(*sollen*) molto difficilmente coincide con l'essere (*sein*)¹⁵ nel senso che l'esistenza di potestà e funzioni sufficientemente delineate non assicura minimamente ch'esse vengano effettivamente esercitate (come insegna la quasi venticinquennale inerzia statale proprio nell'esercizio della funzione, commessagli dall'art. 81 del D.P.R. n. 616/77, di identificare le linee fondamentali di assetto del territorio nazionale)¹⁶.

A differenza che in passato — tuttavia — la Repubblica italiana — intesa nel suo congiunto di Stato, regioni ed enti locali — non potrà, in prospettiva, rimanere inerte a fronte di indirizzi europei che saranno non solo vincolanti giuridicamente, ma condizionanti lo stesso sviluppo economico di ampie porzioni del territorio nazionale.

* * *

E. CANNIZZARO, *Regole di concorrenza e reti transeuropee: riflessioni sul problema della coerenza fra politiche comunitarie*

SOMMARIO: 1. Politiche di regolamentazione e politiche di intervento. — 2. Le politiche distributive della Comunità e il problema della coerenza. — 3. Politica delle reti e altre politiche comunitarie: a) i conflitti apparenti. — 4. b) *Segue*. i conflitti reali: politiche di intervento e politiche di concorrenza. — 5. Profili ricostruttivi: il temperamento fra fini nel sistema del Trattato. — 6. Conclusioni.

1. In vari modelli ricostruttivi, elaborati per spiegare il fenomeno della delega di competenze all'Unione, un certo rilievo spetta alla distinzione fra politiche di regolamentazione e politiche distributive.

Secondo modelli di questo tipo, la maggior parte delle politiche esercitate dalle Comunità sarebbero politiche del primo tipo. Esse sostanzialmente non procederebbero direttamente a determinare l'allocatione delle risorse pubbliche, ma determinerebbero le regole che disciplinano i comportamenti dei soggetti sul mercato, e solo

¹⁵ Si riprende un'espressione usata da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1962, p. 19 ss.

¹⁶ Per tutti in materia v. G. MORBIDELLI, *Urbanistica, beni ambientali, acque ed inquinamento*, in *Le Regioni*, n. 1/1977, (numero di commento al D.P.R. n. 616), e S. AMOROSINO, *Gli interventi statali sul territorio regionale e locale*, Milano, 1979, p. 79.

indirettamente, attraverso il funzionamento di tali regole, influirebbero sull'allocatione di risorse.

Non vi è dubbio che le politiche comunitarie, soprattutto quelle, per così dire, di prima generazione, sono soprattutto politiche di regolamentazione. Tuttavia, soprattutto negli anni più recenti, alle Comunità sono state attribuite competenze in settori che comportano direttamente una redistribuzione di risorse. Sempre più, in sostanza, l'esercizio di competenze comunitarie comporta un intervento diretto sul mercato, attraverso strumenti utilizzati, fino ad ora, esclusivamente dagli Stati membri.

L'attribuzione alle Comunità di una competenza in tema di reti transeuropee si pone in questa direzione. Si tratta di un potere di conformazione del territorio, certo assai più simile ai poteri di uno Stato che a quelli di una agenzia di regolamentazione. Inoltre, l'esercizio delle competenze in tema di reti si pone il raggiungimento di una serie di obiettivi che comportano direttamente un intervento allocativo di risorse. L'art. 154 del Trattato indica espressamente fra le finalità delle attività di retificazione lo sviluppo e la coesione economica e sociale, con particolare attenzione alla situazione delle regioni sfavorite della Comunità.

Insomma, la nuova competenza attribuita alla Comunità pare indicare un rafforzamento delle politiche distributive assegnate alla Comunità, e una indicazione di tendenza verso l'esigenza di una centralizzazione dei procedimenti decisionali concernenti l'assetto del territorio, perlomeno per progetti che, come dire, caratterizzino l'unità territoriale della Comunità. La competenza in tema di reti assume quindi un evidente impatto simbolico, in quanto assegna alle Comunità una competenza tradizionalmente spettante al potere statale; d'altro lato, essa accentua il carattere distributivo dell'intervento comunitario, che assume allora un chiaro carattere allocativo.

