gli sviluppi del settore (decisore politico; autorità indipendenti – autorità garante della concorrenza e del mercato e autorità di vigilanza sui lavori pubblici⁶⁴ - ; Commissione europea; Cipe; giudice amministrativo). Accanto a tali tensioni si approfondiva il solco tra le ragioni dei concessionari e quelle di quanti, in nome di una più rigorosa tutela dell’interesse generale, individuavano quale bersaglio un sistema di determinazione delle tariffe che, poiché non sottoposto ad un quadro regolatorio stringente, era caratterizzato da un andamento positivo degli utili combinato ad aumenti tariffari, mancati investimenti programmati, e in definitiva ad extraprofitti non tradottisi in benefici per l’utenza⁶⁵. Il disegno perseguito in prima istanza dal legislatore, attraverso il d.l.

⁶³ M. D’Antoni, *Privatizzazione e monopolio. Il caso della Società Autostrade*, cit., p. 408. Parla a tal proposito di un rapporto di “strumentalità positiva tra la proroga della concessione e la privatizzabilità in condizioni ottimali”, S. Amorosino, *Le concessioni autostradali tra proroghe, liberalizzazioni e privatizzazioni*, cit., 175. La ricostruzione della vicenda operata da G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 41 evidenzia come i criteri per l’applicazione del *price cap* avrebbero richiesto una preliminare verifica “sull’entità del residuo capitale netto da ammortizzare”, ed imposto nel caso di specie una drastica riduzione della tariffa iniziale, che non fu operata perché ciò “contrastava ovviamente con l’obiettivo di massimizzare il ricavo della privatizzazione di Autostrade”, e si applicò più semplicemente il metodo muovendo dalle tariffe esistenti. Lo stesso A. riferisce di come, prima dell’adozione del d.m. lavori pubblici del 20 ottobre 1998 n. 283 (c.d. direttiva “Costa-Ciampi”) in un parere dell’Avv. Stato reso al Ministro dei lavori pubblici si sostenesse che “la finalità perseguita dal legislatore ... nell’avviare la privatizzazione delle società a partecipazione statale” fosse quella di “costituire una sorta di avviamento di tali società, incrementando la loro potenzialità economica a tal fine fissando in almeno vent’anni la durata di concessioni nuove e prorogando di vent’anni le concessioni in atto”.

⁶⁴ L’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, istituita con la L. n. 109/1994, oggetto di ristrutturazione nel senso dell’ampliamento delle relative funzioni anche ai settori della fornitura dei beni e dei servizi e conseguentemente ridenominata Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (cfr. d. lgs. n. 163/2006), è stata come noto soppressa per effetto del d.l. n. 90/2014, conv. in L. n. 114/2014, che ne ha trasferito le funzioni all’Autorità Nazionale anticorruzione, ridisegnandone significativamente lo spettro di competenze.

⁶⁵ Sul punto si segnala la posizione espressa da V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, cit., 24 che, nell’affrontare il rapporto tra utilizzazione economica e destinazione pubblica dei beni pubblici e rinvenire possibili ipotesi di coesistenza tra le due, in particolare quella in cui “l’uso pubblico cui il bene è destinato, possa

n. 262/2006, poi convertito nella legge n. 286/2006, era quello di utilizzare, in ordine agli aggiornamenti tariffari e quindi per incidere sulla determinazione delle tariffe⁶⁶, allo scadere dei piani economico-finanziari o comunque entro un anno dall'entrata in vigore del decreto⁶⁷, lo strumento della “convenzione unica” con cui sostituire tutte le convenzioni in essere, quantunque si assegnasse alla prima valore ricognitivo di queste ultime⁶⁸. Pur non ponendo in discussione il metodo precedentemente praticato – come si è segnalato quello del *price cap* – l'intervento del 2006 tendeva a recuperare i ricavi tariffari per il passato riconosciuti a fronte di investimenti poi non effettuati, e ad agganciare l'adeguamento a sistema delle tariffe ad un livello compatibile con una congrua remunerazione del capitale netto investito⁶⁹. Mentre l'adempimento dei contenuti convenzionali veniva presidiato dalla futura previsione di sanzioni⁷⁰, l'operatività dell'intero meccanismo veniva affidata alla estinzione automatica delle concessioni in essere per l'ipotesi di mancata adesione alla convenzione unica, o alla decadenza automatica dalla concessione per mancato perfezionamento della convenzione unica per fatto imputabile al concessionario, con conseguente assunzione da parte di Anas della gestione diretta delle attività del concessionario⁷¹, senza la

essere a sua volta economicamente valorizzato”, rinvia al caso paradigmatico della gestione delle autostrade: “la valorizzazione economica dell'uso pubblico si è spinta molto in là, sino a dar luogo a gestioni economicamente assai produttive; tali anche da far fronte alle spese necessarie per la costruzione e la manutenzione delle opere e in molti casi ad utili di impresa assai rilevanti”. Secondo l'A. “il fatto che si tratti di gestione in concessione ovviamente non sposta i termini della questione”.

⁶⁶ L'art. 12 del d.l. n. 262/2006 cit., era rubricato “Nuova disciplina relativa agli aggiornamenti tariffari del settore autostradale e rafforzamento dei poteri regolamentari dell'Anas”. Cfr. l'art. 2, c. 82, successivamente alla conversione con l. n. 286/2006.

⁶⁷ Cfr. art. 12 cit.: “la convenzione unica ... deve perfezionarsi entro un anno dalla data di scadenza dell'aggiornamento periodico ovvero da quella in cui si creano i presupposti per la revisione della convenzione; in fase di prima applicazione, la convenzione unica è perfezionata entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente articolo”.

⁶⁸ L'art. 2, c. 82, d.l. n. 262/2006, conv. in L. 286/2006 cit. circoscrive il valore ricognitivo alle “parti diverse da quelle derivanti dall'aggiornamento ovvero dalla revisione”.

⁶⁹ Cfr. art. 2, c. 83 d.l. n. 262/2006, conv. in L. 286/2006. In tali previsioni G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade, cit.*, scorge un tentativo di “riportare la regolazione delle tariffe nella logica della *tariffa-remunerazione*” (p. 64), “sistema che persegue esplicitamente l'obiettivo di assicurare al concessionario un rendimento congruo evitando extraprofitti”, alternativo al criterio della *tariffa-scommessa* basato su “formule da applicarsi meccanicamente” (20-21).

⁷⁰ Cfr. art. 2, c. 83, lett. h), d.l. n. 262/2006, conv. in L. 286/2006: “le clausole della convenzione unica ... sono in ogni caso adeguate in modo da assicurare ... l'introduzione di sanzioni a fronte di casi di inadempimento delle clausole della convenzione imputabile al concessionario, anche a titolo di colpa; la graduazione di tali sanzioni in funzione della gravità dell'inadempimento”.

⁷¹ Si vedano in particolare i cc. 6 e 7 dell'art. 12 del d.l. n. 262/2006 cit.: “Nel caso in cui il concessionario, ... dichiarerà di non voler aderire alla convenzione unica redatta conformemente a quanto previsto dal comma 2, il rapporto concessorio si estingue automaticamente. ANAS S.p.a. assume conseguentemente la gestione diretta delle attività del concessionario, subentrando in tutti i suoi rapporti attivi e passivi, inclusi quelli con il personale dipendente del concessionario che ne faccia domanda. Nel caso in cui la convenzione unica, ... non si perfezioni entro il termine di cui al comma 1 per fatto imputabile al concessionario, quest'ultimo decade, nel rispetto del principio di partecipazione e contraddittorio, dalla concessione ed ANAS S.p.a. subentra nella gestione diretta delle sue attività ai sensi del comma 6, secondo periodo”.

corresponsione di alcun indennizzo. Quest'ultima veniva prevista in un secondo momento unitamente alla puntualizzazione del carattere temporaneo della gestione diretta da parte di Anas in vista della successiva messa in gara delle relative attività⁷². A questo si affiancava la previsione di una serie di ulteriori obblighi in capo ai concessionari, volti a garantire per il futuro il rispetto da parte di questi ultimi dell'evidenza pubblica per gli affidamenti di forniture e servizi⁷³; un peculiare regime di tenuta delle scritture contabili; il possesso di requisiti di solidità patrimoniale; di onorabilità, professionalità ed indipendenza degli amministratori; e limitazioni in ordine all'esercizio dei diritti di voto per la nomina degli amministratori da parte di operatori del settore delle costruzioni. Il rischio che gli effetti della privatizzazione, e del conseguente rinnovamento dei soggetti operanti nel comparto e degli scopi perseguibili dagli stessi, si fossero tradotti in uno sbilanciamento del rapporto pubblico privato a favore di quest'ultimo, per un'abdicazione di fatto dell'autorità pubblica al compito di effettuare un effettivo controllo sul rispetto degli obblighi del gestore, sull'andamento della sua produttività – da correlare in linea di principio a possibili benefici per l'utenza – spiega il carattere incisivo degli interventi che la riforma del 2006 si proponeva di realizzare, ridimensionati sin dalla conversione in legge del decreto citato e in una serie di passaggi successivi⁷⁴, anche allo scopo di mettere fine ad un contenzioso tra il governo italiano e la Commissione europea. Nelle maglie di due procedure di infrazione – per violazione delle norme sulle concentrazioni e sulla libera circolazione dei capitali e sul diritto di stabilimento – finiva il disegno rinnovatore del 2006 a causa di una serie di previsioni ritenute esorbitanti rispetto all'obiettivo di riorganizzare i regimi tariffari e la regolamentazione del settore, nella parte in cui, per esempio, esse limitavano l'esercizio di voto per i gruppi operanti nel settore delle costruzioni e imponevano la rinegoziazione di tutti i contratti di concessione, generando verosimilmente incertezze del quadro regolatorio, pena la revoca dei medesimi per il caso della mancata adesione alle nuove condizioni, e senza alcun indennizzo (motivo anche questo di ulteriore, rilevante, disincentivo per gli investitori)⁷⁵. L'obiettivo di “rivisitazione del sistema concessorio in Italia perché ... sproporzionato a danno degli utenti e dei consumatori”⁷⁶, è strettamente intrecciato col tentativo dell'autorità pubblica di impedire la

⁷² Cfr. le modifiche apportate dall'art. 1, c. 1030 L. n. 296/2006 all'art. 2, cc. 87 e 88 del d.l. 262/2006, successivamente abrogati dal d.l. n. 185/2008, art. 3, c. 6, lett. b).

