

GIACINTO DELLA CANANEA

STATO E MERCATO: LE INFRASTRUTTURE PER I SERVIZI PUBBLICI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Lo sviluppo dei servizi pubblici e delle infrastrutture: la dimensione finanziaria. – 1.2. Specifico rilievo giuridico delle infrastrutture. – 1.3. Tra diritto ed economia. – 2. Il ruolo dei pubblici poteri nell'approntamento delle infrastrutture. – 2.1. Una visione d'insieme: ordinamento europeo e ordinamenti nazionali. – 2.2. L'ordine giuridico europeo: le infrastrutture come beni comuni transnazionali. – 2.3. L'ordine giuridico europeo: irrilevanza dell'appartenenza dei beni, promozione del loro uso condiviso, incoraggiamento agli investimenti. – 2.4. L'ordinamento italiano: offerta pubblica e offerta privata di servizi. – 2.5. L'ordinamento italiano: una cornice giuridica inadeguata per gli investimenti. – 3. Il finanziamento in *deficit* delle infrastrutture. – 3.1. Il *favor* per gli investimenti pubblici nei trattati fondativi dell'Unione europea. – 3.2. Il *favor* per gli investimenti pubblici nel Patto di stabilità e crescita. – 3.3. Dai trattati fondativi al *Fiscal compact*. – 3.4. Lo Stato finanziatore: bilancio in pareggio, risorse aggiuntive e interventi speciali. – 3.5. Il *favor* per gli investimenti degli enti territoriali. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

1.1. Lo sviluppo dei servizi pubblici e delle infrastrutture: la dimensione finanziaria

Sul ruolo dello Stato e più in generale dei pubblici poteri nell'erogazione dei servizi offerti alla collettività e nell'approntamento delle relative infrastrutture, vi è varietà di opinioni. Su di esse influiscono non solo, com'è inevitabile, le diverse *Weltauschungen*, ma anche i fattori storici. Le analisi ad essi dedicate si fondano sullo studio di episodi e fasi più ampie, su accostamenti comparativi. Questi sono preziosi, perché consentono di constatare

* Questo saggio, che riproduce il testo, rivisto e corredato di note, della prolusione al corso monografico della SPISA su "Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione", Bologna, 13 gennaio 2012, è in corso di pubblicazione nei Quaderni della SPISA.

sia la sostanziale comunanza dei problemi, sia la parziale divergenza delle soluzioni escogitate per porvi rimedio. Ne costituiscono altrettante, eloquenti dimostrazioni le alterne vicende delle ferrovie in Europa: dapprima finanziate e realizzate da operatori economici privati, poi nazionalizzate per via della loro importanza strategica, in seguito sottoposte a privatizzazioni e liberalizzazioni, con varietà di esiti. All'opposto, negli Stati Uniti d'America, il governo federale non è stato chiamato a concorrere alla realizzazione delle ferrovie: reti e servizi sono stati gestiti dagli operatori economici privati. Le inferenze che se ne possono trarre sono affascinanti, sia per le connessioni con gli aspetti più propriamente politici, nel senso dell'evoluzione del tipo di *res publica*, sia perché – sul piano epistemologico – confermano la relatività delle teorie¹, anziché il loro progressivo superamento nelle sintesi di tipo hegeliano.

Piuttosto, storicamente, due fatti sono incontrovertibili. Il primo è che, malgrado le nostre limitazioni conoscitive, gli studi disponibili attestano che l'attività di approntamento delle infrastrutture, in particolare per quanto concerne le opere idrauliche e quelle viarie, costituisce da sempre un'attività tipica dei pubblici poteri, pur se non necessariamente un'attività esclusiva in ragione del loro alto costo². Possono esservi state variazioni nel tempo e nello spazio. Possono esservi stati – cioè – Paesi e periodi storici, nei quali l'intervento diretto dei pubblici poteri ha subito una contrazione, per ragioni ideologiche ed economiche, come è accaduto in Europa per buona parte dell'Ottocento³. Ma si è trattato, appunto, di determinati periodi: secondo Albert Venn Dicey, il più eminente costituzionalista dello Stato dominante in quell'epoca, il Regno Unito, il collettivismo è subentrato al *laissez-faire* già nell'ultimo quarto del XIX secolo⁴, ben prima che Keynes lo segnalasse⁵.

¹ Per un confronto tra le teorie dello Stato del XIX e XX secolo, J. Rivero, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1987, 12 ed., 28.

² In senso difforme, M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, 21. Da Giannini è, invece, tratta la nozione di "approntamento", preferibile a quella di realizzazione, per evitare sovrapposizioni con le fasi operative, con cui si eseguono i progetti delle infrastrutture.

³ Per un'analisi storica, R. Millward, *Private and Public Enterprise in Europe: Telecommunications and Transport 1830-1990*, Cambridge University Press, 2005.

⁴ A.V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Indianapolis, Liberty Fund, 1917 (si veda, in particolare, la Lecture VIII – The Period of Collectivism).

⁵ Il riferimento è a J.M. Keynes, *The End of Laissez-Faire* (1926), in *Essays in Persuasion*, London, Macmillan, 1931.

le infrastrutture per i servizi pubblici

Il secondo fatto deriva dall'ampliamento dell'elettorato e dal conseguente cambiamento del tipo di Stato. Per quanto esso abbia avuto luogo in tempi diversi nei diversi Paesi, l'importanza dei servizi pubblici si è ovunque notevolmente accresciuta. L'entità e la direzione del mutamento non sfuggirono ai Maestri del diritto pubblico europeo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. In Francia, esse suggerirono a Léon Duguit una sistemazione del diritto amministrativo alternativa a quella prospettata da Maurice Hauriou, fondata sull'autorità⁶. In Italia, essi indussero Vittorio Emanuele Orlando a constatare all'inizio del Novecento, non senza preoccupazione, le difficoltà che ne derivavano anche sul piano costituzionale⁷. Quella tendenza è proseguita nel corso del secolo scorso. Lo sviluppo e la diffusione dei servizi pubblici di tipo sociale, dall'istruzione alla salute, hanno contribuito grandemente a migliorare gli standard di vita, pur incidendo sulle libertà economiche⁸ e ponendo problemi tutt'altro che lievi sotto il profilo della giustizia distributiva⁹. La realizzazione e il perfezionamento delle infrastrutture e delle reti (di energia, di trasporto, di comunicazioni elettroniche) hanno permesso movimenti – prima impensabili – di persone, merci, servizi¹⁰; hanno contribuito nel lungo periodo alla crescita del reddito e del benessere, sia pure in modi tanto complessi da escludere nessi di causalità di agevole e univoca rilevazione.

Vi è anche un altro lato della medaglia: le infrastrutture hanno influito sull'ambiente, rimodellandolo, a volte danneggiandolo, sollevando reazioni da parte degli enti locali che lo amministrano¹¹. Soprattutto, si è posto il problema degli alti costi necessari per realizzarle. Considerate congiuntamente, le spese per i servizi pubblici e per le relative infrastrutture hanno provocato nel Novecento, in tutta l'Europa, un ampliamento assai consistente delle

⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public* (1910, [Paris, Dalloz, 2010]), 264. Per una retrospettiva delle posizioni di Duguit e Hauriou e del loro influsso sulla cultura giuridica francese successiva, J. Chevallier, *Le service public* (7 ed., Paris, Puf, 2008), 18.

⁷ V.E. Orlando, *Introduzione*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano* (Milano, Società editrice libraria, 1901); *Sul contenuto giuridico della legge di bilancio* (1911), ora in *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, 528.

⁸ S. Romano, *Le libertà di commercio nei mercati municipali* (1925), ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1990, 277.

⁹ J. Mashaw, *Bureaucratic Justice. Managing Social Security Disability Claims*, Yale University Press, 1985.

¹⁰ S. Graham & S. Marvin, *Splintering Urbanism. Networked Infrastructures, Technological Mobilities and the Urban Condition*, London and New York, Routledge, 2001.

¹¹ S. Cassese, *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 1025.

spese poste a carico della collettività. Vi ha corrisposto un incremento delle entrate correnti messa dalla collettività a disposizione dei pubblici poteri. Quando tale incremento è risultato insufficiente, come è accaduto nel sistema politico-amministrativo italiano, è lievitato l'indebitamento, per via del meccanismo perverso dell'aumento del debito e degli interessi, accollati alla collettività. Ciò ha influito negativamente sulla stabilità della finanza pubblica, nonché sulle prestazioni nei confronti delle quali i cittadini (e, sempre più spesso, altri soggetti) avanzano pretese¹².

Il problema posto dall'accresciuta dimensione finanziaria delle infrastrutture può essere meglio compreso se scomposto in due distinte questioni: a) se, ed entro quali margini, debba esservi un intervento diretto dei pubblici poteri nella realizzazione delle infrastrutture; b) se ed entro quali limiti tale intervento diretto possa essere basato, oltre che sulle entrate correnti derivanti dal prelievo, cioè dall'esercizio della potestà di coazione, sulle entrate derivanti dall'indebitamento, acquisite tramite contratti¹³. Ad esse sono dedicate, rispettivamente, la seconda e la terza parte di questo studio.

1.2. Specifico rilievo giuridico delle infrastrutture

Uno studio di questo tipo non è privo d'inferenze e suggestioni per l'impostazione di questioni interferenti. Una di esse è l'importanza della nozione di "infrastruttura", che sovente resta in ombra rispetto alla nozione di "servizio pubblico" o altre equivalenti (servizi di pubblica utilità e così via)¹⁴.

La nozione di infrastruttura assume un preciso rilievo sul piano giuridico, per quanto concerne sia il ruolo dei pubblici poteri, sia le situazioni giuridiche soggettive degli operatori privati. Per i primi, le norme dell'Unione europea stabiliscono una fondamentale distinzione, tra la regolazione e la gestione delle reti e dei servizi¹⁵. La distinzione si coglie non tanto

¹² F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990.

¹³ Non verranno considerate, per evitare dispersioni, altre questioni di grande importanza per l'economia e il diritto, segnatamente se l'effetto di spiazzamento indotto dall'accumulazione di capitale da parte dei pubblici poteri esponga a rischi il risparmio, che è bene costituzionalmente tutelato, e se le forme di collaborazione tra enti pubblici e imprese private siano adeguate rispetto ai principi dell'equilibrio finanziario e del buon andamento: per una disamina di alcuni aspetti, *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

¹⁴ D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371.