2. La determinazione di una competenza di questo tipo pone il problema di definirne i rapporti rispetto ad altre competenze comunitarie, in particolare con quelle intese piuttosto a porre un limite all'intervento pubblico in economia.

L'attribuzione alla Comunità di politiche di intervento diretto in economia, infatti, altera il problema della coerenza fra politiche comunitarie. Fino a quando la Comunità pone un quadro di regolamentazione di attività economiche, ne disciplina l'esercizio, stabili-

sce il quadro giuridico di fondo entro il quale debbono muoversi Stati e imprese private, il problema di coerenza delle politiche comunitarie è un problema, come dire, di rinvenire modalità di azione che realizzino contemporaneamente i diversi fini dell'integrazione.

Allorché la Comunità assume compiti nuovi, diventa una « Comunità imprenditrice », si assume il compito di organizzare l'allocazione di risorse, qui abbiamo un vero e proprio conflitto fra fini: da un lato, quelli che stabiliscono il quadro normativo per le attività di imprese, e che costituiscono le libertà fondamentali del mercato comune; dall'altro, quelli che invece attengono alla redistribuzione delle risorse e presuppongono una allocazione diversa da quella che scaturirebbe dal libero gioco del mercato.

Il problema non è nuovo, né esso si pone solo per quanto concerne le competenze in tema di reti. Problemi analoghi sorgono più in generale per tutte le attività comunitarie che non si esauriscono in una mera attività di regolamentazione, ma che concretano un intervento diretto sul mercato. Un esempio è dato dalla gestione del mercato comune agricolo, nel quale la concorrenza è esclusa, come previsto dall'art. 36 del Trattato (già art. 42), nonché dal regolamento attuativo n. 26 del 1962, nella misura in cui essa può pregiudicare i fini dei mercati agricolo comune. Il problema si pone poi, in particolare, per tutti i settori di intervento diretto comunitario, e, in particolare, per la politica di coesione economica e sociale. Lo studio del problema come esso si pone a proposito delle reti può dunque fornire strumenti di analisi anche per quanto concerne altre forme di intervento diretto della Comunità.

3. Nell'ambito della politica delle reti, invero, un problema di coerenza è evidenziato già dagli strumenti di regolamentazione primaria dell'intervento comunitario. L'art. 154 del Trattato, nel determinare la competenza comunitaria, precisa che l'intervento comunitario debba avvenire « nel quadro di un sistema di mercati aperti e concorrenziali ». Il regolamento 2236/95 del 18 settembre 1995¹ svolge questa indicazione in maniera curiosa, precisando che il problema di coerenza rispetto alle altre politiche comunitarie vada risolto secondo un parametro di compatibilità. Esso prevede all'art. 7 che « *I progetti finanziati a norma del presente regolamento devono*

¹ Regolamento (CE) n. 2236/95 del Consiglio del 18 settembre 1995 che stabilisce i principi generali per la concessione di un contributo finanziario della Comunità nel settore delle reti transeuropee, in *GUCE* L 228 del 23 settembre 1995, p. 1 ss.

essere conformi al diritto comunitario e alle politiche comunitarie, in particolare in materia di protezione dell'ambiente, di concorrenza e di aggiudicazione di appalti pubblici ».

Questa indicazione è poi sostanzialmente ripetuta dai regolamenti di modifica, nonché dagli atti di attuazione di questi, e sembra divenuta, ormai, una clausola di stile degli atti nei quali si concreta la politica delle reti transeuropee.

La formulazione della disposizione non è del tutto felice. Come si è detto, essa sembra risolvere il problema della coerenza fra politiche comunitarie in una relazione di compatibilità. Le azioni nelle quali si realizza la politica delle reti sono conformi al Trattato in quanto compatibili con le altre politiche comunitarie, in particolare con quelle menzionate nella disposizione.

Questa soluzione sembra equilibrata per la maggior parte delle situazioni di interferenza che si producono rispetto alle attività comunitarie nel settore delle reti.

