

INDICE

Presentazione	XXI
---------------------	-----

CAPITOLO I

IL RUOLO DELL'UNBUNDLING NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE COMUNITARIA

1.	L'apporto delle reti transeuropee dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia al processo di integrazione comunitaria; in particolare, il diverso equilibrio tra l'intervento pubblico e quello privato in ciascuno dei settori considerati. Attribuzione ai privati di un ruolo centrale nello sviluppo delle reti energetiche e nel perseguimento degli obiettivi comunitari, attraverso l'implementazione della concorrenza.	1
2.	Premesse allo studio delle reti energetiche: interdipendenza tra mercato dell'energia e disciplina delle infrastrutture; fattori economico-politici di ostacolo all'apertura del mercato alla concorrenza.	6
3.	Carattere strategico dell'apertura del mercato dell'energia alla concorrenza e sua idoneità a tutelare l'interesse dei consumatori e quello degli imprenditori: a) strumenti di tutela dei consumatori: imposizione di obblighi a carico degli imprenditori e regolamentazione prudente dei prezzi b) Ostacoli all'apertura dei mercati alla concorrenza; in particolare, l'abuso di posizione dominante delle imprese verticalmente integrate. Distinzione degli effetti anticompetitivi per settori coinvolti (investimenti infrastrutturali, meccanismi di determinazione dei prezzi, mercati transfrontalieri, mercati a valle)	8
4.	Settori nevralgici del mercato da assoggettare a regolazione proconcorrenziale e relativi principi-guida	13
5.	Il contributo dell' <i>unbundling</i> al superamento del conflitto di interessi interno all'impresa verticalmente integrata e sua infungibilità; inidoneità all'uso degli interventi tariffari. La garanzia dell'indipendenza dei gestori delle reti nel Terzo Pacchetto dell'energia	16
6.	Definizione di limiti ed obiettivi (politici) dell'attività imprenditoriale ad opera della disciplina della concorrenza; il problema dell'estensione degli uni e degli altri all'esercizio indiretto d'impresa da parte della PA, alla luce del principio di funzionalizzazione dell'agire amministrativo	21
7.	Ambito di questo studio: la relazione fra regole della concorrenza e attività d'impresa nella filiera del gas, con particolare riguardo alla gestione della rete di distribuzione	

	da parte di impresa verticalmente integrata; in particolare, il suo oggetto: i profili pubblicistici dell'applicazione della disciplina di <i>unbundling</i> ad un'impresa costituita da società a partecipazione pubblica. Primo inquadramento (degli istituti di diritto pubblico coinvolti dalla disciplina) della fattispecie in esame.	23
8.	Nozione di <i>unbundling</i> . Ragioni della necessità di separare quella della rete dalle altre attività dell'impresa verticalmente integrata e misure per realizzarla	25
9.	Profili problematici della disciplina della (attività di) rete, tra <i>unbundling</i> e dottrina delle <i>essential facilities</i> :	
	a) criteri identificatori della categoria di beni in oggetto e loro natura relativa e mutevole	28
	b) natura politica della scelta tra <i>unbundling</i> ed <i>essential facilities doctrine</i> e sua dipendenza dal bilanciamento tra l'interesse dell'imprenditore <i>incumbent</i> e quello dei suoi concorrenti (e dei consumatori)	30
	c) evoluzione della dottrina delle <i>essential facilities</i> ; il differente approccio della scuola di Chicago e di quella di Harvard al problema del bilanciamento degli interessi e la rispettiva influenza sull'ordinamento statunitense e su quello comunitario	32
10.	L'applicazione della disciplina dell' <i>unbundling</i> nell'ordinamento italiano, con particolare riguardo alla filiera del gas. Suo impatto sul monopolio della distribuzione e su quello della vendita	37
10.1.	In particolare: a) la disciplina della separazione funzionale nel Testo integrato di <i>unbundling</i> allegato alla delibera 18 gennaio 2007, n. 11/07 dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Ambito di applicazione e finalità	39
	b) L'istituzione del gestore indipendente e la separazione della banca dati delle attività oggetto di <i>unbundling</i>	40
11.	La tutela della concorrenza (anche) attraverso l' <i>unbundling</i> nei settori a rete diversi da quello dell'energia:	
11.1.	Il settore delle telecomunicazioni;	
	a) evoluzione del concetto di servizio universale nell'ordinamento statunitense e sua relazione con la disciplina della concorrenza; gli anni del monopolio necessario.	44
	b) mutamento della nozione statunitense di servizio universale ed effetti sul mercato delle telecomunicazioni, anche attraverso il ricorso all' <i>unbundling</i>	47
	c) la nuova dimensione degli interessi fondamentali tutelati dai servizi di telecomunicazione, nell'ordinamento francese e in quello comunitario.	49
	d) la tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano alla luce dell'evoluzione di quello comunitario. In particolare: il carattere ordinario della separazione contabile e quello straordinario dell' <i>unbundling</i> funzionale	52
	e) integrazione della separazione contabile e funzionale con una terza tipologia di <i>unbundling</i> : la garanzia dell'accesso attraverso la separazione della rete; distinzione fra accesso fisico e accesso virtuale; funzione suppletiva dell'obbligo di WLR	56
11.2.	Il settore ferroviario:	
	a) limiti della separazione contabile nella direttiva 91/440/CEE e i correttivi apportati successivamente	58
	b) le misure a garanzia dell'indipendenza del gestore dell'infrastruttura previste nei	