¹⁵ Si consideri, per esempio, l'articolo 3, § 2, della direttiva n. 2002/21, direttiva-quadro in tema di comunicazioni elettroniche.

le infrastrutture per i servizi pubblici

in relazione ai servizi quali sono forniti a quanti ne facciano richiesta o al limite all'intera collettività, quanto al lume d'una considerazione complessiva delle funzioni. Per esse, l'ordinamento giuridico impone non una semplice disgiunzione, bensì la separatezza, al fine di evitare improprie commistioni e il connesso rischio di distorsioni (*government failures*) nel funzionamento dei mercati delle reti e dei servizi. Quanto agli operatori economici privati, le norme dell'Unione europea stabiliscono i criteri ai quali le autorità nazionali devono attenersi nell'esaminare le domande per la concessione del diritto di installare strutture su proprietà pubbliche o private¹⁶. Quei criteri non escludono la facoltà delle autorità nazionali d'imporre contributi agli operatori che siano proprietari delle strutture installate. Di converso, i contributi e altri oneri economici non possono essere applicati agli operatori che utilizzano tali strutture per prestare servizi (di telefonia mobile) senza esserne proprietari, per esempio nel caso in cui usino beni demaniali¹⁷.

La nozione di infrastruttura ha un autonomo rilievo giuridico anche rispetto alla nozione di "rete"¹⁸, con cui è collegata, sovente fino all'indistinto. Non vi è dubbio che i circuiti e gli snodi, i cavidotti e gli elettrodotti, le apparecchiature fisse e mobili (da tenere distinte da altri tipi di beni, come le locomotive e i vagoni, utilizzati per la gestione dei servizi), assumono un rilievo specifico in ragione della destinazione a un determinato servizio, nel quadro d'una rete. Ma non bisogna dimenticare che una medesima struttura può assumere rilievo anche ad altri fini, come accade agli impianti di telecomunicazioni che accedono a una rete ferroviaria, ma sono suscettibili di un uso distinto e autonomo, non meramente servente rispetto a quella rete (si parla comunemente di interrelazione fra reti). In base alle norme dell'Unione europea, le infrastrutture presentano un autonomo rilievo sotto un profilo più propriamente pubblicistico, ossia in rapporto alla loro importanza strategica. Un'apposita disciplina è stata emanata per tutelare le «infrastrutture critiche». Esse sono individuate in base a un duplice criterio. Le norme ne forniscono, anzitutto, una definizione generica, la quale fa riferimento alle strutture essenziali per il mantenimento delle "funzioni vitali" per la società e le sue componenti, e il cui danneggiamento o

¹⁶ Art. 3, par. 1, direttiva n. 2002/21.

¹⁷ CGUE, sentenza 12 luglio 2012, cause riunite C-55/11, C-57/11 e C-58/11, *Vodafone España SA c. Ayuntamiento de Santa Amalia e Ayuntamiento de Tudela; France Telecom España, c. Ayuntamiento de Torremayor*, par. 35.

¹⁸ F.Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008, 13 (ove si segnala che le reti fisiche sono «beni infrastrutturali composti di parti connesse»).

giacinto della cananea

la cui distruzione avrebbe un impatto significativo sulla vita del Paese¹⁹. Ne indicano, inoltre, una tipologia, facendo riferimento, tra l'altro, alle infrastrutture e agli impianti adibiti alla produzione e alla trasmissione di energia elettrica; alla produzione, alla raffinazione, allo stoccaggio e al trasporto di gas; alle vie di navigazione interna e al trasporto stradale; al trasporto ferroviario e a quello aereo.

Un'ulteriore distinzione va infine tracciata tra la nozione di infrastrutture e quella di "opere pubbliche". Tra di esse vi è indubbiamente sovrapposizione di ambiti, ma non identità. La distinzione si coglie non con riferimento alla struttura in sé, bensì in relazione all'appartenenza e alla funzione che assolve e, conseguentemente, al rilievo che il diritto le attribuisce. Da un lato, un'infrastruttura, in qualunque modo finanziata e realizzata, può appartenere a un ente pubblico o a un'impresa (formalmente e sostanzialmente) privata. Solo nel primo caso, essa costituisce anche un'opera pubblica, in senso proprio²⁰. Dall'altro lato, vi sono opere pubbliche che, pur se destinate alla fruizione da parte dei cittadini (diversamente, poniamo, da quelle adibite ad uso esclusivo degli appartenenti alle forze armate), non sono destinate allo svolgimento di pubblici servizi (case popolari, edilizia convenzionata)²¹.

1.3. Tra diritto ed economia

L'esigenza di un approfondimento delle questioni relative alle infrastrutture non è senza interesse, sul piano culturale, anche per le molteplici relazioni che si instaurano tra diritto ed economia. Entrambi i profili prima segnalati – i margini entro i quali può esplicarsi l'intervento diretto dei pubblici poteri ed essi possono finanziare le infrastrutture con i proventi dell'indebitamento – sono rilevanti sia per il diritto, sia per l'economia. Hanno sollecitato contributi d'insigni studiosi di ciascuna disciplina, nonché di alcuni eclettici.

¹⁹ Art. 2, lett. a), direttiva 2008/114 del Consiglio: «un elemento, un sistema o parte di questo ubicato negli Stati membri che è essenziale per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale dei cittadini ed il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo in uno Stato membro a causa dell'impossibilità di mantenere tali funzioni».

²⁰ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 55.

²¹ Per una sistemazione dei beni che mette in primo piano l'uso, G. della Cananea, *I beni pubblici*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2004, 171.

le infrastrutture per i servizi pubblici

Forse è soprattutto per la seconda questione, concernente l'acquisizione e l'uso di cospicue risorse finanziarie, che l'apporto dell'analisi economica ha importanza anche per il giurista. Lo è, in particolare, quando le norme d'apice dell'ordinamento offrono all'interprete indizi non univoci o non sufficienti, come accade per il fondamentale – ma tante volte violato – precetto costituzionale che richiede al Parlamento di approvare leggi comportanti spese soltanto ove siano stati indicati i “mezzi” per farvi fronte (art. 81 Cost.). Se il prelievo e il debito siano, sul piano finanziario, in relazione d'indifferenza – come osservato da Ricardo, che ammetteva di preferire il primo perché gli uomini sono poco lungimiranti – e se, quindi, tra quei “mezzi” possa rientrare l'indebitamento, sul presupposto che le spese realizzate diano luogo a incrementi del patrimonio pubblico, a successivi incrementi del prelievo, è questione per la quale l'apporto della scienza economica è cruciale²². Essa può essere posta al servizio dell'interpretazione giuridica, nella ricerca della norma più acconcia a tutelare gli interessi della collettività.

D'altro canto, una determinata linea di politica economica, in sé opinabile (come gli standard quantitativi ai quali fanno riferimento le norme che vietano i disavanzi pubblici eccessivi), può essere cristallizzata da una o più norme. In tal caso, essa assume il crisma della doverosità. Certamente ciò non la sottrae a critiche per i fini ai quali è ordinata o per i mezzi dei quali si vale. Pure, con altrettanta certezza quella linea di politica economica rappresenta il dover essere, *in primis* per i pubblici poteri. In una evenienza di questo tipo, il diritto è al servizio dell'economia e della finanza²³.

Ma il rapporto tra diritto ed economia non è sempre facile. Proprio nell'ambito delle infrastrutture e delle reti per i servizi pubblici, le cronache e le relazioni della Corte dei conti sono ricche di esempi di procedimenti di programmazione la cui lunghezza ritarda la realizzazione delle opere pubbliche, incidendo negativamente sulla loro utilità in funzione anticiclica. Anche l'apertura dei procedimenti amministrativi all'apporto dei privati può dare luogo a ritardi rispetto alla realizzazione di opere delle quali la società tutta ha bisogno. Pure, quell'apporto non può essere escluso, specialmente se costi e benefici sono assai diversamente distribuiti. Il diritto può anzi contribuire ad alleviare l'opposizione di singoli individui e gruppi, se

²² Il riferimento al pensiero di Ricardo è tratto da L. Spaventa, *Debito pubblico*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, Treccani, 1992.

²³ Per alcuni sviluppi, S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 265.

dando loro “voce” realizza l’aspirazione ad essere compartecipi del proprio destino, permette d’individuare soluzioni più eque²⁴.

2. Il ruolo dei pubblici poteri nell’approntamento delle infrastrutture

2.1. Una visione d’insieme: ordinamento europeo e ordinamenti nazionali

Si è osservato, all’inizio di questo scritto, che sul ruolo che lo Stato e gli altri pubblici poteri devono assumere in relazione all’approntamento delle infrastrutture, vi è stata e vi è varietà di opinioni. Alcuni, fedeli al convincimento che le forze del mercato se regolate – non guidate – siano in grado di raggiungere assetti ottimali, quanto meno nel lungo periodo, ritengono che i pubblici poteri debbano limitarsi ad assicurare le condizioni indispensabili affinché questo processo si realizzi; all’interno di questo filone di pensiero, che convenzionalmente può essere etichettato come liberista, vi è peraltro una diversità di vedute, in relazione all’utilità delle nazionalizzazioni di alcuni servizi (avversate da Hayek e ammesse, a talune condizioni, da Einaudi) e all’approntamento delle infrastrutture. Altri, sottolineando che quest’ultima attività è da sempre un compito essenziale dei pubblici poteri, ritengono che ciò costituisca una sorta di configurazione pregiuridica, rispetto alla quale il diritto può, al più, stabilire presupposti, condizioni, limiti, senza intaccare l’aspettativa di un crescente intervento dello Stato (Keynes). Una disamina di queste opinioni, delle loro relazioni con le teorie dei giuristi, sarebbe di notevole utilità. Consentirebbe di gettare luce, oltre che sui giudizi di valore ai quali esse si ispirano, sull’influenza che hanno esercitato sui *policy-makers*. Ma ciò richiederebbe un’apposita indagine sul piano della storia delle idee, che va rinviata a un’altra occasione, dal momento che questo studio si prefigge di esaminare le due questioni segnalate all’inizio (quale debba essere il ruolo dei pubblici poteri e se ed entro quali limiti l’eventuale sostegno finanziario alle infrastrutture possa avere luogo mediante risorse derivanti dall’indebitamento).

Per un esame degli eventi che presentano rilievo per il diritto, conserva un’indiscutibile importanza, sul piano euristico, la nozione di “esperienza

²⁴ Il riferimento è ad A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970.

le infrastrutture per i servizi pubblici

giuridica”²⁵. Essa consente di superare i limiti del concetto di norma e, in ultima analisi, di ordinamento. Permette di considerare in una chiave unitaria il mondo delle norme positive e le vicende mediante le potenzialità insite in quelle norme si traducono in atto: nella prassi applicativa, nella giurisprudenza, nella più complessiva cultura istituzionale.

La nozione di esperienza giuridica consente, altresì, di superare il tradizionale – ma infondato – modo di concepire i rapporti tra i due ordinamenti giuridici che contraddistinguono il nostro tempo: quello nazionale e quello della Comunità europea, cui è ora subentrata l’Unione europea. A giustificare questo approccio non è il semplice “fatto” – d’indiscutibile rilevanza per il diritto – della graduale, crescente interazione tra i due ordinamenti. Vi concorrono due aspetti che consentono di qualificare quel fatto dal punto di vista giuridico: la previsione – nell’articolo 11 della Costituzione – delle limitazioni alla sovranità nazionale, sulla quale si è fondata la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale; la precisazione – ad opera dell’articolo 117 della Costituzione, nel testo entrato in vigore nel 2001 – che le norme statali e regionali debbono rispettare, oltre alla Costituzione (e alle altre norme costituzionali), l’ordinamento comunitario. Ne risulta superata, insieme all’impostazione tradizionale fondata sulla teoria della statualità del diritto, quella che vede nella realizzazione delle infrastrutture un compito prevalentemente statale o pubblico, rispetto al quale è secondario il ruolo che i privati possono assumere ed è correlativamente avvertita in modo meno intensa la necessità d’una disciplina pubblicistica.

