

Pubblico e privato nella vicenda delle infrastrutture energetiche: una singolare interazione fra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale.

di Giovanni Maria Caruso

(in corso di pubblicazione in "le Regioni", 2011)

1. Con la sentenza n. 215/2010, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della disciplina relativa all'individuazione e alla realizzazione delle infrastrutture energetiche strategiche ed urgenti sancita dell'art. 4 del d.l. n. 78 del 2009.

Nella versione sottoposta all'esame della Consulta¹, la normativa impugnata, oltre a prevedere un significativo spostamento di competenze regionali in favore dei commissari governativi appositamente nominati, stabiliva che le predette infrastrutture fossero necessariamente realizzate con capitale interamente o prevalentemente privato.

La Corte, accogliendo gran parte dei rilievi formulati dalle Regioni², ha dichiarato l'illegittimità della predetta normativa per violazione degli artt. 117, terzo comma, e 118, primo e secondo comma, della Costituzione, in quanto ha ritenuto la disciplina non conforme ai canoni di pertinenza e proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per legittimare previsioni legislative che attraggano in capo allo Stato funzioni di competenza delle Regioni.

Sebbene le implicazioni dei principi affermati sembrano travalicare le specificità connesse alla realizzazione infrastrutture energetiche, il particolare contesto storico in cui è stata emessa la pronuncia ha finito per catalizzare l'attenzione su questioni assai settoriali e non del tutto immuni da tensioni di matrice ideologica. La sentenza in esame, collocandosi a ridosso della legge n. 99/2009³, ha infatti preceduto una serie di interventi correttivi inerenti al nucleare, esponendo così la percezione della vicenda a suggestioni improprie che hanno finito per offuscarne la portata⁴.

Il giudizio, che origina dai separati ricorsi presentati dalla Regione Umbria e dalla Provincia autonoma di Trento unitamente alla Regione Toscana e Regione Emilia Romagna, riguardava i commi da 1 a 4 dell'art. 4 del decreto-legge n. 1 luglio 2009, n. 78, oggetto di numerosi interventi correttivi. La predetta normativa, infatti, è stata dapprima modificata dall'articolo 1 della legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102, per poi approdare al giudizio di legittimità costituzionale nella versione risultante dalle ulteriori modifiche apportate dall'articolo 1, comma 1, lettera a), punto 1), del decreto-legge 3 agosto 2009, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 ottobre 2009, n. 141. La declaratoria di illegittimità costituzionale connessa all'emissione della sentenza della Corte costituzionale n. 215/2010 ha reso necessario un ulteriore intervento attuato dall'art. 1, comma 1, del decreto-legge 8 luglio 2010, n. 105, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 13 agosto 2010, n. 129. Il testo risultante da quest'ultimo intervento normativo è stato poi sottoposto ad un ulteriore giudizio di legittimità costituzionale che è sfociato nell'emissione della sentenza della Corte costituzionale 12 maggio 2011, n. 165 che ha dichiarato l'illegittimità del secondo comma del predetto art. 4.

2 Numerose censure proposte dalle Regioni e dalla Provincia autonoma di Trento non sono state specificatamente affrontate in quanto assorbite dall'integrale caducazione della normativa impugnata. A seguito della riedizione della disciplina, avvenuta con il d.l. n. 105/2010, gran parte di esse sono state riproposte in un separato giudizio di legittimità costituzionale sfociato nella già citata sentenza della C. Cost. n. 165/2011.

3 Come noto, l'esito del referendum dell'11 e 12 giugno 2011 ha determinato il definitivo abbandono dell'opzione nucleare. Sul mutamento di indirizzo legislativo che aveva condotto alla valorizzazione di tale fonte energetica, per tutti, v. A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 1, 2010, pp. 5 ss., a cui si rinvia anche per gli ampi e puntuali riferimenti sulla questione della localizzazione e sulla problematica relativa alla soluzione dei conseguenti conflitti istituzionali e sociali.

4 Quasi contestualmente alla pronuncia in commento la Corte costituzionale si è espressa sulla vicenda nucleare con le sentt. n. 278/2010; n. 331/2010; n. 33/2011. Per un esame di tale pronunce, v. G. RAZZANO, *La materia concorrente della*

Come si vedrà meglio in seguito, la vicenda non presenta esclusivamente dei problemi relativi all'articolazione delle competenze fra Stato e Regioni, ma investe la stessa definizione dei rapporti fra pubblico e privato.

Non è certo un caso che, ancora una volta, la realizzazione delle infrastrutture strategiche, specie se riferite al settore energetico, costituisca l'occasione per affermazione di principi dotati di una significativa portata innovativa⁵.

Nella vicenda confluiscono le specificità di due plessi normativi carichi di proprie problematiche che, se sottoposte ad una valutazione unitaria, tendono a moltiplicarsi esponenzialmente⁶.

La realizzazione delle infrastrutture sottende, infatti, l'annosa questione della loro localizzazione, che, a sua volta, evoca generalizzati fenomeni di dissenso sociale, grandi conflitti istituzionali e, più in generale, il problema del rapporto fra gli interessi generali e quelli più strettamente connessi al territorio destinatario dell'insediamento⁷.

Il settore energetico, invece, già fisiologicamente esposto a condizionamenti dal carattere geopolitico, soffre seri problemi di *governance* istituzionale, particolarmente avvertiti nella definizione delle competenze statali e regionali, ma che coinvolgono anche lo stesso rapporto fra pubblico e privato⁸.

produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia nella recente giurisprudenza costituzionale, in *Federalismi.it*, n. 13/2011. Fra i primi commenti della sent. n. 215/2010 incentrati sulle implicazioni connesse al nucleare, v.: F. DI DIO, *La consulta boccia (a metà) il nucleare (nota a Corte cost. n. 215/2010)*, in *Ambiente e sviluppo*, 1, 2011, pp. 56 ss.; S. GUARINO, *Nucleare: linee guida interpretative nell'accesso confronto fra Stato e Regioni*, in *Riv. giur. amb.*, 1, 2011, pp. 94 ss.

5 Oltre alle già citate pronunce in materia di nucleare, si pensi a mero titolo esemplificativo alla portata dei principi espressi dalla Corte cost., sentt. n. 303/2003; n. 6/2004, n. 383/2005.

6 A conferma della centralità della problematica, è da notare che la Conferenza annuale di diritto dell'energia, Roma 28-29 aprile 2010, è stata specificatamente dedicata al tema della costruzione delle infrastrutture energetiche. Gli Atti sono in corso di pubblicazione in *Annuario di diritto dell'energia*. Un primo resoconto redatto da A. MIRAGLIA è disponibile sul sito www.conferenzadidirittoenergia.it. Per un approccio al problema delle infrastrutture energetiche specificatamente concentrato sulle reti, v. gli Atti del Convegno *Le reti Europee*, raccolti in *Serv. pubbl. app.*, 1, 2005, con significativi contributi di carattere comparato. Sulla stessa tematica, nella prospettiva di un'implementazione degli strumenti di collaborazione fra le grandi imprese europee, v. G. ROSSI (a cura di) *L'impresa europea di interesse generale*, in *Serv. pubbl. app.*, III, 2006.

7 Per un'ampia trattazione delle problematiche connesse alla realizzazione delle infrastrutture di rete, v. P.M. MANACORDA (a cura di), *I Nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze-Antella, 2010, con una trattazione differenziata a seconda dei settori considerati. Assai significativi sono i dati statistici elaborati da ARIS relativi al progetto *Nimby Forum*, consultabili sul sito www.nimbyforum.it.