⁷³ Cfr. art. 2, c. 85, d.l. n. 262/2006, conv. in L. 286/2006.

⁷⁴ Cfr. la l. n. 286/2006 e la l. n. 296/2006; il d.l. n. 300/2006, conv. in l. n. 17/2007; la delibera Cipe n. 39/2007 rispetto alla precedente n. 1/2007; la l. n. 101/2008, di conversione del d.l. n. 59/2008.

⁷⁵ Si vedano in sintesi le contestazioni mosse alla legislazione italiana e le considerazioni che indussero la Commissione europea a chiudere il procedimento di infrazione relativo alle restrizioni alla libera circolazione: IP/08/1521 del 16 ottobre 2008, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1521_it.htm.

⁷⁶ Così Pallora Ministro delle Infrastrutture nel governo Prodi che compendia l'azione di governo tesa a riequilibrare la gestione delle concessionarie autostradali con il celebre annuncio “la cuccagna è finita”: cfr. *Autostrade, per Di Pietro “la cuccagna è finita” e il Tar gli dà ragione*, in *Il sole 24 ore*, 6 dicembre 2006.

fusione del principale concessionario italiano con un operatore spagnolo, parte di un gruppo attivo, fra gli altri, proprio nel settore delle costruzioni, sulla scorta del rilievo relativo al conflitto di interessi che si sarebbe così determinato nell'azionariato del concessionario, a suo tempo privatizzato a date condizioni⁷⁷. Accanto alle questioni sollevate dal regime autorizzatorio italiano del trasferimento delle concessioni rispetto ad un preteso difetto di proporzionalità – regime poi rivisto in misura ritenuta congrua dall'interlocutore europeo⁷⁸ – vi sono considerazioni legate all'adeguatezza dello strumento concessorio, rispetto all'utilizzo in concreto fattone in passato, in relazione al perseguimento di scopi di interesse generale, come quelli doverosamente sottesi all'approntamento di infrastrutture essenziali e alla fornitura di servizi di mobilità non sostituibili con quelli offerti dalla rete stradale⁷⁹, rispetto ai quali quindi gli obiettivi di tutela si pongono anche in termini di *Consumer Welfare*⁸⁰. Le vicende di quegli anni senz'altro

⁷⁷ Si tratta della notissima vicenda avente ad oggetto la procedura di fusione per incorporazione della società Autostrade S.p.a. – controllante della società Autostrade per l'Italia, concessionaria autostradale – da parte della società Albertis Infraestructuras s.a., condizionata dall'autorizzazione del Mit di concerto con il Mef al trasferimento della concessione, negata il 4 agosto 2006 in ragione tra l'altro della asserita violazione delle disposizioni previste nella delib. Mit 16 maggio 1997 cit. che aveva definito le modalità di privatizzazione di Autostrade. Sul diniego dell'autorizzazione cfr. TAR Lazio, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 5653, su cui R. Caranta, *Storia di una mancata fusione annunciata*, in *Società* 2007, p. 1131 ss.; G. Leone, *Questo matrimonio non s'ha da fare*, in *giustamm.it*, 1/2007; S. Rostagno, *Dubbi interpretativi in materia di fusioni, gruppi e potere autorizzatorio della p.a.: il caso Autostrade-Albertis*, *ivi*, 1/2007. Sulla vicenda si vedano, tra gli altri, A. Mari, *La trasformazione societaria di Autostrade S.p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 77 ss.; C. Scarpa, *Lo strano caso di Autostrade-Albertis. Una love story dal finale aperto*, in *Merc. Concorr. Reg.*, 2007, 71 ss..

⁷⁸ Per una sintesi delle motivazioni alla base della contestazione di violazione dell'art. 21 del Regolamento sulle concentrazioni da parte della normativa italiana, si veda la Press Release IP/06/1418 del 18 ottobre 2006 (in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1418_it.htm?locale=fr); nonché delle revisioni del regime autorizzatorio proposte dallo Stato italiano al fine di consentire la chiusura della procedura di infrazione, poi confluite nella Direttiva del Mit del 30 luglio 2007 (le stesse sintetizzavano condizioni proporzionate cui subordinare l'autorizzazione dei trasferimenti delle concessioni, garantendo il sistema ed una sana gestione delle rete, come l'assunzione di "tutti gli impegni in essere del concessionario precedente, compresi gli obblighi di effettuare gli investimenti già previsti nei piani finanziari precedenti ma non realizzati" e la effettiva capacità di ottemperare a tali obblighi in termini di risorse sia finanziarie che tecniche) cfr. IP/07/1119 del 18 luglio 2007, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1119_it.htm.

⁷⁹ In questo senso si rinvia alla considerazione per cui "le autostrade non sono un'infrastruttura opzionale, costruita per chi vuole andare più veloce, con un di più rispetto alle strade statali", G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 15, sebbene operata in quella sede per sostenere, tra le altre cose, la natura di imposta sulla mobilità dei pedaggi autostradali e non di prezzo per un servizio.

⁸⁰ Nel Documento XVII approvato dalla Camera dei Deputati nell'11 gennaio 2006 a conclusione dell'indagine conoscitiva "Sullo stato e sulle prospettive di sviluppo del settore autostradale" si legge: "le misure da assumere in materia di controlli e vigilanza non possono che rispondere all'esigenza di assicurare un migliore servizio all'utenza autostradale e all'opportunità di rafforzare il legame tra pedaggio corrisposto e servizio reso, in coerenza con i principi affermati anche in sede comunitaria". L'idea che i benefici per l'utenza debbano muovere il quadro regolatorio nel comparto autostradale ripropone, rispetto al settore e nella misura in cui si tratti la mobilità come un servizio pubblico, una prospettiva teleologica ben nota nella disciplina a tutela della concorrenza: V. De La Mano, *For the customer's sake: the competitive effects of efficiencies in European Merger control*, in *Enterprise Papers*, 11/2002, DG Imprese Commissione europea. Sul passaggio ad una accezione dinamica della concorrenza si vedano, tra i tanti, M. Libertini, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 11; A. Police, *Tutela*

segnalavano un insoddisfacente ricorso al confronto concorrenziale nel settore autostradale – sia per gli affidamenti delle opere ai concessionari, sia per gli affidamenti a valle da parte di questi ultimi⁸¹ – confronto senz’altro non potenziato dall’approvazione per legge di tutti gli schemi di convenzione con l’Anas sottoscritti dai concessionari alla data di volta in volta indicata dai provvedimenti normativi intervenuti⁸², non solo perché in tali passaggi, di marca evidentemente autoritativa, si eludeva ancora una volta il ricorso all’evidenza pubblica, ma anche per i contenuti delle stesse convenzioni uniche, posto che il meccanismo di adeguamento tariffario ivi previsto, sganciato dalla verifica dell’andamento di produttività del gestore, consentiva la formazione di rendite monopolistiche a favore del concessionario e a danno dell’utenza⁸³. Con riferimento specifico poi alla relazione contrattuale tra Anas e Autostrade, sono stati messi in evidenza profili di criticità – riferibili peraltro anche agli altri rapporti concessori – relativi ad un esercizio verosimilmente non tempestivo e corretto delle potestà di vigilanza da parte del concedente, idonee ad attivare, per l’ipotesi estrema dell’accertata inadempienza, il procedimento di decadenza⁸⁴, a fronte di investimenti ed interventi convenuti ma non realizzati dalla concessionaria⁸⁵. Si tratta di un’inerzia verosimilmente riconducibile anche alla difficoltà di esercitare tale funzione di controllo nei confronti di un soggetto, prima della privatizzazione e quindi al tempo in cui i contenuti rilevanti erano stati convenuti, espressione dello Stato-imprenditore al pari di Anas⁸⁶. Quest’ultima, all’esito di un processo di trasformazione meno incisivo di quello che aveva investito la principale concessionaria del settore, aveva acquisito per mano della legge n. 138/2002 la natura di società per

della concorrenza e pubblici poteri, Torino, 2007, 1 ss.; A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 90 ss..

⁸¹ Si veda la Segnalazione AS 336 dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, “Modalità di affidamento di lavori nell’ambito di concessioni pubbliche”, del 28 marzo 2006.

⁸² Cfr. il d.l. n. 59/2008, conv. in l. n. 101/2008; la l. n. 191/2009; il d.l. n. 78/2010.

⁸³ Autorità garante della concorrenza e del mercato, Segnalazione AS455 del 4 luglio 2008, n. 3, “Schemi di convenzione con la società Anas S.p.a. sottoscritti dalle società concessionarie autostradali”.

⁸⁴ Sull’adeguatezza dello strumentario sanzionatorio si era al tempo appuntato lo sguardo critico dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella Segnalazione al Governo e al Parlamento, “Concessione ANAS Autostrade Spa” dell’8 giugno 2006, che osservava: “la circostanza che l’originaria e tuttora vigente disciplina convenzionale del rapporto concedente-concessionario sia rimasta la stessa, ed in particolare non attribuisca alla concedente né la potestà di infliggere penali per ritardi né alcun altro concreto strumento per sanzionare eventuali specifici comportamenti omissivi della concessionaria salvo la misura estrema della decadenza dell’intera concessione, non attenua, ma semmai corrobora, l’esigenza di ricorrere a tale estrema misura qualora non sussistano altri mezzi idonei a tutelare il pubblico interesse”.