Una succinta dimostrazione della prima osservazione prende le mosse dal *foedus* stipulato dagli Stati. Fin dal suo atto genetico, il Piano Schuman, in quel *foedus* vi è un duplice elemento, finalistico e metodologico. L’elemento finalistico consiste nella preservazione della pace e nella promozione del benessere (“contribuire al rialzo del livello di vita e al progresso delle opere di pace”). L’elemento di metodo consiste nella realizzazione di solidarietà concrete (“L’Europa non potrà farsi un una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto”)²⁶. Per instaurare queste solidarietà, le istituzioni comunitarie hanno realizzato un mercato unico, che postula l’eliminazione o perlomeno l’attenuazione delle distorsioni del mercato in-

²⁵ R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1961), Bologna, Il Mulino, 1987.

²⁶ Per una messa a punto, J.H.H. Weiler, M. Cartabia, *L’Italia in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2000.

giacinto della cananea

dotte dall'agire dei poteri privati (*market failures*) e dei poteri pubblici (*government failures*). Hanno introdotto una sola *lex monetae*, per gli Stati aderenti alla terza fase dell'unione economica e monetaria. Hanno gradualmente posto in essere una varietà di azioni comuni, talora limitate al coordinamento delle politiche pubbliche nazionali, talaltra volte a conseguire finalità ulteriori, mediante vere e proprie "politiche comuni". Non è privo di rilievo che le azioni volte a promuovere le reti trans-europee siano state previste soltanto nel periodo più recente, ossia dal Trattato di Maastricht, quando la prospettiva del "1992" sembrava in buona parte realizzata e si stava avviando il trasferimento della sovranità monetaria²⁷.

2.2. *L'ordine giuridico europeo: le infrastrutture come beni comuni transnazionali*

Gli interventi dell'Unione europea riguardanti le reti trans-europee²⁸, sono denotati da tre caratteristiche, una generale e due specifiche.

La prima concerne l'ordine delle competenze relative all'emanazione di norme e atti vincolanti. A seconda che la competenza si iscriva tra quelle esclusive o concorrenti, diverse questioni si pongono e si risolvono in modo significativamente diverso. In particolare, nelle materie di competenza concorrente, l'azione dell'Unione si aggiunge a quelle spettanti agli Stati, senza sostituirsi ad essi. Ma in relazione all'emanazione delle norme volte a regolare tali politiche, l'Unione dispone d'una posizione di primazia, nel senso che vi è una relazione di precedenza sul piano temporale tra le sue norme e le norme nazionali, oltre al consueto primato sul piano del sistema delle fonti del diritto.

La seconda caratteristica concerne, in modo specifico, la costituzione e allo sviluppo delle reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia. Diversamente da altri ambiti, nei quali l'azione dell'Unione si aggiunge a quelle da tempo svolte dai poteri pubblici nazionali, senza comportarne una riformulazione, la realizzazione di reti che connettono i vari partner ha un più evidente coefficiente di novità. Inoltre, per sua natura richiede l'utilizzo di tecnologie comuni. Di qui la necessità di emanare norme tecniche, cui fa riferimento l'articolo 171 (§ 1, secondo alinea) TFUE²⁹.

²⁷ Per ulteriori ragguagli, F. Di Porto, *La disciplina delle reti*, cit., 25; A. Predieri, *Le reti trans europee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, 294.

²⁸ Artt. 4, par. 2, lett. h), e 170, TFUE.

²⁹ L'azione dell'Unione mira a «favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti

le infrastrutture per i servizi pubblici

Infine, il Trattato prevede due tipi di attività amministrative: l'adozione di atti d'indirizzo e, nel settore delle infrastrutture dei trasporti, il finanziamento di progetti *ad hoc*, mediante il Fondo di coesione. Sono presenti, quindi, elementi tipici sia delle azioni svolte dalle istituzioni europee per consolidare il mercato unico («nel quadro di un sistema di mercati aperti e concorrenziali»: articolo 170 TFUE), sia delle azioni volte a conseguire gradi più elevati di coesione economica e sociale³⁰. In ciò si può vedere null'altro che una un'eccezione rispetto alla priorità e alla prevalenza del finanziamento statale delle attività relative ai servizi d'interesse economico generale o l'embrione di un ruolo finanziario dell'Unione, destinato a svilupparsi in ragione delle risorse stanziare in bilancio. Ad ogni modo, è indubbio che quella previsione normativa abbia un effetto non semplicemente legittimante, ma bensì di tipo direttivo, nei confronti di un intervento finanziario dell'Unione, per promuovere la realizzazione delle reti trans-europee.

In sintesi, le reti trans-europee si configurano come beni d'interesse comune. Per la loro realizzazione, coerentemente con il principio di sussidiarietà, l'Unione non si sostituisce né ai poteri pubblici nazionali, né alle forze del mercato. Pure, le sue norme costituzionali attribuiscono un indiscutibile rilievo alla realizzazione di reti volte consentire sia ai cittadini dell'Unione e agli operatori economici, sia alle collettività regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne.

2.3. L'ordine giuridico europeo: irrilevanza dell'appartenenza dei beni, promozione del loro uso condiviso, incoraggiamento agli investimenti

Quanto appena osservato può essere utilmente precisato sotto due ulteriori profili: l'indifferenza del Trattato per l'appartenenza dei beni e la promozione dell'uso condiviso delle infrastrutture e delle reti.

nazionali, nonché l'accesso a tali reti»: per ulteriori ragguagli, C. Magnani, *Le reti trans europee*, in *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, vol. III, a cura di S. Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2010, 622.

³⁰ Nel mettere a punto le nuove prospettive finanziarie per il periodo 2014-2020, la Commissione ha proposto un nuovo piano di finanziamento per accelerare gli investimenti a lungo termine in strade, ferrovie, reti energetiche, gasdotti, oleodotti e reti a banda larga ad alta velocità. Il piano, sottoposto all'approvazione del Parlamento europeo e del Consiglio, consta di 50 miliardi di euro, destinati, in particolare, ai trasporti (31,7 miliardi), al collegamento delle reti energetiche (9,1 miliardi), alle reti digitali ad alta velocità (9,2 miliardi). Il tempo dirà se almeno una parte di questi buoni propositi potrà realizzarsi.

Anche sotto il primo profilo, mantiene intatto il proprio rilievo la decisione politica esternata nell'atto genetico dell'integrazione comunitaria, il Piano Schumann: esso precisava che «l'istituzione dell'Alta Autorità non pregiudica in nulla il regime di proprietà delle imprese». Coerentemente con quella impostazione, il Trattato di Roma ha lasciato «del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» (art. 295 TCE, riprodotto senza variazioni dall'art. 345 TFUE). Non si è ispirato, quindi, a un disfavore per la proprietà pubblica o per quella privata. Piuttosto, si è preoccupato di tutelare in modo ancor più intenso rispetto a quanto fosse abituale in alcuni ordinamenti giuridici nazionali l'interesse all'efficiente uso delle risorse, anche in relazione alla edificazione d'una cornice giuridica che incoraggi gli investimenti³¹.

In sintonia con questa sistemazione, che comporta una dequotazione del momento dell'appartenenza dei beni rispetto al momento della loro fruizione, le norme dell'Unione si sono con crescente consapevolezza indirizzate verso la promozione dell'uso condiviso delle infrastrutture e delle reti. Assumono una precisa importanza, a tal fine, le norme che disciplinano le comunicazioni elettroniche. Mentre le norme della prima generazione, negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, si sono limitate a stabilire le condizioni minime indispensabili alla liberalizzazione dei servizi e delle reti, dopo il Duemila le norme della seconda generazione hanno attribuito alle autorità nazionali il compito di favorire l'uso condiviso delle infrastrutture. Ne costituisce un'eloquente dimostrazione la direttiva n. 2002/19, che disciplina gli obblighi che possono essere imposti alle imprese che gestiscono servizi e reti di comunicazioni elettroniche. Tali obblighi includono, oltre all'accesso e alla interconnessione, l'obbligo di «consentire la coubicazione o altre forme di condivisione degli impianti, inclusa la condivisione di condotti, edifici o piloni» (art. 12, par. 1, lett. f). Le infrastrutture sono così concepite come *essential facilities*³², delle quali è impossibile o economicamente svantaggiosa una duplicazione e per le quali va, quindi, promossa una fruizione condivisa da parte di più operatori, nell'interesse della collettività.

³¹ Per esempio, l'art. 7-ter, par. 5, direttiva n. 2009/140 fa riferimento, nel precisare i principi cui le autorità nazionali di regolazione devono attenersi, alla promozione di «investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate».

³² Per questa nozione, D. Durante, G.G. Moglia, A. Nicita, *La nozione di "Essential Facility" tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, n. 2, 257. Per la tesi che anche nell'ordinamento italiano, il momento della fruizione assuma un rilievo crescente, M. Dugato, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, Giuffrè, 2008, 17 ss.

le infrastrutture per i servizi pubblici

Un ulteriore aspetto merita di essere segnalato. Esso riguarda le finalità della regolazione pubblica dei servizi. Nel novero di quelle finalità, non vi è soltanto la realizzazione delle condizioni indispensabili per garantire che la concorrenza sia effettiva, non una mera enunciazione di principio, e la libertà di scelta degli utenti. Vi è anche un'altra, duplice, finalità: essa consiste nell'incoraggiare investimenti efficienti in materia di infrastrutture e nel promuovere l'innovazione tecnologica³³. Ciò consente di completare la ricostruzione prima prospettata nei termini seguenti: la realizzazione di reti trans-europee costituisce una finalità comune all'Unione e agli Stati; essa viene promossa mediante il perfezionamento delle regole del giuoco economico, segnatamente chiedendo ai regolatori nazionali d'incoraggiare gli investimenti, pubblici e privati; viene sostenuta anche mediante il finanziamento diretto di alcuni progetti. L'aspettativa sottostante è che ciò valga a indurre una moltiplicazione degli investimenti privati (per esempio, secondo stime della Commissione, i finanziamenti dell'Unione alla realizzazione di reti a banda larga e servizi digitali su scala europea potrebbero attirare da altre fonti risorse, pari a cinque volte i nove miliardi da investire).

