

## **L'ATTUAZIONE DELLA LIBERALIZZAZIONE DEL SERVIZIO FERROVIARIO AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: QUALCHE CONSIDERAZIONE IN ATTESA DELLA DECISIONE NEI CONFRONTI DELL'ITALIA.**

di *Monica Delsignore* – Ricercatore in diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Milano.

**SOMMARIO:** 1. *Cenni al contesto normativo* – 2. *Le questioni e soluzioni della Corte: l'indipendenza del gestore della rete e l'imposizione e quantificazione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura.* – 3. *Riflessi nell'ordinamento italiano e considerazioni sul possibile esito della causa pendente.* – 4. *Le modifiche derivanti dalle più recenti novità legislative, pur non conoscibili dalla Corte.*

1. Con una serie di pronunce nel primo semestre del 2013<sup>1</sup> la Corte di Giustizia ha precisato il senso di alcune disposizioni contenute nelle direttive sulla liberalizzazione del servizio ferroviario, sollecitata da numerosi procedimenti di infrazione e susseguenti ricorsi proposti dalla Commissione.

Tutte le sentenze affrontano, secondo differenti prospettive, la questione della posizione di indipendenza e del ruolo del gestore della rete nella ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, insieme al tema dell'imposizione e quantificazione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura.

---

<sup>1</sup> Si tratta delle sentenze del 28 febbraio 2013, nelle cause C-473/10 Commissione europea contro Ungheria, C-483/10 Commissione europea contro Regno di Spagna, C-555/10 Commissione europea contro Repubblica d'Austria e C-556/10 Commissione europea contro Repubblica federale di Germania, della sentenza del 18 aprile 2013 nella causa C-625/10 Commissione contro Repubblica francese e della sentenza del 30 maggio 2013 nella causa C-512/10 Commissione europea contro Repubblica di Polonia.

Il particolare interesse per le pronunce è legato, certamente, all'attuale pendenza di un ricorso anche nei confronti dell'Italia<sup>2</sup> su questioni analoghe a quelle già decise.

Al fine di formulare qualche considerazione a riguardo e prima di procedere all'esame delle sentenze, occorre, anzitutto, qualche sintetico cenno al contesto normativo di riferimento, come tracciato nelle direttive parametro nel giudizio.

La liberalizzazione del settore ferroviario in Europa si articola, come noto, nei c.d. tre pacchetti<sup>3</sup>, tutti preceduti dalla dir. 91/440/CEE, che, per prima, stabilisce alcuni diritti di accesso per le imprese ferroviarie così da ammettere all'utilizzo dell'infrastruttura più utenti.

La scelta europea, pur passibile di critiche<sup>4</sup>, è stata in favore della separazione tra gestione dell'infrastruttura, da un lato, e gestione dei servizi di trasporto, dall'altro.

Il valore dell'infrastruttura di rete, la natura di monopolio naturale<sup>5</sup> e la sua appartenenza al patrimonio pubblico<sup>6</sup> nella maggior parte dei Paesi europei hanno condotto ad una soluzione che ne

---

<sup>2</sup> Presentato dalla Commissione il 12 luglio 2011, Causa C-369/11.

<sup>3</sup> Da ultimo, il 30 gennaio 2013 la Commissione ha presentato, non senza critiche, il c.d. "quarto pacchetto". Si ricordi che il primo pacchetto consta delle dir. 2001/12/CE, che modifica la dir. 1991/440/CEE sullo sviluppo delle ferrovie europee, la dir. 2001/13/CE che modifica la dir. 1995/18/CE sulle licenze, la dir. 2001/14/CE sulla ripartizione della capacità e l'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura e la dir. 2001/16/CE sull'interoperabilità del sistema ferroviario. Il secondo pacchetto si compone del reg. CE n. 881/2004 e delle dir. 2004/49/CE, 2004/50/CE e 2004/51/CE che introducono nuove disposizioni sulla sicurezza e liberalizzazione dei mercati. Il terzo pacchetto è composto, infine, dalle dir. 2007/58/CE e 2007/59/CE e dai Regolamenti 2007/1370/CE, 2007/1371/CE e 2007/1372/CE. In particolare, a modifica delle precedenti, la dir. 2007/58 introduce "il diritto all'accesso dell'infrastruttura di tutti gli Stati membri per l'esercizio di servizi di trasporto internazionale di passeggeri".