⁸⁵ Le osservazioni a tal proposito formulate nella Segnalazione della Avlp cit., del 8 giugno 2006, muovono dalla considerazione dei piani finanziari 1997-2005. Sulle criticità del sistema delle concessioni autostradali, nella medesima direzione, si muove altresì la Segnalazione della Avlp del 19 ottobre 2006.

⁸⁶ Nella cit. Segnalazione dell’Avlp del 8 giugno 2006 il rapporto allora esistente tra l’ente pubblico Anas e la Autostrade Spa di proprietà pubblica veniva ravvisato quale principale causa di una determinazione eccessivamente ottimistica del piano di investimenti da realizzare a cura del concessionario.

azioni, i cui compiti e rapporti con lo Stato azionista erano stati definiti da una convenzione di concessione stipulata nel gennaio 2003, integrata da una serie di successive disposizioni, aventi ad oggetto tra l'altro il trasferimento all'Anas della rete autostradale e stradale nazionale⁸⁷ ed un cambiamento strutturale ed organizzativo della società così accidentato da alimentare la “confusione tra i compiti di soggetto controllore” (in quanto concedente) e “di controllato” (in quanto concessionario), e da non garantire peraltro la fuoriuscita di Anas dal settore delle amministrazioni pubbliche ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e quindi del rispetto dei cosiddetti “criteri di convergenza” europei⁸⁸, argomento in qualche modo sotteso alla privatizzazione formale dell'ente pubblico. L'evoluzione che ha interessato Anas è altamente esemplificativa delle varietà delle forme assunte dalla presenza pubblica nel comparto autostradale. Tale ondivago percorso ruota, oltre che intorno al nodo della riferita commistione funzionale o meglio al tentativo di superarla, anche intorno alla esigenza di assicurare che gli interventi nel settore avvenissero senza notevoli impatti sulla finanza pubblica. In questo senso va letto il passaggio in corrispondenza del quale Anas S.p.a. veniva privata del ruolo di concedente a favore del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti⁸⁹ – eccetto che per le autostrade di esclusivo interesse regionale, rispetto alla cui realizzazione l'Anas poteva, prima dell'intervento dell'attuale codice dei contratti pubblici come modificato nel 2017, continuare ad esercitare il ruolo di concedente⁹⁰ – se ne circoscrivevano le funzioni

⁸⁷ Cfr. art. 76 della l. n. 289/2002.

⁸⁸ Cfr. ancora il Documento XVII che sul punto si riferisce “alle perplessità sollevate in sede europea ... in ordine agli effetti sull'indebitamento netto derivanti dall'attuazione del c. 450” dell'art. 1, della l. n. 311/2004, “con particolare riferimento alla vendita di strade statali ad una società detenuta dallo Stato, ma classificata fuori dal settore pubblico”.

⁸⁹ In realtà l'art. 36 del d.l. n. 98/2011, conv. in L. n. 111/2011, prevedeva che a decorrere dal 2012 le funzioni di amministrazione concedente fossero svolte da un'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, sottoposta a poteri di indirizzo, vigilanza e controllo esercitati dal Mit di concerto col Mef. Successivamente il d.l. n. 216/2011, conv. in l. n. 14/2012, art. 11, c. 5, ha previsto che “sino alla data di adozione dello statuto dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, e comunque non oltre il 30 settembre 2012, le funzioni e i compiti ad essa trasferiti ... continuassero ad essere svolti dai competenti uffici delle Amministrazioni dello Stato e dall'Ispettorato di vigilanza sulle concessionarie autostradali e dagli altri uffici di Anas S.p.a.. In caso di mancata adozione entro il predetto termine dello statuto ... l'Agenzia è soppressa e le attività e i compiti già attribuiti alla medesima sono trasferiti al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti”.

⁹⁰ In tal senso infatti l'art. 2, c. 289, della l. n. 244/2007 consentiva che per la “realizzazione di infrastrutture autostradali, di esclusivo interesse regionale, interamente ricadenti nel territorio di competenza di una singola regione”, “le funzioni e i poteri di soggetto concedente e aggiudicatore potessero essere trasferiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ad un soggetto di diritto pubblico appositamente costituito in forma societaria e partecipata dall'ANAS S.p.a. e dalle regioni interessate o da soggetto da esse interamente partecipato, che esercita esclusivamente i sopra indicati poteri e funzioni”; il c. 289-bis riferiva tale facoltà alle infrastrutture autostradali in concessione ad Autovie Venete Spa in ordine alla costituzione di soggetti partecipati da Anas e dalle regioni Veneto e Friuli-Venezia Giulia. Entrambe le disposizioni sono state abrogate dall'art. 217, c. 1, lett. i-bis), D. lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 129, c. 1, lett. a), D. lgs. n. 56/2017. Attualmente l'art. 178, c. 8-ter (aggiunto dall'art. 105, c. 1, lett. f) D. lgs. n. 56/2017) del codice dei contratti pubblici dispone che “Le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle

a quelle di concessionario, in primo luogo della costruzione e gestione della rete stradale e, quanto alla costruzione e gestione di autostrade, la stessa veniva espressamente presentata come naturale alternativa all'individuazione di concessionari esterni per le “concessioni in scadenza o revocate” o per la realizzazione di nuove tratte⁹¹, subordinatamente alla condizione di assenza di effetti negativi sulla finanza pubblica⁹². In coerenza con la riconduzione del ruolo di Anas nell'ambito della gestione diretta, operava poi la puntualizzazione a mente della quale il nuovo statuto della società dovesse prevedere “i requisiti necessari per stabilire forme di controllo analogo del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sulla società, al fine di assicurare la funzione di organo *in house* dell'amministrazione”⁹³. Spinta, quella tesa ad assicurare ai poteri pubblici l'intervento diretto nella costruzione e gestione delle infrastrutture stradali, subito dopo contraddetta con la eliminazione della possibilità per il Ministero di procedere ad affidamenti diretti, e con la contestuale soppressione del riferimento alla natura di società *in house* di Anas S.p.a.⁹⁴, in un tentativo velleitario di “collocare Anas fuori dal perimetro delle amministrazioni pubbliche”⁹⁵. Sennonché evitare l'inquadramento di Anas come organo *in house* dell'amministrazione statale non appare di per sé sufficiente⁹⁶ a garantire che questa possa “operare in condizioni tali da competere con prerogative analoghe a quelle degli altri concessionari”⁹⁷. In questo senso mette conto sottolineare come Anas – che è stata acquisita a far data dal 1 gennaio 2018 dalla holding Ferrovie dello Stato italiane, in ossequio alla previsione dettata dall'art. 49, c. 1, del d.l. n. 50/2017, convertito in legge n. 96/2017⁹⁸ – continui a figurare nell'elenco Istat delle Amministrazioni

infrastrutture e dei trasporti a società *in house* di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite”. Cfr. *infra* par. 4.

⁹¹ Si veda infatti la versione originaria dell'art. 36, c. 2, lett. a), e lett. b), n. 3) del d.l. n. 98/2011.

⁹² Cfr. art. 36, c. 2, lett. a) del d.l. n. 98/2011 cit..

⁹³ Così l'art. 36, c. 9, del d.l. n. 98/2011 cit..

⁹⁴ Per le modifiche apportate all'art. 36, c. 2, lett. a), e alla lett. b), n. 3 dello stesso comma 2 e al c. 9, si veda l'art. 25, c. 7, lett. a) nn. 2, 3, e l'art. 25, c. 8, d.l. n. 69/2013, conv. in L. n. 98/2013.

⁹⁵ In questo senso si veda L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 72.

⁹⁶ Cfr. L. Saltari, A. Tonetti, *loc. cit.*

⁹⁷ Nota di lettura del Senato della Repubblica, Servizio Bilancio, n. 13, agosto 2013, sul d.d.l. A.S. 974.

⁹⁸ I cc. 1 e 2 dell'art. 49, d.l. n. 50/2017 hanno previsto che: “Con l'obiettivo di rilanciare gli investimenti del settore delle infrastrutture attraverso la programmazione, la progettazione, la realizzazione e la gestione integrata delle reti ferroviarie e stradali di interesse nazionale, ANAS S.p.a. sviluppa le opportune sinergie con il gruppo Ferrovie dello Stato, anche attraverso appositi contratti e convenzioni al fine di realizzare, tra l'altro, un incremento degli investimenti nel 2017 di almeno il 10 per cento rispetto al 2016 ed un ulteriore incremento di almeno il 10 per cento nel 2018. Il fine di realizzare una proficua allocazione delle partecipazioni pubbliche facenti capo al Ministero dell'economia e delle finanze in ambiti industriali omogenei, il Ministro dell'economia e delle finanze, entro trenta giorni dal verificarsi delle condizioni di cui al comma 3, trasferisce, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea, alla società Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. le azioni della società ANAS S.p.a. mediante aumento di capitale della società Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. tramite conferimento in natura. L'aumento di capitale è realizzato per un importo corrispondente al patrimonio netto di ANAS S.p.a. risultante da una situazione patrimoniale approvata dal Consiglio di amministrazione della società e riferita ad una data non anteriore a quattro mesi dal conferimento”. Tra i presupposti cui la disposizione subordinava il trasferimento vi era, accanto al