Ad esempio, quanto ai rapporti con la politica ambientale, sembra ragionevole pensare che incomba alle istituzioni comunitarie il dovere di realizzare una politica nel settore delle reti che rispetti gli *standards* di tutela ambientale per altro verso determinati dalla Comunità. Si tratta di un modo di soluzione di conflitti apparenti per via interpretativa. Dato che le istituzioni godono di una certa discrezionalità nella realizzazione dei fini del trattato, è quasi ovvio pensare che, nell'attività di attuazione di un fine, esse debbano scegliere modalità che non ne pregiudichino la realizzazione di altri.

È il caso di avvertire, peraltro, che non sempre le cose sono così semplici. Può infatti accadere che la realizzazione di una rete, poniamo, di trasporti, comporti necessariamente una attenuazione di *standards* ambientali, in quanto comporta opere di trafori o alterazioni ambientali non altrimenti evitabili. In tal caso avremo una ipotesi di conflitto reale: o gli *standards* ambientali vanno attenuati per consentire un importante collegamento transeuropeo, o occorre rinunciare alla realizzazione del progetto. Come vedremo, questa situazione sembra allora imporre un temperamento materiale, nel senso che necessariamente la realizzazione integrale di uno dei fini deve cedere, e tollerare una realizzazione solo parziale, per non impedire la realizzazione dell'altro.

4. Conflitti reali si verificano di converso ben più di frequente rispetto alla politica di concorrenza. La coerenza fra politiche comunitarie si traduce allora in soluzioni che comportano necessariamente una compressione di un interesse al fine di realizzarne un altro.

L'intervento pubblico in economia può infatti originare rapporti di reciproca esclusione con la politica di concorrenza, nel senso che, per propria natura, esso finisce con l'alterare la libera concorrenza che altrimenti si instaurerebbe sul mercato. Si tratta allora di determinare i nessi di compatibilità fra la filosofia interventista, che è alla base delle azioni in tema di reti, e la filosofia liberista, alla base della politica di concorrenza.

Conviene soffermarsi innanzitutto sulla distinzione fra alcuni concetti la cui confusione è fonte di gravi equivoci.

Innanzitutto, non vi sono dubbi sul fatto che le istituzioni non hanno il potere, attraverso atti di realizzazione della politica delle reti, di sottrarre le imprese private al rispetto delle regole di concorrenza alle quali esse sarebbero altrimenti sottoposte. Ciò deriva dall'art. 154 del Trattato, ma si potrebbe invero ricavare da un generale principio di coerenza fra politiche comunitarie. Una competenza tesa a realizzare uno dei fini del Trattato non può essere esercitata al fine da pregiudicare la realizzazione di altri fini del trattato. Così come la realizzazione delle infrastrutture deve rispettare la normativa comunitaria sugli appalti, essa deve, per propria natura, rispettare la normativa sulla concorrenza. Nell'ambito delle attività per la realizzazione delle reti, non si può consentire a deroghe agli articoli 81 (*ex* 85) e 82 (*ex* 86), ad esempio, al fine di creare enti di gestione, non configurate nel diritto comune della concorrenza. Semmai si manifestasse, nell'attuazione della politica delle reti, l'esigenza di attenuare i vincoli che incombono alle imprese in virtù delle regole di concorrenza, occorrerebbe utilizzare gli strumenti, in particolare, le esenzioni, previste a tal fine.

Un problema di compatibilità con le politiche di concorrenza sorge rispetto agli effetti, occasionali ed indiretti, sul mercato prodotti dall'intervento pubblico. In altri termini, il problema di compatibilità con il diritto della concorrenza sorge ogni qual volta l'azione pubblica produca effetti distorsivi della concorrenza che sarebbero stati vietati se prodotti da atti o comportamenti privati.

L'azione comunitaria può comportare effetti distorsivi della concorrenza in due maniere: alterando la concorrenza fra sistemi infrastrutturali, o alterando la concorrenza fra attività operate all'interno di un determinato sistema infrastrutturale. Avremo allora una alterazione della concorrenza intersistemica, ed una alterazione della concorrenza infrasistemica.

i) Reti e concorrenza intersistemica
Esaminiamo la prima ipotesi. Nel determinare il finanziamento e la realizzazione di una determinata tipologia di rete, l'azione

comunitaria altera la competitività fra più entità altrimenti in concorrenza, a vantaggio, si può pensare, della competitività del meccanismo nel suo complesso.