<sup>4</sup> C. Scarpa, *Il trasporto ferroviario: l'alba di una riforma*, in *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, a cura di F. Pammolli, C. Cambini e A. Giannaccari, Bologna 2007, 171, per la critica 194 ss. Ugualmente critici C. Cambini, G. Catalano e A. Savoldi, *L'intervento pubblico nel settore ferroviario. Prospettive di liberalizzazione e esigenze di servizio pubblico*, in *MCR 2009*, 249 "Se in generale la concorrenza beneficia il consumatore, grazie alla riduzione dei prezzi del servizio e alla maggior efficienza degli operatori presenti nel mercato, è altresì vero che, qualora certi servizi siano forniti in sostanziale perdita da qualunque operatore (come spesso si osserva nel trasporto ferroviario) l'apertura del mercato potrebbe portare ad una riduzione dei servizi offerti su scala nazionale, anche qualora essi venissero considerati socialmente rilevanti da parte dello Stato" (p. 250)

<sup>5</sup> Come si legge al considerando (40) della dir. 2001/14/CE.

<sup>6</sup> Nel nostro ordinamento tra le molte riflessioni sulla permanente qualificazione della rete alla stregua di bene pubblico si ricordino quelle di M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004, di B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Annuario AIPDA 2003*, 333, che ritiene le reti siano beni destinati all'uso comune del mercato, il cui utilizzo sia preordinato non al vantaggio dei consociati, ma delle imprese che operano nel mercato (l'interesse pubblico non è la tutela della posizione dei fruitori della rete, bensì l'esigenza di assicurare una fruizione plurisoggettiva della rete per assicurare una competizione libera e paritaria) e di F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, 2010, 267, che ravvisa la giustificazione del permanente regime pubblicistico in funzione degli interessi cui si collega (che sono sia quello economico in capo al gestore della rete, sia l'efficienza in capo agli utenti e sia l'accesso in capo alle imprese concorrenti). Tra le monografie sul tema F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova 2008.

mantiene la proprietà in capo agli Stati nazionali, ma ne apre l'accesso alle imprese di trasporto. Tale progressiva apertura all'accesso prelude alla concorrenza così da costruire un mercato unico europeo, pur con assetti regolatori differenziati tra i diversi Stati membri.

La liberalizzazione "diluata nel tempo" è il probabile frutto della considerazione che una caratteristica comune dei trasporti ferroviari europei è l'elevato livello di sussidi statali, in parte legati all'interesse generale al trasporto e alla mobilità dei cittadini (anche in base agli obblighi di servizio universale<sup>7</sup>), in parte alla concezione di una modalità alternativa al trasporto su gomma, che invece produce costi di congestione ed esternalità ambientali negative più elevate<sup>8</sup>.

L'intervento del diritto europeo comporta, dunque, il "superamento del modello dell'impresa verticalmente integrata" che concentra gestione della rete e servizio di trasporto in un unico soggetto, in favore di un nuovo modello che "ruota su tre poli: Stato, gestore (unico) della rete, imprese che esercitano in concorrenza l'attività ferroviaria"<sup>9</sup>.

In particolare già con la dir. 1991/440/CE, ma ancora più con la successiva dir. 2001/14/CE, si introduce la regola dell'indipendenza di gestione dell'infrastruttura.

Sin dal 1991 il diritto europeo obbliga alla separazione contabile tra attività collegata alla gestione dell'infrastruttura<sup>10</sup> e attività di fornitura del servizio di trasporto: il principio della separazione contabile è strumentale all'apertura della concorrenza, permettendo di distinguere tra attività riservate e non riservate, e dunque passibili di apertura alla concorrenza.

La regolazione all'accesso da sola spesso non è, infatti, sufficiente ad evitare comportamenti opportunistici o discriminatori del gestore della rete, laddove questo sia inserito in un gruppo attivo

---

<sup>7</sup> Ampio è il dibattito dottrinale in merito; si ricordi già la monografia di G. F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, 2002, in particolare 214 ss.

<sup>8</sup> C. Cambini, G. Catalano e A. Savoldi, *L'intervento pubblico nel settore ferroviario. Prospettive di liberalizzazione e esigenze di servizio pubblico*, in *MCR* 2009, 249, qui 251. Nello scritto si analizza sia da un punto di vista economico regolatorio, sia da un punto di vista istituzionale, il problema del finanziamento pubblico del servizio ferroviario in un contesto di liberalizzazione.