pubbliche, nella sezione dedicata alle amministrazioni centrali tra gli “enti produttori di servizi economici”⁹⁹. Tra i compiti identificativi dell’oggetto sociale della medesima figurano, in base alle previsioni dello Statuto sottoscritto il 28 gennaio 2018, quello di “gestire e mantenere la rete stradale e autostradale nazionale di competenza”; “costruire nuove strade ed autostrade, anche a pedaggio”; “curare l’acquisto, la costruzione, la conservazione, il miglioramento e l’incremento dei beni ... immobili destinati al servizio della rete stradale ed autostradale nazionale di competenza”; “esercitare per la rete stradale ed autostradale nazionale di competenza i diritti ed i poteri dell’ente proprietario”. Con una disposizione dalla formulazione non proprio felice lo stesso Statuto poi prefigura l’eventualità che il conseguimento dell’oggetto sociale, e cioè l’espletamento delle descritte funzioni, avvenga in via diretta – con “contratti di concessione assunti direttamente”¹⁰⁰ – o in alternativa mediante affidamenti a terzi “anche con contratti di concessione”, evidentemente puntualizzando, attraverso il riferimento alla normativa vigente, la necessità di rispettare le regole di evidenza pubblica, operando in tal caso Anas S.p.a. come amministrazione aggiudicatrice¹⁰¹. A conferma, infine, del percorso non proprio lineare seguito nel tentativo di affrancare Anas dall’esercizio di compiti in sostanza legati al ruolo di concedente, lo Statuto continua a far riferimento a “funzioni pubbliche di vigilanza, controllo e sicurezza affidate in concessione” ad Anas, il cui svolgimento non può, diversamente da quello di altri compiti, essere affidato a terzi. Il rilievo si lega più in generale alla questione dell’inveramento non compiuto di un quadro regolatorio efficace, basato innanzitutto sull’affermazione di una regolazione indipendente, secondo la sequenza logica e cronologica molto nota che ha condizionato il compimento delle privatizzazioni sostanziali¹⁰². Funzioni di regolazione economica in senso tecnico nel settore di cui ci si occupa –

perfezionamento del Contratto di Programma 2016/2020 tra lo Stato e Anas S.p.a., secondo quanto previsto all’art. 1, c. 870, l. n. 208/2015, l’acquisizione di una perizia giurata da cui risultasse l’adeguatezza dei fondi stanziati nel bilancio ANAS, nonché “l’assenza di effetti negativi sui saldi di finanza pubblica rilevanti ai fini degli impegni assunti in sede europea, verificata dal Ministero dell’economia e delle finanze”.

⁹⁹ Cfr. l’Elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato individuate ai sensi dell’articolo 1, comma 3 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 e ss.mm., pubblicato il 28 settembre 2018.

¹⁰⁰ Per questa opzione ci si riferisce a “contratti di concessione assunti direttamente, anche attraverso finanza di progetto o partenariati pubblici o privati, da” Anas “ovvero da società, consorzi e/o imprese partecipate di cui” Anas “può promuovere la costituzione o assumere partecipazioni”: cfr. par. 2.5 dello Statuto di Anas S.p.a..

¹⁰¹ Anas S.p.a. figura peraltro nell’Elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari, di cui all’Allegato IV del codice dei contratti pubblici, d. lgs. n. 50/2016. Precedentemente come rilevato da Anac – nella delibera n. 1142 del 8 novembre 2017 – tale configurazione figurava espressamente tra le previsioni dello statuto della società.

¹⁰² Il riferimento è all’art. 1-bis del d.l. n. 332/1994 che, con riguardo alle “dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società” attive nei settori della “difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e di altri pubblici servizi”, prevede che queste “sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità di servizi di rilevante interesse pubblico”. A tal proposito F. Trimarchi Banfi, *op. cit.*, 49 osserva che “il senso della disposizione è che la funzione del monopolio pubblico, in quanto concepita come correttivo alle disfunzioni del monopolio privato, non ha più ragione d’essere solo se, contemporaneamente, si attua il regime di regolazione del mercato”.

considerati anche i descritti profili di complessità sollevati dalla compresenza di numerose funzioni in capo allo Stato-azionista – sono destinate ad essere assunte dall’Autorità di regolazione dei trasporti (Art) istituita dall’art. 37 del d.l. n. 201/2011, conv. in L. n. 214/2011, ma operativa di fatto dal 2014¹⁰³. L’Art a partire dal 2012¹⁰⁴, ha visto estesa la sua competenza anche alle reti autostradali “fatte salve le competenze dell’Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali”, come si è già segnalato, soppressa; pertanto tale previsione avrebbe fatto salve attualmente le competenze in materia del Mit. Sennonché queste ultime sono state oggetto del recente dibattito politico, in particolare sotto il profilo dell’autonomia organizzativa e finanziaria, nella misura in cui l’esercizio dei poteri di controllo e di vigilanza nel contesto ministeriale avrebbe sotteso un livello di competenza ed autonomia non comparabili a quelli realizzati al tempo di funzionamento dell’Ispettorato di vigilanza sulle concessioni autostradali dell’Anas¹⁰⁵. Il d.l. n. 109 adottato lo scorso 28 settembre 2018, e convertito in legge n. 130 del 16 novembre 2018, al fine di “garantire misure urgenti a sostegno della popolazione colpita dall’evento del crollo di un tratto del viadotto ... noto come ponte Morandi”, è intervenuto su tale specifico aspetto, per un verso, con la velleità di recuperare quella dimensione di autonomia che era stata prefigurata a vantaggio dell’Agenzia poi soppressa, ma che nei fatti non era stata garantita dallo svolgimento diretto da parte del Mit delle relative funzioni, e per altro verso, incidendo sulla portata dei poteri attribuiti all’Art¹⁰⁶. L’art. 12 del c.d. Decreto Genova ha espressamente previsto l’istituzione, a decorrere dal 1 gennaio 2019, dell’Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (Ansfisa)¹⁰⁷, impegnata a garantire la sicurezza del sistema ferroviario nazionale e delle infrastrutture stradali e autostradali, e dotata di “autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria”, quantunque sottoposta ai poteri di “indirizzo e vigilanza”¹⁰⁸ del Ministro delle infrastrutture e dei

¹⁰³ Sulle vicende precedenti si veda A. Tonetti, *L’Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 598 ss..

¹⁰⁴ Cfr. l’art. 36, c. 1, lett. a) del d.l. n. 1/2012, conv. in L. n. 27/2012 che ha modificato i cc. 1 e 2 dell’art. 37, d.l. n. 201/2011 cit..

¹⁰⁵ Si fa riferimento all’avviso espresso dall’attuale Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Danilo Toninelli nel corso dell’Audizione del 27 agosto 2018 presso le Commissioni riunite VIII della Camera dei Deputati e del Senato in ordine alle criticità emerse a seguito della mancata costituzione dell’Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali (anche in punto di quantità e provenienza delle risorse di personale transitate dall’Anas al Mit) e al conseguente trasferimento delle relative competenze al Mit. Sulle complessità caratterizzanti tale passaggio si veda anche il Resoconto del 7 settembre 2016 dell’indagine conoscitiva in materia di concessioni autostradali condotta presso la Commissione VIII Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati.

¹⁰⁶ Nelle premesse al d.l. n. 109/2018 si legge della necessità ed urgenza di “dettare specifiche disposizioni riguardanti la sicurezza delle infrastrutture stradali e le competenze dell’Autorità di regolazione dei trasporti”.

¹⁰⁷ Agenzia che assorbirà l’attuale Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (Ansf). Nel c. 2 dell’art. 12 del d.l. n. 109/2018, a seguito della conversione, è stato puntualizzata l’attribuzione della personalità giuridica in capo all’Agenzia.

¹⁰⁸ A seguito della conversione è stato espunto il riferimento ai poteri di controllo strategico esercitabili dal MIT nei confronti dell’Agenzia.

trasporti, secondo lo schema delineato dal d.lgs. n. 300/1999¹⁰⁹. Come risulta evidente dalla lettura delle disposizioni che si riferiscono alle funzioni della neoistituita Anfsisa nel settore autostradale, emerge con evidenza come queste siano circoscritte alla garanzia della sicurezza nell'uso delle infrastrutture (attività ispettiva sulla manutenzione; promozione di Sistemi di Gestione della Sicurezza da parte dei concessionari; poteri di impulso in ordine alla adozione del Piano Nazionale per l'adeguamento e lo sviluppo delle infrastrutture; cui si aggiungono all'esito della conversione in legge del d.l., i poteri di garanzia della sicurezza delle gallerie situate sulle strade appartenenti alla rete stradale transeuropea; funzioni ispettive e di vigilanza sui sistemi di trasporto rapido di massa esercitate dagli uffici speciali trasporti a impianti fissi nel MIT)¹¹⁰, e pertanto non siano idonee ad incidere significativamente sull'attuale assetto istituzionale e sulla distribuzione dei poteri di controllo e di vigilanza *lato sensu* esercitabili sulle gestioni della rete autostradale, che investono chiaramente molti altri profili, innanzitutto tutti quelli dedotti nelle convenzioni¹¹¹. Il cuore della funzione regolatoria del settore riguarda, come dimostra l'evoluzione del sistema concessorio sin dagli albori e la questione legata ai pretesi extraprofiti delle concessionarie, la relazione sinergica tra definizione del calcolo tariffario e principio di stabilità delle pattuizioni contrattuali, e i profili contigui. Secondo l'impianto originario dell'art. 37, c. 2, lett. g) del d.l. n. 201/2011 cit., che è la disposizione centrale in punto di attività esercitate sul punto dall'Art, queste ultime (stabilire sistemi tariffari basati sul metodo del *price cap* con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione; definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione; definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali; definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto) erano circoscritte alle "nuove concessioni", con ciò prefigurando un dispiegamento pieno

¹⁰⁹ In ordine al modello delle "agenzie amministrative" si veda per tutti: G. Arena, *Agenzia amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1999, 1 ss.; N. Bassi, *Agenzie nazionali ed europee*, in *Enc. Dir., Annali*, II, Milano, 2009, 41 ss.; L. Casini, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 393 ss.; C. Franchini, *L'organizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte gen.*, I, Milano, 2003, 287 ss.; F. Merloni, *Le agenzie nel sistema amministrativo italiano*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 717 ss.; Id., *Le agenzie a cinque anni dal d. lgs. n. 300: l'abbandono del modello generale?*, in G. Vesperini (a cura di), *La riforma dell'organizzazione centrale*, Milano, 2005, 21 ss.; E. Chiti, *Agenzie amministrative*, in *Enc. Treccani – diritto online*, 2014.