L'analisi svolta, pur se a grandi linee, dimostra l'importanza della disciplina europea. Pur se i legislatori dell'Unione, il Consiglio dei ministri e il Parlamento, non hanno adottato una disciplina unitaria, le direttive, le decisioni e le raccomandazioni della Commissione e le pronunce interpretative della Corte di giustizia hanno segnato decisivi progressi nella direzione dell'orientamento al mercato. Essi compongono un ordinamento organico, configurano un mercato regolato di concorrenza per i servizi di tipo industriale. La liberalizzazione dei mercati delle reti e dei servizi ha consentito di ampliare e differenziare l'offerta di servizi, ha creato le condizioni per il progresso delle imprese in grado di essere profittevoli nell'offrire servizi di qualità. Con ciò si dimostra che la liberalizzazione dei servizi industriali comporta un'espansione delle libertà di cui godono le imprese. Ma comporta anche una facoltà di scelta per l'innanzi preclusa agli utenti, quella di scegliere tra più imprese erogatrici di servizi e talora anche di reti³⁴. In particolare, nelle comunicazioni elettroniche e nei trasporti ferroviari ad alta velocità, è possibile scegliere tra servizi alternativi, con costi comparabili.

³³ Direttiva-quadro sulle comunicazioni elettroniche, art. 8, par. 2, lett. c).

³⁴ Non è un caso che la direttiva-quadro sulle comunicazioni elettroniche richieda alle autorità nazionali di regolazione, anzitutto, di assicurare che gli utenti ricevano «il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità» (art. 8, par. 2, lett. a).

Pur all'interno di un mercato regolato, quindi, torna a espandersi la sovranità del consumatore³⁵.

2.4. *L'ordinamento italiano: offerta pubblica e offerta privata di servizi*

Poiché a queste norme, e agli indirizzi che in esse si esprimono, l'ordinamento giuridico nazionale deve conformarsi, quello che mi preme stabilire è che tale conformazione influisce in modo determinante sul regime costituzionale dei servizi pubblici e delle correlative infrastrutture. Questa tesi è suscettibile di una dimostrazione generica e di una specifica.

In senso generico – si è già notato – anche se le disposizioni costituzionali e le leggi volte ad attuarle restano inalterate nel tenore letterale, il loro significato cambia, deve cambiare, per assicurare la coerenza delle norme che da quelle disposizioni si traggono con le norme dell'Unione europea. Così, pur se riveste un preciso rilievo costituzionale il fatto che l'art. 41 abbia effettuato una scelta di fondo a favore di un'economia di mercato, un'interpretazione rigorosa sul piano sistematico deve sottolineare l'importanza assunta, a questo riguardo, dalla concorrenza, rendendo doverosi interventi regolativi, oltre alla disciplina *antitrust*³⁶. Ne deriva una serie di conseguenze: resta senz'altro legittimo l'intervento diretto dei pubblici poteri in campo economico, ma esso deve esplicarsi senza impedire alle forze del mercato di competere; anche l'erogazione di finanziamenti alle imprese, private e pubbliche, deve essere coerente con la logica aziendale di un investitore lungimirante.

In senso specifico, una dimostrazione di quanto profondamente l'integrazione dei mercati nell'Europa unita conformi la disciplina costituzionale può essere svolta – anche in questo caso in forme stilizzate – in rapporto alla riserva originaria in tema di servizi pubblici. La riflessione dei giuristi ha avuto un'importanza ragguardevole nella disciplina dei monopoli comunali. Su di essa hanno influito determinati presupposti culturali, se non ideologici, relativi alla supremazia dello Stato e alla preferibilità dell'offerta diretta di servizi da parte degli enti pubblici. Ma vi hanno influito anche altri presupposti, tecnologici ed economici: l'assunto che la medesima infrastruttura di rete non fosse disponibile per la fruizione da parte di più d'un operatore; il convincimento che la moltiplicazione delle infrastrutture fosse svantaggiosa, se non impossibile.

³⁵ Per quest'ordine di idee, B. Leoni, *La sovranità del consumatore*, Roma, Ideazione, 1997.

³⁶ C. cost., sentenza n. 14/2003.

le infrastrutture per i servizi pubblici

Ciò spiega, unitamente alle sollecitazioni cattoliche e marxiste, perché nell'art. 43 Cost. l'obiettivo, comune ad altri ordinamenti occidentali, di contrastare i monopoli industriali, venga realizzato mediante la sostituzione dei monopoli privati con quelli pubblici. Vi si provvede con la riserva originaria, che priva ogni altro soggetto della legittimazione a svolgere una determinata attività d'impresa³⁷. Da qui all'escludere che possano essere pubblici anche i servizi resi da privati il passo è breve. Ha incontrato ostacoli, quindi, il tentativo di ridefinire il concetto di servizio pubblico in senso oggettivo, malgrado esso fosse desumibile proprio dall'art. 43³⁸.

La normativa dell'Unione europea si fonda su diversi presupposti sia giuridici, per via dell'irrilevanza della proprietà dei beni produttivi e delle imprese, sia tecnologici ed economici. Grazie al progresso tecnologico, la medesima rete elettrica o di telecomunicazioni può essere utilizzata da due o più fornitori di servizi, i quali la connettano alla propria. Questi, anzi, possono configurarsi come esercenti servizi privi d'una propria rete, o addirittura capaci di offrire combinazioni vantaggiose di servizi altrui.

Non viene meno, beninteso, l'efficacia di tipo legittimante esplicita dall'art. 43 Cost. rispetto all'istituzione d'una riserva originaria. Quell'efficacia può tuttora dispiegarsi, ove ricorrano determinati presupposti (servizi pubblici essenziali, fonti di energia, situazioni di monopolio) e a precise condizioni (finalità di pubblico interesse, rispetto della riserva di legge, corresponsione dell'indennizzo). Tuttavia, in conseguenza della produzione di norme sui servizi pubblici volte ad aprire i mercati, l'attitudine della legge a fungere da fatto di legittimazione rispetto all'introduzione d'una riserva originaria è subordinata alla sua coerenza con l'ordinamento giuridico dell'Unione. Con l'ulteriore conseguenza che, per i servizi pubblici e per le reti di ambito nazionale, l'area della riserva (quella dell'art. 43) si è ridotta a favore dell'area dell'economia regolata in concorrenza³⁹.

Ciò non implica, peraltro, che l'adeguamento al principio della concorrenza sia stato pronto e completo. Ne costituisce una rilevante dimostrazione la norma che configura come incredibili le reti destinate all'erogazione dei servizi pubblici locali. Per essi, non si è neppure sviluppata una regolazione comparabile con quella che, sia pure con alterne vicende, è emersa a livello nazionale. Anche a tale livello, l'applicazione della fondamentale legge

³⁷ Per una messa a punto di queste nozioni, S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969.

³⁸ U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964.

³⁹ G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. quadr. serv. pubbl.*, 1999, 15.

giacinto della cananea

antitrust, n. 223/1990, incontra ostacoli tutt'altro che lievi. L'idoneità dell'offerta pubblica di servizi offerti dagli enti pubblici a integrarsi con un'offerta privata di questi stessi servizi è difficile. Nella misura in cui vi è una pluralità di offerte di servizi, oltre a una variegata tipologia di fruitori, occorrono regole appropriate, ma la definizione degli standard postula l'esistenza di uffici pubblici ben attrezzati, che esistono solo in alcuni ambiti.

2.5. *L'ordinamento italiano: una cornice giuridica inadeguata per gli investimenti*

Un ulteriore elemento di criticità, che concerne specificamente il nostro Paese, deriva dalla riforma costituzionale del 2001, che ha invertito il criterio di ripartizione delle competenze legislative utilizzato dalla Costituzione del 1948. Ha attribuito allo Stato competenza legislativa esclusiva in ordine ad alcune materie. Ne ha sottoposto altre alla competenza concorrente dello Stato e delle regioni, affidando a queste ultime la potestà di dettare norme primarie e secondarie. A tacer d'altro, il nuovo riparto include le «grandi reti di trasporto e navigazione» e l'«ordinamento delle comunicazioni» tra le materie sottoposte alla legislazione concorrente (art. 117 Cost.).

Ne è conseguita una situazione di incertezza normativa alla quale ha solo parzialmente posto rimedio l'opera di chiarificazione svolta dalla Corte Costituzionale. Grazie ad essa, la legittimità costituzionale d'un intervento legislativo statale non è da escludere a priori. È subordinata al riconoscimento d'un impegno per la tutela della concorrenza⁴⁰. Potrebbe essere ragionevolmente rinvenuto altresì nella necessità di determinare livelli essenziali delle prestazioni riferite ai diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.).

Nel frattempo, le incertezze relative all'ordine delle competenze, la diffusione d'una concezione dell'autonomia poco o punto consapevole degli interessi generali (emblematica l'opposizione di talune comunità all'installazione di elettrodotti), la mutevolezza delle decisioni assunte dagli enti locali hanno ostacolato la realizzazione di opere finanziate dai bilanci pubblici. Hanno influito negativamente sulla componente privata degli investimenti (si pensi alla vicenda degli impianti per la trasformazione del gas): l'incertezza del diritto, la lunghezza delle procedure decisionali, il loro sfociare in ulteriori sequenze giudiziali ne costituiscono altrettante, determinanti cause.

Questo elemento di debolezza si aggiunge a quello relativo all'inter-

⁴⁰ C. cost., sentenze n. 14/2004 e n. 80/2006.

le infrastrutture per i servizi pubblici

vento diretto dei pubblici poteri. Purtroppo, con poche eccezioni, il carriere delle grandi opere è rimasto pressoché vuoto nell'ultimo decennio. Ciò ha senz'altro contribuito al ristagno dell'economia⁴¹, negli anni Novanta e ancor di più dopo il Duemila. Nelle infrastrutture tradizionali, come le ferrovie, l'Italia presenta una dotazione modesta in termini assoluti e relativi. Ne discendono effetti negativi rilevanti, soprattutto in alcune parti del Paese, nelle quali è difficile perfino la manutenzione delle infrastrutture esistenti (scuole, acquedotti, ferrovie locali). Nelle infrastrutture tecnologicamente più avanzate, come le reti di nuova generazione per le comunicazioni elettroniche, il ritardo è non meno grave, anzi va aggravandosi per via dei progressi registrati in altri Paesi appartenenti all'Unione, come la Finlandia e la Germania. Restano frustrate non solo le aspettative degli investitori, ma anche quelle dei cittadini a un miglioramento dei servizi, di cui è condizione indispensabile la realizzazione di opere volte alla manutenzione delle infrastrutture esistenti e alla costruzione di nuove infrastrutture (ferrovie ad alta velocità, reti a banda ultralarga per le comunicazioni elettroniche)⁴².

3. Il finanziamento in deficit delle infrastrutture. 3.1. Il favor per gli investimenti pubblici nei trattati fondativi

Facendo un primo bilancio della prima parte dell'analisi, dalle norme europee e nazionali è possibile trarre una conferma del duplice ruolo dei pubblici poteri: essi sono sia artefici e garanti delle regole del giuoco, sia fornitori di servizi e proprietari delle relative infrastrutture. Resta da vedere, adesso, se ed eventualmente a quali condizioni ed entro quali limiti, le risorse a tal fine impiegate dai pubblici poteri possano derivare, oltre che dalle entrate correnti, dall'indebitamento.