<sup>9</sup> S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna 2003, 39.

<sup>10</sup> Si tratta delle c.d. funzioni essenziali individuate all'allegato II della dir. 91/440/CE, in tema di "preparazione e adozione delle decisioni relative alle licenze, decisioni relative all'assegnazione delle linee ferroviarie, decisioni relative all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura e controllo del rispetto degli obblighi di servizio pubblico.

anche nei segmenti a monte o a valle rispetto alla gestione delle infrastrutture di rete<sup>11</sup>. Le disposizioni in tema di *unbundling*, c.d. spaccettamento, mirano, attraverso la separazione societaria, a evitare possibili conflitti di interesse tra ente gestore e impresa fornitrice.

2. Nel 2008 la Commissione avviava istruttorie sulla attuazione della liberalizzazione ferroviaria e inviava avvisi di infrazione alla maggior parte degli Stati membri, ritenendo insoddisfatti i livelli minimi di liberalizzazione prescritti nelle direttive. Numerosi di tali procedimenti sono sfociati in successivi ricorsi, alcuni dei quali decisi con le pronunce in esame. Le censure e le sentenze vertono, prevalentemente, su due profili: anzitutto, precisano il significato e i limiti dell'indipendenza "sul piano giuridico, organizzativo e gestionale" dall'impresa ferroviaria richiesta all'ente cui è affidato l'esercizio delle funzioni essenziali elencate all'allegato II della direttiva 91/440/CEE e, inoltre, verificano il funzionamento del sistema di imposizione dei diritti di accesso alla rete, in particolare valutandone la flessibilità nella determinazione dei costi e degli incentivi.

Quanto alla prima questione, il giudice europeo è chiamato a ragionare sul modello della *holding*<sup>12</sup>, utilizzato in diversi Paesi, nel quale le funzioni essenziali del gestore sono delegate ad una società separata in seno ad un gruppo di società, che al suo interno comprende anche imprese ferroviarie.

Circa la trasformazione in *holding* dei monopoli precedenti, la Corte precisa che l'art. 6 par. 1 e 2 della dir. 91/440 richiede solo una separazione contabile tra le attività di trasporto fornite dalle imprese ferroviarie e le attività di gestione dell'infrastruttura e, dunque, certamente ammette "divisioni organiche distinte nell'ambito di una medesima impresa, come avviene nell'ambito di una *holding*"<sup>13</sup>.

Gli artt. 4 par. 2 e 14 par. 2 della dir. 2001/14/CE prevedono, inoltre, che gli enti cui sono affidate funzioni essenziali, quali l'imposizione dei diritti e l'assegnazione siano indipendenti sul piano giuridico, organizzativo e gestionale. La direttiva, diversamente dalla disciplina sul mercato interno

---

<sup>11</sup> Per alcune riflessioni sul tema *unbundling* e sui suoi riflessi nei settori dell'energia elettrica e del gas si rinvia a E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano 2006, in particolare 74 ss.

<sup>12</sup> Cause C- 512/10 Polonia (par. 38-44 conclusioni) C- 556/10 Germania (par. 59-64 conclusioni) e C-555/10 Austria (par. 53-104 conclusioni)

<sup>13</sup> Par. 55 sentenza C-556/10, ove si precisa, inoltre che a prescindere dalle strutture organizzative previste, gli enti o società con funzioni essenziali non debbono a loro volta prestare servizi di trasporto ferroviario, in base al successivo par.3 sempre dell'art. 6 della direttiva.

della elettricità e del gas naturale<sup>14</sup>, non contiene indicazioni circa i criteri relativi alla indipendenza. Il chiaro intento della norma è quello di evitare che le imprese fornitrici del trasporto abbiano competenze in materia di ripartizione delle linee, anche attraverso deleghe attribuite dal gestore della rete, e ciò al fine di assicurare un trattamento equo e non discriminatorio nell'accesso all'infrastruttura.

La struttura *holding* garantisce indipendenza giuridica, posto che i soggetti del gruppo hanno ciascuno personalità giuridica distinta, ed indipendenza organizzativa, trattandosi di strutture diverse. Perplessità restano in ordine all'indipendenza sul piano decisionale.