8 La produzione dottrinale sul tema è stata imponente. Senza alcuna pretesa di esaustività, fra gli studi che hanno dedicato una particolare attenzione all'assetto organizzativo del settore energetico, v. S. CASSESE (a cura di), *Il governo dell'energia*, Rimini, 1992; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, II ed, Milano, 2003, p. 1635 ss.; L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005; A. COLAVECCHIO, voce *Energia elettrica*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Aggiornamento**, Torino, 2005; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006. Con riferimento alla problematica del rapporto fra competenze statali e regionali, v. E. PICOZZA - A. COLAVECCHIO, *Energie*, in G. CORSO - V. LOPILATO, *Diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, vol. II, Milano, 2006, 84 ss.; S. DA EMPOLI - A. STERPA, *La Corte costituzionale e il federalismo energetico*, in *Federalismi.it*, n. 3/2004; F. DONATI, *Il riparto di competenze fra stato e regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2006; D. FLORENZANO - S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia fra Stato e regioni*, Trento, 2009. L'esigenza di chiarezza è particolarmente avvertita anche in ambito istituzionale. Per una rassegna delle principali pronunce della Corte costituzionale, cfr. il *dossier* redatto dall'Ufficio Studi del Senato, *Il contenzioso Stato-regioni sull'energia*, febbraio 2011, n. 279, consultabile sul sito istituzionale del Senato.

La molteplicità di interessi coinvolti in tali vicende ha amplificato il ruolo della Corte costituzionale che, per supplire all'inefficienza di un sistema normativo che non ha saputo definire un chiaro ordine valoriale fra i vari interessi in gioco, è sempre più spesso costretta a muoversi su percorsi interpretativi particolarmente tortuosi. Dopo aver inquadrato la vicenda in relazione al particolare contesto normativo di riferimento, ci si soffermerà sull'analisi dei principi ricavabili dalla pronuncia in esame.

2. Le dinamiche che si innestano fra gli interessi coinvolti nella vicenda della realizzazione delle infrastrutture energetiche hanno risentito degli sconvolgimenti istituzionali che hanno caratterizzato il settore⁹.

Una vasta gamma di interessi si trova ad interagire in un caotico ed articolato contesto normativo che genera singolari momenti di conflittualità che, talvolta, si manifestano nel rapporto fra interessi pubblici e privati, ma ancor più frequentemente si risolvono in tensioni tutte interne alla sfera pubblica.

Ad interessi di matrice privatistica, che tendono ad appiattirsi sui profili patrimoniali, se ne affiancano numerosi altri che superano una prospettiva meramente individuale.

La disciplina dei beni, dell'organizzazione e dell'attività pertinenti al settore è infatti pervasa da elementi di specialità che sottendono la presenza di corrispondenti interessi di matrice pubblicistica.

Alcuni di questi si collegano alla sicurezza degli approvvigionamenti, intesa come declinazione della sicurezza nazionale e, quindi, funzionale ad assicurare l'autonomia e l'integrità del Paese. Altri, invece, sono volti ad assicurare le esigenze di sviluppo ed implicano scelte di politica economica che possono essere a vario titolo influenzate a livello sovranazionale¹⁰.

Le scelte relative alla costruzione delle infrastrutture energetiche sono potenzialmente in grado di soddisfare ognuno di simili interessi, ma al contempo finiscono per implicare delle inevitabili ricadute su una molteplicità di interessi antagonisti¹¹.

⁹L'avvicendamento in un breve lasso di tempo di complesse procedure di nazionalizzazione, privatizzazione e liberalizzazione del settore, unitamente alle più ampie modifiche apportate dal nuovo Titolo V della costituzione, hanno inevitabilmente sottoposto i rapporti fra i vari interessi ad una costante rimodulazione.

¹⁰Così, non solo si affermano l'interesse alla promozione e alla tutela della concorrenza, ma si rafforzano anche gli interessi connessi ad obiettivi di coesione economico-sociale assunti direttamente a livello comunitario che, a loro volta, possono concretizzarsi nelle tutele riconosciute agli utenti in ragione del carattere pubblico del servizio prestato. Sugli interessi coinvolti nelle vicende energetiche, *ex multis*, v. G. NAPOLITANO, *op. loc. cit.* Per un'analisi del settore energetico in funzione del nuovo contesto valoriale dominato dal mercato, v. le analisi di L. AMMANNATI, *op. cit.*; E. BRUTI LIBERATI, *op. ult. cit.*; F. VETRÒ, *op. cit.*, che si concentrano specificatamente sugli interventi di matrice pro-concorrenziale.

¹¹I maggiori problemi si sono verificati nella composizione degli interessi imputabili agli enti territoriali substatali, chiamati a sopportare i costi sociali connessi alla sopportazione dei relativi impianti. I livelli substatali, infatti, tendono fisiologicamente a massimizzare gli interessi a più spiccata rilevanza territoriale, imponendo così il sacrificio di quelli che non trovano un'immediata ricaduta nel proprio ambito di responsabilità. Tali fenomeni, che presentano significative assonanze con la c.d. sindrome di *Nimby*, nel contesto istituzionale vengono tradotti con la formula *Nimto (Not in My Term of Office)* che evoca efficacemente le problematiche della vicenda. Per ovviare a tali questioni, gli studi di carattere generale esprimono una tendenza a privilegiare l'ente territoriale la cui sfera di intervento si attagli all'estensione degli effetti dei provvedimenti da assumere nell'esercizio della funzione in gioco. Si tratta di un'opzione più che ragionevole perché tende a creare una certa corrispondenza fra l'ambito territoriale dell'intervento e l'ente chiamato ad assumere la decisione, rendendo più agevole la definizione delle responsabilità e le ricadute politiche delle stesse. Sul punto, v. G. BROSIÒ, *Economia e finanza pubblica*, Roma, 1995, p. 379 ss.

La disciplina normativa non è riuscita a soppesare in termini chiari il valore da attribuire ad ognuno di essi, determinando così dei rapporti di contrasto o di convergenza dagli esiti incerti¹².

La fisiologica complessità dei procedimenti, che è corrisposta alla moltiplicazione degli interessi e delle organizzazioni preposte alla loro cura¹³, ha comportato dei cronici rallentamenti nella realizzazione delle infrastrutture.

L'emersione delle principali disfunzioni proprio in sede procedimentale ha quindi naturalmente indirizzato in tale ambito la maggior parte degli interventi correttivi, inducendo così il legislatore ad offrire una molteplicità di soluzioni aggiuntive che si sono progressivamente stratificate nel corso degli anni¹⁴.

La medesima infrastruttura, almeno in astratto, può essere così sottoposta a diversi regimi autorizzatori che, secondo tempistiche differenti e distinti modelli di coinvolgimento degli enti territoriali minori, attribuiscono specifico rilievo alla consistenza dell'opera, al suo valore strategico o all'eventuale presenza di particolari ragioni d'urgenza¹⁵.