¹¹⁰ Cfr. art. 12, d.l. n. 109/2018, c. 4.

¹¹¹ Su questo punto mette conto evidenziare come all'art. 12 del d.l. n. 109/2018 sia stato aggiunto in sede di conversione un comma 4-quinquies che, modificando l'art. 15 della L. n. 166/2002 (con l'inserimento di un comma 6 bis), prevede che il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti riferisca annualmente "alle componenti Commissioni parlamentari sull'attuazione da parte dei concessionari autostradali degli interventi di verifica e di messa in sicurezza delle infrastrutture varie oggetto di atti convenzionali". Tale modifica continua a muoversi nel solco di una prospettiva che considera centrale il profilo della sicurezza infrastrutturale, anche ove si tratti di profili dedotti nelle convenzioni.

delle funzioni da parte dell'Art solo nel lungo periodo¹¹². Anche su questo aspetto il d.l. Genova interviene, aggiungendo al riferimento alle “nuove concessioni” quello agli aggiornamenti e/o alle revisioni delle convenzioni in essere nelle ipotesi – contemplate dall'art. 43, c. 1 dello stesso d.l. n. 201/2011 – in cui essi comportino “variazioni o modificazioni al piano degli investimenti ovvero ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica”¹¹³. Contestualmente, ed in coerenza con la volontà di assicurare all'Art un maggior coinvolgimento nei passaggi in cui la verifica dell'attualità dei termini convenzionali incida su variabili particolarmente rilevanti, meritevoli di tradursi in adeguamenti tariffari, viene anche previsto che le proposte di aggiornamento/revisione di cui all'art. 43, c. 1 siano sottoposte all'Art per gli aspetti di propria competenza, prima che sulle stesse si pronunci il Cipe, sentito il Nars¹¹⁴. Il legislatore ha inoltre precisato che i “criteri di determinazione delle tariffe” debbano in ogni caso costituire un elemento di valutazione in sede di aggiornamento o revisione delle convenzioni, e che in particolare tale esame, condotto dal concedente una volta acquisito l'avviso sul punto dell'Art, non possa prescindere dalla considerazione dello “stato di attuazione degli investimenti”¹¹⁵. Tali modifiche appaiono complessivamente tese a temperare gli effetti di una formula di revisione delle tariffe, recepita come si è detto nella maggior parte delle convenzioni uniche, nella sostanza non ancorata alla effettiva redditività del capitale investito dalle concessionarie, dunque divergente dal meccanismo di adeguamento di tipo *price cap*, giudicato idoneo a “contemperare efficienza allocativa ed incentivi all'efficienza produttiva” e in modo che “i benefici in termini di minori costi possano tradursi in tariffe più basse per i consumatori”¹¹⁶. Sebbene la formulazione della novella alimenti delle incertezze¹¹⁷, il senso è quello di

¹¹² Sul punto infatti osservano L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 74, che la soluzione di consentire “all'Art di interessarsi delle autostrade” e per altro verso di rinviare l'esercizio delle attività più sensibili, “può discendere da una scelta di compromesso o da una scelta consapevolmente assunta per salvaguardare i rapporti in essere”.

¹¹³ Cfr. art. 16, c. 1, lett. a), d.l. n. 109/2018, che in sede di conversione ha aggiunto il riferimento al c. 2 dell'art. 43, del d.l. n. 201/2011 “per gli aspetti di competenza”, accanto al riferimento già presente al c. 1, comportando dunque un'estensione delle funzioni dell'Art agli aggiornamenti e alle revisioni delle convenzioni autostradali che, pur non comportando le variazioni o le modificazioni di cui al c. 1 dell'art. 43, richiedono da parte del concedente l'acquisizione dell'avviso dell'Art in ordine all'applicazione dei criteri di determinazione delle tariffe, con riferimento allo stato di attuazione effettivo degli investimenti già inclusi in tariffa. Ciò in linea con l'introduzione di un c. 2-bis nell'art. 43 su cui si veda *infra*.

¹¹⁴ Cfr. le modifiche all'art. 43, c. 1, d.l. n. 201/2011 ad opera dell'art. 16, c. 1, lett. b), d.l. n. 109/2018.

¹¹⁵ Infatti l'art. 16, c. 1, lett. c) del d.l. n. 109/2018 cit. ha introdotto nel corpo dell'art. 43 il c. 2-bis a mente del quale “Nei casi di cui ai commi 1 e 2 il concedente, sentita l'Autorità di regolazione dei trasporti, verifica l'applicazione dei criteri di determinazione delle tariffe, anche con riferimento all'effettivo stato di attuazione degli investimenti già inclusi in tariffa”.

¹¹⁶ Così l'AGCM nella già citata Segnalazione AS455, dove l'autorità esprimeva rilievi critici in ordine agli schemi di convenzione approvati *ex lege* n. 101/2008.

¹¹⁷ Nello specifico va segnalato che la già cit. lett. a) del c. 1 dell'art. 16 del d.l. n. 109/2018, nel modificare la lett. g) del c. 2 dell'art. 37 del d.l. n. 201/2011 (che elenca appunto le funzioni dell'Art con riferimento al settore autostradale), disponendo che dopo le parole “nuove concessioni” sono inserite quelle che fanno riferimento alle

non confinare i poteri di definizione dei sistemi tariffari dell'autorità di regolazione di settore – secondo il metodo richiamato – alla stipula delle future convenzioni, ma di richiederne l'esercizio anche nei passaggi interlocutori in cui va saggiata la tenuta della relazione tra livello delle tariffe e redditività del capitale investito.

4. Il modello delle concessioni autostradali tra pubblico e privato: un quadro di sintesi.

Come si accennava, il crollo avvenuto lo scorso agosto di un tratto del viadotto Polcevera, parte della rete autostradale assentita in concessione ad Autostrade per l'Italia in forza della convenzione sottoscritta nel 1997 con scadenza fissata al 2038, e di recente interessata da una misura che ne ha previsto la proroga sino al 2042¹¹⁸, ha riaperto il dibattito sull'alternativa pubblico-privato nella gestione delle infrastrutture autostradali.

E' in questo senso evidente la tentazione di far assurgere un evento occasionale a ragione ispiratrice di un intervento incisivo sul sistema attuale di realizzazione delle infrastrutture autostradali, verosimilmente anche al fine di costruire per tale via più agevolmente consenso intorno alle decisioni rilevanti¹¹⁹. L'inopportunità di sostenere un simile approccio emerge con altrettanta evidenza, perchè questo finirebbe per imprimere un respiro corto ad ogni disegno riformatore, ove mai sul punto si coltivassero ambizioni realmente innovatrici. Gli accadimenti in precedenza richiamati depongono, piuttosto, nel senso di testimoniare una convivenza tra poteri pubblici ed energie private, dei cui effetti – più o meno

convenzioni di cui all'art. 43, c. 1 – ed attualmente anche c. 2 per gli aspetti di competenza, come si è detto - si riferisce ad un inciso, quello “nuove concessioni”, che ricorre due volte nella lett. g) cit., la prima con riferimento ai sistemi tariffari dei pedaggi, la seconda per la definizione degli schemi dei bandi di gara, permarrebbe – secondo il Dossier n. 63 del 5 ottobre 2018 del Servizio Studi della Camera dei Deputati sul d.l. n. 109/2018 – il dubbio che il legislatore si riferisca ad entrambe.

¹¹⁸ Si veda la decisione con la quale la Commissione europea del 27 aprile 2018, C(2018) 2435 ha autorizzato, alla luce della disciplina europea degli aiuti di stato, misure con le quali il Governo italiano ha proposto la proroga di due concessioni in essere rispettivamente con Autostrade per l'Italia e Società Iniziative Autostradali e Servizi giustificate dalla realizzazione di un piano di investimenti, e accompagnate dalla previsione di: un massimale sull'importo che le concessionarie possono ottenere al termine della concessione; un meccanismo volto a evitare la sovracompensazione; requisiti volti a garantire il prevalente ricorso all'evidenza pubblica a valle.

¹¹⁹ Sul diverso tema, che in materia di infrastrutture acquisisce particolare rilievo e, che investe il carattere conflittuale delle decisioni amministrative in quest'area si veda L. Turchia, *Discussione*, in R. Occhilupo, G. Palumbo, P. Sestito (a cura di), *Le scelte di localizzazione delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, in Banca d'Italia - Questioni di Economia e Finanza n. 91, 2011, 358 ss.; Id. (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016; A. Tonetti, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in A. Macchiati, G. Napolitano (a cura di), *E' possibile realizzare infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2000, 183 ss.. In ordine ai meccanismi di inclusione dei cittadini nella programmazione e progettazione delle opere pubbliche con finalità di acquisizione del consenso si veda A. Averardi, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 4, 1173 ss.; più specificamente sul dibattito pubblico di cui all'art. 22, d. lgs. n. 50/2016 v. A. Averardi, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, 505 ss.; F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, 69 ss.; A. Di Martino, *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, in *Nuove autonomie*, 3/2017, 533 ss..

virtuosi, da correggere o meno – si può discutere, ma che rende la gestione pubblica, da taluno auspicata, come un risultato conseguibile nel quadro attuale, più che come l'esito – il ritorno alle nazionalizzazioni – di un cambiamento di sistema.

