

Multilevel Regulation and Government in Energy Markets

Implementation of the «Third Package»
and Promotion of Renewable Energy

a cura di
Roberto Miccú

Michele Mingola



Jovene editore 2016

ROBERTO MICCÚ

REGOLAZIONE E GOVERNO MULTILIVELLO DEL MERCATO EUROPEO DELL'ENERGIA

SOMMARIO: 1. Il modello europeo di regolazione dell'energia tra unità e divergenze. – 1.1. Nuovi paradigmi “sperimentali” di regolazione e governo multilivello. – 1.2. Costituzione economica e costruzione del mercato energetico europeo nei Trattati: cenni. – 2. La costruzione del mercato energetico europeo nelle direttive di terza generazione. – 2.1. L'attuazione in Italia del “Terzo Pacchetto”. – 2.1.1. La regolazione pro-concorrenziale e i limiti del decreto attuativo. – 2.1.2. la competenza legislativa fra Stato e Regioni nel settore dell'energia. – 2.1.3. *L'unbundling* e la *governance* dei gestori. – 2.1.4. Il consolidamento dell'assetto di regolazione e la *governance* multilivello: i nuovi poteri dell'AEEGSI e il legame funzionale con l'ACER sul piano sanzionatorio. – 3. La politica europea nel settore dell'energia prodotta da fonti rinnovabili e l'attuazione degli obiettivi internazionali del Protocollo di Kyoto: una introduzione. – 3.1. Il “Pacchetto Clima Energia” e la politica europea in favore delle energie rinnovabili. – 3.1.1. La direttiva 2009/28/CE. – 3.1.2. Le divergenze fra il diritto europeo e le legislazioni nazionali: il caso della Germania. – 3.2. Gli incentivi degli Stati membri secondo la direttiva 2009/28/CE. – 3.2.1. La disciplina dell'efficienza energetica e i certificati “multicolore”. – 3.2.1.1. I certificati bianchi. – 3.2.1.2. I certificati verdi e i limiti. – 3.2.2. Gli strumenti incentivanti basati sui prezzi. – 4. *L'enforcement* europeo. – 5. La programmazione energetica nazionale: cenni. – 5.2.1. I piani di azione nazionali. – 6. Gli interessi pubblici nei procedimenti autorizzatori degli impianti di energia elettrica da fonte rinnovabile. – 6.1. La Conferenza di servizi e il rilascio dell'autorizzazione unica. – 6.1.2. Il riparto di giurisdizione in materia di energia rinnovabile. – 7. Qualche conclusione *a latere*.

1. *Il modello europeo di regolazione dell'energia tra unità e divergenze*

La tematica dell'energia è notoriamente oggetto di una regolazione multilivello, che parte dai livelli internazionale e sovranazionale, per poi concretarsi nelle norme specifiche dei singoli Stati e delle realtà

sub-statali. A livello europeo, le basi giuridiche originariamente incerte e incomplete nel diritto dei trattati comunitari non hanno impedito che nel corso degli anni le misure di costruzione del mercato interno, adottate prima dalle Comunità e poi dall'Unione europea, aumentassero gradualmente di numero e di intensità.

In effetti, l'evoluzione del diritto europeo dell'energia sembra disegnare una sorta di "parabola paradossale"¹: laddove in origine l'energia rivestiva un ruolo a tal punto fondamentale da meritare una trattativa riservata in ben due dei tre trattati comunitari, nei trattati a competenza generale è mancata fino a tempi recentissimi, cioè fino al Trattato di Lisbona, una base giuridica per adottare misure sull'energia.

Per altro verso, è altrettanto risaputo che lo sviluppo del diritto e delle politiche energetiche è stato simile a quello che si è strutturato per altri servizi a rete, dalle telecomunicazioni alle poste, dal trasporto aereo a quello ferroviario. Naturalmente, l'efficacia e la rapidità di attuazione del processo di europeizzazione e, in particolare, di liberalizzazione sono state differenti da settore a settore, anche in ragione delle specifiche caratteristiche tecniche ed economiche di ciascuno di essi.

Il Trattato di Lisbona, in effetti, anche sotto il profilo delle politiche dell'Unione nel settore dell'energia, ha rappresentato un "salto di qualità" con gli articoli 4 e 194 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)², ove si introduce una vera disciplina della politica energetica europea.

L'art. 4 TFUE inserisce l'energia e l'ambiente nell'elenco delle competenze concorrenti tra Unione e Stati membri. In questi come in altri settori prioritari (salute pubblica, protezione civile, servizi di inte-

¹ L'Autore che per primo ha fatto riferimento al carattere paradossale dell'evoluzione del diritto dell'energia in Europa e ha utilizzato l'espressione "paradosso energetico" è C. BLUMANN, *Energie et Communautés européenne*, in *Rev. trim. droit europ.*, 1984, 571.

² Ai sensi dell'art. 194 TFUE, "Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche". Il par. 2 dispone poi che "Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al par. 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico [...]".

resse generale, ricerca, coesione territoriale, politica commerciale, aiuti umanitari, ecc.) il Trattato di Lisbona migliora la capacità di azione dell'UE, che può legiferare in materie come lo sviluppo sostenibile e il cambiamento climatico. In questo scenario il ruolo del Parlamento Europeo non è solo consultivo ma decisionale. Vengono introdotti per la prima volta e risultano quindi una novità assoluta:

– il riferimento alla promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici;

– il riferimento, in ambito energetico, allo spirito di solidarietà tra gli Stati membri e alla promozione dell'interconnessione delle reti energetiche.

Il riconoscimento della competenza energetica ai sensi dell'art. 194 TFUE e l'esplicitazione della natura concorrente della stessa, ai sensi dell'art. 4 lett. i) TFUE, ha contribuito, da un lato, a rafforzare l'azione dell'Unione nella disciplina dell'energia e, dall'altro, ha chiarito la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri³. L'ingresso formale dell'energia fra le competenze esplicite delle istituzioni europee è stato conseguito grazie ad un'applicazione dinamica e positiva del principio di sussidiarietà, che grazie al riconoscimento dell'esistenza di interessi transnazionali in merito alle politiche energetiche ha evidenziato come gli obiettivi di tutela ambientale e approvvigionamento energetico perseguiti non potevano essere disciplinati in modo soddisfacente dagli Stati membri⁴. Con l'art. 194 TFUE ci troviamo di fronte ad una norma tesa a specificare le finalità della politica energetica europea e a tracciare i confini invalicabili dell'azione degli Stati membri in materia, ma non volta a fissare i limiti per la politica energetica europea⁵. Tuttavia, se per un verso l'articolo 194 TFUE riconosce

³ M.A. SCINO, *La politica energetica europea: dalle origini alle più recenti evoluzioni*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 3, 2012, 80 ss.

⁴ Come riporta M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia Fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Milano, FrancoAngeli, 2014, 22, nota n. 25, "Uno dei principi guida di cui il Protocollo adottato ad Amsterdam sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (Protocollo n. 7 adottato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997 e allegato al Trattato che istituisce la Comunità europea) consigliava l'applicazione, al fine di verificare l'esistenza di condizioni atte a giustificare l'azione comunitaria, era infatti la presenza di «aspetti transazionali che non possono essere disciplinati in maniera soddisfacente mediante l'azione degli Stati membri». In tal senso era anche interpretabile la qualificazione del principio di sussidiarietà, al p. 2), come principio «dinamico» che «dovrebbe essere applicato alla luce degli obiettivi stabiliti nel trattato».

⁵ In merito ai limiti individuabili nell'art. 194 TFUE si veda, M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia*, cit., *passim*; M. MARLETTA, *Il Trattato di Lisbona e gli sviluppi nel*

una serie di obiettivi che, per essere raggiunti, richiedono un'effettiva integrazione del mercato, per un altro, esso sembra rafforzare i diritti degli Stati membri a definire autonomamente aspetti cruciali come quello della sicurezza degli approvvigionamenti. Un elemento, quest'ultimo, che può minare in modo rilevante i fondamenti di una politica energetica comune nello spazio europeo⁶. Di contro, il riconoscimento della natura concorrente della competenza energetica non preclude la possibilità di estendere la competenza dell'Unione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli accordi internazionali conclusi dall'Unione.

Sempre nei Trattati trovano il loro fondamento le politiche europee in materia di energie rinnovabili, che si inseriscono nel quadro più generale della regolazione del settore dell'energia.

Gli obiettivi della politica energetica europea sulle fonti rinnovabili riguardano la sicurezza dell'approvvigionamento, la sostenibilità ambientale e la competitività economica.

Vengono in rilievo gli articoli 11, 191 e 192 TFUE, che disciplinano la salvaguardia ambientale, la tutela della salute umana e l'uso razionale delle risorse naturali, nel quadro della realizzazione del principio internazionale dello sviluppo sostenibile, oltre al citato art. 194 TFUE.

L'articolo 191 TFUE prevede che la politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire gli obiettivi di salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, di protezione della salute umana, di utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali e di promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. Inoltre, in una prospettiva più ampia, l'articolo 11 del TFUE fissa il c.d. "principio di integrazione" il quale prescrive che qualsiasi attività, e in particolar modo quelle deputate alla cura dell'interesse generale poste in essere dalle istituzioni dell'Unione, e di riflesso anche da quelle nazionali, debba prendere in considerazione la componente ambientale.

L'articolo 194 TFUE, pur costituendo un'autonoma base giuridica per una politica energetica dell'Unione, sottolinea la sovranità degli Stati membri su alcuni profili, in particolare riguardo alla struttura e

settore dell'energia, in *I quaderni europei*, Centro di documentazione europea dell'Università di Catania, *Online Working Paper* 2012, n. 1.

⁶ In tal senso, da ultimo, L. AMMANNATI, *L'agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *RIDPC*, 21 (2011), 3-4, 678.

alla sicurezza degli approvvigionamenti (art. 194, par. 2). Occorre segnalare fin da subito che il diritto degli Stati membri di definire la propria politica energetica è stato però ridimensionato con l'emanazione della direttiva 2009/28/CE, che ha fissato la quota di energia da fonti rinnovabili da raggiungere (v. *infra*)⁷.

Inoltre, l'importanza che riveste la tutela dell'ambiente a livello di legislazione europea si evince anche dall'art. 192 TFUE, che permette al Consiglio, sia pure nel rispetto della procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, l'adozione di "misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo" (art. 192, par. 2, lett. c). Da quanto stabilito dalla norma in questione si evince che le istituzioni europee, grazie all'esercizio delle proprie competenze in materia di tutela ambientale, e sia pure entro condizioni di esercizio assai restrittive, possano invadere gli ambiti di competenza esclusiva degli Stati nel settore dell'energia.

L'integrazione progressiva delle fonti di energia rinnovabile nel mercato europeo e nella rete di distribuzione elettrica, unitamente ad una tendenziale riduzione o eliminazione degli incentivi pubblici destinati a favorirne la produzione, dovrebbe gradualmente portare alla stabilità e alla sicurezza del sistema elettrico generale a parità di condizioni e di prezzi rispetto all'elettricità erogata dai generatori di energia convenzionale (la c.d. *grid parity*)⁸. La dialettica tra la costruzione di un mercato unico, integrato a livello europeo, improntato a principi con-

⁷ Si veda M. COCCONI, *Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2014, 140, che afferma che "La scelta di questa base giuridica è stata giustificata dal fatto che l'incremento della quota di fonti rinnovabili, invero, non incide in modo significativo sulla scelta degli Stati membri fra le diverse forme di approvvigionamento, affidata alla loro competenza esclusiva, ma unicamente sulla proporzione fra queste. Poiché tutti gli Stati membri avevano già espresso una scelta per le fonti rinnovabili, la determinazione della dimensione di questa fonte di approvvigionamento poteva essere affidata anche a una deliberazione a maggioranza fra gli Stati membri".

⁸ Il termine fu coniato per la prima volta nel 1998 da Winfried Hoffman per indicare il punto di equilibrio nel quale i costi per la generazione di elettricità da fonte rinnovabile sono equiparabili con quelli da fonte convenzionale. Più precisamente, si definisce secondo livello di *grid parity* quello per cui l'impianto a fonte rinnovabile diventa competitivo con i prezzi dell'energia elettrica sul mercato «retails», mentre l'ultimo livello consiste dalla riduzione dei costi del fotovoltaico e delle altre fonti al punto da divenire competitivi con i prezzi dell'elettricità all'ingrosso. Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Energie rinnovabili: un ruolo di primo piano nel mercato energetico europeo*, 6 giugno 2012, COM (2012) 271.

correnziali e di liberalizzazione, da un lato, e una disciplina con carattere finalistico e interventistico, alimentata dagli Stati membri, intesa, viceversa, prevalentemente a garantire la sicurezza degli approvvigionamenti, dall'altro, caratterizza il modello europeo di regolazione dei mercati dell'energia e ne evidenzia contraddizioni e paradossi⁹. Come ha sottolineato Gonzalo Maestro Buelga in questo volume, la liberalizzazione come strategia per la costruzione del mercato europeo dell'energia non ha garantito la costruzione di un mercato competitivo. Le condizioni di partenza del mercato e la speciale natura dell'energia non sono paragonabili con quelle di altre tipologie di beni. Tutto questo comporta un condizionamento nella costruzione del libero mercato dell'energia e ostacola l'applicazione della normativa europea. L'Autore, infatti, segnala alcuni aspetti fondamentali che non sono stati risolti con il "Terzo Pacchetto": il primo aspetto importante è la mancanza di un'autorità europea di regolazione, che incide negativamente sul disegno dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER); un altro aspetto critico, non risolto, è dato dalla necessità di costruire una rete di interconnessione necessaria per la realizzazione del mercato europeo dell'energia¹⁰.

Del resto, un simile assetto dei mercati energetici appare abbastanza scontato se si guarda al diritto originario dei Trattati e nasce dal carattere strategico di questo settore. Non è difficile constatare come gli Stati abbiano sempre esercitato in materia un ruolo diretto, da "Stato imprenditore" o, comunque, particolarmente forte (basti pensare al ruolo assegnato allo Stato dall'art. 43 della Costituzione italiana)¹¹. Per l'Italia è fin troppo facile ricordare che la nazionalizzazione dell'energia elettrica, cioè un'iniziativa del tutto antitetica rispetto a una forma di mercato concorrenziale, è stata realizzata *dopo* il Trattato di Roma del 1957, e pur in presenza di due Comunità dedicate espressamente alle fonti di energia (CECA ed EURATOM)¹².