La Commissione, in particolare, in analogia con il diritto della concorrenza, applica il principio dell'unità economica sulle controllate, ovverosia ritiene che vi sia un'influenza determinante della capogruppo. La Corte non nega tale profilo, ma in tutte le sentenze disattende la censura stante la mancanza di prove esaustive a riguardo.

La mera circostanza che la *holding* detenga la maggioranza o la totalità delle azioni e dei relativi diritti di voto dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali non è sufficiente, in quanto il sistema normale della *holding* verrebbe altrimenti condannato in quanto tale<sup>15</sup>.

Del resto, anche nelle proposte che costituiscono il c.d. quarto pacchetto ferroviario, la Commissione ammette la struttura a integrazione verticale propria della *holding*, richiedendo, però, l'istituzione delle c.d. muraglie cinesi, ovvero strutture compartimentali che garantiscano la separazione giuridica, finanziaria e operativa del gestore dell'infrastruttura dall'impresa ferroviaria, quali, ad esempio, organi decisionali diversi e distinti, flussi finanziari separati, archivi commerciali riservati. L'introduzione di tali correttivi implica necessariamente che gli stessi non possano allo stato considerarsi già vigenti.

Diverso, invece, è il caso, francese<sup>16</sup>, in cui le funzioni essenziali sono affidate non ad un soggetto distinto all'interno di un gruppo, ma ad un semplice servizio specializzato di un'impresa ferroviaria: il servizio è senz'altro privo di personalità giuridica, nonché di risorse e organi propri e distinti da quelli dell'impresa e, dunque, non soddisfa le previsioni della direttiva.

---

<sup>14</sup> Par. 59 C-555/10 e punto 63 C-556/10.

<sup>15</sup> Par. 86 Conclusioni C-555/10.

<sup>16</sup> Causa C-625/10.

Il secondo profilo affrontato nella giurisprudenza in esame attiene al sistema di imposizione dei diritti di accesso.

All'art. 4, par. 1 dir. 2001/14/CE, infatti, si prevede che, nell'esercizio delle funzioni essenziali, il gestore della rete "determina i diritti". La Corte, chiamata a precisare il senso dell'espressione, ammette che lo Stato istituisca e fissi un quadro per l'imposizione dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura<sup>17</sup>; tuttavia tale quadro deve riconoscere al gestore "un certo margine di flessibilità"<sup>18</sup>.

Il gestore non deve cioè limitarsi alla mera riscossione di importi stabiliti applicando formule fissate in precedenza dalla disciplina statale – ad esempio attraverso decreto ministeriale –, ma l'espressione "determina" indica che l'imposizione dei diritti costituisce uno strumento di gestione dell'infrastruttura, utile ad ottimizzare lo sfruttamento della rete e a stimolare investimenti redditizi del gestore. La disciplina nazionale deve, dunque, consentire al gestore "di adottare perlomeno decisioni che comportino scelte e valutazioni relative ai fattori e ai parametri sulla base dei quali il calcolo viene effettuato"<sup>19</sup>.

L'art. 11 della dir. 2001/14/CE prevede, inoltre, l'istituzione di un "sistema di prestazioni" diretto a sollecitare, sia le imprese, sia il gestore, a migliorare la rete e un meccanismo che incentivi il gestore a limitare i costi del servizio o a ridurre il livello dei diritti di accesso. La Corte precisa che tale sistema non esiste laddove si prevedano semplici sanzioni per reprimere le perturbazioni della rete legate alla condotta dell'impresa; al contrario si richiedono concreti meccanismi in sede di assegnazione e imposizione dei diritti utili a influire sulla condotta anche del gestore<sup>20</sup>, sicché la mancata previsione degli stessi, come, ad esempio, nella disciplina spagnola<sup>21</sup>, costituisce senz'altro

---

<sup>17</sup> In merito la Corte precisa che il pacchetto minimo di accesso all'infrastruttura non tiene conto del finanziamento pubblico necessario ad assicurare l'equilibrio dei conti del gestore dell'infrastruttura, essendo gli stessi "legati direttamente alla sola prestazione del servizio". Par. 73 ss. sentenza C- 512/10.