Gli esempi potrebbero essere innumerevoli. Accordi privati che determinano la costruzione, la gestione, la ripartizione nell'utilizzazione di installazioni, ovvero la ripartizione di traffici, o l'esclusione di determinate attività, sarebbero certamente di dubbia compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza. Effetti del tutto analoghi si possono tuttavia produrre in seguito ad azioni comunitarie nel settore delle reti. Non sarebbe addirittura azzardato prospettare che il mantenimento di una rete che serva le regioni meno sviluppate possa comportare azioni di intervento diretto sul mercato quali la fissazione di prezzi minimi o la ripartizione di quote di mercato.

ii) La concorrenza infrasistemica

In secondo luogo, la realizzazione di una politica comunitaria nel settore delle reti può comportare una alterazione, ancorché meno evidente, della concorrenza anche all'interno del sistema. Ad esempio, la necessità di mantenere in un determinato nodo di traffico *standards* minimi di efficienza e produttività, tali da contribuire all'efficienza della rete nel suo complesso, potrebbe comportare una limitazione dell'accesso al mercato interno attraverso la determinazione di quote di mercato o condizioni restrittive di accesso.

5. Una volta accertato che l'intervento pubblico determinato dalla politica delle reti può comportare un conflitto rispetto alle finalità assicurate dalla politica di concorrenza, vediamo quali sono le strade per risolvere il problema, rendere apparente il conflitto, ed assicurare la coerenza fra le politiche comunitarie.

Non vi è dubbio che fra le politiche di intervento e di regolamentazione del mercato e le politiche libero concorrenziali vi sia una evidente frizione. Le politiche di concorrenza mirano a governare il mercato, e determinano le condizioni di parità fra operatori privati; le seconde non si limitano a governare il mercato, ma lo indirizzano verso la realizzazione di scopi che altrimenti non verrebbero realizzati attraverso l'azione privata. Le prime attengono alla concorrenza nel sistema; le seconde alla competitività del sistema nel suo complesso.

Insomma, la politica delle reti configura un modello di mercato guidato, tale da comportare effetti equivalenti a quelli di comportamenti vietati dal diritto della concorrenza. Sembra ragionevole ipotizzare allora che non le singole politiche di concorrenza costitui-

scano un limite all'intervento pubblico che si manifesta nel settore delle reti, bensì il diverso, e più raffinato, concetto di competitività del sistema. Operando al fine di migliorare le infrastrutture di base di un mercato europeo, ed offrire quindi alle imprese servizi altrimenti non realizzabili attraverso l'azione privata o addirittura l'azione statale, la Comunità assicura la competitività del sistema economico concepito nella sua globalità. Ciò può allora, in un quadro di coerenza fra politiche comunitarie, comportare un contemperamento rispetto all'esigenza del rispetto delle politiche concorrenziali.

Si potrebbe pensare che il problema si risolva attraverso meccanismi di tipo procedurale; attraverso cioè delle fasi di ponderazione e cooperazione fra soggetti preposti alla realizzazione di finalità diverse. Questa soluzione in sostanza mira a risolvere il problema attraverso forme di partecipazione al processo decisionale in tema di reti di diverse direzioni generali della Commissione, in particolare della direzione generale della concorrenza. Se ciò determina una più scarsa probabilità di conflitti, tuttavia, questa rimane e va risolta attraverso strumenti interpretativi di tipo sostanziale.