⁹ In questo senso, G. MAESTRO BUELGA, M.A. GARCIA HERRERA, E. VIRGALA FORURIA, *El mercado europeo de la energía: contradicciones y paradojos*, in G. MAESTRO BUELGA, M.A. GARCIA HERRERA, E. VIRGALA FORURIA, *La construcción del mercado europeo de la energía*, Granada, Editorial Comares, 2011, 32 ss.

¹⁰ G.M. BUELGA, *Las energías renovables en Europa: las contradicciones del Mercado*, *infra*.

¹¹ Sull'approccio alla regolazione dell'energia nelle diverse culture giuridiche, cfr. I. DEL GUAYO, *Binding Unity and Divergence while Creating a Common European Culture of Energy Regulation*, in S. PRECHAL, B. VON ROERMUND, *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 351 ss.

¹² Cfr., per tutti, F. DI PORTO, *Energy Law in Italy*, Kluwer Law International, New York, 2011, 32 ss.

Nella Comunità/Unione europea, solo a partire dall'Atto Unico e dalla spinta verso un mercato unitario, vi sono state prima una serie di iniziative verso la realizzazione di un vero mercato dell'energia (cfr. il documento della Commissione del maggio 1998 "Energia in Europa") e una crescente attenzione della Comunità europea intesa a favorire la competitività in tali settori.

La situazione attuale è quella rappresentata nei numerosi "considerando" delle direttive del "Terzo Pacchetto" del 2009 e, prima, nelle "posizioni comuni" del Consiglio nonché, prima ancora, nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 2007¹³. In sostanza, in quei "considerando" si prende atto che le direttive del "Secondo Pacchetto" del 2003, pur se innovative e foriere di competitività, presentavano alcune lacune e che vi erano stati notevoli ritardi e incertezze nella loro attuazione.

A questo e altro si è ritenuto di porre rimedio in tutto o in parte attraverso un robusto corpo di atti normativi, che compone il "Terzo Pacchetto" (v. *infra*).

In questo nuovo modello di regolazione adottato dal legislatore europeo e da quello nazionale la disciplina delle reti di trasporto e delle altre infrastrutture occupa un posto centrale, ma in realtà ciò era evidente fin dall'avvio del processo di liberalizzazione dei mercati dell'energia, nella seconda metà degli anni novanta del secolo scorso¹⁴.

Gli obiettivi di fondo, più o meno consapevolmente sottesi alle norme sulle infrastrutture energetiche, sono sempre stati due: *i*) promuovere lo sviluppo e la modernizzazione delle stesse, così da realizzare un mercato dell'energia integrato a livello europeo e da garantire la sicurezza degli approvvigionamenti; *ii*) aprire le reti e le altre infrastrutture all'accesso di tutti gli operatori, per consentire un'effettiva competizione nella produzione e nella vendita di energia elettrica e di gas naturale.

Questi due obiettivi fondamentali sono stati perseguiti sottoponendo l'attività inerente alla gestione delle infrastrutture a vincoli regolatori via via più intensi e stringenti, con una forma quasi di "ύβρις" re-

¹³ Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo e al Parlamento europeo, *Una politica energetica per l'Europa*, 10 gennaio 2007, COM (2007) 1.

¹⁴ Sul modello europeo di regolazione, sia consentito rinviare a P. CHIRULLI, R. MICCÚ, *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2011 e, ivi, agli scritti di D. Sorace, T. Prosser, R. Caranta, M. Clarich, J.-L. Autin, R. Miccú, V. Sbraccia.

golatoria che ha limitato in misura crescente la libertà di impresa degli operatori interessati.

Il rafforzamento della regolazione è stato particolarmente consistente per quanto attiene alle reti di trasporto, che il legislatore europeo considera evidentemente la spina dorsale del sistema energetico e il veicolo fondamentale per l'integrazione dei diversi mercati nazionali (prima in mercati "regionali" e poi in un unico mercato europeo). È per le reti di trasporto che si ritrovano, nelle due direttive e nei tre regolamenti che costituiscono il "Terzo Pacchetto", le disposizioni più innovative, che esprimono chiaramente la scelta di sottoporre a una regolazione e a un controllo pubblici estremamente penetranti le decisioni fondamentali dei gestori di tali infrastrutture – e anche, com'è opportuno aggiungere, la scelta di attrarre a livello europeo una parte non lieve di tale regolazione e controllo.

Appare evidente, alla luce di tali disposizioni e di quelle nazionali che le hanno recepite, che il modello di regolazione oggi adottato dall'ordinamento europeo relativamente alle infrastrutture energetiche di trasporto, piuttosto che di tipo "condizionale", risulta essere palesemente "finalistico": ben lungi dal limitarsi a fissare le condizioni per lo svolgimento delle relative attività d'impresa, l'ordinamento individua i fini pubblici cui le medesime attività devono conformarsi e ne persegue il rispetto da parte delle imprese sia attraverso meccanismi di incentivazione, sia mediante prescrizioni riconducibili al canone del "*command and control*"¹⁵.

L'ultimo passo, in ordine di tempo, nella direzione del rafforzamento della regolazione e governo europeo dell'energia è stato compiuto con riferimento alla c.d. Unione europea dell'energia. Infatti, il Consiglio europeo, nel corso della riunione del marzo 2015, ha trattato il tema della politica energetica, stilando alcune linee guida per la definizione dei contenuti e dell'organizzazione di vertice della politica energetica dell'Unione.

Il documento che è stato posto in essere dal Consiglio nelle conclusioni del 19-20 marzo del 2015 identifica gli elementi caratterizzanti della politica energetica per il prossimo futuro e la *governance* istituzionale da porre a capo dell'evoluzione prevista.

Il Consiglio ha individuato le c.d. *dimensioni* della politica energetica: sicurezza energetica, solidarietà e fiducia, piena integrazione del

¹⁵ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo Pacchetto Energia*, in *Giust. amm.*, 2012, 1 ss. (dell'estratto).

mercato europeo dell'energia, efficienza energetica per contenere la domanda, decarbonizzazione dell'energia e infine ricerca, innovazione e competitività¹⁶. Il Consiglio europeo conserverà sempre il compito di fornire gli orientamenti politici generali.

Il Consiglio europeo nel documento ha focalizzato i punti da implementare, identificandoli: nelle interconnessioni in particolare con le regioni periferiche, al fine di garantire la sicurezza energetica e il buon funzionamento del mercato interno dell'energia; nel quadro legislativo per la sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica e gas; nell'assicurare la piena conformità con il diritto europeo di tutti gli accordi commerciali esterni all'Unione; nell'integrazione delle fonti energetiche rinnovabili; nello sviluppo e nel riesame della normativa sulla riduzione delle emissioni, dell'efficienza energetica e delle energie rinnovabili (compresa l'integrazione delle energie rinnovabili con quelle tradizionali) al fine di rispettare gli obiettivi concordati per il 2030; nello sviluppo di nuove tecnologie connesse all'energia e al clima.

Dalle conclusioni del Consiglio si evince che la realizzazione di queste *dimensioni* identificate nel documento passi attraverso lo sviluppo di un sistema di *governance* affidabile e trasparente.

Al fine di meglio comprendere le caratteristiche della disciplina italiana di attuazione delle direttive europee di terza generazione e prima di porla in correlazione con i principali elementi di novità presenti in queste ultime, è opportuno, tuttavia, fare alcune considerazioni di carattere generale sull'ordine economico di mercato assunto nella costituzione economica europea e la specifica "costruzione" del mercato europeo dell'energia nel diritto dei Trattati.

1.1. Nuovi paradigmi "sperimentali" di regolazione e governo multilivello

Lo sviluppo del diritto e delle politiche energetiche, pur essendo simile allo sviluppo degli altri servizi a rete, ha presentato diverse peculiarità. Una delle principali problematiche è rappresentata dalle proprietà fisiche dell'energia elettrica, che non può essere immagazzinata, ma deve essere prodotta e consumata simultaneamente. Inoltre, l'elet-

¹⁶ Punto I.1. delle Conclusioni del Consiglio europeo del 19-20 marzo 2015, Bruxelles; "dimensioni" è il termine utilizzato per individuare i capisaldi della politica energetica, per articolare le tematiche della politica energetica su differenti istanze, livelli territoriali e organi di governo.

tricità e il gas scorrono su infrastrutture a rete (reti elettriche e gasdotti), che hanno le caratteristiche del monopolio naturale.

La gestione della rete diventa ancora più complessa quando diverse reti regionali (con proprietà e gestori differenti) sono interconnesse e ospitano significativi flussi in entrata e uscita, caratteristica di un mercato integrato su scala europea. L'integrazione della rete pone anche il problema di costi di manutenzione e di investimento.

Un altro aspetto cruciale è determinato dalla circostanza che gli Stati membri dell'Unione Europea hanno sempre mantenuto il settore dell'energia, considerato di importanza strategica, sotto il loro stretto controllo¹⁷ e ritenuto necessaria la proprietà pubblica delle reti. Queste problematiche sono state accentuate dalle grandi differenze fra gli Stati membri, in particolare in materia di *mix* di fonti energetiche primarie (tradizionali, rinnovabili) e grado di indipendenza dalle importazioni.

Questo quadro ha minato fortemente i tentativi di armonizzazione a livello europeo e ha condotto a identificare nell'interconnessione transfrontaliera delle reti una delle problematiche cruciali per la realizzazione del mercato unico, affidando la loro risoluzione alla "regolazione".

Queste criticità, unite al *deficit* di coordinamento dei metodi di *governance* tradizionali in un contesto multipolare e altamente politicizzato, in cui nessun singolo attore ha la capacità di imporre una soluzione, si prestano allo studio di quella che può essere definita come una *experimentalist governance*¹⁸, intesa come tentativo di coordinare le attività decentrate alle unità *lower-level* verso un livello sovranazionale europeo¹⁹.

Due ulteriori fattori hanno spinto verso l'adozione di un processo di *experimentalist governance*: la difficile accettazione delle riforme da

¹⁷ J.H. MATLARY, *Energy Policy in the European Union*, New York, St. Martins Press, 1997.

¹⁸ Seguendo le indicazioni di alcuni autori, la *experimentalist governance*, sviluppata in Europa, può essere definita come l'unione di quattro elementi fondamentali: *i*) la definizione di un quadro di obiettivi e parametri, *ii*) l'elaborazione dei piani da parte delle unità *lower-level* per la loro realizzazione, *iii*) il monitoraggio e la revisione tra pari dei risultati e *iv*) la revisione ricorsiva degli obiettivi e delle procedure alla luce delle esperienze di implementazione. Una delle caratteristiche più importanti della *experimentalist governance* è proprio il suo carattere ricorsivo.

¹⁹ C.F. SABEL, J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, in *European Law Journal*, 2008, 271 ss.

parte dei soggetti coinvolti e il loro carattere innovativo rispetto al contesto esistente.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va ricordato che le riforme per un mercato unico dell'energia hanno ricevuto una forte opposizione sia da parte degli operatori, a causa delle differenti esigenze economiche generate proprio dalle diversità "regionali", che da parte dei Governi. Ciò ha condotto il legislatore europeo inizialmente a lasciare un ampio margine di discrezionalità con il "Primo Pacchetto"²⁰ legislativo, con il quale non era riuscito a stabilire norme per l'interconnessione dei sistemi di rete nazionali.

Nel 2003, con il "Secondo Pacchetto"²¹ legislativo, il legislatore europeo ha predisposto un quadro normativo orientato all'apertura del mercato, ponendo in essere regole più rigorose di accesso alle reti nazionali e rendendo obbligatorio per gli Stati membri la predisposizione di autorità nazionali di regolazione, con la previsione di una lista minima di poteri e compiti che dovevano essere loro riservati, lasciando tuttavia una struttura normativa con un ampio margine di discrezionalità da parte degli Stati membri²².

Per quanto riguarda il secondo aspetto, va ricordato che la liberalizzazione nel settore dell'elettricità e (in misura minore) del gas è stata una nuova sfida politica con poca esperienza da cui attingere. Pochissimi sistemi giuridici avevano sperimentato la liberalizzazione del mercato dell'energia. Solo in Gran Bretagna era stata attivata una politica di liberalizzazione dell'elettricità su larga scala (1990), che è stata un modello molto influente per le riforme dell'UE. Tuttavia, l'integrazione di diversi sistemi nazionali di energia elettrica e gas in un grande mercato regionale era un campo quasi inesplorato, che ha sollevato una serie di problematiche tecniche mai affrontate prima. Quindi, le soluzioni praticabili non erano facilmente disponibili e dovevano essere sviluppate, in modo incrementale e collettivamente, avvalendosi in particolare delle competenze degli attori del settore.

²⁰ Il "Primo Pacchetto" legislativo comprende la direttiva 96/92/CE concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e la direttiva 98/30/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

²¹ Il "Secondo Pacchetto" comprende la direttiva 2003/54/CE (direttiva elettricità) e la direttiva 2003/55/CE (direttiva gas), oltre ai regolamenti sull'accesso alle reti n. 1228/2003 (energia elettrica) e n. 1775/2005 (gas naturale).

²² B. EBERLEIN, *Experimentalist Governance in the European Energy Sector*, in *Experimentalist Governance in the European Union*, C.F. SABEL, J. ZEITLIN (a cura di), Oxford, Oxford University Press, 2012, 61 ss.

Uno degli elementi significativi che ha contribuito all'evoluzione della normativa europea sull'energia è stata la partecipazione di tutte le parti interessate ai due Forum del 1998 e 1999, precisamente il Forum di Firenze per l'energia e il Forum di Madrid per il gas, istituiti con il "Primo Pacchetto" legislativo. I Forum dell'energia e del gas sono stati i primi siti istituzionali per lo sviluppo collettivo della *experimentalist governance*, dando vita a norme regolamentari che, seppur giuridicamente non vincolanti, sono state riconosciute come "*best practices*" e successivamente trasposte nei relativi procedimenti legislativi²³.