“Pacchetti ferroviari”	61
c) inadeguatezza della separazione contabile e societaria nell'ordinamento italiano alla luce dell'integrazione verticale dell'impresa ferroviaria e della sua natura pubblica . .	63
d) casi pratici di abuso di posizione dominante e mancanza della volontà pubblica di tutelare la concorrenza; ostacoli alla concorrenza in una recente direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri	65

CAPITOLO II

FONDAMENTI GIURIDICI DELLA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA

1. Il problema della natura, tecnica o politica, della disciplina della concorrenza, in relazione al fondamento della disciplina dell' <i>unbundling</i> e alla sua incidenza sul perseguimento dell'interesse pubblico da parte delle società a partecipazione pubblica. Indici rivelatori della natura in oggetto, fra modelli reticolari di organizzazione dei Regolatori e possibilità di estensione analogica delle regole della concorrenza	68
2. La condizione necessaria per riconoscere natura politica alla disciplina della concorrenza e ritenerla suscettibile di estensione analogica: libertà nella scelta degli interessi da tutelare e degli strumenti per proteggerli	73
2.1. In particolare: natura politica delle regole applicate secondo analogia ed omogeneità di esse, siccome ispirate agli stessi principi fondamentali	75
3. Conseguente negazione della natura tecnicamente necessitata della disciplina della concorrenza, dedotta dal limite derivante dai principi fondamentali dell'ordinamento sull'analogia e sull'impiego della disciplina cosiddetta tecnica nonché dalla <i>ratio</i> del divieto di estensione analogica	77
4. Analisi economica del diritto e natura delle regole che ne sono oggetto; possibilità di desumere argomenti a favore della politicità di esse dal dialogo dottrinario sui risvolti applicativi dell'interpretazione economica. In particolare:	
4.1. La proposta di fondare sul “benessere dei consumatori” le regole della concorrenza. La difficoltà di parificare gli interessi dei consumatori, derivante dalle differenze tra i bisogni di cui gli interessi sono espressione e dalla necessità di far ricorso a criteri soggettivi (<i>rectius</i> , politici) per individuare gli interessi da tutelare. Il rischio che tale proposta porti a ledere il principio di certezza del diritto	79
4.2. La pretesa di rendere oggettiva l'interpretazione del diritto <i>antitrust</i> attraverso l'analisi economica; perplessità derivante della natura soggettiva dei criteri di interpretazione (del diritto) e del senso di ingiustizia ingenerato dal sacrificio di alcuni interessi a beneficio di altri, quale si realizza attraverso (presunti) meccanismi scientifici	84
4.3. Verifica dell'attitudine dell'analisi economica a consentire di dare fondamento teorico ad una nuova interpretazione della disciplina della concorrenza e la negazione della discrezionalità dell'interprete che se ne fa derivare; riaffermazione della necessità,	