<sup>18</sup> Cfr. par. 79 conclusioni C-556/10, par. 50 conclusioni C- 483/10 e par. 37 ss. sentenza C- 483/10.

<sup>19</sup> Par. 79 sentenza C- 473/10.

<sup>20</sup> I meccanismi possono essere previsti anche attraverso contratti pluriennali. Così, ad esempio, al par. 79 ss. nella sentenza C- 625/10 un accordo di compartecipazione che istituisce bonus per il personale del gestore dell'infrastruttura è stato considerato incentivo idoneo a ridurre i costi, prevedendosi una diminuzione del costo per unità d'opera che rappresentano i lavori di rinnovamento completo di 1 km. di strada ferrata.

<sup>21</sup> Par. 46 sentenza C- 483/10 e par. 67-72 conclusioni.

violazione addebitabile allo Stato. Quanto alla riduzione dei costi e diritti di accesso, essa deve realizzarsi non solo attraverso un opportuno sistema di regolamentazione con adeguati poteri in capo al gestore, ma anche, e al contempo<sup>22</sup>, attraverso accordi pluriennali tra lo Stato e il gestore, che - prevedendo, ad esempio, un finanziamento fisso<sup>23</sup> a prescindere dall'inflazione – obblighino il gestore medesimo a migliorare l'efficacia ed efficienza nell'utilizzo dei propri mezzi.

Infine, quanto all'assegnazione della capacità di infrastruttura, gli Stati debbono stabilire regole specifiche in base a criteri equi e non discriminatori, sicché il solo gestore, e non lo Stato o il Ministero, può accordare priorità a servizi specifici in base alle condizioni rigorose individuate all'art. 22 della dir. 2001/14/CE per l'infrastruttura saturata e all'art. 24 per l'infrastruttura specializzata. Tali criteri non possono, in ogni caso, favorire l'operatore storico, posto che l'obiettivo delle disposizioni è sempre quello di agevolare l'apertura dei servizi ferroviari per stimolare la concorrenza di nuovi operatori<sup>24</sup>.

3. Come si anticipava, il particolare interesse per le pronunce è legato, senz'altro, alla pendenza di un ricorso anche nei confronti dell'Italia<sup>25</sup> su questioni, almeno in parte, analoghe a quelle già decise.

Gli addebiti formulati dalla Commissione riguardano, infatti, l'indipendenza dell'organismo esercente le funzioni essenziali in materia di accesso all'infrastruttura, il sistema di imposizione dei diritti per l'accesso e i poteri e l'autonomia dell'organismo di regolamentazione del settore ferroviario.

Il quadro normativo di riferimento in Italia è dettato dal d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188 che, attuando le direttive del 2001, ha sostituito e abrogato la precedente disciplina contenuta nel d.P.R. 8 luglio 1998, n. 277 e che contiene, anche a seguito dei successivi aggiustamenti di cui al d.lgs. n. 15 del 2010, la disciplina oggi vigente per l'utilizzo, la gestione e l'accesso all'infrastruttura ferroviaria, incluso il trasporto passeggeri.

---

<sup>22</sup> Nella disciplina polacca, ad esempio, il quadro regolamentare non era accompagnato da accordi o misure concrete per darvi attuazione. Cfr. par. 74-84 conclusioni e par.55 ss. sentenza C- 512/10.

<sup>23</sup>Cfr. par. 93-104 delle conclusioni C-556/10.

<sup>24</sup> Par. 90 ss. conclusioni e 90 e ss. sentenza C- 483/10

<sup>25</sup> Presentato dalla Commissione il 12 luglio 2011, Causa C-369/11.



La separazione contabile o costituzione di imprese separate per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria e per l'esercizio dell'attività di trasporto, insieme con la libertà di accesso al mercato dei trasporti, figurano espressamente<sup>26</sup> tra i principi che conformano la disciplina.

In particolare, l'art.11 prevede che il gestore della rete “è soggetto autonomo ed indipendente, sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, dalle imprese operanti nel settore dei trasporti”, “responsabile del controllo della circolazione in sicurezza dei convogli, della manutenzione e del rinnovo dell'infrastruttura ferroviaria, sul piano tecnico, commerciale e finanziario, assicurandone l'accessibilità, la funzionalità, nonché le informazioni; deve altresì assicurare la manutenzione e la pulizia degli spazi pubblici delle stazioni passeggeri.”