Un ulteriore passaggio chiave nell'evoluzione della materia è stata poi l'introduzione con il regolamento n. 1228/2003 di una procedura di comitologia, con la quale la Commissione, assistita dagli Stati membri, ha adottato linee guida per le metodologie in materia di tariffazione per l'utilizzo delle reti²⁴.

Il risultato principale di entrambi i Forum è stato triplice: in primo luogo, hanno contribuito a progettare le direttive sul gas e sull'energia elettrica del 2003; hanno inoltre aiutato la Commissione europea a rendersi conto della necessità non solo di emanare direttive, ma anche di predisporre dei regolamenti, che sono stati poi approvati nel 2003 (elettricità) e 2005 (gas); infine, nei Forum sono state adottate una serie di linee guida su questioni chiave del mercato dell'energia, quali i principi e le metodologie in materia di tariffazione di utilizzo delle reti o la capacità di interconnessione che, successivamente, sono state incorporate nei regolamenti o sono state utilizzate come mezzo per interpretare correttamente la legislazione in vigore²⁵. I Forum, attraverso la metodologia di lavoro utilizzata, hanno contribuito quindi fortemente alla promozione e alla creazione di una comune cultura della regolazione a livello europeo²⁶.

Occorre evidenziare sin da subito che tutto ciò ha rappresentato la base (non più di un *work in progress*) per un dialogo strutturato tra le parti interessate e le autorità di regolazione, che rappresentano le sedi più idonee per lo sviluppo delle regole e della loro armonizzazione.

²³ Per una esaustiva panoramica del funzionamento del Forum sull'energia, in relazione alla *experimentalist governance*, si veda, B. EBERLEIN, cit., 66.

²⁴ B. EBERLEIN, cit., 62.

²⁵ I. DEL GUAYO, cit.

²⁶ L. HANCHER, I. DEL GUAYO, *The European Electricity and Gas Regulatory Forum's*, in B. BARON e altri, *Regulating Energy and Natural Resources*, New York, Oxford University Press, 2006.

L'esempio dell'attività portata avanti nel Forum mostra i limiti dell'*experimentalist governance*, in quanto spesso i lavori si bloccavano per i comportamenti opportunistici delle categorie di partecipanti. Alcuni autori²⁷ hanno evidenziato come la Commissione abbia spesso minacciato di utilizzare percorsi alternativi di regolamentazione collettiva per indurre i partecipanti ad abbandonare queste tipologie di comportamento: il regolamento (CE) n. 1228/2003 è un caso esemplare di ciò, in quanto è stato introdotto dalla Commissione nel Forum in un momento di *impasse*.

Come evidenziato da alcuni autori²⁸, un'alternativa per superare una fase di stallo nel procedimento legislativo è il ricorso da parte della Commissione all'utilizzo dei poteri a questa attribuiti dalla normativa sulla concorrenza, che per il settore energetico è molto rilevante. L'ombra di questa minaccia è stata molto presente nei Forum dell'energia, proprio per superare i momenti di *impasse*. La Commissione ha avviato, infatti, diversi casi di sospetto abuso di posizione dominante in relazione al comportamento degli operatori di rete dell'elettricità e del gas²⁹.

La minaccia dell'utilizzo delle sanzioni e dei poteri previsti dalla normativa sulla concorrenza contribuirebbe a frenare i comportamenti opportunistici e a ripristinare l'*experimentalist governance*, come meccanismo idoneo a realizzare la base su cui predisporre la regola. Tutto ciò, come evidenziano alcuni autori³⁰, induce efficacemente gli attori a deliberare in buona fede, perché qualsiasi soluzione gerarchicamente imposta sarebbe disfunzionale e quindi minacciosa.

Il punto che si vuole sottolineare è che le diverse vie di regolazione, tradizionali e di *experimentalist governance*, non dovrebbero essere viste come alternative, ma piuttosto dovrebbero essere complementari. Queste vie di regolamentazione hanno un'efficacia differente in funzione di determinate condizioni. Per esempio, il settore dell'energia ha evidenziato che le tecniche di *experimentalist governance* sono state più efficaci all'inizio del processo di formazione del mercato unico dell'energia, quando si dovevano affrontare situazioni di maggiore in-

²⁷ B. EBERLEIN, *The Making of the European Energy Market: Interplay of Governance and Government*, in *Journal of Public Policy*, 2008.

²⁸ B. EBERLEIN, *Experimentalist Governance in the European Energy Sector*, cit., 62.

²⁹ P.D. CAMERON, *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, New York, Oxford University Press, 2002.

³⁰ C.F. SABEL, J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, cit.

certezza in cui diventavano essenziali le competenze funzionali degli operatori del settore. Una volta che queste competenze sono state trasposte e quindi formalizzate in regole giuridiche, le tecniche di *experimentalist governance* hanno acquisito un'importanza decisamente minore.

Questo non vuol dire che l'utilizzo di queste tecniche tenda a diminuire, in quanto il progresso verso la costruzione di un mercato integrato dell'energia elettrica genererà nuove e continue sfide normative. Tali tecniche potranno, per esempio, essere utilizzate in riferimento all'energia rinnovabile, per la gestione dell'aumento dei flussi in entrata e in uscita su scala europea³¹.

In sintesi, la necessità delle tecniche di *experimentalist governance* per lo sviluppo delle regole è evidente, ma la loro importanza per il governo complessivo del settore può variare tra le diverse aree tematiche e potrà diminuire nel tempo con una riduzione dell'incertezza strategica, in relazione alle specifiche condizioni di contesto. Nel settore dell'energia elettrica e del gas, infatti, il ricorso ai *Forum* ha sicuramente perso importanza nel corso del tempo con l'introduzione dell'*European Regulators' Group for Electricity and Gas* (ERGEG), ai fini della cooperazione fra le autorità nazionali.

1.2. Costituzione economica e costruzione del mercato europeo dell'energia nei Trattati: cenni

La strategia di liberalizzazione nella costruzione del mercato energetico europeo va collocata nel contesto del costituzionalismo economico disegnato nei Trattati comunitari. Nonostante una certa dottrina pretenda di stabilire una rottura tra la costituzione economica europea pre-Maastricht e quella posteriore³², si deve ravvisare una continuità che non fa altro che confermare il modello indicato fin dagli inizi del processo di integrazione. La costruzione del mercato nei Trattati, con la sua centralità, risulta confermata nelle successive modificazioni del diritto primario europeo. L'aspetto che più caratterizza Maastricht è la sanzione della fine dell'autonomia economica degli Stati, come conseguenza dell'instaurazione dell'Unione economica e monetaria (UEM) e

³¹ F.J. SACKER, *The Promotion of Renewable Energies in Germany and its Compatibility with the Third Energy Package*, *infra*, *passim*.

³² Così, ad es., M.E. STREIT, W. MUSSLER, *The economic constitution of the European Community: from Rome to Maastricht*, in *European Law Journal*, 1995, 1, 55 ss.

della costituzionalizzazione dei principi del monetarismo economico. L'introduzione più evidente di forme di intervento nella "governance economica" dell'UEM non costituisce una contraddizione tra la forma di regolazione propria della liberalizzazione del mercato e questa nuova *governance*, dal momento che i mezzi di intervento contemplati sono funzionali a un intervento di regolazione a protezione del mercato³³.

Alcuni autori hanno preteso di individuare una contraddizione tra la regolazione del mercato – forma tradizionale dell'azione comunitaria – e l'interventismo con effetti distributivi. Questa contraddizione, presente anche nella gestione dei mercati a rete³⁴, è però una contraddizione apparente. Al di là dei meccanismi di compatibilità che i Trattati introducono per evitare queste dissonanze, nel caso delle norme in materia di energia i possibili interventi sono funzionali al disegno di una liberalizzazione del mercato e necessari per la costruzione di questo modello e della sua preservazione, sia pure con qualche effetto distributivo.

Allo stesso modo, le modifiche negli obiettivi della Comunità che vengono introdotte a partire da Maastricht non condizionano il modello che si sintetizza nella formula "economia di mercato aperta e in libera concorrenza", formula che non risulta contraddetta dalla riformulazione realizzata nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, poi abbandonato, e neppure dal Trattato di Lisbona, il quale ultimo accoglie la formula dell'"economia sociale di mercato fortemente competitiva" (art. 3 TUE). Se i Trattati, incluso quello di Lisbona, sono il contesto della strategia di liberalizzazione nella costruzione del mercato interno dell'energia, questo è perché il modello realizzato per la costruzione del mercato energetico risponde al modello costituzionale europeo di costruzione del mercato.

Il mercato, che si costituisce come istituzione creata dal potere pubblico, si configura come spazio libero da interferenze esterne (art. 26 del TFUE). La sua espressione giuridica si articola intorno alle quattro libertà economiche: la libera circolazione delle merci, che configura esteriormente lo spazio del mercato (unione doganale), dei capitali, dei servizi, dei lavoratori.

³³ Cfr. G. MAESTRO BUELGA, *Estado de mercado y constitucion economica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2007, 8, 43 ss.

³⁴ Cfr. E. CANNIZZARO, *Regole di concorrenza e reti transeuropee: la coerenza fra politiche comunitarie*, in M. PREDIERI, M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, Giappichelli, 2001, 101 ss.

Insieme alle libertà economiche, la regolazione della concorrenza delinea la definizione del mercato e il suo ruolo nella costituzione economica europea³⁵. La concorrenza si presenta nei Trattati con una doppia dimensione: da un lato, nella forma di norma antitrust, diretta a proteggere la concorrenza tra le imprese, la quale opera orizzontalmente tra i privati; dall'altro lato, nella forma di divieti indirizzati agli Stati, ai quali sono vietati interventi nel mercato, se non in casi limitati e nel rispetto delle regole concorrenziali. Le norme sulla concorrenza e le libertà economiche disegnano il quadro nel quale s'inserisce la liberalizzazione del mercato dell'energia e determinano il contenuto delle norme che lo regolano, nonché la strategia della sua costruzione, nonostante taluni effetti distorsivi che questa costruzione ha provocato³⁶.

In funzione delle considerazioni appena riportate occorre segnalare quanto sottolineato in questo volume da Francesco De Leonardis, in merito alla necessità di una programmazione del settore energetico. L'Autore, infatti, afferma che solo in presenza di obiettivi che debbano essere necessariamente raggiunti nell'interesse generale si potrà giustificare che un mercato liberalizzato necessiti di un'attività di programmazione. Nel nostro ordinamento nazionale il fondamento normativo per la strategia energetica nazionale lo ritroviamo nelle disposizioni, non abrogate dal referendum del 12 e 13 giugno 2011, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93³⁷ (v. *infra*).

2. La costruzione del mercato interno dell'energia nelle direttive di "terza generazione"

Come è noto, nel marzo 2006, la Commissione ha presentato un libro verde volto a delineare "una strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura", con l'intento di collocare l'energia al centro dell'azione comunitaria. È in questo contesto che si iscrive il c.d. "Terzo Pacchetto", predisposto dalla Commissione nel settembre 2007. Il 3 settembre 2009 è entrato in vigore il terzo pacchetto di misure per il mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale, formalmente adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 13 luglio 2009. Il

³⁵ Così S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 37 ss.

³⁶ Cfr. Y. PETIT, *A la recherche de la politique européenne de l'énergie*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, 42, 593 ss.

³⁷ F. DE LEONARDIS, *Storia e caratteristiche della programmazione energetica nazionale in Italia. Il ruolo delle energie rinnovabili, infra, passim*.

pacchetto si compone di due direttive e tre regolamenti: la direttiva 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE; la direttiva 2009/73/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE; il regolamento (CE) n. 713/2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; il regolamento (CE) n. 714/2009 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il regolamento (CE) n. 1228/2003; il regolamento (CE) n. 715/2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il regolamento (CE) n. 1775/2005³⁸.

A testimonianza della continua evoluzione della disciplina si segnala il nuovo "pacchetto" sull'energia pubblicato il 30 novembre 2016 dalla Commissione Europea, composto da una molteplicità di proposte legislative e revisioni delle diverse direttive sull'energia, intitolato "*Clean Energy for All Europeans*"³⁹.

Inoltre, già nel settembre del 2009, la Commissione europea, con il contributo dell'ERGEG, aveva espresso alcuni orientamenti interpretativi delle misure contenute nel "Terzo Pacchetto", riguardanti, in particolare, la separazione delle reti, l'indipendenza dei poteri e le competenze dei regolatori, il mercato al dettaglio e l'accesso allo stoccaggio. Tali linee di indirizzo erano volte a favorire la corretta interpretazione da parte degli Stati membri delle intenzioni del legislatore comunitario nell'emanazione delle norme di attuazione delle direttive europee in materia di mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale.

Le misure normative contenute complessivamente nel c.d. "Terzo Pacchetto" mirano a realizzare quel mercato unico europeo aperto e integrato che i precedenti provvedimenti non erano riusciti a conseguire, al fine di rafforzare la sicurezza energetica e la competitività dell'Unione europea⁴⁰.

³⁸ Per una dettagliata analisi dei contenuti del "Terzo Pacchetto" sull'energia si veda la Relazione annuale per il 2010 dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, vol. II, 3 ss., disponibile sul sito www.autorita.energia.it.

³⁹ Per un approfondimento si rinvia ai documenti ufficiali reperibili su http://ec.europa.eu/priorities/priorities/energy-union-and-climate/proposals-clean-energy-all-europeans_it.

⁴⁰ Per una ricostruzione e commento della disciplina del "Terzo Pacchetto" nella dottrina europea, cfr. E. EHLERS, *Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain and the Netherlands and the Law of the European Union: a Comparison*, Antwerp, Intersentia, 2010; R. BOSCHECK, *The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality*, in *World Competition*, 2009, 593 ss.

L'adozione del "Terzo Pacchetto" e il suo recepimento negli ordinamenti degli Stati membri, sotto il profilo del modello regolatorio europeo, rappresenta una sorta di cambiamento di paradigma, con il passaggio da una "regolazione statica" a un "governo dinamico delle reti di energia"⁴¹.