12 La complessità dei rapporti che si instaura fra gli interessi in gioco può spingersi fino a determinare scenari imprevedibili. La stessa scelta di realizzazione dell'infrastruttura, infatti, può incidere negativamente anche su interessi potenzialmente convergenti come quello riferito alla concorrenza e finisce per dipendere dalle modalità con cui viene concretizzata. Basti pensare che la disciplina dettata dal d.l. 239/03 e dal d.lgs. 93/2011, prevedendo che i soggetti che abbiano contribuito alla realizzazione di porzioni di rete volte ad implementare il collegamento con l'estero godano di un trattamento privilegiato per l'utilizzo dell'infrastruttura, consente un'esenzione dall'obbligo di consentire l'accesso che si pone in evidente contrasto con l'interesse alla tutela e promozione della concorrenza. In termini più generali, la realizzazione dell'infrastruttura può porsi in contrasto anche con gli stessi interessi imprenditoriali degli operatori economici già operanti nel settore che, detenendo una significativa quota di mercato, hanno interesse a non ampliare la platea dei potenziali concorrenti che si potrebbe verificare in connessione all'aumento delle capacità ricettive della rete. Ancora più ambigui possono essere i rapporti che possono collegarsi alla realizzazione di infrastrutture volte a promuovere degli interessi di matrice ambientale. Ad esempio, nel caso dell'eolico si realizza una singolare contrapposizione con l'interesse paesaggistico. Ma, ancor di più, la realizzazione di un'infrastruttura di rete dedicata alla ricezione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili può porsi in contrasto con gli interessi delle imprese produttrici di energia da fonti tradizionali. Al contempo, la medesima scelta potrebbe contrastare con gli interessi degli utenti che sono chiamati a sopportare un maggior costo del servizio in connessione agli incrementi tariffari legati alla politica di incentivazione del settore.

13 Il sistema finisce per rimettere l'attività di sintesi al caotico interagire di una pluralità di enti che, secondo i propri schemi d'azione e specifiche modalità di funzionamento, tendono a massimizzare gli interessi affidati alla loro cura a discapito degli altri. La tendenza degli interessi a cristallizzarsi in specifici centri istituzionale ha infatti determinato un cronico sovraffollamento istituzionale dei soggetti coinvolti nel settore, senza che sia possibile individuare un'organizzazione di riferimento che sia effettivamente assorbente della molteplicità di funzioni. Tra i soggetti istituzionalmente preposti al governo del settore, oltre alle istituzioni comunitarie, figurano infatti lo Stato, le Regioni e gli enti locali. Le funzioni spettanti allo Stato sono poi ripartite fra il Parlamento, il Governo, singoli ministeri, comitati interministeriali, l'Autorità di regolazione del settore, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, enti pubblici e un'altra miriade di organismi, prevalentemente in forma societaria, risultanti dalla privatizzazione degli enti pubblici economici un tempo operanti nel settore. Sul rapporto fra interessi e organizzazione, v. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, e, in una prospettiva ancor più radicale, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 529, che tende ad assorbire nell'organizzazione tutta la vicenda amministrativa. Per un'accuratissima analisi delle vicende organizzative pubbliche in rapporto agli schemi privatistici, v. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001. Sull'analisi dei problemi di rango organizzativo con specifico riferimento al settore delle rinnovabili, sia consentito un rinvio a G.M. CARUSO, *La complessità organizzativa nel settore delle fonti energetiche rinnovabili*, in A. MACCHIATI – G. ROSSI, *La sfida dell'energia pulita. Ambiente, clima e energie rinnovabili: problemi economici e giuridici*, Roma, 2009, pp. 237 ss.

14 Sul punto, v. G.D. COMPORI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Milano 2011, p. 276., il quale rileva che «il carattere diffuso ed intersettoriale degli interessi relativi alle questioni ambientali ed energetiche ha, in definitiva, impedito l'attuazione del pur perseguito disegno di attribuzione delle materie a distinte organizzazioni compatte a carattere istituzionale e territoriale e ha svelato l'assorbente rilievo svolto dal procedimento quale sede di raccordo, coordinamento e valutazione integrata».

Oltre al procedimento di tipo emergenziale, che costituisce l'oggetto della pronuncia in esame, è previsto un procedimento ordinario che risulta a sua volta differenziato a seconda della pertinenza o meno dell'intervento alla rete, della dimensione dell'impianto e del carattere meramente manutentivo dell'intervento¹⁶.

A questa disciplina si affianca una regolamentazione specifica per infrastrutture di rilievo strategico¹⁷, a cui si aggiungono, inoltre, i procedimenti a carattere pianificatorio e quelli pertinenti alla realizzazione delle infrastrutture funzionali alla promozione delle fonti energetiche rinnovabili, che soffrono gli ulteriori condizionamenti derivanti dalla disciplina sovranazionale¹⁸.

La moltiplicazione delle soluzioni procedurali offerte rappresenta efficacemente le difficoltà incontrate nella composizione dei vari interessi.

I procedimenti indicati, lungi dal cristallizzarsi in disposizioni dotate di una certa stabilità, sono oggetto di continui interventi correttivi che determinano una costante rimodulazione del rapporto fra gli interessi coinvolti¹⁹.

Per ovviare alle problematiche connesse al settore, il legislatore è più volte intervenuto cercando di potenziare fino all'esasperazione gli strumenti di semplificazione procedimentale; prevedendo specifiche strutture di raccordo volte ad agevolare un modello di stampo cooperativo; e, solo più raramente, agendo sulla stessa allocazione delle competenze²⁰.

Il procedimento sottoposto all'esame della Consulta, riferendosi alle infrastrutture strategiche e urgenti, dovrebbe rappresentare il massimo livello di semplificazione.

La disciplina, in effetti, tenta di superare le resistenze locali attraverso soluzioni che, ponendosi a cavallo fra le dinamiche procedurali e organizzative, costituiscono la tipica espressione della c.d. amministrazione dell'emergenza.

Il procedimento gravita intorno alla figura del commissario straordinario di nomina governativa, in favore del quale si realizza un significativo spostamento delle competenze regionali e locali.

15 Per un'accurata rassegna sui singoli procedimenti relativi alla realizzazione delle infrastrutture, v. F. BASSANINI, *Programmazione, decisione ed localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche. Proposta di riforma delle regole e delle procedure*, aprile 2010, disponibile sul sito www.astrid-online.it.

16 Ognuno di tali procedimenti è disciplinato dalla d.l. 239/2003, nella versione risultante dalle modifiche apportate dalla legge n. 99/2009.

17 Il procedimento, come noto, è disciplinato dall'art. 1, comma 1 della legge 443/2001 (c.d. legge obiettivo), dal d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) e dal d.lgs. 152/2006 (Codice dell'ambiente).

18 I primi rappresentano, infatti, la tematica centrale del c.d. terzo pacchetto in materia energetica il quale dedica una particolare attenzione alle esigenze di rafforzamento del raccordo fra gli strumenti di carattere pianificatorio e le procedure volte alla realizzazione dell'infrastruttura (v. art. 36 del d.lgs. 93/2011). Tale disciplina è stata inoltre recentemente modificata dall'art. 43 del d.l. n. 1/2012. Sul tali aspetti, v. E. BRUTI LIBERATI, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica delle reti trasporto nel Terzo Pacchetto Energia*, in www.giustamm.it. I secondi, invece, probabilmente anche a causa dell'inefficienza delle soluzioni nazionali, sono stati oggetto di una più organica riformulazione dalla direttiva 2009/28/CE, recepita con il d.lgs. n. 28/2011 (v. artt. 16 ss.). Per un'accurata analisi delle disfunzioni procedurali in materia di rinnovabili, *ex multis*, v. A. FARÌ, *Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione*, in A. MACCHIATI – G. ROSSI, *op. cit.*, p. 257 ss.