Il gestore della rete è oggi Rete Ferroviaria Italiana (RFI), società controllata dalla *holding* Ferrovie dello Stato. Con la privatizzazione, infatti, Ferrovie dello Stato (FS), il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze<sup>27</sup>, è la società posta al vertice del gruppo, cui appartengono, oltre alla *holding* FS<sup>28</sup>, il gestore della rete Rete Ferroviaria Italiana (RFI), Trenitalia, ovvero la principale impresa ferroviaria nazionale, le società Grandi Stazioni e Centostazioni, che gestiscono le principali stazioni ferroviarie italiane, e FS Sistemi Urbani, con compiti di valorizzazione del patrimonio del gruppo.

RFI è l'ente gestore dell'infrastruttura in virtù della concessione rilasciata nel 2000<sup>29</sup>, sottoposto, dunque, al vincolo dell'indipendenza dal diritto europeo.

In base alle contestazioni mosse dalla Commissione, il regime e l'esercizio delle funzioni di accesso alla rete in capo a RFI non fornirebbe sufficienti garanzie di indipendenza dalla *holding* del gruppo FS di cui fa parte.

La struttura della *holding* ed il ruolo del Ministero, che è azionista dell'impresa ferroviaria e i cui funzionari coincidono con il personale dell'organismo di regolamentazione del settore<sup>30</sup>, non garantirebbero la necessaria e piena indipendenza del gestore della rete dalle imprese ferroviarie.

---

<sup>26</sup> Art. 2, lett. c)

<sup>27</sup> Per un quadro sintetico delle trasformazioni nel settore si rinvia a N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, II ed., Milano 2003, tomo III, 2265, in particolare 2274 e ss.

<sup>28</sup> Sulla *holding* e le questioni legate all'utilizzo di un sistema di integrazione verticale ragionava già H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societari e proprietaria*, in *MCR* 2001, 469, in particolare 482 ss.

<sup>29</sup> Tale concessione è contenuta nel D.M. 31 ottobre 2000, n.138T che disciplina insieme al Contratto di programma (art. 14 d.lgs. n. 188/2003) i rapporti tra lo Stato concedente e RFI concessionario.



La censura mossa dalla Commissione non differisce da quelle oggetto della giurisprudenza in commento, sicché, verosimilmente, allo stesso modo sarà respinta dalla Corte di Giustizia.

La Corte, secondo le argomentazioni delle sentenze in precedenza ricordate, non dovrebbe, infatti, ritenere determinante che la totalità delle azioni e dei relativi diritti di voto di RFI sia detenuto da FS, posto che, come già ricordato, il sistema normale della *holding* verrebbe altrimenti condannato in quanto tale.

Maggiori dubbi paiono affacciarsi quanto alle censure mosse, anzitutto, al sistema di imposizione dei diritti e assegnazione della capacità, nonché, alla figura dell'organismo di regolazione, oggetto di ripensamento anche nell'ordinamento nazionale, vista la recente istituzione, come meglio si dirà più avanti, dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

Secondo la giurisprudenza ricordata, la Corte richiede che lo Stato si limiti a tracciare un quadro per l'imposizione dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura e che, all'interno di tale quadro, si assicuri, in ogni caso, al gestore della rete un certo margine di flessibilità.

Nella disciplina italiana sono affidati a RFI in esclusiva i compiti e le funzioni relative al calcolo e riscossione dei canoni e l'assegnazione di capacità. I canoni sono, però, approvati<sup>31</sup> - su proposta del gestore, formulata con una relazione motivata - con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti<sup>32</sup>, previo parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e sentita la Conferenza permanente Stato regioni.

L'approvazione del Ministro ai fini della determinazione del canone ed il parere di soggetti appartenenti al circuito politico potrebbe suscitare dubbi quanto ai reali margini di autonomia decisionale riconosciuti a RFI.

Qualche perplessità resta anche in merito al "sistema di prestazioni" diretto a sollecitare, sia le imprese, sia il gestore, a migliorare la rete e un meccanismo che incentivi il gestore a limitare i costi del servizio o a ridurre il livello dei diritti di accesso. In merito, nella disciplina di legge si introduce

---

<sup>30</sup> Come più avanti si avrà modo di precisare l'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF) è, infatti, articolazione del Ministero dei trasporti.