Infatti, con le norme contenute nel "Terzo Pacchetto" si prende definitivamente atto del fatto che gli operatori verticalmente integrati adottano strategie di investimenti funzionali alla difesa del potere di mercato. Per questo, inizialmente, la Commissione aveva previsto l'imposizione di un obbligo di separazione proprietaria tra operatori di rete e imprese responsabili delle altre fasi della filiera. Impostazione questa, tuttavia, non condivisa – come noto – da molti Stati membri, a partire da Francia e Germania, ragion per cui alla fine si è prevista una soluzione di compromesso che prevede che ogni Stato membro possa scegliere fra tre diverse opzioni.

I pilastri fondamentali su cui si basa il nuovo pacchetto normativo europeo sono essenzialmente quattro⁴².

In primo luogo, si rafforza il principio della separazione delle attività di produzione e vendita da quelle di gestione della rete, cioè il regime di separazione per i gestori dei sistemi di trasmissione verticalmente integrati nel mercato dell'energia elettrica e per i gestori dei sistemi di trasporto verticalmente integrati nel mercato del gas.

La separazione può realizzarsi di norma in due modi, mediante la separazione proprietaria delle reti o mediante la separazione gestionale. La prima soluzione consente di risolvere alla radice il rischio di un conflitto di interessi. Essa, infatti, assicura che uno stesso soggetto non eserciti il controllo su un'impresa attiva nella fase di vendita e, contemporaneamente, eserciti diritti all'interno dei gestori della rete di trasmissione. Con la seconda opzione, la società, pur rimanendo verticalmente integrata, non potrebbe più detenere quote nel capitale del gestore della rete che consentano di esercitare diritti sulla sua attività. Quest'ultimo diventa, pertanto, un soggetto pienamente ed esclusivamente responsabile del funzionamento della rete. La soluzione basata su una separazione meramente gestionale, proprio per la sua minore in-

⁴¹ Così G. NAPOLITANO, *Dalla regolazione statica al governo dinamico delle reti*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, Bologna, il Mulino, 2012, 265.

⁴² Cfr. P. RANCI, *Verso il mercato unico europeo dell'energia*, in AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel 'terzo pacchetto' comunitario*, Milano, Vita e pensiero, 2010, 11 ss.

cisività, richiede di essere accompagnata da un più severo sistema di regole e controlli volto a prevenire comportamenti discriminatori⁴³.

A tal riguardo, va preliminarmente rilevato che nel decimo considerando della direttiva 2009/72/CE e nel settimo considerando della direttiva 2009/73/CE si osserva che le norme in materia di separazione giuridica e funzionale contenute nelle direttive precedenti non hanno consentito di separare effettivamente le attività di approvvigionamento e produzione dalla attività in rete. Le due direttive, ai rispettivi articoli 9, contengono, perciò, una nuova disciplina comunitaria in tema di separazione dei sistemi di trasmissione e dei loro gestori nel mercato dell'energia elettrica e di separazione dei sistemi di trasporto e dei loro gestori in quello del gas naturale.

Le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE prevedono, per entrambi i settori, la possibilità per gli Stati membri di optare fra tre regimi di separazione: separazione proprietaria (*Ownership Unbundling*), separazione gestionale o istituzione di un Gestore di sistema indipendente - Gsi (*Independent System Operator - ISO*), istituzione di un gestore di trasmissione indipendente - Gti (*Independent Transmission Operator - ITO*). Va precisato che, nel caso di operatori di trasporto già separati dal punto di vista proprietario alla data del 3 settembre 2009, non è possibile modificare l'opzione iniziale a favore di un ISO o di un ITO. Nei *considerando* delle direttive, rispettivamente il dodicesimo per quella in materia di energia elettrica e il nono per quella in materia di gas naturale, si chiarisce che la scelta del regime di separazione dovrebbe essere comunque volta alla rimozione di ogni conflitto di interesse fra produttori, venditori e operatori di rete in modo tale da creare incentivi agli investimenti e garantire l'accesso alle reti a condizioni trasparenti e regolate in modo efficiente, ai nuovi entranti, evitando di creare regimi regolatori eccessivamente onerosi per le Autorità di regolamentazione nazionali. La separazione si configura, cioè, come un istituto necessario a rimuovere gli ostacoli agli investimenti nelle infrastrutture di rete e a risolvere i conflitti d'interesse in ordine alle compagnie verticalmente integrate. Inoltre, deve sussistere un *trade off* tra soluzione ottimale di separazione e il potenziale aggravio dell'onere regolatorio. Il regime di separazione prescelto si applica, poi, nei con-

⁴³ O. TORRANI, *L'unbundling delle reti*, in AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel 'terzo pacchetto' comunitario*, cit., 31 ss.; anche F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005; P. CIRIELLI, *La trasmissione dell'energia elettrica in Italia*, Milano, Ipsoa, 2005.

fronti di tutti gli operatori di rete indipendentemente dalla loro dimensione.

Va, comunque, sottolineato che la separazione proprietaria è considerata la soluzione più efficace sia dalla Commissione europea sia dai regolatori nazionali. Nel sistema elettrico italiano, la separazione gestionale, peraltro, è una soluzione negativamente sperimentata e già superata.

In secondo luogo, s'introduce un meccanismo obbligatorio di coordinamento tra i diversi gestori nazionali delle reti. Viene, infatti, istituita una rete europea dei sistemi di trasmissione di energia elettrica (*European Transmission System Operators - ETSO*) e dei codici di rete europei per le interconnessioni.

Questa ha lo scopo di "garantire una gestione ottimale e un'evoluzione tecnica soddisfacente della rete europea di trasmissione".

In terzo luogo, si opera un deciso rafforzamento della posizione istituzionale delle autorità nazionali di regolamentazione. Il loro ruolo era stato per la prima volta riconosciuto nel "Secondo Pacchetto", il quale elencava una lista minima di poteri e compiti che dovevano essere loro riservati. Il "Terzo Pacchetto" opera in proposito un decisivo salto di qualità perché, per la prima volta, regola anche i profili strutturali che devono assumere tali autorità nazionali, garantendone l'indipendenza non solo dai soggetti regolati, ma anche dagli organi di indirizzo politico⁴⁴, affermandosi così il principio che i regolatori non possono ricevere istruzioni dai governi nazionali. Si stabiliscono regole puntuali sui termini di "ingaggio" degli organi direttivi, che non possono essere confermati per più di una volta, e sul divieto di revoca, tranne casi eccezionali. Anche l'autonomia organizzativa e finanziaria delle autorità deve essere preservata.

Le competenze del regolatore nazionale si distinguono in competenze tipiche di regolazione e in competenze di monitoraggio e *reporting*. Le prime riguardano le tariffe di accesso alle reti di trasmissione e distribuzione, le norme per la separazione delle reti, la sorveglianza generale delle imprese energetiche, le norme a tutela dei consumatori. Le seconde riguardano l'accesso alle reti e alle infrastrutture, i mercati e lo sviluppo della concorrenza, la sicurezza dei sistemi energetici nazionali. Il regolatore nazionale ha l'obbligo di dare conto annualmente della

⁴⁴ Sul percorso che ha condotto all'approvazione del Terzo pacchetto, cfr.: A. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del "terzo pacchetto" legislativo*, in *Amministrazione*, 2009, 2, 217 ss.

sua attività alle Autorità nazionali, all'Agenzia dei regolatori e alla Commissione europea. Inoltre le direttive attribuiscono ai regolatori nazionali ampi poteri concernenti l'adozione di decisioni vincolanti, la raccolta di dati e informazioni dagli operatori, la possibilità di comminare sanzioni in caso di inadempienza e di dirimere controversie.

Dalla descrizione degli ambiti materiali delle attribuzioni delle autorità nazionali di regolamentazione emerge chiaramente come, nelle nuove direttive europee, la centralità di queste ultime si giustifichi non solo in ragione delle competenze regolatorie di carattere tecnico che ne connotano l'attività, ma anche in virtù del loro ruolo di promozione della concorrenza. Invero, come ha evidenziato Michela Giachetti Fantini nel volume, anche nelle fattispecie in cui sono attribuite al regolatore di settore funzioni "attenuate" di verifica *ex ante*⁴⁵, è comunque riconosciuto in capo ad esso il compito di effettuare un costante monitoraggio sui comportamenti dei medesimi gestori e degli altri operatori economici che influiscono sulle dinamiche di mercato⁴⁶.

L'impianto normativo prefigurato dalle direttive è costruito in maniera tale che, se si guarda all'assetto istituzionale che si è consolidato fino ad oggi in Italia in materia di energia, una serie di modifiche risultano inevitabili, con la restituzione di un ruolo di preminenza sul piano nazionale all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico (AEEGSI), con un più solido inserimento della stessa all'interno del sistema istituzionale comunitario. L'ulteriore e specifica conseguenza dovrebbe essere un certo ridimensionamento della portata dei poteri regolatori e di indirizzo attualmente spettanti al Ministero dello sviluppo⁴⁷.

Le nuove direttive pongono quindi un limite alla sottrazione delle competenze dell'autorità indipendente di regolazione da parte dell'organo ministeriale e all'ingerenza dell'esecutivo nella sfera di attribuzioni riservate al regolatore di settore. In particolare, a seguito dell'approvazione del "Terzo Pacchetto", i governi degli Stati membri sono stati privati della titolarità di scelte fondamentali relative all'organizzazione e al funzionamento delle reti di trasporto dell'energia, la cui at-

⁴⁵ Ad esempio, per quanto riguarda la certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas naturale, le direttive contemplano un generale potere di supervisione della Commissione europea sulle valutazioni delle autorità nazionali.

⁴⁶ Cfr. M. GIACHETTI FANTINI, *La governance dei mercati energetici nell'attuazione in Italia del Terzo pacchetto comunitario*, *infra, passim*.

⁴⁷ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 478.

tuazione è sostanzialmente rimessa alle autorità nazionali di regolazione e alla Commissione europea⁴⁸.

Se guardiamo, tuttavia, alla situazione italiana, non si può non rilevare che, rispetto al rafforzamento dell'indipendenza delle autorità nazionali, nel corso dello sviluppo della disciplina comunitaria dalla prima alla terza generazione di direttive, l'Autorità italiana si è trovata – insieme a quella inglese – nella invidiabile posizione di precursore del modello: ciò le ha consentito anche di esercitare una notevole influenza all'interno dell'Agenzia europea, dato che le autorità consorelle non potevano vantare lo stesso grado di consolidamento istituzionale e un'esperienza regolatoria altrettanto ricca. Questa, in realtà, doveva costituire una ragione in più per evitare di attentare a questo patrimonio di capacità amministrative con interventi legislativi nazionali non adeguatamente ponderati. La qual cosa, come vedremo, è avvenuta solo in parte nella disciplina italiana di attuazione del "Terzo Pacchetto"⁴⁹.

In quarto luogo, con il regolamento (CE) n. 713/2009 si prevede l'istituzione di un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (*Agency for the Cooperation of Energy Regulators*- ACER)⁵⁰. In questo modo s'intende favorire un maggior coordinamento delle misure regolatorie nazionali, facilitando il confronto di esperienze e la comunicazione delle informazioni, agevolando la definizione di regole adeguate in materia di scambi transfrontalieri e di integrazione delle reti di trasmissione.

La scelta in favore del modello dell'agenzia deriva dalla constatazione degli insuperabili limiti di funzionamento della precedente esperienza dell'ERGEG e, allo stesso tempo, dall'esigenza di non valicare i confini posti all'istituzione di vere e proprie autorità europee da un risalente orientamento giurisprudenziale e politico delle istituzioni comunitarie⁵¹.

L'esigenza di individuare meccanismi e sedi di cooperazione tra autorità nazionali di regolamentazione (ANR) era da tempo avvertita e trova giustificazione su due diversi ordini di motivazioni. In primo

⁴⁸ Così S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., 151.

⁴⁹ Al riguardo, G. NAPOLITANO, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *federalismi.it*, 4, 2012, 7 ss.

⁵⁰ Per un'analisi riguardo all'istituzione dell'ACER, si veda L. AMMANNATI, *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia" e la costruzione del mercato unico dell'energia*, cit.

⁵¹ Sulle ragioni che hanno condotto all'istituzione dell'Agenzia si veda la citata comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2007 su *Una politica energetica per l'Europa*.

luogo, la cooperazione serve a migliorare la *performance* delle autorità, con un impatto positivo sul mercato regolato. Fondamentale, in questa prospettiva, è lo scambio di esperienze tra i diversi regolatori, da cui possono trarre beneficio la qualità del *management*, la trasparenza e l'efficienza del processo decisionale, l'efficacia del sistema di incentivi e dei meccanismi di regolazione, così come dei sistemi di controllo e di vigilanza sulle regole adottate. Accanto al confronto tra esperienze diverse, molto importante è lo scambio di informazioni. Questo serve a fissare un appropriato *benchmarking* delle prestazioni degli operatori e dei livelli del servizio e, soprattutto, a consentire una più efficace supervisione delle imprese multinazionali, ormai sempre più presenti in una pluralità di paesi europei. In secondo luogo, la cooperazione è necessaria ad assicurare un'effettiva integrazione del mercato interno e lo sviluppo di un sistema efficiente d'interconnessione. Basti pensare al problema fondamentale degli scambi oltre confine dell'energia, i quali richiedono un'elevata capacità di collaborazione tra le autorità competenti alla loro regolazione, se si vuole evitare che gli scambi siano paralizzati dalla presenza di elevati costi istituzionali di transazione.

L'Agenzia è chiamata a garantire un adeguato coordinamento delle funzioni di regolamentazione svolte a livello nazionale dalle singole autorità. A questo fine, però, è necessario assicurare l'indipendenza dell'Agenzia da tutti i soggetti in campo, sia quelli operanti sul mercato, come i produttori e i gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione, sia i consumatori e gli utenti finali. Nell'esercizio dei suoi compiti, l'Agenzia deve quindi assicurare la conformità delle proprie azioni con la legislazione comunitaria, ponendo al servizio della corretta attuazione di quest'ultima le relative competenze. L'attività istituzionale dell'Agenzia deve svolgersi nel rispetto di principi di trasparenza ed efficienza, assicurando al tempo stesso la sua soggezione al controllo democratico. Queste indicazioni sono all'origine di specifici requisiti d'indipendenza, di una peculiare *governance* dell'Agenzia e di un articolato sistema di regole procedurali e di controlli volti ad assicurarne la legittimazione e l'*accountability*⁵².