Sono considerazioni di ordine economico più che giuridico a dar conto dell'affermazione di certi paradigmi nella costruzione e nella gestione delle reti autostradali. Appare in tal senso opportuno muovere dalla considerazione ricorrente della natura monopolistica del mercato di cui ci si occupa, fondata sulla non sostituibilità del servizio offerto da ogni singola tratta, sia rispetto a quello fruibile attraverso l'alternativa strada statale senza pedaggio (così scadente e disagiato in termini comparativi, da non offrire realmente scelta agli utenti)¹²⁰, sia rispetto al servizio offerto da tratte alternative autostradali (per la natura estremamente onerosa – in termini ambientali e in termini strettamente economici – della realizzazione di reti/tratte parallele)¹²¹. Da ciò discendono una serie di conseguenze tra le quali appaiono di particolare significato e meritevoli di essere qui richiamate, in primo luogo, l'impossibilità di riferire un regime propriamente concorrenziale alla gestione dei servizi autostradali, e dunque la necessità di declinare in questo caso la concorrenza in termini di “concorrenza per il mercato” o “concorrenza per il monopolio”¹²²; ed in secondo luogo, l'opportunità diffusamente sottolineata, e normativamente accolta come uno dei principali obiettivi della regolazione settoriale¹²³, di utilizzare la diversificazione tra i soggetti responsabili (gestori) delle singole tratte come strumento di introduzione di forme di concorrenza comparativa (nota come *yardstick competition*) tra tratte omogenee¹²⁴, con ripercussioni virtuose sul piano

¹²⁰ A questo riguardo v. G. Ragazzi, *I Signori delle autostrade*, cit., 15; L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 82. Si veda anche Corte dei Conti, Relazione al Parlamento sulla gestione finanziaria di Anas s.p.a. relativa all'anno finanziario 2003, allegata alla delib. n. 15/2005, nella quale si osserva: “Il settore dovrebbe essere seguito e monitorato con la massima attenzione e costanza, per la natura ‘monopolistica’ della concessione, stante anche la carenza di un sistema viabile ordinario alternativo”.

¹²¹ Sulla caratterizzazione dei mercati costituiti dalle singole tratte autostradali in termini di “monopolio naturale” cfr. AGCM, Segnalazione AS455 cit., che osserva: “le diverse tratte autostradali, infatti, non sono generalmente sostituibili per l'automobilista e dunque non sono in concorrenza tra loro”. Sul punto G. Ragazzi, *op. ult. cit.*, 15-16: “nella realtà italiana la costruzione di nuove autostrade trova limiti fisici dovuti, citando il Piano generale dei trasporti, alla ‘difficoltà per il territorio a sopportare nuovi significativi consumi di spazio e di risorse ambientali’...”, dunque “sarebbe un enorme spreco sociale costruire reti parallele, soprattutto in paesi dove il territorio è scarso e intensamente abitato”.

¹²² “Le caratteristiche del settore autostradale sono tali per cui la concorrenza si può esplicare prevalentemente nella fase di ottenimento delle nuove concessioni o del rinnovo di quelle esistenti”: AGCM, Segnalazione AS455 cit..

¹²³ Cfr., infatti, il già cit. art. 37, c. 2, lett. g) del d.l. n. 201/2011 che individua tra le aree di competenza dell'Art la definizione di ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, “allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto”.

¹²⁴ Sebbene, come si è sottolineato, possa trattarsi di una omogeneità solo tendenziale, attesa la replicabilità a costi molto elevati delle singole tratte. L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 82 richiamano l'eccezione della Brebemi, che si pone in concreta alternativa alla A4, mostrando “come sia ammissibile una concorrenza tra due distinte autostrade”; e altrove sottolineano (77) come il panorama delle concessioni esistenti, che sul piano dei meccanismi di adeguamento tariffario offrono soluzioni diversificate,

della qualità e della qualità dei servizi offerti¹²⁵. Le caratteristiche del settore quindi confermano come esso non sia stato interessato da misure di liberalizzazione in senso proprio¹²⁶. Ma allora, se è vero che “il settore autostradale è solo lambito dall’ordinamento europeo che non si è mai proposto di armonizzarne il regime giuridico”¹²⁷, è in qualche misura anche comprensibile il carattere incompiuto della regolazione affermatasi sino a questo punto nel comparto – caratterizzato da un quadro denso di interlocutori, tra i quali l’amministrazione concedente riveste ancora un ruolo centrale nella pianificazione delle infrastrutture e nella regolazione del rapporto concessorio¹²⁸ – non completamente aderente al modello della regolazione indipendente, radicatasi invece nel diverso passaggio dalla riserva originaria alla libertà di impresa e di competizione economica. In questa prospettiva il modello concessorio asseconda innanzitutto l’esigenza di individuare nel comparto in esame uno schema giuridico idoneo ad assegnare risorse scarse. Esigenza che si rivela costante e resta attuale, nonostante le diverse conformazioni finalistiche alle quali il medesimo schema si è prestato nel tempo, anche in ragione della natura degli interlocutori coinvolti - “diversamente pubblici”¹²⁹ quando Autostrade era parte dell’Iri e dall’altro lato vi era il concedente Anas, o pubblico e privati all’esito della privatizzazione sostanziale dei concessionari – e dei profili oggetto di negoziazione; e sebbene l’istituto concessorio, soprattutto per la funzione che assolve in questo settore, non possa essere integralmente decifrato in termini privatistico-contrattuali¹³⁰. Sia che ne si consideri prevalentemente la componente strumentale alla realizzazione della infrastruttura – e quindi i lavori pubblici – sia che si valorizzi la messa a disposizione al pubblico della infrastruttura – quindi il servizio di mobilità¹³¹ – l’analisi delle concessioni autostradali conferma come i pubblici poteri conservino un ruolo centrale in ordine all’approntamento delle infrastrutture e alla loro successiva

nonostante i tentativi uniformanti sottesi al sistema della “convenzione unica”, “renda molto difficile valutare le performance dei concessionari mediante gli strumenti della *yardstick competition*”.

¹²⁵ Cfr. tra le altre la Segnalazione AS455 cit., ove si sottolinea che “la possibilità per il regolatore di confrontare le prestazioni economiche tra operatori che gestiscono tratte omogenee, avrebbe incentivato il contenimento dei costi e il miglioramento qualitativo e quantitativo dei servizi offerti”.

¹²⁶ Sulle peculiarità del processo di liberalizzazione ove riferito ai servizi a rete si veda B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, cit., 333 ss..

¹²⁷ Così L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., 14.

¹²⁸ Si rinvia alla ricostruzione operata sul punto da A.M. Altieri, *Il rapporto concessorio nel diritto vigente*, in L. Saltari, A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit., 87 ss..

¹²⁹ L’espressione è utilizzata da L. Saltari, A. Tonetti, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, cit., p. 81.

¹³⁰ Per questo tipo di esito si veda L. Saltari, A. Tonetti (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade*, .., cit..

¹³¹ Ma sul punto appare condivisibile l’avvertimento secondo cui la “consustanzialità giuridica della costruzione e della gestione” – riconducibile anche solo al profilo economico in considerazione del quale durata e modalità della concessione sono “commisurate e ordinate al recupero dei capitali investiti nella costruzione e ad una ragionevole remunerazione degli stessi” - “impedisce di ritenere che nelle concessioni autostradali la parte costruttiva sia meramente accessoria rispetto a quella del servizio autostradale”: S. Amorosino, *I beni autostradali*, cit., 52..

gestione, giustificato non esclusivamente da considerazioni legate alla disponibilità di risorse pubbliche¹³² – argomento che anzi consente nel tempo presente di valorizzare la necessità di apporti privati – ma in ragione della pluralità di interessi oggetto della ponderazione che presiede alla pianificazione degli interventi, alla definizione delle regole che governano i rapporti convenzionali, al controllo e alla vigilanza sullo svolgimento dei rapporti stessi.

Nell'impianto definito dal codice dei contratti pubblici l'intervento diretto dei pubblici poteri nel settore è contemplato come ipotesi di esclusione dell'applicazione della disciplina ivi recata secondo i presupposti identificativi dell'*in house providing*¹³³, e la percorribilità di tale opzione, normalmente sottoposta ad una serie di cautele rilevanti anche sul piano della giustificazione del ricorso all'ente strumentale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in ordine alla congruità economica dell'offerta rispetto alle alternative disponibili sul mercato¹³⁴, nel caso delle concessioni autostradali viene espressamente richiamata. All'art. 178 del d. lgs. n. 50/2016 è sottesa la *ratio* di assicurare a regime che le utilità consistenti nella costruzione e nell'esercizio delle tratte autostradali siano attribuite all'esito di un confronto concorrenziale tra operatori economici, confronto mancato in origine nel settore ed evitato successivamente attraverso l'approvazione *ex lege* delle convenzioni precedentemente stipulate¹³⁵. L'alternativa all'affidamento

¹³² E' nota l'osservazione di Massimo Severo Giannini (*Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 37 ss.) secondo la quale "l'approntamento delle infrastrutture, storicamente, è fra le più antiche attività di disciplina dell'economia svolte da pubblici poteri, e non è mai venuta meno lungo il corso dei secoli".

¹³³ Cfr. art. 5, d. lgs. n. 50/2016.

¹³⁴ L'art. 192 d. lgs. n. 50/2016, infatti, nel disciplinare il procedimento di iscrizione nell'elenco presso l'Anac delle amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, puntualizza che (c. 2) le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità, socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche". In tema A. Vigneri, *Sull'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti (art. 192 del Codice appalti). Ovvero: regime speciale degli affidamenti in house?*, in *Astrid*, 13 febbraio 2017.