<sup>31</sup> Come si evince dall'art. 17 del d.lgs. n. 188/2003 nonostante la pessima formulazione della disposizione.

<sup>32</sup> In merito la dottrina (S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, cit.) già ravvisava (p.70) nel precedente sistema di cui al d. P. R. n. 277/1988 una "disonomia rispetto al modello di un mercato liberalizzato, poiché il corrispettivo viene autoritativamente determinato ex ante da un soggetto estraneo alla transazione", pur giustificando l'intrusione pubblica dalla necessità di assicurare un profitto al privato. Per una riflessione più ampia e generale sul tema e sul ruolo dei poteri pubblici si ricordi dello stesso Autore *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi "a rete"*, Milano 2007.

un sistema di controllo delle prestazioni ferroviarie<sup>33</sup> con la previsione di sanzioni che, però, la Corte, come si è in precedenza ricordato, non considera incentivi sufficienti a perseguire gli obiettivi della direttiva.

In tema di assegnazione della capacità, infine, il gestore della rete, stipula contratti di accesso con le singole imprese sulla base del “prospetto informativo della rete” (PIR), previsto dal d.lgs.n.188. Nel caso di richieste di tracce confliggenti da parte di imprese ferroviarie, deve indire una procedura di coordinamento ed eventuali contrasti tra RFI e le imprese ferroviarie sono risolti dall’Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF).

Tale soggetto è l’organismo di regolazione del settore, indicato all’art. 30 della dir. 2001/14/CE, che, in concreto, è articolazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e svolge, ad oggi, ma ormai per un tempo limitato<sup>34</sup>, i compiti di cui all’art.37 del d.lgs. n. 188/2003. Dunque lo stesso Ministero approva il canone e risolve le controversie in tema di accesso alla struttura.

In proposito non può non ricordarsi la recente vicenda di Arenaways<sup>35</sup>, nuova impresa ferroviaria intenzionata ad operare in concorrenza con Trenitalia sulle tratte tra Piemonte e Lombardia: l’AGCM ha sanzionato come abuso escludente<sup>36</sup> il comportamento di FS, attraverso le sue controllate RFI e Trenitalia. La condotta è stata valutata non solo ingiustificatamente dilatoria nell’assegnazione delle tracce, ma, soprattutto, scorretta nella rappresentazione dei fatti a URSF tanto da indurlo in errore nella valutazione comparata con il servizio prestato da Trenitalia.

La complessa vicenda rende evidente come Trenitalia sia, di fatto, ancora in grado di esercitare un controllo sull’accesso all’infrastruttura. RFI, seppur non formalmente, resta collegata all’ex monopolista del trasporto e ciò gli impedisce in concreto di garantire un equo accesso all’infrastruttura alle imprese richiedenti soprattutto in presenza di un presumibile pregiudizio per gli interessi di Trenitalia, impresa ferroviaria inserita nella struttura integrata cui partecipa anche RFI.

---

<sup>33</sup> Art. 21 d. lgs. n. 188.

<sup>34</sup> Da ultimo, infatti, la legge 24 marzo 2012, n. 27 prevede, l’istituzione di un’Autorità di regolazione di settore, che sostituirà URSF.

<sup>35</sup> Qualche considerazione in merito formulano A. Boitani e F. Ramella, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *MCR* 2012, 97.

<sup>36</sup> Con il provvedimento del 25 luglio 2012, A436.

Nel trasporto ferroviario, dunque, la ristrutturazione legata al fenomeno delle c.d. privatizzazioni, è stata poco più che formale<sup>37</sup>: la presenza pubblica è ancora totalitaria e la regolazione dipende direttamente da organi governativi, tanto che la dottrina vi allude come “regolazione amministrata dalla politica”<sup>38</sup>