Occorre francamente ammettere che non vi sono, nel sistema comunitario, delle regole *ad hoc* per la soluzione dei conflitti fra politiche. Possiamo allora porci nella diversa direzione di vedere se problemi analoghi a quelli ora trattati siano stati risolti secondo un metodo omogeneo dalla giurisprudenza, al fine di ricostruire, eventualmente, un più generale principio interpretativo nel Trattato.

a) *La tendenza al contemperamento nella sentenza ENS*

Un contributo alla soluzione del nostro problema viene dalla sentenza del Tribunale di primo grado del 15 settembre 1998, ENS². La questione concerneva la validità di una decisione della Commissione che aveva dichiarato applicabili le norme della concorrenza ad una intesa fra imprese diretta a costituire una impresa comune a carattere cooperativo per il trasporto di persone nel tunnel della Manica, ed aveva concesso una esenzione in termini ritenuti insufficienti dalle imprese. Nella notificazione alla Commissione, le imprese rilevavano, fra l'altro, che nessuna delle imprese partecipanti avrebbe da sola potuto garantire il servizio, e che nessun altro consorzio aveva manifestato interesse per questo. La Commissione riteneva, d'altro lato, che l'accordo restringesse ingiustificatamente le condizioni di concorrenza potenziale fra le imprese interessate e costituisse una barriera all'ingresso sul mercato di altri concorrenti.

² Cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94, in *Racc.*, p. II-3141 ss.

Peraltro, la Commissione esentava l'accordo sulla base dei vantaggi per i consumatori e del miglioramento tecnico apportato (art. 5 del reg. 1017/68), e fissava in otto anni l'esenzione dell'accordo.

Particolarmente rilevante, ai nostri fini, è la posizione del Regno Unito, interveniente nella procedura. Il Regno Unito ha sostenuto che la ristrettezza del termine concesso per l'esenzione contrasterebbe con la politica comunitaria tesa a favorire la partecipazione privata allo sviluppo delle reti transeuropee³. Il Tribunale ha annullato la decisione, fondandosi, fra l'altro, sulla considerazione che le esenzioni al diritto della concorrenza devono essere tali da consentire una redditività di investimenti nel settore dei trasporti di livello qualitativo elevato che contribuiscano in misura rilevante al progresso tecnico. La sentenza concerne un profilo per così dire rovesciato rispetto a quello ora esaminato: la esentabilità, cioè, alla luce del diritto della concorrenza, di misure private tese a fornire un servizio tecnicamente complesso avvalendosi di reti già operanti. Essa tuttavia sembra indicativa in quanto risolve in punto di contemperamento un problema di rapporti fra politiche comunitarie apparentemente in conflitto.

Non è del resto impensabile che si verifichi anche la situazione rovesciata, come evidenziato da alcune recenti vicende relative a progetti di infrastrutture di rete, quali, ad esempio, il noto caso dell'aeroporto di Malpensa. Uno Stato potrebbe adire la Corte di giustizia contro una decisione della Commissione, o far addirittura valere l'invalidità di un regolamento che adotti un orientamento generale, sostenendo l'esistenza di effetti distorsivi dell'atto rispetto ad altre politiche comunitarie. Per risolvere la questione, la Corte sarebbe allora chiamata a valutare previamente la soluzione di un problema di coerenza fra politiche comunitarie.

b) *La tendenza al contemperamento per la soluzione del problema dei rapporti fra misure statali e normative comunitarie sulla concorrenza*

Un contributo alla ricostruzione di principi generali in questo settore può venire dalla considerazione del problema dei rapporti fra misure normative degli Stati membri e normative comunitarie sulla concorrenza.

Vero è che la situazione è del tutto diversa. Le misure statali sono infatti in via di principio sottoposte alle regole comunitarie sulla concorrenza dirette agli Stati, mentre l'azione comunitaria ne è, in via di principio, sottratta. Non mancano tuttavia elementi di analo-

³ V. in particolare il punto 227 della sentenza.

gia strutturale fra le due situazioni. Nel perseguire finalità d'indole generale, infatti, del tutto leciti alla luce del diritto comunitario gli Stati possono produrre interferenze rispetto al diritto comunitario della concorrenza occasionali ed indirette, del tipo di quelle prodotte attraverso la realizzazione di altre politiche comunitarie. Mentre non vi sono dubbi che gli Stati membri non possono rendere lecito un comportamento comunitario altrimenti contrastante con il diritto della concorrenza, è più dubbio stabilire in quali casi interferenze occasionali ed indirette possono comportare l'illegittimità di misure statali nel campo della regolamentazione di rapporti economici e sociali.