¹³⁵ Cfr. la Segnalazione dell'Agcm e dell'Avlp, AS 336 cit.. La medesima finalità di "garantire che vi sia un livello minimo di lavori aggiudicati a seguito di un confronto concorrenziale tra le imprese" – su questo cfr. Segnalazione ult. cit. in riferimento all'art. 2, c. 3 della l. n. 109/1994 – sottende l'art. 177, c. 1, d. lgs. n. 50/2016 che impone ai concessionari di lavori, servizi pubblici o forniture non affidate con procedure ad evidenza pubblica, l'affidamento concorrenziale a valle di una quota pari al sessanta per cento degli stessi, potendo la restante parte essere realizzata da società *in house* dei soggetti pubblici, o da società controllate da soggetti privati o da operatori individuali scelti mediante procedure anche di tipo semplificato. La scelta di trasferire, nel solco delle privatizzazioni, il monopolio legale in titolarità degli enti pubblici e delle aziende attive, prima della trasformazione, nei settori ferroviario, postale, energetico, mediante concessioni *ex lege*, era infatti giustificata principalmente – secondo G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, cit., 34 – proprio dall'intento di evitare una soluzione di continuità del rapporto col precedente gestore, e quindi il confronto concorrenziale nel successivo affidamento, confronto che il ritorno allo Stato della titolarità dei relativi servizi avrebbe reso necessario. Secondo l'A. il vero passaggio capace di stravolgere il quadro di disciplina dei beni destinati a pubblico servizio è la liberalizzazione, che tuttavia, come si è accennato, nel settore autostradale non ha avuto modo tecnicamente di realizzarsi. Su tale ultimo punto si veda infatti S. Amorosino, *Le concessioni autostradali tra proroghe, liberalizzazioni e privatizzazioni*, cit.,

secondo le regole di evidenza pubblica previste dalla Parte III del Codice, imposte dalla disposizione in esame per le concessioni scadute, o in scadenza (nei ventiquattro mesi successivi alla entrata in vigore del Codice, o con scadenza superiore ai successivi ventiquattro mesi), è quello dell'affidamento in casa di cui all'art. 5 dello stesso Codice¹³⁶. L'Anas, della quale lo Stato si è avvalso in più occasioni per intraprendere l'alternativa della gestione diretta agli affidamenti esterni, è stata non a caso, seppur a fasi alterne, espressamente configurata in questi termini dal legislatore. Ove si ritenga possibile, come invero appare plausibile, operare nel solco dell'*in house* per la pubblicizzazione delle gestioni – il che evidentemente non significherebbe per lo Stato doversi avvalere di Anas¹³⁷, la cui conduzione secondo criteri rigorosamente economico-imprenditoriali è stata compromessa sino a questo momento da una serie di fattori – la logica sottesa alle concessioni non sarebbe superata. Lo strumento concessorio può piegarsi alle esigenze di una regolazione efficace, rappresentando la sede nella quale fissare priorità ed aspetti che hanno significativa incidenza sulla collettività prima che sui gestori delle infrastrutture, ed una base per operare la correzione delle disfunzioni che l'esperienza italiana ha messo in luce. Nella evenienza dell'affidamento diretto a un soggetto *in house*, dovrebbe d'altro canto evitarsi di inserire nella fonte convenzionale indicazioni poco puntuali, muovendo dalla persuasione che le ragioni di interesse pubblico siano già adeguatamente presidiate dall'essere la concessionaria un braccio operativo del concedente¹³⁸.

La strada recentemente percorsa dal decisore politico con l'adozione del d.l. n. 109/2018 cit. è quella di un intervento circoscritto, teso alla ricostruzione del tratto di infrastruttura danneggiato e al ripristino del

175 che rileva un “nodo gordiano costituito dalle interazioni, di segno opposto, tra privatizzazioni, proroghe e liberalizzazioni”, in ragione del fatto che “dato ... il numero limitato, e relativamente poco incrementabile, delle tratte autostradali è palese che tanto più lunghe sono le proroghe delle concessioni in atto tanto minore è l'apertura, nel medio periodo, ad altri soggetti del ‘mercato autostradale’”. Lo stesso autore in *I beni autostradali*, cit., 58 sottolinea, in relazione al mercato delle concessioni autostradali caratterizzato dalla natura di monopolio naturale della rete, come lo spezzettamento delle maxi concessioni e l'imposizione della gara alla scadenza delle stesse prefiguri una “liberalizzazione differita e condizionata dalla peculiarità dell'oggetto”.

¹³⁶ Sul punto A.M. Altieri, *Il rapporto concessorio nel diritto vigente*, cit., 93 segnala come l'ambito di applicazione dell'art. 178 sia rivolto alle ipotesi in cui l'affidamento futuro concerna esclusivamente la gestione dell'opera, trattandosi di concessioni in essere in scadenza o scadute, laddove per le procedure di scelta del concessionario che investono sia la costruzione che la gestione dell'opera il riferimento sarebbe agli artt. 164-178 e 183 del Codice. Ma la possibilità consentita da tale ultima disposizione, di affidare in finanza di progetto le concessioni è stata da ultimo espressamente esclusa dal c. 8-bis dello stesso art. 178, introdotto dall'art. 105, c. 1, lett. f), d. lgs. n. 56/2017.

¹³⁷ Che attualmente esercita il ruolo di concessionario per la rete autostradale di libera circolazione, nonché il ruolo di soggetto concedente attraverso la partecipazione a società prevalentemente pubbliche in relazione a tratte di interesse regionale: cfr. Relazione annuale dell'attività di vigilanza sulle concessionarie autostradali relativa all'anno 2017 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

¹³⁸ Nella Segnalazione dell'Avlp dell'8 giugno 2006, cit., l'autorità, nel riferirsi alla convenzione tra Anas e Autostrade del 1997, sottolineava infatti come “probabilmente il particolare rapporto allora esistente tra l'Anas, ente pubblico, e la Autostrade Spa, allora di proprietà pubblica, indusse a stipulare una convenzione alquanto generica, e con scarse garanzie formali per la concedente, nell'implicito presupposto che la concessionaria altro non fosse che il braccio operativo della concedente e che quindi si trattasse di una sorta di concessione *in house*”.

sistema viario che interessa tale tratto, e non, dunque, di un'azione di sistema capace di incidere sulla fisionomia del quadro regolatorio delle concessioni autostradali. L'opzione accolta appare dettata dalla volontà di rinviare eventuali scelte qualificanti in ordine ad una revisione del dosaggio pubblico-privato nella realizzazione e nella gestione delle infrastrutture autostradali, più che da ragioni di coerenza con la sede della decretazione d'urgenza, visto che alcune delle disposizioni recate dal d.l. si propongono invece di superare la contingenza che ne ha motivato l'adozione. Si pensi in tal senso alle disposizioni che, istituendo l'Agenzia per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali, si muovono – in linea di principio¹³⁹ – sul piano dell'autonomia e dell'adeguatezza organizzativa dell'amministrazione concedente. Il sistema delle concessioni è solo lambito dal c.d. Decreto Genova, nella misura in cui la necessità di intraprendere le azioni che il Governo individua come proritarie, e cioè le attività di demolizione del viadotto e di realizzazione di infrastrutture necessarie ad assicurare la viabilità nel comune di Genova, intercettano le pattuizioni di una delle convenzioni uniche che opera nel comparto, quella in passato intervenuta tra Anas S.p.a. – cui è subentrato il Mit – e Autostrade per l'Italia S.p.a., concessionaria della tratta interessata dagli interventi di ripristino prefigurati. La percezione dell'orizzonte limitato entro cui si muovono le disposizioni approvate lo scorso settembre non muta neanche all'esito della lettura delle modifiche apportate in sede di conversione del d.l. Le previsioni che si spingono infatti ad abbracciare le ulteriori convenzioni che regolano i rapporti concessori relativi alle tratte non interessate dall'evento del crollo¹⁴⁰, nell'imporre lo svolgimento di attività di verifica e messa in sicurezza delle infrastrutture – con particolare riguardo ai ponti, viadotti e cavalcavia – definiscono un'azione non di sistema, ma confinata in uno spazio temporale (di dodici mesi) collegato comunque a quell'evento¹⁴¹ – in quanto decorrenti dalla entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 109/2018 – evento che ha funzionato da detonatore dell'attenzione collettiva in ordine alla garanzia della sicurezza delle infrastrutture, e ad una pretesa necessità di riequilibrare i rapporti con i concessionari onerando questi ultimi dei costi – che si ritengono in qualche misura già coperti dai dispositivi convenzionali e dalle tariffe

¹³⁹ Cfr. infatti par. precedente per le considerazioni relative alla portata assorbente che la garanzia della sicurezza riveste nel conformare le funzioni dell'Ansfisa.

¹⁴⁰ L'art. 1-ter, d.l. n. 109/2018, c. 2, si riferisce, infatti, a “tutte le infrastrutture varie oggetto di atti convenzionali”.