	invece, di garantirla per assicurare il rapporto osmotico tra diritto e realtà, necessario (seppur non sufficiente) a garantire l'osservanza delle regole giuridiche	86
4.4.	Inadeguatezza di qualsiasi strumento ermeneutico a garantire certezza assoluta all'interprete; necessità che egli faccia ricorso a criteri oggettivi, politici o culturali, e alla propria coscienza, per scegliere fra le diverse opzioni interpretative.	90
5.	Ulteriore indice della natura politica della disciplina a tutela della concorrenza: la previsione di limiti ad essa per garantire le prestazioni di servizio pubblico e, in particolare, il servizio universale, e la natura politica delle valutazioni su cui essi si basano; conseguente politicità delle regole della concorrenza, derivata dal carattere residuale di esse. Necessità di precisarne ulteriormente la natura, individuando gli interessi che ne risultano tutelati.	93
5.1.	Motivi che rendono interessante, in generale, l'indagine sui valori tutelati dalla disciplina della concorrenza e, in particolare, la sua rilevanza ai fini di questo studio. . .	96
6.	Necessità di indagare sugli interessi tutelati dalla disciplina della concorrenza per valutare se il mercato possa o, piuttosto, debba avere una struttura concorrenziale. Centralità delle figure soggettive del potere nell'indagine sulle regole della concorrenza e le sue diverse accezioni: in particolare, il potere di mercato	100
6.1.	Attitudine del potere dell'imprenditore, inteso quale potere di fatto, a ledere le libertà degli imprenditori concorrenti e dei consumatori; protezione di essi tramite la disciplina della concorrenza.	103
7.	L'eliminazione di poteri di fatto, ad opera della disciplina della concorrenza; idoneità di tale disciplina a fissare le regole (del gioco) del mercato, a garanzia della libertà di iniziativa economica degli imprenditori e della libertà di scelta dei consumatori. . .	104
8.	L'emergere del problema dei poteri di fatto e della necessità di eliminarli a seguito dell'evoluzione del nostro ordinamento e, in particolare, di quella della tutela dei diritti di libertà nei rapporti interprivati e dell'interpretazione del principio di eguaglianza. . .	108
9.	Limiti alla libertà di iniziativa economica privata (e, in generale, all'autonomia privata) e funzione del diritto di risolvere conflitti di interessi: idoneità di essi a soddisfare, non soltanto l'interesse privato ma anche quello pubblico, che può limitarlo o esserne limitato nella misura stabilita per ciascuno dal legislatore (e dal Regolatore). Inserimento, in questa prospettiva, dell'indagine sugli interessi tutelati dalla concorrenza	110
10.	Il problema dell'individuazione di quello tutelato in via prioritaria tra i diversi interessi pubblici che la disciplina della concorrenza è idonea a proteggere, quale passaggio obbligato per individuare i limiti che la disciplina della concorrenza e, in particolare, quella dell' <i>unbundling</i> , pongono all'esercizio dell'attività d'impresa ad opera delle società a partecipazione pubblica. I due principali valori in gioco: il benessere dei consumatori e la libertà degli imprenditori (e dei consumatori)	113
10.1.	Idoneità della disciplina della concorrenza a proteggere entrambi i valori, la libertà e il benessere, garantendo quest'ultimo attraverso l'eliminazione dei poteri di fatto, a tutela del pluralismo economico e, più in generale, della libertà dei cittadini. Risvolti problematici della tesi, risalente e non pacifica, secondo cui la disciplina della concorrenza è strumento di democrazia; in particolare, la questione del limite	