Ciò richiede di procedere a un'attenta verifica delle norme che disciplinano l'Unione economica e monetaria. Non è questa la sede per richiamare, neppure per sommi capi, la genesi di tali norme. Converrà ricordare

⁴¹ P. Ciocca, *Il tempo dell'economia. Strutture, fatti, interpreti del Novecento*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004, 54.

⁴² Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia : dotazione, programmazione, realizzazione* (Roma, 2011). Secondo le stime della Banca, l'Italia ha una spesa programmata per il 2012 dell'1,6% del prodotto interno lordo, in contrazione rispetto al 2009 (era al 2,5%) e notevolmente inferiore alla media europea (2,2%). Inoltre, i progetti finanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale vengono eseguiti in tempi quasi doppi e con spese più alte (più di un terzo, in media, rispetto ai preventivi).

soltanto che l'accumulo da parte del settore pubblico di passività cospicue era, all'inizio dell'ultimo decennio del secolo scorso, tale da disallineare il nostro Paese rispetto ai principali partner europei⁴³. Solo l'avvedutezza dei redattori del Trattato di Maastricht (e, tra essi, di Guido Carli) ha permesso d'integrare i parametri di ordine quantitativo con quelli di ordine qualitativo⁴⁴, creando le premesse indispensabili affinché l'Italia potesse aderire fin dall'inizio alla terza fase dell'Unione economica e monetaria, cogliendo nel contempo l'occasione per avviare riforme necessarie (purtroppo incomplete).

Il principio di fondo, al quale l'intera cornice normativa delle finanze pubbliche è teso è quello della stabilità della finanza pubblica. Esso richiede che i governanti nazionali si astengano dal tenere condotte imprudenti (*moral hazard*)⁴⁵. La *ratio* è che, in regime di piena mobilità dei capitali, quei rischi possono propagarsi all'intera Unione europea, mettendo a repentaglio la saldezza della struttura finanziaria tutta. Coerentemente con la *ratio* appena evidenziata, il Trattato non si limita ad addossare ai governi nazionali la responsabilità per i conti dei rispettivi settori pubblici (come definiti dal sistema europeo dei conti economici integrati), bensì stabilisce una norma di tipo condizionale. In base all'art. 126, par. 3, TFUE:

«3. Se uno Stato membro non rispetta i requisiti previsti da uno o entrambi i criteri menzionati, la Commissione prepara una relazione. La relazione della Commissione tiene conto anche dell'eventuale differenza tra il disavanzo pubblico e la spesa pubblica per gli investimenti e tiene conto di tutti gli altri fattori significativi, compresa la posizione economica e di bilancio a medio termine dello Stato membro. La Commissione può inoltre preparare una relazione se ritiene che in un determinato Stato membro, malgrado i criteri siano rispettati, sussista il rischio di un disavanzo eccessivo».

⁴³ Il debito pubblico italiano è vertiginosamente asceso dal 58 per cento del prodotto interno lordo nel 1980 al picco del 124 per cento toccato nel 1994. Dopo una rilevante riduzione, tra il 1994 e il 2001 (su cui L. Spaventa, V. Chiorazzo, *Astuzia o virtù? Come accadde che l'Italia fu ammessa all'Unione economica e monetaria*, Roma, Donzelli, 2000), è tornato a crescere, fino ad attestarsi al 120 per cento dopo l'inizio della crisi economica e finanziaria. Come ha osservato Carlo Azeglio Ciampi, «la crisi ha certo sconvolto le politiche di bilancio pubblico, ma noi purtroppo avevamo già cominciato a ridurre quel margine virtuoso»: C.A. Ciampi, *Non è il Paese che sognavo. Taccuino laico per i 150 anni dell'Unità d'Italia*, Milano, Il Saggiatore, 2010, 109.

⁴⁴ In senso conforme, nella letteratura economica, W. Buittler, G. Corsini, N. Roubini, *Excessive deficits: sense and nonsense in the Treaty of Maastricht*, *Economic Policy*, 1993, 60.

⁴⁵ J. von Hagen, I. Harden, *National Budget Processes and Fiscal Performance*, in *European Economy Reports and Studies*, 1994, 311, 339.

le infrastrutture per i servizi pubblici

L'ultima parte della disposizione costituisce un'ulteriore riprova – se ne fosse bisogno – dell'infondatezza dell'opinione che il Trattato abbia configurato un regime di regole applicabili in modo automatico. Un disavanzo eccessivo può non sussistere, malgrado i criteri sanciti dal Trattato non siano stati rispettati⁴⁶. All'opposto, malgrado quei criteri siano rispettati, può esservi il rischio di un disavanzo, con la conseguente necessità di un intervento dell'Unione.

Ancor più importante, per il nostro tema, è la parte intermedia della disposizione. Essa assume una precisa importanza sul piano delle regole del giuoco e della loro applicazione. È inclusa tra le regole del giuoco la “regola aurea”, in virtù della quale, se l'indebitamento delle pubbliche amministrazioni è in parte la conseguenza dell'effettuazione di investimenti, la Commissione deve tenerne conto, in sede di elaborazione della relazione sullo stato dei conti pubblici in un determinato Paese. Militano in tal senso due importanti indizi. In primo luogo, la disposizione costituzionale non configura una semplice facoltà, bensì un potere il cui esercizio è doveroso, ossia una potestà. In secondo luogo, l'eventuale differenza tra il disavanzo pubblico e la spesa per investimenti è il primo dei “fattori significativi”, ai quali occorre fare riferimento, in aggiunta ai criteri qualitativi e quantitativi sanciti dall'art. 126, c. 2, per accertare se vi sia un disavanzo eccessivo⁴⁷. Considerati nel loro complesso, i due elementi configurano l'attività della Commissione come una valutazione di tipo tecnico, più che come un'attività discrezionale in senso stretto, di tipo politico.

Le considerazioni finora esposte inducono a ritenere che l'art. 126, c. 3, TFUE stabilisca una norma di tipo promozionale. La *golden rule* europea non è, cioè, una norma di tipo direttivo, che richieda agli Stati di effettuare spese per investimenti. Piuttosto, coerentemente con un'opinione consolidata nella scienza delle finanze già all'epoca dello Stato liberale⁴⁸, la norma

⁴⁶ In senso conforme, A. Brancasi, *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005, 106.

⁴⁷ O.J. Blanchard, F. Giavazzi, *Improving the SGP Through a Proper Accounting of Public Investment*, CEPR Discussion Paper No. 4220.

⁴⁸ G. Ricca Salerno, *Scienza delle finanze* (Firenze, Barbera, 1890, II ed.), 99 [secondo cui le spese straordinarie, in particolare quelle per «l'esecuzione dei lavori proficui (costruzione di ferrovie, scavo di canali e simili)» consistono in «un vero e proprio investimento produttivo nella ricchezza»] e 102 (dette spese possono, quindi, «essere soddisfatte con entrate straordinarie, quali i prestiti pubblici, senza che l'equilibrio finanziario venga menomamente turbato»). Nella moderna letteratura economica, una posizione analoga è enunciata da R.A. Musgrave, P.A. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice* (New York, International Student Edition, 1989, V ed.), 553. Ai fini che qui interessano, non occorre prendere posizione

giacinto della cananea

discrimina tra le spese per investimenti e quelle di tipo corrente, ricollegando soltanto alle prime un effetto di tipo vantaggioso per gli Stati. Di esse, quindi, non si tiene conto ai fini della misurazione dell'indebitamento. In questo senso, può anche dirsi che la norma riconosca a ciascuno Stato un potere dispositivo, col quale esso provvede da sé a regolare i propri interessi, stabilendo una determinata soglia agli investimenti finanziati tramite l'indebitamento.

Non può dirsi, insomma, che dal Trattato di Maastricht sia derivato un vincolo sulla spesa per investimenti (altra questione è se, nel complesso, esso sia espressione d'una dottrina anti-keynesiana)⁴⁹. Quanto meno potenzialmente, il significato complessivo della disposizione in esame è esattamente l'opposto, cioè di norma di tipo promozionale. Affinché ciò che è in potenza si traduca in atto, è indispensabile l'azione attuata dalle istituzioni europee e nazionali. Anche ammettendo che la Commissione, come sostengono alcuni osservatori, non abbia attribuito il giusto rilievo alla possibilità di finanziare gli investimenti in *deficit*, il modo in cui la Commissione ha esercitato il ruolo che il Trattato le attribuisce non altera la valutazione giuridica (di rilevanza, di legittimazione o, all'opposto, di divieto) che la disposizione annette alle scelte compiute dai *policy-makers* nazionali. Essi possono riconnettervi aspettative meritevoli di essere tutelate in sede giuridica, anche al di fuori di ogni presa di posizione da parte della Commissione. Ciò vale, *a fortiori*, nell'ipotesi in cui in futuro le regole e le prassi d'uno Stato siano sottoposte a controllo giudiziale, da parte della Corte di giustizia (art. 8 del Trattato di Bruxelles del 2 marzo 2012).

Resta da aggiungere che le norme costituzionali cui si è fatto finora riferimento non sono mutate nei venti anni trascorsi dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht. Un tentativo di rettificarle è stato effettuato, nel quadro dell'ambizioso, ma controverso, disegno di dotare l'Unione europea d'una vera e propria costituzione in senso formale, che è fallito a metà del primo decennio del XXI secolo. È risultata determinante l'opposizione che quel disegno ha incontrato nei referendum indetti in Francia e in Olanda, malgrado il sostegno di quasi tutti gli altri Paesi. All'esigenza di perfezionare le regole decisionali, e le correlative garanzie, in un'Unione non più a quin-

circa la critica mossa già in precedenza da Robert Musgrave ad Adam Smith per la mancata inclusione delle spese per i servizi, segnatamente per l'istruzione, tra quelle produttive: *The Theory of Public Finance*, New York, McGraw-Hill, 1959, 563.

⁴⁹ K. Tuori, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, EUI Working Paper Law 2012/28 (per la tesi che quella dell'Unione sia una costituzione economica coerente con i capisaldi della teoria ordoliberalista).

le infrastrutture per i servizi pubblici

dici membri, ma a venticinque, presto destinati ad aumentare ulteriormente, si è fatto fronte con il Trattato di Lisbona (2007)⁵⁰. Esso ha peraltro lasciato inalterate le norme sui disavanzi pubblici eccessivi, anche per via della diversità di vedute tra le istituzioni dell'Unione, emersa già in occasione della contrastata decisione dell'Ecofin sui conti pubblici francesi e tedeschi⁵¹.

3.2. Il favor per gli investimenti pubblici nel Patto di stabilità e crescita

Il riferimento prima effettuato alla potenzialità della disposizione europea assume una notevole importanza in relazione agli indirizzi determinati dal Consiglio europeo e dalle altre istituzioni, in occasione dell'adozione del Patto di stabilità e crescita e delle sue successive revisioni, nonché dell'adozione del recente *Euro Plus Pact*.