19 Proprio per tali ragioni, sembrano sempre validi gli insegnamenti di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 30., il quale, nel rilevare le difficoltà nell'inquadramento sistematico di una materia, avverte che «non si possono tracciare linee troppo marcate e rigorose, e d'altra parte si ha appena il tempo di segnare un tratto, che la legislazione in moto continuo lo cancella»

20 Si pensi a mero titolo esemplificativo all'enfasi riposta sul ruolo della Conferenza unificata o a istituti come l'«autorizzazione unica» che caratterizzano diffusamente tutti i principali procedimenti in materia energetica.

Nella versione sottoposta all'esame della Consulta, l'art. 4 del d.l. 78/2009 attribuiva al Consiglio dei ministri, su proposta dei ministri competenti, il potere di individuare gli interventi relativi alle infrastrutture energetiche per i quali fossero presenti particolari ragioni d'urgenza.

Per la realizzazione degli stessi, il comma 2 del medesimo art. 4 prevedeva la nomina di uno o più commissari straordinari, a ciascuno dei quali, «sentiti gli enti locali interessati», veniva attribuito il potere di emanare gli atti e i provvedimenti, nonché di curare tutte le attività di competenza delle amministrazioni pubbliche che non avessero «rispettato i termini previsti dalla legge o quelli più brevi, comunque non inferiori alla metà, eventualmente fissati in deroga dallo stesso Commissario», avvalendosi, ove necessario, di appositi poteri di sostituzione e di deroga²¹.

Il profilo che ha suscitato maggiori perplessità, tuttavia, si collega ad un fattore apparentemente innocuo. Nell'intento di contenere la spesa pubblica, la disciplina aveva previsto il necessario ricorso al capitale privato che, in misura integrale o prevalente, avrebbe dovuto finanziare la realizzazione dell'infrastruttura²².

L'intera procedura, determinando un significativo ridimensionamento delle competenze regionali, necessita di essere rapportata alle specificità della materia energetica.

Le alterne vicende che ne hanno caratterizzato l'evoluzione definiscono un sistema che continua a presentare significativi margini di razionalizzazione²³.

3. I profili più problematici nella definizione delle competenze fra Stato e regioni hanno investito la concreta definizione dei confini del principio di sussidiarietà verticale, la cui effettiva applicabilità al contesto in esame è stata costantemente confermata dalla giurisprudenza costituzionale²⁴.

²¹ Si tratta dei poteri disciplinati dall'articolo 20, comma 4, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 18 e ss.mm.Fra l'altro il comma 4 del medesimo art. 4, prevedeva che con il medesimo provvedimento fossero individuate le strutture di cui si sarebbe potuto avvalere il Commissario straordinario, «nonché i poteri di controllo e di vigilanza del Ministro per la semplificazione normativa e degli altri Ministri competenti».

²² Sul problema del finanziamento delle infrastrutture, v. F. BASSANINI, *Prefazione*, in P.M. MANACORDA, *op. cit.*, p. 7 ss. La problematica sembra aver catalizzato anche l'attenzione dei più recenti interventi normativi. Sul punto, v. d.l. n.1/2012 che all'art. 41 introduce il «project bond», come particolare strumento di finanziamento dedicato alla società di progetto. Come è stato giustamente osservato, il problema della disponibilità di risorse finanziarie, sebbene sia stato poco studiato dalla scienza amministrativistica italiana, assume un valore cruciale per l'effettiva tutela degli interessi in quanto eventuali inefficienze del sistema si traducono in «inadeguatezza dell'attività amministrativa nel suo insieme». Sul punto, v. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 225 ss. Nella medesima prospettiva, volta ad enfatizzare il ruolo fra la disponibilità di risorse e l'effettiva capacità di assolvere le funzioni connesse alla tutela degli interessi, v. F. MERLONI, *Infrastrutture, ambiente e governo del territorio*, in questa *Rivista*, 2007, 45 ss., che dalla disciplina finanziaria degli enti territoriali ricava elementi di disparità che non consentono di ricondurre ad un'ottica paritaria i rapporti fra Stato e Regioni.

²³ La collocazione della «produzione, trasporto, e distribuzione nazionale dell'energia» fra le materie di competenza legislativa concorrente, come noto, ha suscitato notevoli perplessità. Il malcontento sulla scelta operata dal legislatore costituzionale è stato praticamente unanime. Non potendo riportare i termini del dibattito, oltre agli autori già citati, *ex multis*, v. S. CASSESE, *L'energia elettrica nella leggescostituzionale n. 3/2001*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 2002, 498-499; B. CARAVITA, *“Taking Constitution seriously”*. *Federalismo e energia nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Federalismi.it*; C. SCARPA, *Titolo V e politica energetica: per favore riformiamo la riforma*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2002, pp. 393 ss.. Sul punto, cfr. anche AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, Roma, 4 luglio 2002, p. 110.

²⁴ I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sent. n. 303/03, hanno infatti trovato ulteriori specificazioni proprio in occasione delle vicende che hanno interessato il settore energetico. Sul punto, v. Corte cost. n. la sent. n. 6/2004, con note di F. DE LEONARIS, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*; F. BILANCIA, *La riforma del titolo V e la “perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari”*, entrambe in *Giur. Cost.*, 1, 2004. Sul punto, cfr. anche C. Cost. n. 383/2005, con nota di Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 422 ss. I profili di novità che

Come noto, la questione è stata sinora affrontata concentrandosi sul livello di coinvolgimento dell'ente sussidiato e, segnatamente, sul carattere forte o debole dell'intesa, sul suo possibile assorbimento in sede di Conferenza unificata, sul grado di compartecipazione al successivo esercizio della funzione attratta a livello statale e sulla sua valenza procedimentale.

Il fenomeno è stato avvertito come un evento attinente alla dinamica organizzativa interna della sfera pubblica e, quindi, è stato fisiologicamente letto nella prospettiva del rapporto fra interessi che, sebbene passibili di diversi livelli di territorializzazione, si sono presentati come sostanzialmente omogenei.

La disciplina impugnata, imponendo che gli interventi relativi alle infrastrutture strategiche urgenti debbano essere necessariamente realizzati con «capitale prevalentemente o interamente privato», ha introdotto un fattore nuovo che ha alterato la normale percezione dei rapporti fra Stato e regioni.

Nella vicenda in questione il rapporto fra enti territoriali abbandona la logica dal carattere sostanzialmente bilaterale in cui era stata confinata per arricchirsi di un nuovo elemento, legato alla natura pubblica o privata delle risorse impiegate.

Tradotta in termini di interessi, la vicenda sembra sottendere due tipologie di conflitti: il primo, pertinente alla contrapposizione fra interessi pubblici dislocati su livelli territoriali distinti; il secondo, attinente al rapporto fra interessi pubblici e privati.

Proprio tale ultimo aspetto ha catalizzato l'interesse della Corte che, abbandonando le ormai collaudate soluzioni interpretative sviluppate con riferimento al principio di sussidiarietà verticale, si è trovata costretta a muoversi su itinerari nuovi, impositivi di una rivisitazione del rapporto fra enti territoriali alla luce di quello esistente fra pubblico e privato.

La questione è stata così tradotta in un problema di ragionevolezza della scelta normativa che, finendo per sottrarre alle regioni per attribuire ai privati, è stata ritenuta non rispettosa dei canoni di pertinenza e proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale.