	all'esercizio del potere pubblico volto a evitare che la libertà ne venga illegittimamente compressa	116
10.2.	L'idoneità della disciplina della concorrenza a tutelare i valori democratici alla luce delle valutazioni politiche sottese alle sue regole e della sua idoneità a realizzare l'eguaglianza (anche) correggendo i (supposti) squilibri prodotti dalla proprietà privata. .	121
11.	Il dibattito dottrinario sul fondamento giuridico della disciplina della concorrenza. In particolare:	
11.1.	Ruolo centrale della libertà di iniziativa economica; il problema della tutela, assoluta o relativa, di cui essa deve godere	122
11.2.	Necessità di garantire la libertà (di scelta) dei consumatori e di coordinare la libertà di iniziativa economica con i principi fondamentali dell'ordinamento perché il mercato possa dirsi effettivamente concorrenziale. Il problema dei limiti pubblici all'esercizio dell'attività d'impresa	128
12.	Centralità di quello dell'eguaglianza fra i principi fondamentali tutelati dalla disciplina della concorrenza; sua idoneità ad attribuire una dimensione sociale all'autonomia privata, facendo sì che il perseguimento dell'interesse privato consenta anche il soddisfacimento di quello pubblico	129
13.	L'identificazione nell'eguaglianza dei fini di benessere e di utilità sociale; il suo diverso inquadramento, a seconda che la si intenda come limite pubblico all'iniziativa economica e come uno fra gli obiettivi che essa consente di perseguire. Ulteriori precisazioni sull'attribuzione, attraverso il principio di eguaglianza, di una portata sociale all'iniziativa economica	131
13.1.	Relazione tra libertà di iniziativa economica e valori di cui al 2° comma dell'art. 41 Cost.; riflessi dei diversi modi di intendere questi valori (come limite o, invece come obiettivo dell'attività imprenditoriale) sulla capacità della disciplina della concorrenza di realizzare il principio di eguaglianza nei rapporti degli imprenditori tra loro e nei confronti dei consumatori	135
14.	Individuazione del fondamento giuridico della disciplina della concorrenza, attraverso l'analisi degli effetti prodotti dalle condotte anticoncorrenziali, con particolare riguardo alla compressione indebita dell'autonomia privata. Inquadramento della disciplina della concorrenza attraverso la relazione fra autonomia ed eteronomia, da cui risulta che la violazione della concorrenza integra un'eteroregolazione illecita	138
14.1.	La costante tensione del nostro ordinamento verso l'attuazione del principio di eguaglianza e l'impossibilità di realizzarlo compiutamente, alla luce della relazione fra costituzione formale e costituzione materiale; possibilità di desumere da tale relazione elementi utili a precisare quella tra autonomia ed eteronomia e a confutare l'orientamento che riduce al principio di eguaglianza i valori tutelati dalla disciplina della concorrenza	140
14.2.	Precisazioni sulla portata del principio di eguaglianza sostanziale. Natura politica (e legittimazione democratica) delle valutazioni sottese alla disciplina della concorrenza e delle deroghe ad essa; conseguente inammissibilità dei poteri di fatto. La presunzione sottesa alla disciplina della concorrenza, secondo cui gli imprenditori privati garantiscono una miglior tutela dell'interesse pubblico, e la necessità di superarla per realizzare	

	l'eguaglianza sostanziale. Preordinazione della struttura concorrenziale del mercato a tutelare gli interessi dei soggetti che vi operano, in quanto soggetti di diritto.	143
14.3.	Possibile sussunzione nell'utile sociale dei fini perseguiti con la disciplina della concorrenza e con le deroghe ad essa	146

CAPITOLO III

ATTIVITÀ DI PUBBLICO SERVIZIO, SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA E MERCATO CONCORRENZIALE: CONDIZIONI DEL PERSEGUIMENTO DELL'INTERESSE PUBBLICO ATTRAVERSO L'ATTIVITÀ IMPRENDITORIALE