All'Agenzia sono attribuiti ampi poteri consultivi e di monitoraggio. Inoltre, ad essa sono conferiti poteri decisionali nei soli casi in cui sia necessario risolvere controversie fra regolatori nazionali e deliberare esenzioni di accesso di terzi alle reti per nuove infrastrutture, qualora i

⁵² Cfr., da ultimo, E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione Europea*, in *RIDPC*, 1, 2012, 29 ss.

regolatori nazionali non siano pervenuti ad un accordo. Fra i suoi poteri più decisivi, vi è quello di decidere in merito alle condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere dell'energia elettrica e del gas fra almeno due Stati membri (art. 7, par. 7 del regolamento n. 713/2009).

Sono poi attribuiti all'ACER significativi poteri di indirizzo nei confronti dei singoli regolatori nazionali. Invero, è garantito un diretto collegamento tra gli organi decisionali dell'Agenzia e le autorità nazionali di regolazione, mediante la creazione di un organismo di raccordo, ma interno alla stessa Agenzia, il Comitato dei regolatori. Tuttavia, l'Agenzia appare configurarsi come una cinghia di trasmissione tra la Commissione europea e i regolatori nazionali piuttosto che come un organismo propriamente rappresentativo di questi ultimi. Infatti, nel caso in cui l'ACER dovesse ritenere necessaria l'emanazione di norme vincolanti, può unicamente presentare delle raccomandazioni alla Commissione e formularne ulteriori finalizzate ad assistere i regolatori nazionali e gli operatori economici nello scambio di buone prassi (art. 7, par. 2). La stessa può esprimere pareri, su istanza di un'autorità nazionale di regolazione o della Commissione. La creazione dell'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia non risponde, perciò, all'intenzione di istituire un regolatore europeo dell'energia autonomo dall'esecutivo comunitario, né a quella di separare la funzione regolatrice comunitaria dal governo della Commissione europea. Infatti, sebbene si riconosca l'indipendenza anche funzionale delle Autorità di regolazione nazionali, essa non riveste carattere assoluto, dato che è conferita alla Commissione europea una potestà di orientamento e condizionamento, diretta o indiretta, delle scelte proprie dei regolatori nazionali⁵³. Con l'istituzione dell'ACER si consolida pertanto nel settore dell'energia elettrica e del gas un'organizzazione composita in cui convivono organi nazionali e comunitari e che funziona secondo il modello cooperativo tipico del "concerto regolamentare europeo"⁵⁴. In definitiva, mediante la creazione dell'ACER si compie un passo in avanti nella

⁵³ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, cit., 478.

⁵⁴ Cfr. L. AMMANNATI, *La regolazione "cooperativa" del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia elettrica e del gas*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, 311 ss.; F. DI PORTO, *Il coordinamento tra le autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni a livello europeo: spunti da una comparazione*, in P. Bilancia, L. AMMANNATI (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance reticolare multilivello*, Milano, Giuffrè, 2008, II, 229 ss.

costruzione di un'organizzazione comune del mercato dell'energia elettrica e del gas e nell'implementazione di una *governance* europea nei suindicati settori attraverso la creazione di una "rete" sovranazionale delle Autorità di regolazione nazionali⁵⁵. Inoltre, acquista sempre maggiore rilevanza la cooperazione orizzontale tra le Autorità nazionali, nonché la dimensione verticale che caratterizza il rapporto tra regolatori nazionali e Commissione europea⁵⁶.

Sempre con riguardo a questo punto, occorre evidenziare l'istituzione degli *European Networks of Transmission System Operators* (ENTSO), organismi di coordinamento tra i gestori di rete per il gas e l'elettricità (ENTSO-G ed ENTSO E). I rispettivi regolamenti relativi all'accesso alle reti (nn. 714 e 715/2009) contengono altresì orientamenti riguardanti il livello minimo di armonizzazione necessario per conseguire gli obiettivi in essi previsti. Tra i compiti degli ENTSO si segnalano, oltre alla responsabilità della gestione delle reti europee in sicurezza, la definizione dei codici di rete per ambiti specifici e di un piano decennale europeo degli investimenti, che deve essere approvato dalla Commissione europea su parere vincolante dell'ACER. A quest'ultima poi, dietro richiesta della Commissione europea, spetta definire le linee guida o i criteri di riferimento, cui gli ENTSO devono attenersi in ordine alla definizione dei Codici di rete⁵⁷. Come rilevato dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nell'indagine conoscitiva del 20 ottobre 2010 sulla strategia energetica nazionale, le misure contenute nel "Terzo Pacchetto" attuano, nel loro complesso, uno spostamento sempre più marcato della regolazione dei mercati energetici da un orizzonte prettamente nazionale a un ambito maggiormente europeo. Tale passaggio si compie non solo attraverso la trasformazione dell'ERGEG nell'ACER, ma anche attraverso i nuovi codici di rete europei che dovranno essere prodotti dalle associazioni dei gestori di rete e che avranno un impatto diretto negli attuali assetti dei mercati nazionali, rendendo necessari opportuni adeguamenti normativi.

⁵⁵ Cfr. G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica ed il gas*, in RIDPC, 2004, 1385 ss.

⁵⁶ L'Agenzia ha sede a Lubiana ed è finanziata in parte da un contributo della Commissione europea, tratto dal bilancio generale dell'Unione europea, in parte da contributi volontari degli Stati membri e dei regolatori nazionali.

⁵⁷ I c.d. codici di trasmissione sono le regole tecniche utilizzate dagli operatori elettrici e si diversificano in modo rilevante fra i diversi Stati membri mentre l'effettiva integrazione dei mercati energetici ha quale condizione anzitutto una convergenza e, di seguito, un'armonizzazione di queste.

Volendo fare una valutazione conclusiva del “Terzo Pacchetto”, non vi può essere dubbio che esso segni un rilevante salto di qualità nelle modalità di esercizio del potere normativo europeo, capace di conformare gli assetti organizzativi e i moduli funzionali sia degli operatori di mercato, sia delle istituzioni nazionali⁵⁸.

Naturalmente, molto dipende anche dalle modalità di attuazione della disciplina da parte delle legislazioni nazionali e su questo vedremo che l'intervento del legislatore italiano presenta luci e ombre.

2.1. L'attuazione in Italia del “Terzo Pacchetto”

2.1.1. La regolazione pro-concorrenziale e i limiti del decreto attuativo

In Italia, il recepimento delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE ha preso avvio con la legge 4 giugno 2010 n. 96, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 2009). In particolare, l'art. 17 della citata legge, al comma 3, stabilisce – per il mercato elettrico – che, nella predisposizione del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2009/72/CE, il Governo è tenuto a seguire, oltre a principi e criteri direttivi di cui all'art. 2, in quanto compatibili, anche una serie di principi e criteri direttivi intesi, tra l'altro, a favorire la concorrenza nel mercato, la sicurezza degli approvvigionamenti, il rafforzamento dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ed il coordinamento con quelli dell'Autorità antitrust.

Analoghi principi e criteri direttivi sono previsti per il settore del gas dal successivo comma 4 nella predisposizione del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2009/73/CE.

Questi principi e criteri direttivi rispondono al compito che la disciplina europea contenuta nel “Terzo Pacchetto” lascia alle legislazioni nazionali, innanzitutto quello di scegliere il regime di *unbundling* da applicare nei due settori, nonché quello di coordinare il regime prescelto con i principi e le regole generali del diritto societario nazionale e di precisare obiettivi, criteri di esercizio e limiti dei rilevanti poteri di controllo assegnati alle autorità di regolamentazione.

⁵⁸ Per un quadro completo della disciplina europea e di quella dei singoli Stati membri alla vigilia del “Terzo Pacchetto”: P.D. CAMERON, *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005; M.M. ROGGENKAMP, C. REDGWELL, I. DEL GUAYO, A. RONNE, *Energy Law in Europe - National, EU and International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Il recepimento del “Terzo Pacchetto” è stato completato con il decreto legislativo 1° giugno 2011 n. 93, “Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e a una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/754/CE e 2003/55/CE”.

In via del tutto preliminare, una prima considerazione che si può fare è che, sebbene la normazione europea abbia conferito spazio alla concorrenza nei settori energetici, intesa quale obiettivo complementare rispetto al completamento dell'*unbundling*, il legislatore nazionale frena il dispiegarsi della contendibilità dei mercati.

Per un verso, il legislatore delegato fa della sicurezza degli approvvigionamenti il perno attorno al quale ruotano le norme programmatiche del decreto. Per l'altro, l'attuazione della politica energetica nazionale e dei necessari investimenti in potenziamento infrastrutturale viene affidata al Ministero dello sviluppo economico che assume un ruolo di preminenza.

Più in generale, il consolidamento del “monismo” regolatorio, ossia della prevalenza dell'attività di indirizzo politico su quella di regolazione tecnica e indipendente, consente di misurare l'ampiezza e l'incidenza dell'intervento pubblico nei mercati dell'energia. Sul piano strettamente regolatorio, il decreto permette di apprezzare il legame forte, sul piano delle sanzioni erogabili agli operatori di settore, tra Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico e Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia.

Al riguardo è possibile rilevare una serie di controtendenze nel decreto attuativo del “Terzo Pacchetto”, almeno nella sua versione originale, rispetto alla normativa europea. Per il legislatore europeo, le direttive del “Terzo Pacchetto” sull'energia dovrebbero vincere le resistenze di quegli Stati membri, compresa l'Italia, a garantire ai mercati energetici un assetto compiutamente concorrenziale, aumentandone il grado di integrazione su scala europea⁵⁹.

⁵⁹ La letteratura sul tema è vastissima: sia consentito fare rinvio a: R. MICCÙ, M. GIACCHETTI, *El mercado de la energía en Italia*, in G. MAESTRO BUELGA, M.A. GARCIA HERRERA, E. VIRGALA FORURIA, *La construcción del mercado europeo de la energía*, cit., 49 ss.; con riferimento soltanto alle pubblicazioni più recenti, cfr.: E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007; N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007; D. MOSCHETTA, *Il mercato comunitario del gas naturale. Investimenti esteri di*

Il legislatore delegato compie alcuni passi avanti verso la realizzazione di mercati energetici integrati e maggiormente interconnessi con quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea. Nonostante ciò, depotenzia la "versione europea" di promozione della concorrenza nei mercati dell'energia: se si ammette, infatti, che lo sforzo compiuto in sede comunitaria non è stato del tutto sufficiente, ancor meno lo è stato in sede nazionale.

Inoltre, il testo del decreto attuativo tiene conto, è vero, delle osservazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e dell'Autorità di regolazione settoriale sull'assetto concorrenziale dei settori energetici, ma solo in maniera episodica e incidentale, conferendo un ruolo principale al Ministero dello sviluppo economico circa l'attuazione degli investimenti necessari a perseguire gli obiettivi indicati dalla strategia energetica nazionale.

Lo sviluppo della normativa riguardo la *governance* nazionale sull'energia presenta delle perplessità sia per l'allontanamento dal modello di regolazione indipendente disegnato dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva dell'AEEG (oggi AEEGSI)⁶⁰, sia per la compatibilità con il diritto europeo, in quanto la direttiva 2009/72/CE, all'art. 35, come evidenziato dal Presidente Gianpiero P. Cirillo nel suo contributo, imponeva di affidare la funzione regolatoria a un'unica autorità indipendente dalle imprese regolate e dall'organo politico⁶¹.

Dalla lettura congiunta del decreto attuativo e delle direttive emergono alcune considerazioni sull'attuale assetto dei mercati energetici italiani, nonché sui rapporti tra potere esecutivo e regolatori nei settori considerati.

Il decreto, in effetti, fa sorgere diversi interrogativi sulla natura delle intenzioni del legislatore delegato: queste sono rivolte più alla garanzia della sicurezza energetica che alla definizione di misure pro-concorrenziali e asimmetriche. Casomai, l'asimmetria sembra risiedere nel confronto strutturale tra mercato dell'energia elettrica e mercato del gas: il primo, seppur lentamente, avviato al consolidamento di dinamiche concorrenziali e di piena contendibilità; il secondo, gravato dall'organizzazione societaria dell'operatore dominante.

retti e diritto internazionale, Milano, Giuffrè, 2009; C. STAGNARO (a cura di), *Il mercato del gas naturale. L'Europa tra sicurezza e liberalizzazioni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.

⁶⁰ Si veda D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2003, 337 ss.; M. DE BELLIS, *L'erogazione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. en. elettr.*, 2004, 401.

⁶¹ G.P. CIRILLO, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*, *infra*, *passim*.

Non si comprende appieno, inoltre, se il decreto attui le direttive oppure, soprattutto sotto certi profili, ne tragga spunto per piegare gli obiettivi comunitari alle esigenze nazionali e ai fini delle discipline sulla sicurezza energetica di differente fonte normativa.

Così come rilevato dalla stessa AGCM, l'attuazione delle direttive di terza generazione è probabilmente anche la storia di un'occasione mancata: il recepimento, infatti, avrebbe permesso la predisposizione di un testo unico in materia di energia. Lo sforzo per il legislatore nazionale sarebbe stato inferiore rispetto al passato per effetto tanto delle molte abrogazioni che le direttive europee hanno comportato, quanto dell'ordine normativo che ne è derivato. Inoltre, l'esigenza di unificazione in un unico *corpus* delle norme in materia di energia, la cui influenza è continua, avrebbe determinato effetti benefici, permettendo sia agli operatori economici che ai consumatori di districarsi in un settore in cui la concorrenza, a oggi, si insinua lentamente anche se con maggior forza rispetto al passato.

Queste perplessità, espresse sin dall'approvazione del d.lgs. n. 93/2011, hanno trovato riscontro nell'apertura di una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea (n. 2014/2286). Ciò ha condotto il legislatore a introdurre numerose modifiche al decreto con l'articolo 26 della l. 29 luglio 2015, n. 115, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea - Legge europea 2014", che saranno richiamate *infra*.

2.1.2. La competenza legislativa fra Stato e Regioni nel settore dell'energia

A livello nazionale, il tema del riparto di competenze fra lo Stato e le Regioni è di fondamentale importanza.