Il primo profilo su cui si concentra la Consulta attiene all'incompatibilità fra il carattere urgente dell'intervento e la natura necessariamente privata del capitale funzionale alla sua realizzazione. Rileva infatti la Corte che questo «per sua natura è aleatorio, sia quanto all'anche al *quantum*», pertanto «trattandosi di iniziative di rilievo strategico, ogni motivo d'urgenza dovrebbe comportare l'assunzione diretta, da parte dello Stato, della realizzazione delle opere medesime».

L'affidamento della realizzazione degli interventi ai privati, inoltre, rende la previsione anche sproporzionata, in quanto sembra disconoscere la stessa esistenza di quelle esigenze di esercizio unitario che dovrebbero fungere da presupposto legittimante per l'attrazione delle funzioni di competenza regionale: «se, infatti, le presunte ragioni dell'urgenza non sono tali da rendere certo che sia lo stesso Stato, per esigenze di esercizio unitario, a doversi occupare dell'esecuzione immediata delle opere, non c'è motivo di sottrarre alle Regioni la competenza nella realizzazione degli interventi».

Nonostante la motivazione addotta dalla Consulta possa apparire per molti versi lapidaria, sembra sintetizzare in tutta la sua essenza la naturale tensione fra pubblico e privato.

Fra l'impostazione proposta dalle regioni, per le quali la disciplina statale «non è idonea a regolare interventi realmente urgenti, poiché la disponibilità del capitale privato è per definizione non garantita», e quella della difesa erariale, secondo cui «irrilevante sarebbe, poi, la forma, pubblica o privata, dell'intervento da realizzare, decisiva essendo invece la finalità pubblicistica che si intende celermente perseguire», la Corte preferisce la prima.

si collegano alla sent. n. 215/2010 attengono all'espresso riconoscimento della possibilità di attrarre non solo le funzioni pertinenti all'individuazione delle infrastrutture, ma anche quelle pertinenti alla loro realizzazione. La soluzione è stata poi confermata dalla Corte costituzionale nelle sentt. n. 31/2011 e n. 165/2011.

Il profilo di maggior spessore, su cui sembra reggersi l'impianto motivazionale della sentenza, attiene al carattere obbligatorio e non alternativo dell'intervento del privato, il cui finanziamento integrale o maggioritario assurge a fattore imprescindibile per la realizzazione dell'infrastruttura.

La soluzione proposta dalla normativa in parola, infatti, descrive un modello di coinvolgimento dei privati finanziatori idoneo a svalutare la portata pubblicistica dell'interesse strategico ed urgente che si collega all'infrastruttura.

La disciplina impugnata, infatti, da un lato, sembra esprimere una necessaria corrispondenza fra l'interesse del privato finanziatore e le ragioni d'urgenza che impongono la realizzazione dell'infrastruttura; dall'altro, negando che la stessa possa essere realizzata con capitale integralmente pubblico, esclude la possibilità del perseguimento di un interesse puramente pubblico alla realizzazione dell'infrastruttura²⁵.

Per effetto della partecipazione obbligatoria del privato si realizzerebbe una trasfigurazione dell'interesse alla realizzazione dell'infrastruttura che, perdendo la sua originaria veste pubblicistica, si verrebbe a configurare come un ibrido, facilmente permeabile alle scelte individuali.

Più che un problema di mera fungibilità fra strumenti privatistici e pubblicistici, la disciplina sembra sottendere valutazioni che ineriscono alla stessa consistenza degli interessi. Quindi, non un problema attinente alla natura pubblica o privata delle risorse impiegate, ma una questione relativa all'incidenza sull'interesse pubblico della volontà del soggetto che dovrebbe metterle a disposizione.

In tal modo, la vicenda si distacca dalla prospettiva sostanzialmente sterile della qualificazione di un bene che per sua natura è fungibile e si proietta nella dimensione soggettiva del privato chiamato all'intervento.

Posta in tali termini, la questione sembra così rievocare tutte le problematiche relative alla compartecipazione dei privati all'esercizio delle pubbliche funzioni e, segnatamente, delle garanzie da porre a presidio della funzione stessa per evitare che possa essere compromesso l'interesse a questa immanente.

Il necessario ricorso al capitale privato non assolve una funzione meramente conformativa delle modalità operative dei pubblici poteri, ma incide sulla stessa realizzazione dell'interesse pubblico. Questo, infatti, risulta condizionato dalla ricorrenza di un particolare presupposto giuridico costituito, appunto, dalla disponibilità del privato ad offrire le risorse necessarie per la realizzazione dell'infrastruttura.

Tale disponibilità, finendo per dipendere dalla volontà del privato, esprime la massima espressione dell'autonomia privata del soggetto finanziatore che è libero di scegliere sul se offrire o meno le risorse. L'interesse alla realizzazione di tali infrastrutture, nonostante l'ampiezza dei poteri riconosciuti al commissario governativo, si trova subordinato all'interesse del privato, le cui motivazioni sono ben diverse da quelle che animano i pubblici poteri.

Il privato, infatti, è disposto ad offrire la propria collaborazione per l'attività di interesse generale, solo quando a ciò corrisponda la soddisfazione di un proprio interesse, che il più delle volte è riconducibile ad una prospettiva puramente lucrativa²⁶.

25 Sul punto appaiono sempre utili gli insegnamenti di E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1917, p. 330, che, con riferimento alla concessione, rileva che per quanto «sia bene congegnata (...), non si riesce mai ad ottenere una perfetta coincidenza fra l'interesse privato del concessionario e l'interesse pubblico». Possono, semmai individuarsi «dei punti in cui i due interessi coincidano», ma esistono sempre «dei punti in cui due interessi discordano».

26 Sul punto, v. O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato (Concetto, natura, rapporti)*, in *Riv. dir. pubb.*, 1909, I, p. 17, che, guardando il fenomeno dell'esercizio di pubblici poteri da parte dei privati, rilevava come, nella prospettiva di questi, la soddisfazione dell'interesse pubblico costituisca «unicamente un mezzo per conseguire il loro scopo primo, quale ad esempio, per le società di commercio, il lucro». L'affermazione si inseriva all'interno del dibattito relativo alla qualificazione pubblicistica degli enti ed era espressiva dell'adesione alla teoria del c.d. «doppio fine» elaborata dalla

Alla natura patrimoniale degli interessi perseguiti, infatti, si collegano quei profili di disponibilità del consenso che, se ben si attagliano alla prospettiva privatistica, appaiono decisamente inconciliabili ove assumano rilievo interessi a protezione necessaria²⁷.

L'innegabile carica semantica che, già sotto il piano definitorio li contraddistingue, lascia intendere che agli stessi afferiscano profili di doverosità del tutto estranei al modello consensualistico²⁸.

La disciplina introdotta dall'art. 4 del d.l. 78/2010 avrebbe finito per determinare un cronico condizionamento dell'interesse alla realizzazione delle infrastrutture energetiche che, una volta superate le resistenze regionali, sarebbe stato subordinato alla logica, tutta privata, del profitto.

Alla certezza dell'intervento pubblico si sarebbe così sostituita l'incertezza dell'intervento privato, ad un sistema improntato sulla doverosità un altro fondato sul modello consensualistico e, in ultima analisi, alle ragioni del pubblico quelle del privato.

La soluzione proposta dalla Corte appare sintomatica di uno stato di disagio verso l'enfasi riposta sulle formule privatistiche. Nella ciclica alternanza fra pubblico e privato²⁹, l'imponente penetrazione dei modelli privatistici si scontra con l'esigenza di riproporre gli elementi di specificità del pubblico al quale si collegano profili di certezza difficilmente replicabili in ambito privato³⁰.