1.	Natura ossimorica della libera concorrenza, in ragione delle valutazioni politiche sottese alla sua disciplina. Negazione del carattere assolutamente libero dell'iniziativa economica privata, a fronte della funzione della disciplina della concorrenza di limitare l'autonomia privata, anche a tutela dell'interesse pubblico	148
2.	L'innesto nel mercato concorrenziale delle attività di pubblico servizio e, più in generale, di quelle dirette a soddisfare interessi pubblici. Fattori che lo hanno determinato; il crescente impiego di strumenti privatistici e l'importanza delle attività imprenditoriali private per il soddisfacimento di interessi pubblici. Il ruolo dei valori sottesi alla disciplina della concorrenza nell'integrazione europea e il <i>favor</i> per essi espresso dal nostro ordinamento.	150
3.	Elementi pubblicistici della fattispecie oggetto di questo studio, regolata dalla disciplina della concorrenza, in particolare da quella dell' <i>unbundling</i> : a) la partecipazione pubblica al tale sociale delle società che costituiscono l'impresa verticalmente integrata, b) la natura (di pubblico servizio) di una delle attività d'impresa e c) l'impiego, all'uopo, di un bene pubblico (rete di distribuzione). Inquadramento del problema in una prospettiva assiologica, tesa a mostrare come la disciplina in esame condiziona il perseguimento dell'interesse pubblico da parte della Pubblica Amministrazione. Premesse all'indagine:	
3.1.	L'evoluzione del pensiero sui pubblici servizi e l'odierna (e preferibile) nozione mista, soggettivaoggettiva. Omogeneità degli interessi – sottesi ai diritti sociali – tutelati dall'attività di pubblico servizio e di quelli protetti dalla disciplina della concorrenza.	153
3.2.	L'evoluzione dello Stato sociale e i suoi riflessi sulla disciplina delle attività di pubblico servizio; in particolare, il loro assoggettamento alle regole della concorrenza. Gli ostacoli nazionali alla realizzazione dell'integrazione comunitaria attraverso la (disciplina della) concorrenza	158
4.	Individuazione in quelli sottesi ai diritti sociali degli interessi tutelati dalla disciplina della concorrenza; necessità, all'uopo, dell'inquadramento assiologico delle sue regole. L'assoggettamento a tale disciplina delle attività di pubblico servizio, che quegli interessi mirano a soddisfare. Analisi dell'evoluzione parallela della tutela degli	

	interessi in oggetto, dell'azione statale a garanzia di essi e della nozione di servizio pubblico, attraverso il prisma della distinzione fra diritti <i>self executing</i> e diritti che non lo sono.	161
4.1.	La tesi della gradualità dell'intervento pubblico a tutela degli interessi sottesi ai diritti sociali, in relazione con la progressiva incapacità dei privati di garantirne il soddisfacimento con l'attività di pubblico servizio, e l'orientamento secondo cui la tutela può essere spontanea, cioè prescindere da qualsiasi intervento pubblico	164
4.2.	Profili critici della tesi che sostiene la possibilità giuridica di una tutela spontanea degli interessi sottesi ai diritti sociali, che cioè prescinda da un intervento pubblico, esplicito o implicito, a protezione di essi. Natura politica della disciplina della concorrenza e necessità che l'attività dei privati vi sia assoggettata perché i diritti sociali divengano <i>self executing</i> e quelli già <i>self executing</i> non siano illegittimamente compressi	166
4.3.	Eco della tesi che afferma la natura apolitica della disciplina della concorrenza negli studi sui servizi di interesse economico generale; ostacoli logici e giuridici al suo accoglimento	169
4.4.	L'idea della natura tecnica e non, invece, politica della disciplina della concorrenza, nell'orientamento che nega natura di pubblico servizio alle attività assoggettate a regolazione. Perplessità derivanti dalla funzione del diritto di risolvere conflitti di interessi, in base a valutazioni politiche; il giudizio prognostico sulla capacità di tutelare gli interessi in gioco, condotto sulla disciplina della concorrenza e sulle deroghe ad essa	174
5.	Riflessi dell'assoggettamento delle attività di pubblico servizio alla disciplina della concorrenza; in particolare: il ruolo dell'autonomia dei privati nella risoluzione del conflitto di interessi che si manifesta nel mercato concorrenziale. Precisazioni sulla presunzione sottesa alla disciplina in oggetto e sulla valutazione che ne consente il superamento. Il divieto relativo imposto alla Pubblica Amministrazione di entrare nel mercato concorrenziale	177
6.	Fondamento giuridico della presunzione su cui si basa la disciplina della concorrenza: il principio di sussidiarietà orizzontale. Necessità di ammettere l'ingresso nel mercato da parte di società a partecipazione pubblica, per garantire la realizzazione imparziale dell'interesse pubblico	181
7.	Limiti all'azione della Pubblica Amministrazione a tutela dell'interesse pubblico perseguito attraverso l'attività di pubblico servizio; in particolare: la questione delle natura, pubblicistica o privatistica, degli strumenti da utilizzare e quella delle condizioni di esercizio dell'attività in oggetto. Il <i>favor</i> dell'ordinamento per la tutela dell'interesse pubblico attraverso il diritto privato	184
7.1.	Ulteriori precisazioni sulla sussidiarietà orizzontale realizzata attraverso la disciplina della concorrenza; cenni alle ragioni dell'intervento sussidiario della Pubblica Amministrazione. l'interesse degli imprenditori privati come interesse egoistico e la necessità di garantire i valori di cui al 2° comma dell'art. 3 Cost.	187
8.	Premesse all'individuazione dei limiti all'esercizio, da parte di società a partecipazione pubblica, di attività di pubblico servizio: il problema dei criteri di esercizio dell'attività d'impresa e dell'estensione ad essa dei principi che reggono la Pubblica	