Poco dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht si sono diffusi i dubbi – mai sopiti – sulla reale efficacia delle politiche di riordino dei conti pubblici intraprese da alcuni Paesi membri, tra cui l'Italia. Quei dubbi sono stati alimentati dall'alto livello del debito e dei costi per il suo servizio, dal riconoscimento di maggiori gradi di discrezionalità ai poteri locali: una vera e propria “crisi fiscale”, anche perché la sostenibilità dei sistemi pensionistici è stata messa in forse da riforme a efficacia differita. Si è fatta strada, quindi, l'opinione che occorresse rafforzare, a un tempo, l'ancoraggio delle politiche finanziarie pubbliche al fondamentale obiettivo della stabilità e il loro coordinamento. Il Consiglio europeo ha agito in tal senso, adottando il Patto di stabilità e crescita, nel 1997. Due regolamenti del Consiglio hanno disposto norme per l'applicazione del protocollo allegato al Trattato, coerentemente con esso (art. 126, ult. c., TFUE). Con il primo (n. 1466/97), è stato determinato un obiettivo più ambizioso rispetto alla riduzione dei disavanzi, ossia il bilancio in pareggio o in attivo, salvo che insorgano condizioni straordinarie, cioè una «recessione grave», indotta da crisi finanziarie o da eventi naturali. Con il secondo regolamento (n. 1467/97), la sorveglianza multilaterale è stata anticipata con il cosiddetto *early warning*, nel senso che gli Stati sono tenuti a sottoporre i propri programmi di stabilità ad un monitoraggio costante, e rafforzata quanto alle misure di tipo ordinatorio e sanzionatorio. Si tratta, sotto entrambi gli aspetti, di innovazioni, sulla cui coerenza con le norme di grado superiore, quelle del Trattato, vi è una varietà

⁵⁰ Per una visione d'insieme, *L'Unione europea nel XXI secolo*, a cura di S. Micossi, G. Tosato, Bologna, Il Mulino, 2008.

⁵¹ Corte di giustizia, causa C-27/04, *Commissione c. Consiglio*; R. Perez, *Corte di giustizia e regole fiscali dell'Unione*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1073.

di opinioni, nelle sedi istituzionali e in quelle scientifiche⁵². Non a caso, il regolamento del 1997 è stato modificato una prima volta nel 2005, per consentire a ciascuno Stato di fissare i propri obiettivi, e una seconda volta nel 2011, in senso – invece – restrittivo.

Ai fini che qui interessano, peraltro, sono sufficienti due semplici constatazioni, più che osservazioni. Nulla è stato innovato, né d'altro canto poteva esserlo, rispetto a quanto previsto dall'art. 104 C, par. 3, TUE (corrispondente all'art. 126, par. 3, TFUE) per tenere distinte le spese per gli investimenti dalle altre, ai fini del calcolo dell'indebitamento rilevante per l'Unione. Anzi, nel promuovere la prima revisione del Patto di stabilità e crescita, la Commissione ha fatto riferimento in modo espresso agli investimenti e la proposta è stata accolta dal Consiglio. Si è consolidato il *favor* per gli investimenti, anche se finanziati in disavanzo, coerentemente con l'ambizione del Patto di promuovere sia la stabilità finanziaria, sia la crescita⁵³. Agisce nella medesima direzione la più recente revisione del Patto. Il Regolamento n. 1175/2011, nel ribadire l'orientamento delle politiche di bilancio al pareggio o all'attivo, ribadisce la necessità che gli Stati forniscano informazioni relative alle «principali variabili economiche rilevanti per il raggiungimento del programma di stabilità», prime tra tutte le «spese per investimenti pubblici»⁵⁴. Ciò serve, come viene precisato nella motivazione, a consentire agli Stati membri di «disporre di un margine di sicurezza rispetto al valore di riferimento, (...) lasciando al tempo stesso margini di manovra in bilancio, in particolare tenendo conto della necessità di investimenti pubblici»⁵⁵.

⁵² Per la tesi che, nell'adottare il Patto, le istituzioni dell'Unione abbiano utilizzato il margine di discrezionalità che le norme del Trattato attribuivano loro, G. della Cananea, *Il Patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv. dir. finanziario e scienza fin.*, 2001, 559. Per la tesi opposta, secondo cui il regolamento n. 1466/97 è illegittimo o illecito, G. Guarino, *Euro: venti anni di depressione (1992-2012)*, in *Nomos*, 2012, n. 2.

⁵³ Il regolamento n. 1055/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, che ha modificato il regolamento n. 1466/97, all'art. 2-*bis*, ha disposto che «ciascuno Stato membro ha un obiettivo a medio termine differenziato per la sua posizione di bilancio. Questi obiettivi di bilancio a medio termine specifici per paese possono divergere dal requisito di un saldo prossimo al pareggio o in attivo. Essi offrono un margine di sicurezza rispetto al rapporto tra disavanzo pubblico e PIL del 3 %; assicurano rapidi progressi verso la sostenibilità e, di conseguenza, consentono margini di manovra nel bilancio, segnatamente per gli *investimenti pubblici*» (enfasi aggiunta). Per una visione d'insieme, M. Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1777; K. Tuori, *The European Financial Crisis*, cit., 21.

⁵⁴ Nuovo testo dell'art. 3, lett. b), del regolamento n. 1466/97.

⁵⁵ Si tratta del diciassettesimo “considerando” premesso al testo del regolamento.

le infrastrutture per i servizi pubblici

Quanto appena osservato torna utile per due scopi: per ribadire la continuità dell'indirizzo politico determinato in sede europea, per quanto concerne il *favor* per gli investimenti pubblici; per escludere, di conseguenza, che la riduzione delle spese destinate agli investimenti registrata in Italia costituisca la conseguenza delle norme dell'Unione europea, degli indirizzi impartiti dalle sue istituzioni. Questa conclusione è confortata, d'altronde, dagli studi empirici. Essi hanno constatato che la riduzione delle spese per investimenti registrata in Italia non ha riscontri in tutti gli altri partner europei. Dunque, la potenzialità insita nella disposizione è stata variamente compresa e sfruttata. Le cause del ristagno degli investimenti sono, dunque, soprattutto nazionali. Esse vanno addossate ai politici e agli imprenditori. Solo nell'ultimo decennio nel secolo scorso, i politici hanno preso misure idonee a porre sotto controllo i conti pubblici, ma senza ridurre e riqualificare una spesa pubblica ormai elevata come quella dei partner europei meglio amministrati, ma di gran lunga meno efficiente, oltre che contraddistinta da vistose iniquità. Hanno agito, quindi, quasi esclusivamente dal lato delle imposte. Quanto agli imprenditori, solo alcuni hanno acquisito consapevolezza della limitata utilità di molti ausili finanziari pubblici, hanno reinvestito i profitti, hanno ricercato l'innovazione.

Agisce in questa direzione il recente *Euro-Plus Pact*. Stipulato all'inizio del 2011 solo da alcuni Stati membri dell'UE, secondo una tendenza che si è consolidata in seguito, esso non comporta alcuna modifica della cornice normativa fin qui descritta. Piuttosto, intende imprimere un ulteriore impulso alle politiche economiche nazionali, segnatamente allo scopo di accrescere la competitività dell'Eurozona, contribuendo nel contempo al rafforzamento della stabilità delle finanze pubbliche. Coerentemente con queste finalità, viene richiesto agli Stati contraenti di prendere una serie di misure volte ad aumentare la produttività. Nel novero di quelle misure, vi sono gli investimenti nel capitale umano e nelle infrastrutture. È rimasto aperto il quesito se mentre le politiche economiche tradizionali si mostravano sempre meno efficaci rispetto all'affermarsi di un mercato mondiale della finanze, il coordinamento sovranazionale non fosse cresciuto di pari passo, non avesse corrisposto alle aspettative di quanti vedevano determinarsi una carenza di governo dell'economia europea. A quelle aspettative si è fatto fronte con la riforma degli atti normativi volti ad attuare i trattati e con un nuovo trattato, sul quale – però – non vi è stato il consenso di tutti i partner.

3.3. *Dai trattati fondativi al Fiscal compact*

Il nuovo Trattato è stato firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012, per assicurare «la stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria»⁵⁶. È contraddistinto da un tratto d'indubbio rilievo sotto il profilo della plurisoggettività: non è stato sottoscritto da tutti gli Stati membri dell'Unione. Questa circostanza, oltre ad aprire una serie di questioni complesse, presenta una precisa importanza – come si vedrà tra breve – in sede d'interpretazione del Trattato. Nella misura in cui le parti contraenti non sono tutti gli enti fondatori dell'Unione, il nuovo Trattato non è idoneo, infatti, a modificare quelli esistenti, quali sono stati riformulati dal Trattato di Lisbona.

Prima ancora di considerare l'attitudine innovativa delle nuove norme, è bene passarle rapidamente in rassegna. Esse confermano l'orientamento espresso nell'ultima revisione del Patto di stabilità e di crescita, ossia verso un bilancio in pareggio o in attivo, con un massimo disavanzo strutturale pari allo 0,5 per cento del prodotto interno lordo⁵⁷. Consentono deviazioni temporanee solo in caso di circostanze eccezionali (come i periodi di grave recessione economica) e a condizione che non sia compromessa la sostenibilità del bilancio a medio termine. Richiedono alle parti contraenti di confermare la propria adesione a tale obiettivo mediante apposite norme poste all'apice dei rispettivi sistemi delle fonti del diritto. Dispongono un'automatica riduzione del debito pubblico, per la componente che eccede il parametro quantitativo espresso dal rapporto tra il debito e il prodotto interno lordo (la riduzione del debito, per la parte superiore al valore di riferimento del 60 per cento, è commisurata a un ventesimo all'anno)⁵⁸. Viceversa, non

⁵⁶ Per una visione d'insieme, P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, in *European Law Review*, 2012, n. 3, 231.

⁵⁷ In base all'art. 3, par. 1, lett. b): «La regola di cui alla lettera a) si considera rispettata se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato. Le parti contraenti assicurano la rapida convergenza verso il loro rispettivo obiettivo di medio termine. Il quadro temporale per tale convergenza sarà proposto dalla Commissione europea tenendo conto dei rischi specifici del paese sul piano della sostenibilità. I progressi verso l'obiettivo di medio termine e il rispetto di tale obiettivo sono valutati globalmente, facendo riferimento al saldo strutturale e analizzando la spesa al netto delle misure discrezionali in materia di entrate, in linea con il patto di stabilità e crescita rivisto».

⁵⁸ Ma il raggiungimento di questo obiettivo è tutt'altro che agevole: R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il fiscal compact*, *Giorn. dir. amm.*, 2012, 469.

le infrastrutture per i servizi pubblici

cercano di promuovere positivi mutamenti nelle prospettive di crescita, o quanto meno di facilitarli, malgrado le aspettative che da più parti si appuntano sull'Unione, più che sui singoli Stati membri. Si limitano ad agire in chiave di legittimazione rispetto agli interventi di sostegno a favore degli Stati che manifestino gravi scompensi nei conti pubblici. L'accesso a quegli interventi è infatti subordinato alla sottoscrizione e alla ratifica del Trattato⁵⁹. Infine, ai soli Paesi membri che adottano l'euro è richiesto di porre in essere azioni al fine di contribuire al "buon funzionamento dell'unione economica e monetaria", garantendo una crescita "tramite convergenze avanzate e spirito competitivo" (art. 9, Trattato di Bruxelles).