Prima della riforma del Titolo V vi era, almeno in teoria, una competenza statale. Oggi, com'è noto e come ha sottolineato nel volume Lorenzo Cuocolo, la riforma del Titolo V ha modificato gli assetti precedenti, in quanto il legislatore ha inserito nel co. 3 dell'art. 117 della Costituzione, fra le materie di competenza concorrente Stato-Regioni, la materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia". La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 383 del 2005, ha affermato che queste materie rientrano nel settore energetico e quindi nella politica energetica nazionale che comprende qualunque fonte di energia. Residua sempre comunque uno spazio legislativo regionale, poiché, quando la regolazione richiede profili unitari e quindi un intervento esclusivo statale, vi è una c.d. chiamata in sussidiarietà, cioè

un'alterazione del normale sistema di riparto. La Corte, nelle sentenze n. 383 del 2005 e n. 364 del 2006, ha affermato che anche le procedure di autorizzazione rientrano nella materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", come anche la realizzazione d'impianti di produzione di energia⁶².

Lo stesso Cuocolo sottolinea come la Corte Costituzionale, in successive sentenze (nn. 88 e 166 del 2009), abbia ritenuto prevalente la competenza statale volta a garantire la tutela dell'ambiente o, avendo constatato la presenza di diverse materie, di competenza sia esclusiva che concorrente, non abbia individuato una materia prevalente. L'Autore, infatti, rileva come la posizione di principio tenuta dalla Corte riguardo l'appartenenza della materia energetica alla competenza concorrente Stato-Regioni viene fortemente ridimensionata quando si confronta con la possibilità da parte dello Stato di esercitare la c.d. chiamata in sussidiarietà e quando invoca la propria competenza trasversale a tutela dell'ambiente.

Nel contesto del volume, sempre Cuocolo approfondisce la tematica del diritto all'energia rinnovabile come specificazione del diritto all'ambiente oppure del diritto alla salute. Quest'ultimo legittimerebbe l'intervento dello Stato, fondato sulla competenza a determinare i livelli essenziali ai sensi della lett. *m*) dell'art. 117, secondo comma. A tale riguardo, si può sostenere che l'orientamento della Corte Costituzionale sia eccessivamente rigido nell'escludere il tema delle rinnovabili dall'ambito di applicazione della lett. *m*) del secondo comma dell'art. 117. Tutto ciò comporta una grande incertezza nell'individuare il livello di governo competente sia sotto il profilo legislativo che amministrativo.

Il campo delle energie rinnovabili, quindi, è caratterizzato da una "concorrenza di competenze", rispetto alla quale la Corte Costituzionale ha affermato in ogni caso che, qualora non vi sia la prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri, occorrerà utilizzare il principio di leale collaborazione che impone alla legge statale di predisporre quanto necessario per il coinvolgimento delle Regioni.

2.1.3. L'unbundling e la governance dei gestori

Per quanto attiene al tema fondamentale dell'*unbundling*, la scelta del decreto attuativo è stata innanzitutto quella di mantenere un regime

⁶² L. CUOCOLO, *La governance dei mercati energetici nell'attuazione in Italia del Terzo pacchetto comunitario, infra, passim*.

diversificato per l'elettricità e il gas. Per la prima, il legislatore si è sostanzialmente limitato a confermare la separazione proprietaria già da tempo introdotta tra attività di produzione e vendita e attività di gestione della rete di trasmissione⁶³, ribadendo l'attribuzione di quest'ultima in regime di concessione a Terna s.p.a.⁶⁴ e sancendo – in termini più netti rispetto al passato – il divieto per la stessa di esercitare direttamente o indirettamente attività di produzione e di fornitura di energia elettrica e di gestire, anche temporaneamente, infrastrutture o impianti di produzione di energia elettrica⁶⁵.

È bene notare che tale separazione proprietaria non è assoluta, giacché è comunque consentita – anche dalla legislazione europea – la partecipazione minoritaria di imprese di generazione e di vendita al capitale sociale di Terna.

Per quanto concerne il gas, il d.lgs. n. 93/2011 ha invece optato in via generale per la soluzione più soft dell'*Independent Transmission Operator* (ITO - Independent Transmission Operator), la più gradita ovviamente al campione nazionale Eni e al governo suo azionista, salvo prevedere la facoltà degli altri proprietari di reti di trasporto di scegliere il regime dell'ISO (ISO - Independent System Operator) e quella di tutti gli operatori (Eni inclusa) di adottare la misura più radicale dell'*ownership unbundling*.

Al fine di separare funzionalmente Eni da Snam Rete Gas, il Governo italiano ha, quindi, inizialmente scelto il modello del gestore di trasporto indipendente (di seguito Gti). Solo con il d.l. n. 1/2012 è stata avviata la separazione proprietaria di SNAM s.p.a.⁶⁶.

⁶³ Si veda al riguardo l'art. 1-ter del decreto legge 29 agosto 2003, n. 239, convertito con legge 27 ottobre 2003, n. 290, e il successivo d.p.c.m. 11 maggio 2004, recante "Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione".

⁶⁴ Si veda l'art. 36, comma 1, del d.lgs. 93/2011.

⁶⁵ Per tale divieto si veda l'art. 36, comma 2, del suddetto decreto legislativo.

⁶⁶ L'articolo 15 del decreto rimandava a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il compito di disciplinare i criteri, le condizioni e le modalità, cui si conforma SNAM per adottare il modello di separazione proprietaria. A tale previsione è stata data attuazione con il DPCM del 25 maggio 2012, che prevedeva che ENI cedesse le azioni da essa detenute in SNAM con modalità tali da consentire alla Cassa Depositi e Prestiti di esercitare il controllo esclusivo su SNAM. L'operazione è stata autorizzata dall'AGCM con provvedimento 23834 dell'8 agosto 2012. Ad aprile 2016 il capitale di SNAM è così ripartito: CDP Reti 28,98%, Minozzi 3,03%, CDP Gas 1,12%, investitori istituzionali 58,83%, altri azionisti <10%. Eni, la cui partecipazione antecedente la conversione dalle azioni a servizio dell'obbligazione convertibile di 1,25 miliardi di euro in scadenza il 18 gennaio 2016 era pari a 8,25%, con lo 0,02% è sostanzialmente uscita dall'azionariato (fonte: sito Internet SNAM).

La direttiva 2009/73/CE indica, invece, nel modello del gestore di sistema indipendente (di seguito Gsi), grande novità nel panorama dei sistemi di governance di matrice europea, il metodo più adeguato a “promuovere in modo non discriminatorio gli investimenti nell’infrastruttura”⁶⁷ e a garantire trasparenza ed equità nei diritti di accesso dei terzi⁶⁸.

Il modello derogatorio del Gsi, attuabile solo se l’impresa verticalmente integrata è proprietaria del sistema di trasporto, impone agli Stati che lo adottano alcuni adempimenti specifici: le stesse persone non possono essere autorizzate a esercitare, direttamente o indirettamente, forme di controllo su un’impresa produttrice o fornitrice, sul gestore o sul sistema di trasporto; a nominare o a essere membri del consiglio di vigilanza, del consiglio di amministrazione o degli organi che rappresentano il gestore all’interno di imprese produttrici o fornitrici. Inoltre, il Gsi deve dimostrare di avere risorse adeguate per lo sviluppo delle infrastrutture di stoccaggio e impegnarsi con il regolatore a rispettare un piano decennale di potenziamento infrastrutturale che sarà finanziato dal proprietario del sistema⁶⁹. La struttura del mercato italiano del gas naturale avrebbe consentito l’adozione del modello del Gsi a patto di sforzi che, per ragioni legate principalmente al controllo esercitato dal proprietario della rete sul gestore, non sono stati compiuti.

Tuttavia, anche il modello del Gti, secondo il legislatore europeo, può raggiungere i medesimi obiettivi del modello del Gsi, ma solo se accompagnato da specifiche disposizioni supplementari. Il decreto, al fine

⁶⁷ Considerando 8 della direttiva 2009/73/CE

⁶⁸ Per alcune considerazioni sul punto: A. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell’energia*, in *Amministrare*, 2009, 2, specie pp. 225-227. Sui regimi dell’accesso in alcuni Paesi stranieri, P.L. JOSKOW, *The Difficult Transition to Competitive Electricity Markets in the United States*, in F.A. GRASSINI et al., *La privatizzazione dell’industria elettrica inglese*, Bologna, il Mulino, 1995; G.A. BERMAN, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un’analisi comparativa*, in G. TESAURO, M. D’ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2001; E. EHLERS, cit.

⁶⁹ Il Gsi, secondo le disposizioni dell’art. 14, par. 4 della direttiva 2009/73/CE “è responsabile della concessione e della gestione dell’accesso dei terzi, compresa la riscossione dei corrispettivi per l’accesso e dei corrispettivi della congestione, del funzionamento, del mantenimento e dello sviluppo del sistema di trasporto, nonché della capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli, tramite l’adeguata programmazione degli investimenti. Nello sviluppare il sistema di trasmissione, il gestore di sistema indipendente è responsabile della pianificazione (compresa la procedura di autorizzazione), della costruzione e dell’entrata in servizio della nuova infrastruttura. A tal fine il gestore di sistema indipendente agisce in qualità di gestore di sistema di trasporto [...] Il proprietario del sistema di trasporto non è responsabile della concessione né della gestione dell’accesso dei terzi né della programmazione degli investimenti”.

di potenziare l’indipendenza dell’amministrazione del Gti rispetto a quella dell’impresa verticalmente integrata, istituisce un Organo di sorveglianza⁷⁰ che adotta e cura tutte le decisioni strategiche del gestore⁷¹.

L’adozione del modello del Gti dovrebbe garantire un maggior grado di indipendenza delle società che Snam s.p.a. controlla interamente e che gestiscono lo stoccaggio (Stogit), la rigassificazione (Gnl Italia) e la distribuzione (Italgas) dall’*incumbent*. Sono noti i principali provvedimenti dell’AGCM la cui adozione ha posto in luce che la maggioranza dei comportamenti anticoncorrenziali si addensano proprio nelle attività della filiera del gas naturale sopra menzionate.

La “separazione effettiva” delle attività relative alle reti di trasporto e a quelle di produzione e fornitura, su cui il decreto legislativo si concentra in modo particolare, ha l’obiettivo di prevenire discriminazioni nell’accesso e nell’utilizzo della rete da parte di operatori economici terzi rispetto all’*incumbent*, nonché di evitare, nello sviluppo della rete, investimenti inferiori al necessario⁷². In questo contesto, il gestore del trasporto viene isolato funzionalmente dal peso degli interessi che ne possono condizionare l’attività e il soggetto che ne controlla il capitale non esercita più poteri di indirizzo e controllo.

Il legislatore italiano, almeno nel settore del gas naturale⁷³, non ha optato da subito per la scelta che le direttive ritengono ottimale, ossia la completa separazione proprietaria (*ownership unbundling*) sul modello anglosassone e non ha neppure previsto efficaci sistemi per ren-

⁷⁰ La composizione dell’Organo di sorveglianza comprende membri che rappresentano l’impresa verticalmente integrata e azionisti terzi rispetto a questa. L’Organo ha pieni poteri per la nomina, la definizione delle condizioni di lavoro, della retribuzione e della cessazione delle persone responsabili della gestione o dei membri degli organi amministrativi del Gti. A meno che l’AEEGSI non formuli obiezioni entro tre settimane dalla notifica delle decisioni dell’Organo di sorveglianza, queste divengono vincolanti. Inoltre, l’Organo di sorveglianza approva i piani finanziari a lungo termine del Gti, il suo livello di indebitamento, l’ammontare dei dividendi da distribuire agli azionisti, nomina il c.d. “Responsabile di conformità”, fatta salva l’approvazione della nomina da parte dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas.

⁷¹ La previsione di maggioranze qualificate è necessaria per garantire l’autonomia di valutazione dell’Organo.

⁷² La dottrina straniera ha sottolineato l’importanza fondamentale del principio di non discriminazione, fulcro principale dell’intero impianto regolatorio di matrice comunitaria. *Ex multis*, E. CARBAU et al., *EU Energy Law, EU Competition Law and Energy Markets*, vol. II, Claeys and Casteels, 2007; P.D. CAMERON, *Competition in Energy Markets. Law and Regulation in the European Union*, New York, Oxford University Press, 2007.

⁷³ Nel caso di Terna, concessionario delle attività di trasmissione e dispacciamento dell’energia elettrica, l’AEEGSI ha certificato la gestione in separazione proprietaria con delibera 142/2013/R/eel del 5 aprile 2013.

dere pienamente indipendente il gestore dall'impresa verticalmente integrata⁷⁴. Come detto, valgono, nel caso in cui la scelta del legislatore ricada sul modello del Gsi o del Gti, una serie di norme complementari e al regolatore viene affidato un ruolo preminente nello sviluppo della concorrenza, come se questa in ogni caso non potesse essere pienamente garantita dai due modelli alternativi alla separazione proprietaria.

Data tale scelta, e data la complessità sotto il profilo giuridico dell'istituto dell'ITO, sarebbe stato onere del legislatore italiano di integrare e specificare le disposizioni contenute nella direttiva 2009/73, in particolare per chiarire il regime di *governance* del gestore *unbundlizzato* e le regole di esercizio dei poteri di vigilanza spettanti alle autorità di regolamentazione.

Il d.lgs. n. 93/2011 si è, invece, limitato a una pedissequa trasposizione delle norme europee, che poco aggiunge alle indicazioni fornite dalle direttive e che sostanzialmente rimette la soluzione dei dubbi che la relativa disciplina solleva sotto entrambi i profili ora richiamati alla normazione secondaria dell'AEEGSI e alle scelte interpretative della giurisprudenza amministrativa⁷⁵. Uno dei rari presidi era affidato dal decreto all'AGCM (art. 10), con la previsione di un'indagine conoscitiva sul modello del Gti da effettuare decorsi cinque anni dall'entrata in vigore del decreto. L'indagine riveste una duplice importanza: è funzionale all'individuazione di potenziali comportamenti discriminatori da parte dell'*incumbent* sotto il profilo dell'accesso alle infrastrutture energetiche; mira a verificare l'adeguatezza degli investimenti effettuati rispetto agli obiettivi strategici stabiliti dal Governo⁷⁶. Con il provvedi-

⁷⁴ Nell'audizione al Senato del 19 aprile 2011, Eni ha elencato le ragioni per cui l'*ownership unbundling* non sarebbe stata una scelta giustificata: Snam Rete Gas non è mai incorsa in procedimenti antitrust per abuso di posizione dominante, sono stati effettuati notevoli investimenti per ridurre la congestione del sistema e nell'interconnessione "reverse flow" con l'estero, la scelta della completa separazione proprietaria avrebbe determinato scompensi regolatori sul mercato europeo, trattandosi di un modello adottato solo da pochi paesi.