Questa presa di coscienza sulle ragioni del pubblico e sull'impossibilità di un suo completo avvicendamento a mezzo del privato devono essere rapportate all'assetto costituzionale vigente che, recependo nell'art. 118, comma 4, il principio di sussidiarietà orizzontale,

dottrina pluralistica tedesca. Sul punto, v. H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Friburgo, 1886. Assai articolata era anche la posizione di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo italiano*, vol. II, Milano 1920, p. 651 ss. che, sempre indagando la natura giuridica degli enti, rilevava la necessità di tener distinta la posizione di coloro che esercitano una pubblica funzione o un servizio pubblico «per un proprio interesse, e quella di coloro che esercitano una simile funzione o un simile servizio esclusivamente per l'interesse che alla funzione o al servizio corrisponde», rilevando come sia «naturale che il privato che esercita funzioni pubbliche in suo nome (...) faccia ciò mosso da un interesse suo». L'includibile presenza di un interesse del privato come fattore condizionante la fattispecie era stata già sottolineata da F. CAMMEO, *La competenza giudiziaria su rapporti fra concessionari di pubblici servizi e loro impiegati*, in *Giur. it.*, 1909, III, 448 ss. Si tratta, del resto, di vicende che, catalizzando l'attenzione di tutti i Maestri del Diritto Amministrativo, hanno determinato un'imponente produzione scientifica di cui non è possibile dar conto in tale sede. Per una ricostruzione dei termini del dibattito sulla qualificazione pubblicista degli enti, v. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Milano, 1991. Per una più recente ricostruzione delle posizioni della dottrina con riferimento specifico al coinvolgimento dei privati per l'esercizio di pubbliche funzioni, v. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

27 L'elaborazione della nozione di interessi a protezione necessaria si deve a G. ROSSI, da ultimo, in *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino 2011.

28 Sul principio di doverosità, v. F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

29 A. O. HIRSCHMAN, *Shifting involvements: Private interest and public action*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1982. Per un'accurata analisi dei motivi di espansione della sfera pubblica, da un lato, e dei motivi dell'aspirazione al privato, dall'altro, v. G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini* (a cura di S. AMOROSINO), Milano, 1995.

30 Su questi profili, v. A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano 2010, le cui valutazioni, seppur maturate con riferimento alla questione delle certificazioni, appaiono facilmente replicabili in termini generali. Del resto, un approccio riduttivo degli stessi modelli privatistici si riscontra anche nell'ambito dell'applicazione del principio di sussidiarietà verticale, ove l'intesa richiesta, lungi dall'essere assimilata alla logica consensualistica, viene considerata in termini strettamente procedurali, potendo a volte essere sostituita da altri strumenti di natura partecipativa. Su questo specifico punto, con specifico riferimento al medesimo art. 4 del d.l. 78/2009, cfr. la più volte citata Corte cost., sent. n. 165/2011.

spesso letto come manifesto per le esternalizzazioni, pone seri interrogativi in ordine alla sua effettiva portata precettiva³¹.

Tuttavia, anche nel contenuto più vincolante che si voglia dare al suddetto principio, la sua concreta attuazione finisce per dipendere da una valutazione di adeguatezza del privato all'assolvimento dell'attività di interesse generale. Adeguatezza, questa, che sembra venir necessariamente meno quando dall'autonoma iniziativa dei privati dipenda l'effettivo concretizzarsi dell'attività di interesse generale³².

La mancata previsione di meccanismi in grado di supplire all'assenza di disponibilità del privato, infatti, finirebbe per incidere sugli stessi profili di doverosità immanenti agli interessi pubblici, riconducendoli così alla logica consensualistica propria degli interessi disponibili.

Sebbene nel ragionamento della Corte tali profili sembrino strettamente legati al carattere urgente dell'intervento di realizzazione delle infrastrutture strategiche, la questione, coinvolgendo il rapporto fra pubblico e privato in relazione all'ulteriore profilo dell'attrazione di funzioni regionali da parte del livello statale, sembra passibile di un livello di astrazione aggiuntivo.

4. Nella vicenda sottoposta all'esame della Corte costituzionale, sembra celarsi un ulteriore interrogativo relativo all'esistenza di margini di interazione fra il principio di sussidiarietà verticale e il principio di sussidiarietà orizzontale.

Sebbene non siano mancati spunti volti a rinvenire una logica unitaria nei due principi, stante la differenza ontologica dei soggetti coinvolti nei rapporti che sono chiamati a regolare³³, la dottrina prevalente ha sempre preferito trattarli disgiuntamente: la sussidiarietà verticale è chiamata a regolare rapporti fra soggetti omologhi, ossia enti appartenenti alla sfera pubblica che si differenziano in relazione al livello territoriale considerato; la sussidiarietà orizzontale, riferendosi al rapporto fra pubblico e privato, tende invece ad accentuare la fisiologica differenza dei soggetti del rapporto, che si distinguono in base alla diversa natura giuridica.

L'appartenenza dei due principi a modelli concettuali distinti rende la trattazione congiunta di tali aspetti particolarmente complessa perché determina una commistione fra parametri disomogenei che sarebbero sottoposti al medesimo processo valutativo³⁴.

31 Sulla natura vincolante del principio di sussidiarietà orizzontale, v. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 29 ss. *Contra*, F. PIZZETTI, *Il principio di sussidiarietà nell'Unione europea e in Italia: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di democrazia*, in *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionale*, Torino 2002, p. 125; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli 2003, p. 135 ss.; Per una posizione più direttamente incentrata sui profili inerenti alle attività economiche, *ex multis*, v.: R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in questa *Rivista*, 2002, p. 374; D. SORACE, *I servizi «pubblici» e economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI Secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, p.1 ss.; A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento «in house»*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, p. 5009 ss. Per una serrata critica alla concezione "privatistica" del principio di sussidiarietà, *ex multis*, v. G. RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in P. CARNEVALE – F. MODUGNO, *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, Milano 2003, p. 1 ss.

32 Sulle esigenze di controllo e di una effettiva verifica della capacità dei privati di soddisfare gli interessi generali, per tutti, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, 2004.

33 La natura relazionale del principio di sussidiarietà è immanente al principio tanto nella sua accezione verticale che in quella orizzontale. Sulla prospettiva relazionale del principio di sussidiarietà orizzontale si sono soffermati in particolar modo gli studi di carattere sociologico. Sul punto, v. P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, Laterza 1993.

34 Sul punto, v. G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, vol. I, 2005, p. 139, il quale ha opportunamente rilevato che «è ozioso l'interrogativo se il legislatore debba effettuare la valutazione relativa all'allocazione delle funzioni applicando dapprima la sussidiarietà "verticale" e poi quella "orizzontale" o viceversa, poiché è impossibile fissare un criterio di prevalenza a prescindere dalle caratteristiche proprie di ciascuna attività».

Pertanto, la questione verrà affrontata solo nella specifica dimensione posta in rilievo dalla pronuncia in esame in cui sembrano interagire la prospettiva ascendente della sussidiarietà verticale e quella discendente della sussidiarietà orizzontale.

In altri termini, si tratta di chiarire se la scelta di attrarre verticalmente determinate funzioni dell'ente sussidiato determini in capo all'ente sussidiante una sorta di effetto preclusivo in ordine alla loro redistribuzione in capo ai privati.