	Amministrazione in senso soggettivo ed oggettivo	190
9.	Tutela da parte della Pubblica Amministrazione dell'interesse sotteso all'attività di pubblico servizio. Riflessi dell'assoggettamento alla disciplina della concorrenza dell'attività di pubblico servizio sull'azione amministrativa e sul potere a tutela dell'interesse <i>de quo</i> . Divieto relativo per le società a partecipazione pubblica di esercitare l'attività di pubblico servizio; suo rispetto da parte della Pubblica Amministrazione secondo imparzialità, che le impone di entrare nel mercato concorrenziale ispirata da valutazione di ragionevolezza, quando, cioè, reputi di poter tutelare l'interesse pubblico meglio di quanto farebbero i privati	192
10.	Squilibri anticompetitivi consentiti dal carattere verticalmente integrato dell'impresa e rimedi previsti dalla disciplina dell' <i>unbundling</i> ; estensione ad essa dell'inquadramento proposto, in via generale, per la disciplina della concorrenza e in particolare dei principi che regolano il meccanismo presuntivo su cui essa si fonda	195
11.	Limiti alla tutela della concorrenza attraverso l'assoggettamento alla disciplina dell' <i>unbundling</i> delle società a partecipazione pubblica; la contestabile pretesa di assoggettare alla stessa disciplina sia le società totalmente private sia quelle a partecipazione pubblica, stante il necessario ricorso di queste ultime a criteri di esercizio dell'attività imprenditoriale diversi da quelli degli imprenditori privati.	199
11.1.	La previsione, da parte del Regolatore, delle condotte anticoncorrenziali, necessaria per individuare le necessarie contromisure, come condizione per assicurare efficacia pratica alla disciplina a tutela della concorrenza. Ostacoli alla previsione di quelle che potrebbe adottare l'imprenditore pubblico, derivanti dalla diversa logica che lo ispira rispetto a quella dell'imprenditore privato, ispirata a criteri politici, che, in quanto tali, impediscono o rendono estremamente difficile un giudizio prognostico.	200

CAPITOLO IV

LA TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO NELL'ATTIVITÀ DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE: LIMITI DELLA DISCIPLINA DELL'UNBUNDLING FUNZIONALE E POSSIBILI RIMEDI

1.	Premessa.	204
2.	Il problema dell' <i>an</i> e del <i>quomodo</i> dell'esercizio dell'attività di distribuzione del gas naturale da parte di una società a partecipazione pubblica. Opportunità di estendere l'analisi alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per desumerne criteri interpretativi di quella, speciale, che regola l'attività in oggetto, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale.	205
3.	La disciplina a tutela della concorrenza nei servizi pubblici a rilevanza economica; in particolare:	
	a) Le due tipologie di affidamento della gestione di essi.	207
	b) La distinzione fra affidamento ordinario ed affidamento eccezionale, in base alla	