Una volta esposte le norme dei Trattati sui quali l'Unione europea si fonda e le norme del Trattato di Bruxelles, bisogna interpretarle congiuntamente, al fine di sottoporre a verifica la conclusione prima raggiunta, ossia che la disciplina dei disavanzi eccessivi contiene una norma di tipo promozionale, talché la Commissione deve tener conto della quota del disavanzo d'uno Stato che è, per dir così, "giustificata" dalla destinazione agli investimenti. La verifica può essere svolta sotto tre profili.

Innanzitutto, sotto un profilo formale, il Trattato di Bruxelles non solo non emenda i due Trattati previgenti (TUE e TFUE), ma non ha neppure attitudine a farlo. A impedirlo non è solo la circostanza che non sono state seguite le procedure previste per la revisione dei trattati. È, prima ancora, un dato di fatto che sarebbe limitativo considerare pre-giuridico: l'assenza di un accordo tra tutti gli Stati che fanno parte dell'Unione europea. Non si è raggiunto, per usare una collaudata metafora, il consenso di tutti i membri del club. Ciò non impedisce che quanti lo vogliano si diano regole ulteriori, eventualmente più perfezionate. Ma esse non possono sostituire le regole approvate da tutti, né derogarvi.

Questa distinzione, tra regole approvate da tutti e regole approvate solo da alcuni, è idonea a impostare nel modo più soddisfacente alcune questioni. Essa rende piena ragione, sul piano esistenziale e su quello deontologico, della scelta compiuta dai redattori del nuovo Trattato, il cui art. 2, par. 1, stabilisce che esso va interpretato e applicato «conformemente ai trattati su cui si fonda l'Unione Europea, in particolare all'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea, e al diritto dell'Unione Europea, compreso il diritto procedurale ogniqualvolta sia richiesta l'adozione di atti di diritto derivato»⁶⁰.

⁵⁹ Lo stabilisce l'ultimo "considerando" del preambolo del Trattato: A. Azi, *La solidarité financière dans la zone euro, Droit Administratif*, 2013, n. 8-9, 11.

⁶⁰ P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Prag-*

Questa disposizione, innanzitutto, non è una norma sulla normazione, bensì una norma sulla interpretazione delle nuove disposizioni. Essa comporta che tali disposizioni debbano essere interpretate coerentemente con il diritto vigente, onde evitare incoerenze e anomalie⁶¹. Opportunamente, inoltre, la norma fa riferimento non soltanto ai trattati, bensì al “diritto” dell’Unione, considerato nel suo complesso, inclusi i principi generali del diritto comunitario. Nel novero di tali principi, non vi sono soltanto quelli di ordine sostanziale, ma anche quelli di ordine procedurale. Ciò risulta evidente dal riferimento al «diritto procedurale»⁶². Il vincolo discendente dal diritto vigente si manifesta appieno in rapporto all’applicazione del nuovo Trattato. In base all’art. 2, par. 2, l’applicazione deve risultare compatibile con i trattati e con il diritto dell’Unione. La medesima disposizione precisa che nulla, nel nuovo Trattato, pregiudica le competenze dell’Unione, delle sue istituzioni, in materia di unione economica. Il rigore di quella precisazione non è attenuato dal fatto che il quadro nel quale vanno iscritte le azioni previste dal Trattato è quello intergovernativo. Da un lato, è iscritto nell’atto genetico dell’Unione economica e monetaria, il Trattato di Maastricht, che non tutti i membri del club debbano partecipare a tutte le azioni reputate opportune, o necessarie, dai più. Dall’altro lato, è prevista l’incorporazione delle nuove regole nei trattati entro un quinquennio.

In terzo luogo, se dalle disposizioni relative all’interpretazione o comunque idonee a influire su di essa si passa alle disposizioni che determinano i fini delle azioni comuni e i mezzi per conseguirli, ci si accorge che esse si inseriscono nella cornice giuridica esistente. L’obiettivo di fondo è quello di «mantenere finanze pubbliche sane e sostenibili e di evitare disavanzi pubblici eccessivi». Per conseguirlo, non viene alterato il riparto delle competenze tra l’Unione e gli Stati. Piuttosto, gli Stati che hanno stipulato il nuovo Trattato convengono di darsi regole più acconce, di adeguare i rispettivi ordinamenti giuridici, in particolare introducendo una “regola del pareggio di bilancio” e un meccanismo automatico per l’adozione di misure correttive, ossia non subordinato all’approvazione, volta per volta, di tali misure.

Quanto finora osservato, da un lato, suggerisce una conclusione rela-

matism, cit., 233 (il quale segnala l’ambiguità della norma, in relazione alla possibilità che siano emanati atti dell’Unione europea).

⁶¹ Sui termini generali in cui l’obbligo di coerenza si prospetta, B. Conforti, *Consistency Among Treaty Obligations*, in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, 187.

⁶² L’art. 11 ribadisce l’obbligo di rispettare il diritto dell’Unione in relazione alla partecipazione delle sue istituzioni al coordinamento delle politiche nazionali.

le infrastrutture per i servizi pubblici

tivamente all'ordine giuridico europeo; dall'altro lato, apre numerose e complesse questioni relative ai rapporti che si instaurano tra quest'ultimo e gli ordinamenti nazionali. Per il primo aspetto, al pari dei Trattati fondativi, il nuovo Trattato è ordinato alla finalità della stabilità dei conti pubblici, da conseguire nel medio periodo. Esso non comporta alcuna modifica delle regole concernenti i disavanzi pubblici eccessivi. Non altera i criteri ai quali le istituzioni dell'Unione devono attenersi. Soprattutto, non inficia la norma d'apice che esprime il *favor* per gli investimenti pubblici. Non vi è, quindi, alcun appiglio per la tesi che il *Fiscal compact* comporti limiti alla spesa pubblica, segnatamente a quella volta a sostenere gli investimenti infrastrutturali pubblici. Ciò non toglie, beninteso, che sul piano della politica del diritto si possa invocare una revisione del Trattato, per chiarire meglio che non vi è alcun impedimento agli investimenti. Ma si tratta, appunto, d'una opzione politica, che non muove da una corretta interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni vigenti. Ed è alla scienza politica, quindi, che può chiedersi di spiegare perché le maggioranze che si sono succedute al governo del Paese abbiano preferito ridurre le spese per investimenti, anziché le spese correnti, e nel contempo abbiano inasprito la pressione tributaria.

3.4. Lo Stato finanziatore: bilancio in pareggio, risorse aggiuntive e interventi speciali

Un'interpretazione, oltre che letterale, sistematica è necessaria anche per impostare correttamente l'esame di due ulteriori questioni: si tratta del significato da attribuire alla regola del bilancio in pareggio e delle implicazioni che ne discendono ai fini del ruolo spettante allo Stato rispetto agli altri enti territoriali (artt. 81 e 119 Cost.).

Quanto al primo aspetto, nella letteratura economica sul pareggio di bilancio tutte le tesi sono state sostenute e contraddette. Nell'Ottocento, tra gli studiosi di scienza delle finanze riscosse adesioni la tesi che il bilancio dovesse essere in pareggio. Quella tesi venne più volte ribadita da Luigi Einaudi nei dibattiti svoltisi nell'Assemblea Costituente⁶³; è stata ripresa, con varietà di spunti, da uno dei principali filoni della *public choice*, che si ricollega all'opera di James Buchanan⁶⁴. In senso contrario, si è osservato che un

⁶³ Per una ricognizione dei termini della questione, G. della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996. Per la tesi che la Costituzione non ammetta vincoli quantitativi, P. De Ioanna, *Parlamento e spesa pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1993.

⁶⁴ J.M. Buchanan, *Public Finance in Democratic Process* (1967), Indianapolis, Liberty Fund, 1999.

precetto costituzionale si radica su una situazione di fatto che è mutevole, imprevedibile, per cui rischia d'irrigidire oltremodo le politiche finanziarie, di non lasciare margini per interventi straordinari che possono risultare necessari e urgenti⁶⁵. Sul piano più propriamente giuridico, la tesi che l'ultimo comma dell'art. 81 comportasse l'obbligo del pareggio di bilancio ha avuto poche adesioni nella scienza giuridica, non è stata accolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale⁶⁶.

Alla stregua di quanto premesso, il nuovo Trattato ha una componente innovativa. Ma essa non altera il quadro d'insieme prima prospettato. Per assicurare la stabilità della finanza, viene stabilita «l'introduzione di regole specifiche, tra cui una "regola del pareggio di bilancio"», che va recepita dagli Stati contraenti con disposizioni vincolanti e permanenti «preferibilmente costituzionali».

Per il primo aspetto, «la posizione di bilancio della pubblica amministrazione di una parte contraente deve essere in pareggio o in avanzo», con l'ulteriore precisazione che il limite inferiore è dello 0,5 per cento all'anno. Ma, non appena si scava un poco più a fondo, ci si rende conto che il nuovo Trattato prevede espressamente che l'obiettivo sia raggiunto nel medio termine e soprattutto fa riferimento all'obiettivo specifico determinato in base al nuovo testo del Patto di stabilità e crescita⁶⁷. Dunque, la norma di grado superiore non si limita a porre un precetto, ossia la regola del pareggio di bilancio. Essa precisa altresì che, mentre quel precetto ha una valenza generale e astratta, per ogni Paese vale il precetto individuale e concreto stabilito dalle istituzioni dell'Unione in base a regole subordinate alle norme di grado superiore, che sono poste dai trattati. A maggior ragione, quindi, anche se la regola del pareggio di bilancio ha valore innovativo, essa non è idonea ad alterare le norme di grado superiore: né quelle procedurali, né soprattutto quella sostanziale, in base alla quale la Commissione deve tener conto della quota di disavanzo "giustificato" dagli investimenti.

Quanto al secondo aspetto, ciò che il Trattato richiede alle parti contraenti non è la revisione costituzionale. Questa è, d'altronde, configurata

⁶⁵ A. Pedone, *Regole costituzionali in materia di finanza pubblica*, in *Pol. Econ.*, 1985, 111 (secondo cui possono «far sorgere problemi rilevanti quando, ad esempio, una recessione improvvisa spinga il bilancio in disavanzo; in tal caso non avrebbe senso un tentativo di eliminare il disavanzo aumentando le imposte o riducendo le spese. È quindi opportuno ripetere che il saldo di bilancio non può essere controllato dal Governo e dal Parlamento, in quanto esso dipende in misura rilevante dall'andamento dell'economia»).

⁶⁶ Lo dispone l'art. 3, rispettivamente, al par. 1, lett. b), e al par. 2.