Ci si domanda allora, anche al di là di quelle che saranno le decisioni nel caso della Corte di Giustizia, quanto la regolazione possa essere efficace in presenza di una proprietà pubblica così forte. Nel settore ferroviario la regolazione è di fatto gestita direttamente da organi ministeriali: i trasferimenti pubblici restano circa il 45% dei ricavi del gruppo FS, cifra cui occorrerebbe sommare i ricavi dell’alta velocità, attraverso leggi finanziarie, variate di anno in anno. “Quanto forse è peggio è che la determinazione dei prezzi dei servizi non soggiace a regole predeterminate o in alcun modo chiare. Anzi, in un settore stretto tra norme nazionali ritagliate su un mondo assai diverso da quello di oggi e Direttive europee pensate per un mondo che ancora non è stato costruito, non è neppure chiaro quale sia l’area nella quale Trenitalia possa liberamente decidere i propri prezzi, e quella invece dove i prezzi possono essere determinati da un qualche organismo pubblico<sup>39</sup>”. FS, concessionario formalmente privato, resta così esposto al rischio regolatorio insito in un intervento pubblico altamente politicizzato: le sue risorse dipendono dalle decisioni del Parlamento e l’incapacità di impegni di spesa pluriennali si riflette sull’incapacità di impegnarsi con piani pluriennali sui servizi.

Non è chiaro, nonostante le richieste in merito di FS, quali servizi debbano essere erogati sotto costo, e dunque finanziati dallo Stato, ma si ragiona nel senso di un generale equilibrio di bilancio, in parte tramite trasferimenti e in parte tramite sussidi incrociati e i prezzi non regolamentati sulle tratte aperte alla concorrenza vengono in concreto determinati dal monopolista di Stato, pressoché unico offerente del servizio. La forte presenza pubblica nelle imprese lascia la sensazione di

---

<sup>37</sup> Fa il punto sul diverso impatto delle privatizzazioni nei settori a rete C. Scarpa, *Dieci anni di riforme dei grandi settori a rete. Tanto rumore per nulla?*, in *MCR 2009*, 37, in particolare 42 ss.

<sup>38</sup> Secondo i modelli individuati da G. Napolitano nello scritto *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino 2010, 33, qui 40.

<sup>39</sup> Sempre C. Scarpa, *op. ult. cit.*, 42.

investimenti effettuati con una logica poco rispettosa del denaro pubblico e con analisi costi-benefici discutibili, quando esistano<sup>40</sup>.

4. Come si accennava, l'esigenza di una diversa disciplina nel settore dei trasporti si è avvertita anche a livello nazionale e politico e tale dibattito ha di recente condotto all'istituzione di un'Autorità di regolazione di settore<sup>41</sup>, anche sulla scia della considerazione che i paesi con caratteristiche più avanzate di liberalizzazione hanno autorità di regolazione indipendenti che dispongono di una vasta gamma di poteri e di competenza nella gestione di reclami da parte di nuovi entranti<sup>42</sup>.

L'art. 37 decreto c.d. "salvaItalia" 6 dicembre 2011, n. 201<sup>43</sup> prevedeva una rigida tabella di marcia per la messa in opera dell'Autorità, ma i termini indicati sono scaduti ed è solo di questi giorni la notizia della nomina dei tre componenti dell'Autorità.

Compito dell'Autorità è di garantire "condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie..." e assumere le funzioni in precedenza affidate all'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari, operando "in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione"; essa inoltre individua i criteri per la determinazione dei canoni da parte del gestore dell'infrastruttura e vigila sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura, nonché in merito all'assegnazione delle tracce e delle capacità<sup>44</sup>.

Se certo l'Autorità non è la soluzione alle molte criticità<sup>45</sup> cui si è tentato di accennare in queste brevi considerazioni, la sua istituzione rappresenta un primo passo verso la strada di una liberalizzazione non solo formale, che al momento non pare certo garantita né nelle disposizioni né nell'organizzazione concreta del settore ferroviario.

---

<sup>40</sup> C. Scarpa, *op. ult. cit.*, 45

<sup>41</sup> Per qualche prima riflessione in merito si rinvia a A. Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.* 2012, 589.

<sup>42</sup> C. Cambini, G. Catalano e A. Savoldi, *L'intervento pubblico nel settore ferroviario. Prospettive di liberalizzazione e esigenze di servizio pubblico*, cit., 255

<sup>43</sup> La disposizione che ha per prima previsto l'Autorità è stata poi oggetto di successive modifiche prima con la legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214 e successivamente, con l'art. 36, comma 1, lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c. d. liberalizzazioni), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>44</sup> Come prevede il comma 2, lett. i).

<sup>45</sup> A. Boitani, *Ferrovie: il lato oscuro delle riforme*, in *MCR* 2010, 221, in particolare 236.