Come noto, il principio di sussidiarietà verticale, nella sua prospettiva ascendente, opera come correttivo a scelte allocative delle competenze il più delle volte operate in sede costituzionale³⁵. Si tratta di una soluzione che serve per far fronte a situazioni patologiche in cui una non soddisfacente distribuzione delle funzioni fra i vari livelli territoriali potrebbe compromettere determinate esigenze unitarie.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, almeno nella sua prospettiva discendente, non assurge a rimedio istituzionale, ma opera come principio ordinatore delle consuete dinamiche dei rapporti fra enti territoriali e privati.

Le valutazioni attinenti alla prospettiva discendente della sussidiarietà orizzontale, attengono pertanto ad una gestione ordinaria (e non patologica) dei rapporti. Per queste ragioni si deve ritenere che valutazioni di tal tipo, normalmente, spettino al soggetto che, in base all'articolazione delle competenze risultanti dal testo costituzionale, sia istituzionalmente investito della potestà di regolare la funzione, ossia lo Stato o le regioni, secondo le rispettive competenze stabilite dall'art. 117 Cost.

Nel caso di specie, entrambe le valutazioni, ossia quella attinente alla prospettiva ascendente verticale e quella relativa alla prospettiva discendente orizzontale, venivano a confluire in capo allo Stato che aveva disposto la sottrazione delle competenze alle regioni e una contestuale attribuzione di parte delle stesse ai privati.

Si perveniva quindi ad un'assimilazione di protocolli valutativi che, come visto, rispondono a logiche assai diverse, giacché il primo attiene alla gestione patologica dei rapporti, mentre il secondo costituisce una normale espressione delle facoltà connesse alla regolazione normativa di una determinata funzione.

La differenza qualitativa fra le due tipologie di valutazioni può essere colta in tutta la sua essenza ove si analizzi l'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale che, riconoscendo il carattere dinamico del principio di sussidiarietà verticale, ha individuato i presupposti e i limiti che ne circoscrivono l'applicazione³⁶.

Il potere di regolazione statale delle funzioni attratte in sussidiarietà gravita sempre intorno alle esigenze unitarie che ne costituiscono la ragione giustificatrice e, al contempo, il limite funzionale della disciplina.

Il rapporto di sudditanza della disciplina legislativa rispetto alle esigenze unitarie pertinenti alle funzioni amministrative³⁷, ha conseguentemente condotto ad uno spostamento dei

35 Sul punto, v., però, A. RUGGERI, *Il problematico «bilanciamento» tra politica e diritto (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003)*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 849 ss., secondo il quale lo spostamento di competenze determinato dall'applicazione del principio di sussidiarietà non potrebbe intendersi tecnicamente come una deroga, giacché il medesimo principio è comunque dedotto dalla stessa Costituzione.

36 Per un approfondito esame di tali profili, v. il recente contributo di W. NOCITO, *Dinamiche del regionalismo italiano ed esigenze unitarie*, Milano, 2011, cui si rinvia anche per ulteriori spunti bibliografici.

37 Sul punto, v. L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà*, disponibile sul sito www.astrid-online.it. Sul valore da attribuire al principio di legalità, come noto, la dottrina ha proposto soluzioni assai diverse. Propendono per la valorizzazione della sua portata, *ex multis*, G. SCIACCA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, p. 75 ss.; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, *Giur. cost.* 2003, 2782 ss. Per una soluzione diversa, v. O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in questa *Rivista*, 4, 2004, p. 948, il quale ritiene che «il motore concettuale della sussidiarietà non ha bisogno di carburarsi col principio di legalità», considerando che l'attivazione della sussidiarietà in relazione al riparto di fonti normative può prescindere

parametri di valutazione dell'intervento sussidiante che, in ultima analisi, finisce per essere rapportato alle caratteristiche della disciplina normativa predisposta³⁸.

Tuttavia, quando la disciplina non si limita a dettare una mera regolamentazione della funzione, ma si spinge sino a stabilire che non sia lo Stato a dover esercitare la funzione attratta e che la stessa spettia ai privati, non sembra rilevare esclusivamente un problema di pertinenza della disciplina.

Infatti, non si tratta solamente di stabilire se, in astratto, siano configurabili delle modalità di compartecipazione dei privati che assicurino un maggior rispetto delle esigenze unitarie di quanto non avrebbero potuto fare le regioni. Soluzione, questa, a cui già si potrebbe offrire una risposta negativa.

Ancor prima, si deve verificare se il potere di disciplinare la funzione attratta in sussidiarietà comprenda anche quello di stabilire una sua redistribuzione orizzontale in senso favorevole ai privati.

La stretta connessione del potere di regolazione statale con le predette esigenze unitarie implica che tale potere debba essere necessariamente letto entro i limiti della vicenda da cui sorge. Quindi, all'interno di un rapporto in cui vengono in rilievo problemi di adeguatezza di un determinato livello territoriale e non valutazioni inerenti all'insufficiente livello di coinvolgimento dei privati.

Il potere legislativo che origina dall'applicazione del principio di sussidiarietà verticale, in funzione della sua valenza derogatoria rispetto ad un assetto di competenze stabilite dalla stessa Costituzione, non è un potere pieno.

Si tratta, infatti, di un potere circoscritto entro stringenti limiti che non operano esclusivamente su un piano funzionale, ma anche che su un piano materiale, in quanto la porzione di competenza legislativa di cui dispone lo Stato non può espandersi all'intera materia su cui insiste la funzione amministrativa attratta.

Sotto entrambi i profili, la scelta di assegnazione della funzione ai privati sembra superare i suddetti limiti: dal punto di vista funzionale, non si comprende come un tale intervento normativo possa tutelare le esigenze unitarie; dal punto di vista oggettivo, dovendo la disciplina limitarsi a regolare l'esercizio di una funzione regionale da parte dello Stato, l'intervento appare del tutto estraneo all'ambito materiale di riferimento³⁹.

La scelta di rideterminare in senso ampliativo il livello di coinvolgimento dei privati, infatti, trascende dalle caratteristiche di un potere di mera regolamentazione e si traduce in una scelta allocativa della funzione che, non inerendo alla vicenda patologica che ha

logicamente dall'attrazione preliminare della funzione amministrativa. Sul punto, v. anche le considerazioni di A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 5, 2003, pp. 2776 ss., secondo il quale il principio di legalità potrebbe ritenersi soddisfatto anche nell'eventualità in cui la funzione amministrativa attratta a livello statale fosse regolata con legge regionale. Secondo questa impostazione l'attribuzione del potere legislativo allo Stato risponderebbe solo a ragioni di coerenza della disciplina.

38 Cfr. O. CHESSA, *op. cit.*, p. 946, che da tali profili rileva un mutamento qualitativo dei parametri di valutazione operati dalla Corte costituzionale che consente di abbandonare la prospettiva del sindacato debole ed esterno dello scrutinio stretto di ragionevolezza. Sul punto, v. anche W. NOCITO, *op. loc. cit.*, il quale riportando adesivamente le opinioni espresse dalla precedente dottrina, si sofferma con chiarezza sulle caratteristiche di tale processo valutativo che « "si affida" a due distinti "testi di controllo" (...) quello sull'idoneità (che consiste nell'accertare la strumentalità logico-empirica della normativa impugnata rispetto alla esigenza unitaria); e quello di non eccessività, o di necessità e dunque, implicitamente, del "mezzo più lieve", che consiste nel valutare se la strumentazione normativa prescelta non sia sproporzionata rispetto allo scopo da realizzare».