	presunzione sulla rispettiva idoneità a tutelare l'interesse pubblico; tratti distintivi della disciplina italiana in tema di gestione diretta del servizio; la necessità di garantire quanto più possibile la concorrenza	211
	c) La normativa interna di affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale . . .	214
4.	Il problema della partecipazione del Comune alla società di distribuzione. Il potere della Pubblica Amministrazione di indire la gara per l'affidamento del servizio in oggetto prima della determinazione degli ambiti territoriali minimi e i criteri logico-giuridici su cui esso si fonda. Divieto per la Pubblica Amministrazione di ricorrere all' <i>in house providing</i> e limiti all'utilizzo dell'istituto societario per entrare nel mercato della distribuzione	217
5.	La rete di distribuzione del gas naturale. Sua riserva a favore dell'ente locale; necessità di adottare una prospettiva assiologica per individuarne sia fondamento giuridico sia, alla luce di quest'ultimo, la relazione con gli interessi protetti dalla disciplina della concorrenza e dall'attività di pubblico servizio. Sviluppo dell'indagine su due versanti interconnessi, quello della classificazione della rete e quello della riserva della sua proprietà	220
6.	Primo versante di indagine. Classificazione della rete di distribuzione del gas fra i beni pubblici:	
	a) preferenza per l'utilizzo, all'uopo, di criteri non formali ma sostanziali in ragione dell'impiego della rete per l'esercizio di un'attività di pubblico servizio e della necessità di garantirne l'utilizzo in modo conforme al pubblico interesse.	222
	b) classificazione della rete fra i beni pubblici in senso oggettivo, in ragione della necessità di garantire l'utilità che ne deriva; individuazione dell'utilità in oggetto nella destinazione economica del bene	224
7.	Secondo versante di indagine. La riserva della proprietà della rete a favore dell'ente pubblico. Tesi della convergenza nella rete di più interessi tutelati da regole diverse non collegate reciprocamente; il corollario della distinzione fra disciplina finalistica e disciplina condizionale. Critica, alla luce della preferenza per la tesi secondo cui la disciplina della concorrenza è diretta a realizzare i valori di cui al 2° comma dell'art. 3 Cost. Omogeneità degli interessi tutelati dalla disciplina della rete, da quella (a tutela) della concorrenza e da quella del servizio pubblico.	227
8.	Utilità di estendere l'ambito di indagine all'istituto della proprietà per individuare innanzitutto quali siano gli interessi tutelati dalla riserva della rete e, in secondo luogo, quale incidenza abbia tale riserva sull'attività in monopolio e, più in generale, sull'esercizio delle altre attività dell'impresa verticalmente integrata costituita da società a partecipazione pubblica.	231
8.1.	Metodo d'indagine seguito: riduzione della riserva di proprietà della rete al rapporto fra un soggetto e una <i>res</i> (in relazione agli altri consociati) e analisi del relativo profilo soggettivo. Utilità, all'uopo, degli studi sui poteri e sui diritti soggettivi, da inquadrare alla luce della pluralità degli ordinamenti giuridici	233
8.2.	Il rapporto giuridico nella visione soggettivistica della realtà giuridica adottata da Cesarini Sforza e da (Alessandro) Levi; analogia fra il pensiero di quest'ultimo e la dottrina istituzionalistica di Santi Romano	237