⁷⁵ L'Autorità è ripetutamente intervenuta in materia di *unbundling*, da ultimo con le deliberazioni 231/2014/R/com in materia di *unbundling* contabile e 296/2015/R/com in materia di *unbundling* funzionale. La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di pronunciarsi sul tema dell'*unbundling*, e in particolare sul rapporto tra la relativa disciplina speciale e i principi generali sulle società dettati dal codice civile (v. al riguardo, tra le altre, le sentenze del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, 18 dicembre 2008, nn. 385 ss., nonché 19 marzo 2009, nn. 3929 ss., e quelle del Consiglio di Stato, 16 dicembre 2008, n. 699 ss.).

⁷⁶ La direttiva 2009/73/CE prevede, all'art. 52, che la Commissione controlli ed esamini l'attuazione della direttiva e presenti al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sullo stato di attuazione. Questa deve comprendere indicazioni sul raggiungimento

mento 26103 del 6 luglio 2016 l'AGCM ha però ritenuto che non vi fosse luogo di procedere a tale indagine conoscitiva, data l'adozione del modello della separazione proprietaria da parte di SNAM.

2.1.4. *Il consolidamento dell'assetto di regolazione e la governance multilivello: i nuovi poteri dell'AEEGSI e il legame funzionale con l'ACER sul piano sanzionatorio*

Come si è detto, non è possibile in questa sede affrontare compiutamente il problema dell'assetto di *governance* multilivello che nel corso degli anni e nel passaggio dalle varie generazioni di direttive europee si è andato consolidando⁷⁷. La regolazione nazionale rappresenta l'ultimo livello nel sistema europeo di governo del mercato dell'energia, quello su cui, di fatto, poggia la maggior parte delle speranze di conseguire gli obiettivi di completamento del mercato interno dell'energia e di riduzione delle emissioni. La collaborazione dei regolatori nazionali all'interno dell'ACER e nell'attuazione del "Terzo Pacchetto" energia è l'ingrediente necessario per rendere credibile ed efficace l'azione di tutti gli altri livelli.

L'evoluzione del diritto europeo verso la creazione obbligatoria di regolatori indipendenti, di cui vengono dettagliatamente definiti compiti e requisiti, si intreccia con le dinamiche parallele degli Stati membri. Il modello del regolatore indipendente nel settore dell'energia è ormai ampiamente consolidato in Europa e in altre parti del mondo. Tuttavia, questa sostanziale convergenza nasconde spesso differenze non secondarie dal punto di vista della collocazione del regolatore nel contesto istituzionale di ciascun paese.

Nel caso dell'Italia, il lungo dibattito sulla riorganizzazione delle autorità indipendenti ha prodotto numerosi contributi scientifici e varie iniziative parlamentari. Tuttavia, nessuna proposta ha ottenuto il supporto necessario per tradursi in una riforma complessiva del sistema nazionale di regolazione. Nel settore dell'energia, come in altri settori,

degli obblighi di separazione e di tariffazione, sulle garanzie di accesso equo e non discriminatorio al sistema comunitario del gas, sull'apertura del suddetto mercato ai consumatori, un'analisi della sicurezza del sistema, della sua capacità di stoccaggio, alle misure adottate dai singoli Stati membri per affrontare i picchi di domanda e le eventuali carenze dei fornitori. Su questa falsa riga, il Governo ha inteso rimettere all'AGCM la specifica competenza conoscitiva di cui si è detto.

⁷⁷ Cfr., per tutti, G. BELLANTUONO, *I poteri dei regolatori nazionali e il ruolo dell'Agenzia europea*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia* 2012, cit., 43 ss.

si è proceduto con interventi circoscritti e spesso dettati da circostanze occasionali. Il risultato è una notevole frammentazione sul piano della distribuzione delle competenze. Com'è stato rilevato, i compiti di regolazione nel settore dell'energia sono stati suddivisi fra l'AEEGSI e il Ministero dello sviluppo economico.

Questo modello appare ora incompatibile con il "Terzo Pacchetto". I regolatori nazionali non possono ricevere istruzioni dai governi o da altri soggetti pubblici e privati. Inoltre, devono essere in grado di prendere decisioni autonome da qualsiasi organo politico (art. 35, par. 4 e 5, dir. 2009/72 e art. 39, par. 4 e 5, dir. 2009/73). Secondo le note interpretative della Commissione, queste previsioni vietano qualsiasi forma di pressione politica, così come escludono approvazioni preventive o successive per le decisioni dei regolatori. Rimane, invece, possibile per i governi emanare linee guida sulla politica energetica nazionale. L'art. 35, par. 1 dir. 2009/72 e l'art. 39, comma 1, dir. 2009/73 prevedono anche che ciascuno Stato membro designi un solo regolatore. Secondo le note interpretative, tale previsione impedisce di assegnare a un ministero parte dei principali doveri del regolatore.

Nel dare attuazione al "Terzo Pacchetto", il decreto legislativo n. 93/2011 non sembra aver colto a pieno questa trasformazione, come del resto rilevato dalla stessa AEEGSI nel parere sullo schema di decreto. In molti casi, i poteri già attribuiti dalla precedente legislazione al ministero sono stati confermati. Inoltre, al ministero è attribuita la maggior parte dei poteri di sorveglianza sui gestori di reti.

Come ha evidenziato Michela Giachetti Fantini, l'AEEGSI, con la segnalazione n. 461 dell'8 novembre 2012, concernente l'assetto dei mercati energetici conseguente all'attuazione in Italia del "Terzo Pacchetto", ha formulato alcune proposte di miglioramento normativo riguardo il d.lgs., n. 93 del 2011. Sono state formulate diverse proposte dall'Autorità, in particolare la revisione dell'art. 37, co. 3, del d.lgs. n. 93 del 2011 per trasferire, in conformità alle direttive del "Terzo Pacchetto", le competenze in materia di scambi transfrontalieri dell'energia dal Ministero dello sviluppo economico al regolatore di settore, attribuendogli il compito di determinare le modalità e le condizioni delle importazioni ed esportazioni di energia elettrica⁷⁸. L'Autorità ha proposto, inoltre, la modifica dell'art. 35, co. 2, del d.lgs. n. 93 in modo da

⁷⁸ Quest'indicazione rientra tra le modifiche introdotte con la citata legge europea 2014, che ha emendato l'articolo 37, co. 3 in tal senso, conferendo al Ministero dello sviluppo economico solamente il compito di adottare degli indirizzi.

attribuire la funzione di monitoraggio sul mercato al dettaglio dell'energia elettrica, attualmente riconosciuta in capo al Ministero dello sviluppo economico, al regolatore di settore, assegnando a questo anche il compito di modificare le condizioni di applicazione del regime di tutela dei prezzi per i clienti finali. L'Autorità ha anche sottolineato l'esigenza che il regolatore di settore, con una propria deliberazione, sentito il Ministero per lo sviluppo economico, adotti un piano operativo-attuativo delle linee di politica energetica delineate nella strategia energetica nazionale nei comparti di propria competenza⁷⁹.

È stato inoltre sottolineato dall'Autorità che spetta a essa il compito di trasformare gli indirizzi in materia di politica energetica in misure di regolazione, favorendo la costruzione di assetti di mercato efficienti. Al Governo e al Parlamento rimangono la definizione degli obiettivi strategici e delle norme generali, così come le decisioni riguardanti il collocamento delle risorse pubbliche.

Infine, come ricordato nel volume, va sottolineato come il finanziamento dell'AEEGSI si sia ridotto nel tempo, mettendo in crisi l'autonomia finanziaria dell'Autorità. Ciò a causa del trasferimento parziale, anche se sotto forma di prestito, delle risorse dell'AEEGSI ad altre Autorità amministrative indipendenti dopo il 2009 con la disposizione presente nell'art. 2, co. 241, della l. n. 191 del 2009. Tutto ciò insieme ai tagli alla spesa ha minato fortemente l'autonomia finanziaria dell'AEEGSI⁸⁰.

Nonostante queste criticità, il legislatore delegato ha fin da subito attribuito al regolatore nuovi poteri (artt. 42, 43, 44, 45, 46 del decreto legislativo n. 93/2011). Questi sembrano però indirizzati alla mera esecuzione delle decisioni di politica energetica. In alcuni casi, la loro vaghezza non li distingue da quelli che il regolatore di settore già possiede.

A tal proposito, occorre evidenziare quanto osservato da Antonio Cordasco riguardo ai poteri impliciti dell'AEEGSI. L'Autore, dopo

⁷⁹ Anche su questo punto è intervenuto l'articolo 26 della legge europea 2014, modificando l'articolo 16 del d.lgs. n. 93/2011. È stata, in particolare, trasferita dal Ministero all'AEEGSI la competenza di ricevere e sottoporre a consultazione il piano decennale di sviluppo della rete predisposto dal gestore. Al Ministero spetta di valutare la coerenza del piano decennale di sviluppo della rete con la strategia energetica nazionale, mentre l'Autorità interviene per la valutazione degli investimenti e il monitoraggio dell'attuazione del piano.

⁸⁰ M. GIACHETTI FANTINI, *La governance dei mercati energetici nell'attuazione in Italia del Terzo pacchetto comunitario*, *infra*, 246 e ss.

aver precisato che l'Authority si trova spesso a utilizzare poteri privi di un'espressa e puntuale base legale, analizza questo aspetto secondo una duplice impostazione e, precisamente, secondo l'impostazione rigorista, che attribuisce all'Authority solamente i poteri attribuiti dalla legge, e secondo un'impostazione flessibile, che riconosce i poteri non attribuiti da una norma, ma strumentali al perseguimento dei propri fini istituzionali⁸¹.

Tra i poteri relativi all'esecuzione delle decisioni di politica energetica rientrano, ad esempio, quelli previsti all'art. 43, co. 3, lett. a) e c): il regolatore vigila sui programmi di investimento dei gestori e sull'applicazione delle misure di salvaguardia adottate dal Ministero dello sviluppo economico (non è chiaro se da ciò discendano poteri conformativi in caso di eventuale deviazione dagli obiettivi dettati dal Ministero oppure se, più probabilmente, l'AEEGSI dovrà limitarsi a sanzionare gli operatori inadempienti).

Tra i poteri di carattere generale, più numerosi, vi sono i compiti che attengono all'adozione di "condizioni regolatorie appropriate" (art. 42, co. 1, lett. b), all'applicazione effettiva di "misure di tutela dei consumatori" (art. 43 co. 2, lett. a), alla possibilità di avviare indagini sul funzionamento dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale (art. 43, co. 5) e di collaborare con l'AGCM (art. 46, co. 1).

In merito ai più generali rapporti tra pubblici poteri, il decreto si è inizialmente caratterizzato per il pieno mantenimento di un certo "monismo" regolatorio in relazione ad esigenze ritenute strategiche per l'economia e per gli interessi nazionali. Si pensi, ad esempio, al piano decennale di sviluppo infrastrutturale: le direttive di terza generazione assegnano al regolatore un potere estremamente pervasivo in ordine al potenziamento delle reti, alla verifica circa la sua attuazione e all'adozione di provvedimenti finalizzati alla realizzazione di investimenti⁸².

Sul piano sanzionatorio, i rapporti tra potere esecutivo, regolatore nazionale e ACER sono cadenzati in maniera differente, ad esempio, rispetto al contenuto degli artt. 42 e 45 del decreto legislativo. I poteri sanzionatori dell'AEEGSI sono ampliati (art. 45, c. 1). Tali nuovi poteri sanzionatori sono di due specie: alcuni riguardano disposizioni contenute in regolamenti comunitari, altri sono legati a norme interne, la maggior parte delle quali contenute nel decreto. I primi tendono a migliorare il grado di contendibilità dei mercati energetici, seppur incidendo unicamente sul piano sanzionatorio e non su quello delle norme

⁸¹ A. CORDASCO, *Poteri impliciti e Autorità per l'energia elettrica ed il gas, infra, passim.*

condizionali. Tra questi rientra il potere di irrogare sanzioni in caso di mancato rispetto dei meccanismi di compensazione tra gestori del sistema di trasmissione di energia elettrica, di erogazione dei corrispettivi di accesso alla rete, di comunicazione di informazioni rilevanti per gestire le congestioni da parte dei gestori del sistema elettrico, di gestione delle congestioni stesse (artt. 13, 14, 15, 16, del regolamento (CE) n. 714/2009), di fornitura di servizi per i terzi da parte dei gestori dei sistemi di trasporto e stoccaggio del gas naturale, di assegnazione e scambio della capacità e di gestione delle congestioni dei sistemi di trasporto e stoccaggio, nonché degli obblighi di trasparenza a carico dei gestori in entrambe le fasi della filiera (artt. 14 a 19 e 22 del regolamento (CE) n. 715/2009).

Di particolare importanza sono, infine, le disposizioni contenute nell'art. 45, co. 2, del decreto legislativo. A queste occorre guardare con grande interesse perché, delineando un procedimento composto *top-down*, stringono il nodo della cooperazione tra ACER e regolatore nazionale. Tale legame giuridico potrebbe sopperire, almeno in parte, alle mancate previsioni di misure pro-concorrenziali da parte del legislatore delegato, nonché ribilanciare l'attività di indirizzo politico rispetto a quella di regolazione nei mercati energetici. È nel rapporto tra regolatori di ordinamenti diversi, nonché nella possibilità di sanzionare a livello nazionale l'inosservanza di atti di regolazione adottati a livello europeo, che si scorge la *vis* espansiva dei principi che informano la regolazione dei mercati energetici. Così, il regolatore nazionale potrebbe più facilmente sciogliersi dalla "cattura" politica e veicolare parte della propria attività attraverso l'agenzia europea.