Come è noto, la Corte di giustizia si è posta nella direzione di vedere in quali casi le misure statali perdano, a causa della partecipazione alla loro formazione di soggetti privati, il carattere di misura di pubblico interesse, e diventino sostanzialmente dei provvedimenti tesi alla tutela di situazioni di privilegio private. La Corte si è spinta molto avanti in questo orientamento, fino ad analizzare nei dettagli la composizione di comitati di fissazione di prezzi e tariffe. Questo indirizzo giurisprudenziale ha prodotto evidenti forzature, e risultati non sempre convincenti. Infatti possiamo avere da un lato delle misure di interferenza lecite in quanto ragionevolmente dirette al perseguimento di un pubblico interesse, che siano pur formate attraverso procedimenti ai quali partecipino in misura rilevante soggetti privati; d'altro lato, misure pur formate attraverso procedimenti interamente pubblici possono comportare una interferenza irragionevole o eccessiva sul libero gioco della concorrenza.

Una apertura nel senso di considerare i nessi oggettivi di compensazione fra interesse pubblico perseguito dal provvedimento statale e misura dell'interferenza prodotta sulla concorrenza è contenuta nella recentissima sentenza *Autotrasporti Librandi* del 1° ottobre 1998⁴. In questa sentenza la Corte sembra considerare, sia pure in maniera indiretta, la necessità di una ponderazione fra l'interesse pubblico perseguito dalla misura statale e l'interesse privato all'alterazione del gioco della concorrenza.

c) *La tendenza al contemperamento fra politiche comunitarie ed attività statali in altri settori*

Queste indicazioni possono essere completate da alcuni segnali evidenziati dalla giurisprudenza della Corte in altri settori nei quali gli Stati membri possono interferire, per finalità di ordine generale, con le politiche della concorrenza. In particolare, si può cogliere

⁴ Causa C-38/97, in *Racc.*, p. I-5955 ss.

l'utilizzazione di un elemento di questo tipo al fine di valutare la nozioni di aiuto di stato, e distinguerla così dalle normali attività dello Stato nel campo della disciplina dei rapporti economici e sociali, nonché al fine di individuare i casi in cui uno Stato può sottrarre al rispetto del diritto della concorrenza imprese pubbliche o alle quali riconosca diritti speciali o esclusivi per finalità di interesse generale, ai sensi dell'art. 86 (già articolo 90). In questo caso, anzi, è la stessa disposizione del Trattato la quale indica la necessità di un bilanciamento fra obiettivi pubblici generali e interferenza con il libero gioco della concorrenza.

Dai vari settori esaminati emerge insomma come il problema delle interferenze fra politiche interventiste, perseguite da Stati o Comunità, e politiche liberiste, imposte dal Trattato trovi una soluzione nell'applicazione di un principio uniforme di contemperamento. A propria volta, tale principio può essere ulteriormente precisato, qualitativamente e quantitativamente, nell'ambito dei singoli settori materiali nei quali si trova ad operare. Questa conclusione sembra imporsi per quanto riguarda il difficile problema dei rapporti fra politiche di concorrenza e politica in tema di reti transeuropee. A propria volta, la soluzione di questo problema sembra gettar luce, più in generale, sulla complessa, e in buona parte inesplorata questione di assicurare la coerenza fra politiche comunitarie.

* * *

FILIPPO DONATI, *Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La politica comunitaria nel settore delle reti di energia. — 3. Gli orientamenti relativi alle reti transeuropee nel settore dell'energia. — 4. L'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza con riguardo alle reti di energia. — 5. La legislazione comunitaria in materia di reti di energia. — 6. La direttiva sul mercato interno dell'energia elettrica. — 7. La direttiva sul mercato interno del gas naturale. — 8. L'attuazione della direttiva comunitaria sull'energia elettrica. — 9. La liberalizzazione del mercato italiano del gas naturale. — 10. Problemi aperti.

1. Non diversamente da quanto è accaduto nel campo delle telecomunicazioni, anche nel settore dell'energia (elettricità e gas) sono stati gli organi comunitari a dare l'impulso decisivo per l'applicazione delle regole della concorrenza.

La disciplina comunitaria in tema di energia, però, è ben diversa