8.3.	L'incontro fra la visione soggettivistica e quella oggettivistica della realtà giuridica nel pensiero di Salvatore Romano:	
	a) il rapporto fra l'ordinamento statale e gli ordinamenti particolari come rapporto, non di derivazione, ma di efficacia; conseguente definizione di diritto privato e di autonomia privata.	240
	b) La distinzione di Salvatore Romano tra autonomia privata in senso soggettivo e oggettivo, sulla base di quella fra poteri di ordinamento, da una parte, e i diritti e i doveri, dall'altra. Autonomia come riconoscimento degli ordinamenti privati da parte di quello statale e presupposto del carattere originario di essi. Applicazione di questa impostazione al rapporto fra ordinamento pubblico e persone giuridiche, distinguendo, in esse, fra personalità, che comporta l'attribuzione di poteri, e ordinamento, che ne è l'esercizio e costituisce oggetto di riconoscimento. Estensione del <i>discrimen</i> alla Pubblica Amministrazione, distinguendo fra istituzione e riconoscimento del diritto oggettivo, cioè dell'ordinamento, a cui dà luogo l'esercizio dei suoi poteri di diritto privato (nell'accezione romaniana)	242
8.4.	Utilità della distinzione fra potere e diritto al fine di individuare sia le ragioni per cui l'ordinamento riserva la proprietà della rete di distribuzione del gas naturale all'ente locale, sia le conseguenze che ne derivano sulla tutela dell'interesse pubblico. Trattati distintivi del potere rispetto al diritto soggettivo, alla luce dell'insegnamento di Santi Romano; derivazione del potere dalla legge e sua attitudine a costituire diritto obiettivo (alla luce della differenza fra effetto ed efficacia), cioè ad essere fonte di una serie indefinita di rapporti, alla cui regolazione esso contribuisce insieme alla legge (lato sensu intesa). Differenza fra potere e diritto: contrapposizione fra preesistenza del potere al suo esercizio e pertinenza del diritto al rapporto di cui esso è il contenuto; interrelazioni tra poteri.	245
9.	Centralità dell'interesse pubblico alla tutela dei consumatori nella disciplina della rete; in particolare: suo valore unificante delle regole che la compongono e <i>ratio</i> della proprietà pubblica dell'infrastruttura	248
10.	La tutela dell'interesse pubblico attraverso obblighi e limiti nell'impiego della rete.	
10.1.	Sua ricostruzione alla luce della dottrina dei poteri (e, in particolare, della relazione fra poteri) e del principio di funzionalizzazione dell'agire amministrativo	249
10.2.	L'obbligo di tutela dell'interesse pubblico in ragione dei limiti connaturati alla detenzione (della rete)	253
11.	Centralità del principio di funzionalizzazione dell'agire amministrativo e del potere di stabilire la destinazione economica del bene nella ricostruzione della disciplina a tutela dell'interesse pubblico. L'inadeguatezza della disciplina dell' <i>unbundling</i> all'effettiva tutela dell'interesse pubblico	254
12.	Il rimedio all'inefficacia pratica della disciplina dell' <i>unbundling</i> : il divieto di esercitare attività di vendita del gas naturale, desumibile dal fatto che essa non è servizio pubblico e dall'attribuzione <i>ex lege</i> della proprietà della rete a favore dell'ente locale. Necessità di individuare la natura pubblica dell'interesse alla luce della disciplina della concorrenza, per individuare le ipotesi in cui l'ordinamento	

	comunitario ammette che vi si deroghi	256
13.	Il divieto per il proprietario della rete e per il detentore di utilizzarla per perseguire interessi ulteriori rispetto a quello pubblico, cioè non funzionali alla sua cura; la sua fonte nell'ordinamento e nel titolo della detenzione.	
	Alternativa (per l'impresa pubblica) fra l'attività di distribuzione e quella di vendita . . .	258

CAPITOLO V

RUOLO CENTRALE E SISTEMATICO DEL REGIME PROPRIETARIO DELLE RETI NELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA

1.	Ruolo (della disciplina) delle reti nella tutela della concorrenza, secondo la nozione di Stato regolatore, utilizzata dalla dottrina prevalente, e alla luce dei risultati raggiunti in questo studio. Necessità di un approccio alla nozione in oggetto che tenga conto del carattere multiforme del ruolo pubblico nell'economia e delle difficoltà di costringerlo nei limiti della disciplina della concorrenza	261
2.	Gli strumenti giuridici adottati dall'ordinamento comunitario (e da quello nazionale) per tutelare la concorrenza nei settori a rete; cenni alla la tesi che li inquadra secondo la capacità di “neutralizzare” le reti e al suo corollario, ovverosia l'indifferenza, per la tutela in oggetto, della natura, pubblica o privata, delle reti. La procedura seguita per confutarla.	265
2.1.	Effetti delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni sulla disciplina delle reti e, in particolare, sul regime proprietario di esse; ruolo centrale dell'accesso nella tutela della concorrenza	270
3.	Fondamento culturale e normativo della disciplina dell' <i>unbundling</i> e sua relazione con la natura pubblica delle reti locali; conseguente confutazione dell'assunto, secondo cui la natura, pubblica o privata, delle reti sarebbe irrilevante per la tutela della concorrenza.	275
3.1.	Rovesciamento della prospettiva adottata dalla tesi sulla presunta idoneità dell' <i>unbundling</i> a realizzare la neutralizzazione della rete: valore centrale e sistematico della riserva legale della rete a favore dell'ente locale nel meccanismo di tutela della concorrenza	280
	Bibliografia	283