¹⁴¹ L'art. 1-ter cit. del d.l., aggiunto nel corso dell'esame dalla Camera dei Deputati, che ai cc. 2 e 3 dispone: “Le concessionarie autostradali provvedono, con carattere di priorità rispetto ad ogni altro intervento programmato, ad intraprendere le occorrenti attività di verifica e messa in sicurezza di tutte le infrastrutture viarie oggetto di atti convenzionali, con particolare riguardo ai ponti, viadotti e cavalcavia. Fermo restando l'obbligo, per le concessionarie, di adottare ogni occorrente iniziativa a tutela della pubblica incolumità e della sicurezza delle infrastrutture, ivi comprese misure di limitazione o sospensione del traffico veicolare, le attività di cui al comma 2, da concludere entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono condotte dalle concessionarie sotto la vigilanza dell'Agenzia di cui all'articolo 12 e rimangono ad esclusivo carico delle concessionarie stesse senza possibilità di imputazione alle tariffe autostradali e senza alcuna corrispondente revisione del piano economico finanziario”.

in cui questi si traducono, senza possibilità di rivedere quindi tariffe nè piano economico finanziario – delle iniziative a tutela della pubblica incolumità e della sicurezza. Di gittata ancora più corta è la previsione che colpisce i rapporti convenzionali relativi alle tratte funzionalmente connesse al viadotto crollato, col cui esercizio interferisce dunque la realizzazione delle misure che rappresentano invece il cuore dell'intervento di urgenza, e cioè la demolizione e la ricostruzione dell'infrastruttura¹⁴². Anche le previsioni della principale convenzione interessata – quella tra Mit e Autostrade per l'Italia S.p.A. – sono solo indirettamente e parzialmente chiamate in causa dal decreto. Non rilevano quelle relative alla caducazione del rapporto concessorio¹⁴³, lasciando l'art. 1, c. 6 del d.l. n. 109/2018 espressamente impregiudicata la questione relativa all' "accertamento sulla responsabilità dell'evento e sul titolo in base al quale" il concessionario "sia tenuto a sostenere i costi di ripristino della viabilità". Come è evidente, sono invece interessate dall'art. 1 cit. le previsioni convenzionali che tratteggiano gli obblighi del concessionario, ma solo nella misura in cui esse rinviano ad attività (mantenimento della funzionalità delle infrastrutture attraverso la manutenzione e la tempestiva riparazione; progettazione ed esecuzione di interventi di adeguamento della rete richiesti da esigenze relative alla sicurezza del traffico o al mantenimento del livello di servizio; manutenzione straordinaria¹⁴⁴) che necessariamente interferirebbero con quelle che verranno poste in essere per la ricostruzione, ed in secondo luogo in quanto l'attribuzione dell'onere di finanziare gli interventi in capo al concessionario è dichiaratamente collegato all'adempimento di specifici obblighi concessori¹⁴⁵. I connotati emergenziali della sequenza nella quale il decreto si inserisce – scandita da una delibera del C.d.M. di dichiarazione dello stato di emergenza¹⁴⁶, dal ricorso al modello commissariale¹⁴⁷, dai poteri derogatori attribuiti al commissario¹⁴⁸ – spezzano il nesso

¹⁴² Il riferimento è al comma 1 dell'art. 1-ter cit. del d.l. n. 109/2018, a mente del quale per l'esecuzione delle attività di ricostruzione "il Commissario straordinario individua i tronchi autostradali funzionalmente connessi al viadotto del Polcevera dell'autostrada A10 sul cui esercizio interferisce la realizzazione degli interventi di ricostruzione dell'infrastruttura conseguente all'evento. A tal fine le relative tratte delle autostrade A7 e A10 sono immediatamente consegnate dal concessionario al Commissario straordinario".

¹⁴³ Peraltro le fattispecie contemplate rispettivamente dagli artt. 9 (Decadenza dalla concessione) e 9-bis (Recesso, revoca e risoluzione della convenzione) della Convenzione divergono significativamente tra di loro, per presupposti, procedimento ed effetti.

¹⁴⁴ Cfr. art. 3 della Convenzione.

¹⁴⁵ Secondo il c. 6 dell'art. 1, del d. l. n. 109/2018: "Il concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento, è tenuto, in quanto responsabile del mantenimento in assoluta sicurezza e funzionalità dell'infrastruttura concessa ovvero in quanto responsabile dell'evento, a far fronte alle spese di ricostruzione dell'infrastruttura e di ripristino del connesso sistema viario".

¹⁴⁶ Cfr. delibera C.d.M. del 15 agosto 2018, in GU serie gen., n. 198 del 16 agosto 2018.

¹⁴⁷ L'art. 1, del d.l. n. 109/2018 in esame, infatti, è rubricato "Commissario straordinario per la ricostruzione" e ha previsto la nomina con D.P.C.M. di un Commissario straordinario per la ricostruzione. Cfr. il D.P.C.M. del 4 ottobre 2018 con il quale è stato nominato Commissario straordinario il Sindaco di Genova, dott. Marco Bucci.

¹⁴⁸ Cfr. il c. 5, dell'art. 1, cit.: "Per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da

tra lavori pubblici e servizi al pubblico, caratteristico delle concessioni autostradali, e circoscrivono ai primi l'oggetto degli affidamenti che il commissario e le strutture amministrative di cui è facultizzato ad avvalersi, anche in qualità di soggetti attuatori, espletteranno. Nell'economia della disposizione dedicata all'intervento di ricostruzione i passaggi che appaiono i più significativi nella prospettiva di questa indagine – in sostanza quello in cui si individuano le strutture destinate a coadiuvare il commissario¹⁴⁹ e quello in cui si indicano le procedure di scelta dell'affidatario dell'intervento¹⁵⁰ – che peraltro replicano opzioni non inedite nella gestione dell'emergenza¹⁵¹, non sembrano sottendere una particolare scelta di campo in ordine alla questione della possibile valorizzazione e del riassetto della sfera pubblica nel comparto autostradale. Piuttosto tali previsioni, nella formulazione precedente alla conversione in legge, escludevano dal novero degli operatori economici da consultare e selezionare ai fini dell'affidamento, la peculiare categoria delle imprese “che avessero ... partecipazione, diretta o indiretta, in società concessionarie di strade a pedaggio, ovvero fossero da queste ultime controllate o, comunque, ad esse collegate”, così da erodere significativamente lo spettro dei soggetti potenzialmente idonei sotto il profilo delle competenze e da scoraggiare, anche per questo, condizioni favorevoli alla celerità nella conduzione

quella penale (su questo punto la lettera della norma, prima della conversione, presentava il riferimento alla “legge extrapenale”), fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d. lgs. n. 159/2011, (anche il riferimento alle leggi antimafia e alle misure di prevenzione, prima assente, è apparso in sede di conversione) nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea”. La disciplina oggetto di deroga cui l'art. 1, del d.l. n. 109/2018 fa poi espresso riferimento è quella dettata dal TU in materia di espropriazione per pubblica utilità. In relazione a tale ultimo punto si veda pure l'art. 1-bis del d.l. n. 109/2018, introdotto in sede di conversione, (Misure per la tutela del diritto all'abitazione), che, nel qualificare in termini di “opera di pubblica utilità” dell'infrastruttura da ricostruire, prevede che il Commissario straordinario entro trenta giorni dall'e.v. della l. conversione “può stipulare con i proprietari e con gli usufruttuari delle unità immobiliari oggetto di sgombero ... l'atto di cessione del bene o del diritto reale. Scaduto tale termine, provvede alle conseguenti espropriazioni”. Si veda in tal senso pure l'art. 4-bis, d.l. n. 109/2018 (Sostegno a favore degli operatori economici danneggiati in conseguenza dell'evento).

¹⁴⁹ Ai sensi dell'art. 1, c. 3, d.l. n. 109/2018 si tratta di uffici della Regione Liguria, uffici tecnici e amministrativi del Comune di Genova, Provveditorati interregionali alle opere pubbliche, Anas S.p.a., Autorità di distretto, concessionari di servizi pubblici e società a partecipazione pubblica o a controllo pubblico, mediante convenzione.

¹⁵⁰ Cfr. art. 1, c. 7, d.l. n. 109/2018 che, per riferirsi alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, rinvia non all'art. 63 del d. lgs. n. 50/2016, ma alla norma della Dir. 2014/24/UE (art. 32, par. 1) che il primo recepisce. Cfr. pure il Decreto del Commissario straordinario del 13 novembre 2018, n. 3 in GU serie gen., n. 272 del 22 novembre 2018 recante Modalità di affidamento dei lavori delle forniture e dei servizi relativi alla demolizione del ponte Morandi ed alla ricostruzione del nuovo ponte sul Polcevera.

¹⁵¹ Si veda per le procedure di scelta del contraente, a titolo esemplificativo, il d.l. n. 189/2016, conv. in l. n. 229/2016 in materia di interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016, modificato dal d.l. n. 148/2017, conv. in l. n. 172/2017, in relazione agli interventi che costituiscono presupposto per l'applicazione della procedura negoziata senza la previa pubblicazione di bando. Quanto all'adeguatezza delle strutture di cui si avvale il modello commissariale nella gestione emergenziale, si veda il giudizio critico espresso (F. Albisinni, M. Conticelli, L. Fiorentino, E. Schneider, *Torrenti alluvionali a Genova: la permanenza dell'emergenza*, in L. Turchia (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, cit., 29 ss.) nel caso della messa in sicurezza della città di Genova attraverso il rifacimento di tratti di argine e copertura del torrente Bisagno, in relazione alla scelta di “perseverare nell'affidamento a” strutture “che avrebbero dovuto garantire ... l'attività ordinaria” (uffici del provveditorato alle opere pubbliche di Lombardia e Liguria, Regione).

e definizione delle procedure e nella esecuzione degli interventi. Criticità queste che neanche la giustificazione prudenzialmente addotta, di evitare “un indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali”, valeva a temperare. La versione dell’art. 1, c. 7 del d.l. approvata in sede di conversione appare maggiormente conforme al principio di proporzionalità nella misura in cui compare, in luogo del riferimento a tutte le concessionarie di strade a pedaggio, quello al solo “concessionario del tratto autostradale alla data dell’evento” nonché “alle società o soggetti da quest’ultimo controllati o, comunque, ad esso collegati”. In questa prospettiva il malcelato intento di penalizzare i “signori delle autostrade”, perde il carattere trasversale assunto in precedenza, e invoca, a sostegno della selettività attualmente acquisita, un approccio prudenziale, semplicisticamente ancorato all’argomento del grave inadempimento – tutto da dimostrare come si è ricordato – delle obbligazioni assunte in convenzione da parte del concessionario. Inadempimento che, ove accertato, approfondirebbe, in presenza di un ulteriore affidamento all’attuale concessionario, lo sbilanciamento a favore di quest’ultimo della relazione convenzionale, e ne amplificherebbe inoltre il vantaggio competitivo nel complessivo sistema delle concessioni.