⁶⁷ In senso conforme, P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, cit., 235.

le infrastrutture per i servizi pubblici

come eventuale, preferibile, ma non necessaria. Ciò che il Trattato richiede, piuttosto, è di adeguare l'ordinamento giuridico di ogni Stato al fine di assicurare l'effettività della regola del bilancio in pareggio e del conseguente obbligo di correggere eventuali squilibri. Questo risultato può essere ottenuto in più di un modo, per quanto attiene alle fonti (alcuni ordinamenti hanno fonti intermedie tra la norma costituzionale e la legge ordinaria, come le leggi organiche francesi) e soprattutto ai meccanismi di controllo. Dunque, non può dirsi né che il nuovo Trattato modifichi le costituzioni nazionali (né, del resto, ha attitudine a farlo), né che esso sancisca l'obbligo di modificarle. In altre parole, l'Italia ha introdotto la regola del pareggio di bilancio nella propria Costituzione sebbene non fosse necessario. La circostanza che un argomento siffatto sia stato utilizzato, non è che una ulteriore riprova dell'uso strumentale che nell'arena politica viene fatto delle norme e degli atti d'indirizzo dell'Unione. Tale circostanza può forse assumere rilievo in sede di analisi del linguaggio politico, ma non ne ha in sede giuridica.

Il quadro fin qui descritto può essere utilmente completato segnalando un'implicazione, particolarmente importante per l'assetto istituzionale italiano, della conclusione raggiunta sul primo punto, cioè che per effetto del *Fiscal compact* non viene meno in alcun modo il *favor* per le spese di investimento. Vale anche per le leggi di bilancio l'obbligo generale di coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea ribadito dall'art. 117, primo comma, Cost. D'altronde, il nuovo testo dell'art. 81 – come modificato dalla l. cost. n. 1/2012 – non esclude il ricorso all'indebitamento. All'opposto, lo legittima per la prima volta in modo espresso, pur specificando che esso è ammesso solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e previa autorizzazione parlamentare a maggioranza assoluta. Si tratta, quindi, d'una norma di tipo permissivo condizionato, non d'una norma di divieto. Ed essa non esplica immediatamente i propri effetti. Ancora una volta, la norma di grado superiore (il terzo comma dell'art. 81) effettua un rinvio a un'altra fonte, cioè alla legge ordinaria, sia pure da approvare a maggioranza assoluta dalle due Camere, la determinazione dei «criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni». Vi ha provveduto la l. 24 dicembre 2012, n. 243, recependo gli standard europei sul disavanzo e sul debito, precisando che l'«obiettivo di medio termine» (il valore del saldo strutturale) è individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea (art. 2, c. 1, lett. e)⁶⁸.

⁶⁸ Per un raffronto tra le norme delle costituzioni nazionali e quelle dell'Unione, F.

3.5. *Il favor per gli investimenti degli enti territoriali*

Vi è un'ulteriore conferma, non ultima per importanza, della ricostruzione prospettata. Essa si trae – alla luce del canone ermeneutico *ubi lex voluit, dixit* – dalla circostanza che la l. cost. n. 1/2012 abbia lasciato inalterati gli ultimi due commi dell'art. 119 Cost.

Dalle disposizioni costituzionali appena richiamate discendono tre regole. La prima è una norma di tipo legittimante, nei confronti dell'azione dello Stato, che si esplica mediante “risorse aggiuntive” e “interventi speciali”, per una varietà di fini, che vanno dalla promozione dello sviluppo economico alla tutela dell'effettivo esercizio dei diritti della persona. Basterebbe fare riferimento alla rimozione dei fattori strutturali di divario tra le diverse parti della Repubblica per affermare la persistente legittimità, anzi la doverosità, di spese aggiuntive per investimenti. La seconda regola è anch'essa di tipo permissivo, ma condizionato: essa permette alle regioni e agli enti locali di indebitarsi, a condizione che i proventi siano destinati alle spese per investimenti. Viceversa, la contrazione di prestiti è vietata per le spese correnti⁶⁹. L'ultima regola, che rafforza la precedente, è – invece – di tipo proibitivo. Essa vieta, infatti, l'apposizione della garanzia da parte dello Stato ai debiti contratti dalle regioni e dagli enti locali. S'intende impedire, così, che sia aggirato l'obbligo di prevedere i mezzi necessari per far fronte alle nuove o maggiori spese disposte dalle leggi statali⁷⁰.

La l. n. 243/2012 ha confermato l'assoggettamento dei bilanci delle regioni e degli enti locali alle regole volte ad assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche. Ha stabilito un vincolo di destinazione per gli eventuali saldi positivi maturati dai governi regionali o locali. Essi possono essere destinati soltanto a due impieghi: l'estinzione dei debiti da essi contratti o, nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, il finanziamento delle spese di investimento secondo le modalità previste dalla legge (art. 9, c. 3).

Abbiamo così ottenuto un quadro più ampio delle norme di grado superiore rilevanti ai fini d'una valutazione della legittimità del finanziamento delle infrastrutture mediante i proventi dell'indebitamento. Ed esse, come

Fabbrini, *The Fiscal Compact, the “Golden Rule” and the Paradox of European Federalism*, in corso di pubblicazione.

⁶⁹ Divieto ribadito dall'art. 10, l. n. 243/2012.

⁷⁰ Per un'analisi più dettagliata, rinvio a G. della Cananea, *Commento all'articolo 119 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, III, 2368.

le infrastrutture per i servizi pubblici

suole dirsi, fanno “sistema”. Non costituisce un’evenienza casuale, infatti, che le norme dell’Unione europea e quelle nazionali siano contraddistinte, al di là di non marginali differenze (la norma dell’Unione è di tipo promozionale e si disinteressa delle spese correnti, mentre la norma nazionale, in quanto norma di tipo permissivo condizionato, implicitamente ne vieta il finanziamento tramite indebitamento) da un duplice tratto comune: la distinzione tra le spese destinate a finanziare gli investimenti e le altre spese e il loro assoggettamento a un regime giuridico differenziato.

Le questioni che in tal modo si aprono non sono certamente poche, né di trascurabile importanza, a partire dai criteri e dalle modalità ai quali i pubblici poteri devono attenersi al fine di redigere una acconcia classificazione delle spese pubbliche⁷¹. Ci si può domandare, inoltre, se la necessità che la regola del pareggio sia rispettata per tutto l’arco del procedimento di bilancio (come richiesto dall’articolo 3, par. 2, del Trattato di Bruxelles) richieda una nuova interpretazione delle norme concernenti la rendicontazione, ossia l’obbligo di trovare le coperture finanziarie per i maggiori oneri accertati in sede di rendiconto⁷². Ci si può domandare, infine, se le conclusioni raggiunte richiedano una revisione dei controlli sull’osservanza del cosiddetto patto di stabilità interno o del divieto, per le regioni e gli enti locali, di stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari di tipo derivato⁷³. Si tratta di questioni d’indiscutibile importanza, ma che proprio per questa ragione richiedono un’apposita disamina, che esula dai limitati fini di questo scritto, volto a saggiare la consistenza delle congetture esposte all’inizio.

⁷¹ L’art. 3, c. 18, l. n. 350/2003 (legge finanziaria per il 2004) ha dato attuazione all’art. 119, ultimo comma, Cost., fornendo una definizione delle diverse tipologie di indebitamento e investimento. La questione di legittimità costituzionale sollevata da alcune regioni è stata, però, giudicata inammissibile dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 417/2005, per l’assenza di puntuali censure.

⁷² Una soluzione di questo tipo fu proposta, anni addietro, dalla Corte dei conti, ma venne respinta dal Parlamento, sull’assunto che esso dispone di un potere pienamente discrezionale. Ci si può domandare se la previsione di un meccanismo di correzione, che in base al Trattato “deve rispettare appieno le prerogative dei parlamenti nazionali” comporti una limitazione di quel potere discrezionale, almeno quanto all’*an*: per alcuni sviluppi, A. Palanza, *Il decreto taglia-spesa nei rapporti tra Parlamento e Governo*, in *Le limitazioni amministrative della spesa*, a cura di R. Perez, cit., 79.

4. Conclusioni

L'Italia ha accumulato nel corso degli ultimi decenni un deficit molto serio sulle infrastrutture. Esso non consente alle imprese di competere alla pari con i concorrenti partner europei e di altri Paesi, non permette ai cittadini di esercitare appieno le pretese legittimate dai *Bills of rights* europei (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Sarebbe bene che i governanti tornassero ad occuparsi di tale problema, contenendo i disavanzi con interventi volti a ridurre la spesa corrente in rapporto al prodotto interno lordo e realizzando investimenti nelle infrastrutture fisiche. Sono decisioni spettanti alla Politica, cui in un ordinamento democratico competono le scelte d'indirizzo generale. Ma essa ha l'onere di giustificare quelle scelte in modo trasparente, senza addossarne la responsabilità alle norme dell'Unione europea, agli atti delle sue istituzioni. L'ordine giuridico europeo non impedisce gli interventi diretti dei pubblici poteri nell'approntamento delle infrastrutture, anzi li incoraggia, né ostacola il ricorso all'indebitamento per sostenere le spese per investimenti, anzi contiene una norma di tipo promozionale⁷⁴. È da auspicare, quindi, che l'azzeramento del disavanzo strutturale – reso doveroso dall'attuale testo dell'art. 81 Cost. – abbia luogo tempestivamente e coerentemente con quanto l'Europa chiede all'Italia, ossia rimuovere gli ostacoli alla crescita e all'occupazione.

Abstract

This article examines two fundamental aspects of public service infrastructures, namely the most suitable role for public authorities, and the question of whether – and to what extent – public investment is a convenient solution to support infrastructure deployment when it is funded by public debt. The author responds to both questions by examining in depth the relevant legal norms in the EU and national contexts.

⁷³ C. cost., sentenze n. 52/2010 e n. 70/2012.

⁷⁴ Mentre questo scritto era in corso di pubblicazione, il Consiglio europeo di Bruxelles del 14 marzo 2013 ha espresso l'avviso che le regole volte a garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche non siano incompatibili con la realizzazione di investimenti pubblici (par. 4: «the European Council recalls that while fully respecting the SGP, the possibilities offered by the EU's existing fiscal framework to balance productive public investment needs with fiscal discipline objectives can be exploited in the preventive arm of the SGP»).

le infrastrutture per i servizi pubblici

In regards to the first item, the article argues that public authorities play an ambivalent role in ensuring public infrastructure development. Although they act as regulators by making the rules for a level playing field, they often have infrastructure ownership and provision. Secondly, the author demonstrates that in both the EU and national legal orders public investments are favoured. In fact, the legal framework encourages direct investments, and recourse to public debt for financing spending on infrastructures.

Therefore, the article suggests that the argument of the EU's aversion to public investments is rather specious than well grounded, as the EU does not impose infrastructure spending reduction. It thus concludes that the Italian government should invest more in public infrastructure as national infrastructure assets are still relatively poor.