39 Del resto, la stessa Corte costituzionale richiede che la legge «detti una disciplina logicamente pertinente, dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tal fine» (sent. n. 6/2004). Il rapporto di stretta indispensabilità che deve caratterizzare la disciplina volta alla regolazione della funzione sembra precludere che la stessa possa spingersi fino ad introdurre elementi a questa non essenziali.

determinato lo spostamento di competenze, si riferisce ad una porzione di poteri che continua a risiedere presso le regioni⁴⁰.

In altri termini, la prospettiva discendente del principio di sussidiarietà orizzontale, stante la sua valenza statica e la sua sostanziale estraneità alle vicende della dinamica dei rapporti fra Stato e regioni, non è intaccata dallo spostamento di competenze legislative e i relativi poteri restano incardinati presso il livello territoriale che, in base all'assetto costituzionale, è titolare della corrispondente potestà legislativa⁴¹.

5. La sentenza esaminata, pur riferendosi ad una tematica tendenzialmente circoscritta, sembra destinata a ripercuotersi su questioni di più ampio respiro.

L'elevato indice di complessità che caratterizza la realizzazione delle infrastrutture energetiche tende a generare evidenti difficoltà di ordine regolatorio che si traducono nella sperimentazione di soluzioni normative sempre più eccentriche.

Le caratteristiche della disciplina hanno così offerto l'opportunità di razionalizzare le scelte allocative delle funzioni attraverso l'emissione di una pronuncia dalla quale possono estrapolarsi due significativi principi.

Il primo di essi irrompe sulla tendenza, che in realtà sembra aver già mostrato i primi sintomi di declino, volta ad enfatizzare le formule privatistiche sulla base di un'asserita equivalenza con gli strumenti di matrice pubblicistica.

Sotto tale profilo, si è visto che, per quanto articolate siano le modalità di compartecipazione dei privati all'esercizio di pubbliche funzioni, esiste una componente pubblicistica che non è facilmente sostituibile.

Gli strumenti di collaborazione, infatti, non possono spingersi fino al punto da far dipendere la soddisfazione degli interessi a protezione necessaria da una libera scelta del privato. Le garanzie offerte dal pubblico nella tutela di tali interessi, anche attraverso il potenziale ricorso agli strumenti autoritativi, non sono comparabili agli strumenti privatistici che poggiano sulle basi del consenso.

L'altro principio, che sembra mostrare maggiori profili di novità anche se non direttamente affermati dalla Corte, si riferisce all'impossibilità di far interagire la componente ascendente del principio di sussidiarietà verticale con quella discendente del principio di sussidiarietà orizzontale. Nella soluzione qui proposta, si è infatti sostenuto che le porzioni di competenze attratte in sussidiarietà si riferiscono ad ambiti materiali e funzionali che non comprendono il potere di rideterminare una scelta allocativa delle funzioni in favore dei privati.

Anche in questo caso, il percorso argomentativo si è sviluppato facendo leva sulla diversità dei rapporti esistenti all'interno della sfera pubblica rispetto a quelli che si instaurano fra pubblico e privato.

⁴⁰ Ovviamente, si tratta di poteri sostanzialmente sterili perché non potranno essere esercitati finché permane lo spostamento di funzioni regionali a livello statale. Ciò non toglie che, venendo meno le esigenze unitarie che hanno legittimato l'attrazione delle funzioni delle Regioni, il potere di disciplinarle e, eventualmente, di allocarle anche presso i privati si espande nuovamente.

⁴¹ Sebbene le considerazioni svolte in proposito non siano supportate da dirette affermazioni della Corte costituzionale, la soluzione proposta sembra una naturale prosecuzione del ragionamento della Consulta. L'evidente incompatibilità fra le ragioni d'urgenza e il necessario ricorso al capitale privato ha reso superflua ogni ulteriore considerazione, arrestando così il percorso logico seguito dalla Corte che, probabilmente, avrebbe avuto ulteriori ed interessanti sviluppi. La tesi relativa all'incomunicabilità fra la prospettiva ascendente del principio di sussidiarietà verticale e la prospettiva discendente del principio di sussidiarietà orizzontale è qui sostenuta solo con riferimento a fattispecie analoghe a quelle esaminate, in cui all'attrazione in sussidiarietà delle funzioni da parte del livello statale segue una riassegnazione delle stesse ai privati. Si tratta quindi di un'ipotesi diversa da quella relativa alla possibilità di attrarre a livello statale funzioni regionali a causa di un'eccessivo coinvolgimento dei privati alle attività di interesse generale, che non può essere esaminata in questa sede.

Sebbene l'approccio della Corte costituzionale alla complessiva vicenda appaia più che coerente, alle soluzioni proposte può comunque connettersi un effetto paradossale e in parte contraddittorio: l'interpretazione proposta dalla Corte con riferimento al rapporto fra pubblico e privato sembra esprimere una vocazione centralistica che, nei rapporti fra Stato e Regioni, si concretizza in risvolti di matrice pluralista attenti alle istanze regionali.

A ben vedere, si tratta di una contraddizione solo apparente, perché come è stato rilevato: una cosa sono i rapporti fra enti territoriali e altro sono i rapporti fra questi e i privati⁴².

Entrambi i principi si collegano infatti all'esigenza, rinvenuta dalla stessa Corte costituzionale, di riaffermare le diversità ontologiche fra due sistemi concettuali che, essendo stati predisposti per la tutela di interessi diversi, presentano inevitabili momenti di incomprendimento.

Con ciò non si vuole sostenere una pregiudiziale inadeguatezza di ogni forma di coinvolgimento del privato alle attività di interesse generale, ma semplicemente assicurare che le stesse vengano attuate su basi che garantiscano la permanenza delle specificità proprie dei due sistemi.

Così, con riferimento al primo principio considerato, è sufficiente che i pubblici poteri, per salvaguardare la necessaria tutela degli interessi generali, stabiliscano che le forme di partecipazione del privato, per quanto siano preferite, restino pur sempre un'opzione non assorbente delle modalità di tutela degli interessi pubblici⁴³. In tal modo, infatti, si evita che la soddisfazione degli stessi finisca per dipendere da una scelta di autonomia privata.

Nel secondo caso, invece, è sufficiente che le forme di compartecipazione dei privati siano stabilite facendo ricorso a tecniche meno invasive. Così, lo Stato può ancorare i propri interventi a diversi di titoli di legittimazione (come ad esempio la «tutela della concorrenza») che, ove ne ricorrano i presupposti, permettono l'esercizio di una potestà legislativa piena in luogo della potestà parziale e frammentata che consegue all'applicazione del principio di sussidiarietà verticale.

Entrambe le soluzioni consentono che la disciplina si conformi alle esigenze di valorizzazione del privato senza compromettere il nucleo irrinunciabile del pubblico.

42G. Rossi, *op. loc. ult. cit.*

43Significativa, in tal senso, l'attuale versione dell'art. 4 del d.l. 78/2009 che, stabilendo che gli interventi relativi alle infrastrutture energetiche siano realizzati in regime di «cooperazione funzionale ed organizzativa» tra i commissari, le Regioni e le Province autonome interessate, prevede che i criteri per l'esercizio di tale cooperazione, da stabilirsi secondo i meccanismi dell'intesa, «possono contemplare anche il coinvolgimento di soggetti privati nell'attuazione degli interventi e nel relativo finanziamento, purché ne siano assicurate l'effettività e l'entità».