L'ACER assume decisioni vincolanti che impattano direttamente sulla concorrenza in almeno quattro circostanze, così come previsto dal regolamento n. 713/2009: l'Agenzia, infatti, adotta tutte le decisioni individuali tecniche previste nelle direttive e nei regolamenti del "Terzo Pacchetto", decide in merito alle condizioni di accesso e di sicurezza delle "infrastrutture transfrontaliere" e alle questioni di "regolamentazione" in caso di mancato accordo tra autorità di Stati membri diversi o su esplicita richiesta di queste, nonché sulle deroghe alla disciplina dell'accesso delle medesime infrastrutture. La mancata osservanza delle decisioni adottate nel consesso europeo comporta l'irrogazione di una sanzione amministrativa da parte del regolatore nazionale. L'utilizzo degli impegni, tipici strumenti di *self-regulation*, assume una particolare rilevanza: questi possono costituire il momento finale del procedimento

istruttorio nazionale, ma, nel caso in cui sia violata una decisione dell'ACER, questi devono essere adottati dal regolatore nazionale, sentita l'Agenzia. La portata innovativa di queste disposizioni andrà attentamente valutata nel corso del tempo e dipenderà, essenzialmente, dalla forza dell'Agenzia rispetto agli operatori dominanti e dalla sua resistenza rispetto alle scelte di *high politics*.

3. *La politica europea nel settore dell'energia prodotta da fonti rinnovabili e l'attuazione degli obiettivi internazionali del Protocollo di Kyoto: una introduzione*

L'attuazione degli obiettivi internazionali del Protocollo di Kyoto del 7 dicembre 1997 sulla riduzione delle emissioni nocive per contrastare il *climate change* è stata affidata principalmente alla promozione delle fonti alternative di energia e alle misure di efficienza energetica⁸². Queste esigenze hanno portato gli Stati a istituire l'*International Renewable Energy Agency*, che è destinata a stabilizzare la cooperazione fra gli Stati nel settore, a supportarli nel dotarsi di infrastrutture funzionali all'integrazione delle fonti rinnovabili nella rete elettrica, a diffondere le tecnologie più avanzate e i meccanismi più adeguati di incentivazione⁸⁴.

Oggi, però, si è compreso che per rispettare gli obblighi assunti nel Protocollo di Kyoto – e quelli derivanti dall'accordo concluso in seno alla COP21 di Parigi il 12 dicembre 2015, la politica dell'Unione

⁸² A tal proposito, si veda la già citata modifica introdotta dalla Legge europea 2014.

⁸³ La produzione di energia rinnovabile costituisce uno degli strumenti più efficaci per contrastare il *climate change* poiché concorre a ridurre le emissioni nocive nella prospettiva della tutela ambientale, si veda F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in F. CORTESE, F. GUELLA, G. POSTAL, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, Cedam, 2013, 6. Un nesso esplicito fra utilizzo delle fonti rinnovabili e tutela ambientale è contenuto nel considerando 48 della direttiva 2009/28/CE, laddove si specifica che "gli Stati membri, al fine di accelerare la fissazione di livelli minimi per l'uso di energia da fonti rinnovabili negli edifici, prevedano che tali livelli siano conseguiti con l'inserimento di un fattore di energia da fonti rinnovabili per il rispetto delle prescrizioni minime di rendimento energetico previste dalla direttiva 2002/91/CE, correlato a una riduzione ottimale in termini di costi delle emissioni di carbonio per edificio". Lo stesso nesso emerge con evidenza dal titolo del Libro verde *A Framework for Climate and Energy Policies* (COM 2013/0169).

⁸⁴ L'Italia ha ratificato lo Statuto di Irena, firmato da ben 75 Stati il 26 gennaio 2009, con la l. 5 aprile 2012, n. 48, "Ratifica ed esecuzione dello Statuto dell'Agenzia internazionale per le energie rinnovabili, effettuata a Bonn il 26 gennaio 2009", in GURI, 3 maggio 2012, n. 102. Per un approfondimento in merito si veda C. SISLER, *L'Agenzia internazionale per le energie rinnovabili*, in F. CORTESE, F. GUELLA, G. POSTAL, cit., 171.

e degli Stati membri, nelle rispettive competenze, deve essere coadiuvata da un maggior intervento dei pubblici poteri nel processo di produzione e distribuzione dell'energia rinnovabile, che incida non solo riguardo sugli incentivi, ma anche sui procedimenti amministrativi preordinati al rilascio delle autorizzazioni, l'accesso e il funzionamento delle reti. Da tutto ciò si evince la volontà del legislatore europeo di conformare anche l'azione amministrativa nazionale in modo da evitare ostacoli per il raggiungimento degli obiettivi europei.

Già dal 1997, nel Libro bianco sulle energie rinnovabili⁸⁵ la Commissione europea aveva mostrato la necessità di far fronte ai problemi di sostenibilità dovuti ai cambiamenti climatici e all'inquinamento atmosferico, di accrescere la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e di sviluppare la competitività e l'innovazione industriale e tecnologica dell'Europa, impostando una decisa politica di sviluppo delle risorse rinnovabili, impegnandosi a portare la quota delle stesse nel consumo di energia primaria al 12% entro il 2010⁸⁶.

Il Libro bianco, infatti, annunciava una strategia e un piano d'azione a favore delle energie rinnovabili, sottolineando la necessità di sviluppare tutte le fonti di energia rinnovabile e di migliorare gli strumenti di pianificazione e l'accesso alle reti elettriche per le energie rinnovabili.

La direttiva 2001/77/CE, finalizzata alla promozione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, e la direttiva 2003/30/CE, tesa a favorire il ricorso a biocarburanti nel settore dei trasporti, sono state i due principali atti normativi che hanno fissato obiettivi indicativi per il 2010 per tutti gli Stati membri e hanno imposto l'adozione di misure per rafforzare la crescita, lo sviluppo e l'accesso delle energie rinnovabili. La strada scelta è stata quella di un'armonizzazione "a maglie larghe", lasciando agli Stati membri la scelta dei mezzi giuridici concreti per raggiungere gli obiettivi comuni fissati a livello europeo.

Come sottolinea nel volume Lorenzo Cuocolo, la direttiva 2001/77/CE dedicava particolare attenzione alla riduzione e semplifi-

⁸⁵ Adottato nel novembre del 1997 e reperibile *on line* all'indirizzo europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_it.pdf.

⁸⁶ L'attenzione delle istituzioni europee per l'energia verde risale al *Libro verde* sulle energie rinnovabili del 20 novembre 1996. Tale documento fissa obiettivi precisi, proponendo di portare il consumo lordo di rinnovabili al 12% nel 2010, raddoppiando così sostanzialmente la quota di partenza che, nel 1996, era del 6%. Sul punto cfr. F. SALVEMINI, *La legislazione europea in materia di energie rinnovabili*, in *Le energie rinnovabili - Prospettive e riflessioni per uno sviluppo equilibrato*, in AA.VV., *I Quaderni di Italianieuropei*, 2/2010, 23.

cazione degli oneri normativi e amministrativi, le c.d. *non-cost barriers*. La direttiva, all'art. 6, par. 1, chiedeva agli Stati membri di rivedere il proprio quadro normativo in materia di energia da fonti rinnovabili, per attuare la riduzione degli ostacoli normativi e promuovere la razionalizzazione e l'accelerazione delle procedure amministrative⁸⁷.

3.1. Il "Pacchetto Clima Energia" e la politica europea in favore delle energie rinnovabili

Il c.d. "Pacchetto Clima Energia" ha fissato nuovi obiettivi per il 2020 in materia di politiche energetiche e cambiamenti climatici al fine di creare un quadro giuridico stabile⁸⁸. L'Unione europea, con l'approvazione del "Pacchetto Clima Energia", ha fissato per il 2020 l'obiettivo di conseguire un aumento del 20% dell'efficienza energetica, di garantire una riduzione del 20% delle emissioni di gas serra e di coprire il 20% della domanda di energia dell'Unione europea attraverso il ricorso a fonti rinnovabili.

Dalla politica energetica dell'Unione si evince la volontà di voler combattere contro il surriscaldamento globale promuovendo un'economia a bassi tassi di emissione. Il percorso politico dell'Unione Europea in materia di energia rinnovabile, oggi, è tracciato dalla direttiva 2009/28/CE, in combinato disposto con il "Terzo Pacchetto", ed è proseguito con ulteriori documenti e programmi⁸⁹ dai quali emergono talune difficoltà di attuazione dei precetti della direttiva 2009/28/CE, tanto che la Commissione ha dovuto avviare alcune procedure di infrazione, ex art. 258 TFUE, nei confronti di Stati membri.

⁸⁷ L. CUOCOLO, *La governance dei mercati energetici nell'attuazione in Italia del Terzo pacchetto comunitario, infra, passim*.

⁸⁸ Il Pacchetto Clima-energia del 2009 contiene la direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, la direttiva 2009/29/CE sul sistema comunitario per lo scambio di quote di emissione di gas a effetto serra, la decisione n. 406/2009/CE, concernente gli sforzi degli Stati membri per ridurre le emissioni di gas ad effetto serra entro il 2020, la direttiva 2009/31/CE sullo stoccaggio geologico di biossido di carbonio. In particolare, la direttiva 2009/28/CE ha assorbito in sé, prevedendone prima la modifica, e poi la definitiva caducazione (a partire dal 1° gennaio 2012), le precedenti direttive vigenti in materia (direttiva n. 2001/77/CE sulla promozione di elettricità da fonti rinnovabili e direttiva n. 2003/30/CE sulla promozione dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti), creando il presupposto per una senz'altro significativa innovazione dello scenario delle energie rinnovabili per i prossimi decenni.

⁸⁹ Si vedano, in particolare, le Comunicazioni della Commissione europea del 10 novembre 2010 *Energie 2020. Strategie pour une energie compétitive, durable et sûre* (COM(2010) 639); nonché il programma Intelligent Energy - Europe (IEE).

L'attenzione da parte delle istituzioni europee si è anche concentrata sull'opportunità di introdurre alcune modifiche nella *policy* comunitaria, in una prospettiva di medio e lungo periodo. Il 22 gennaio 2014 è stato presentato il quadro 2030, con il quale vengono fissati nuovi obiettivi rispetto a quelli previsti per il 2020: è prevista la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 40% rispetto al 1990, con un aumento della quota delle energie rinnovabili e dell'efficienza energetica al 27%. La stessa direttiva 2009/28/CE prevede, in vista della prosecuzione della promozione dell'energia rinnovabile dopo il 2020, che la Commissione presenti nel 2018 una tabella di marcia relativa al periodo successivo al 2020, nonché, nel 2021, una relazione sull'applicazione della direttiva, che sottolinei l'utilità di alcuni elementi per il conseguimento degli obiettivi sulla base del miglior rapporto costi-benefici.

In tale quadro, lo scorso novembre la Commissione ha presentato un pacchetto di proposte legislative e di revisioni alle direttive sull'energia volte a mantenere la competitività dell'Unione europea in questa fase di transizione verso l'energia rinnovabile che sta trasformando i mercati mondiali.

Le principali novità del pacchetto "*Clean Energy for All Europeans*" riguardano l'efficienza energetica, le energie rinnovabili e il ruolo dei consumatori⁹⁰.

In merito alle proposte di revisione che riguardano le direttive sull'energia rinnovabile, occorre segnalare alcuni dati interessanti: rimane invariata la quota delle energie rinnovabili e dell'efficienza energetica al 27%; viene eliminata la priorità di dispacciamento per i nuovi impianti di energia rinnovabile con potenza superiore a 500 kW; vengono stabiliti dei principi generali che gli Stati membri saranno tenuti a osservare al momento della predisposizione dei meccanismi incentivanti alle energie rinnovabili, quali l'apertura transfrontaliera e l'efficacia dei costi, la non retroattività delle misure e l'operatività sul lungo termine degli stessi; inoltre, la proposta della Commissione prevede l'introduzione formale nel testo legislativo dello strumento del "*one stop shop*" per le autorizzazioni (autorizzazione unica).

La Commissione ha voluto anche incentivare e tutelare la figura del *prosumer* (produttore-consumatore), indicata esplicitamente come una risorsa per il sistema energetico: "i consumatori dovranno poter autoconsumare energia senza restrizioni indebite e dovranno essere re-

⁹⁰ L. DI MARTE, *La Commissione Europea presenta il Pacchetto "Clean Energy for all Europeans"*, 20 dicembre 2016, www.amministrazioneincammino.luiss.it.

munerati per l'energia che cedono alla rete". I consumatori inoltre potranno organizzarsi in gruppi per la generazione, il consumo, lo stoccaggio e la vendita di energia da rinnovabili⁹¹.

Nel disegno della Commissione ai consumatori è garantita maggiore trasparenza e maggiore informazione nelle comunicazioni con i propri fornitori, anche grazie alla dotazione di *smart meters* (misuratori). A tutti i consumatori viene inoltre garantito l'accesso ad almeno un sistema di comparazione certificato, al fine di paragonare le offerte dei diversi fornitori.

Infine, è previsto l'obbligo da parte degli Stati membri, con cadenza biennale, di riferire alla Commissione la propria situazione energetica in termini di disponibilità.

3.1.1. La direttiva 2009/28/CE

Come anticipato, il fondamento giuridico della direttiva è rappresentato dagli artt. 11, 191 e 192 TFUE, che disciplinano la salvaguardia ambientale, la tutela della salute umana e l'uso razionale delle risorse naturali, nel quadro della realizzazione del principio internazionale dello sviluppo sostenibile, nonché dal citato art. 194 TFUE.

La direttiva ha provveduto a indicare criteri e modalità per l'attuazione degli obiettivi fissati dal "Pacchetto Clima Energia", definendo un quadro nuovo, più generale, di promozione delle fonti di energia rinnovabile nell'Unione europea. Contrariamente alla direttiva 2001/77/CE, la direttiva 2009/28/CE ha valenza prescrittiva, in quanto in grado di creare obblighi puntuali a carico degli Stati membri, nel quadro dell'armonizzazione (e non uniformazione⁹²) promosso dalla politica europea dell'energia.

Sono stati fissati, in particolare, gli obiettivi nazionali obbligatori per l'informazione, la formazione e l'accesso alla rete elettrica per l'energia da fonti rinnovabili.

La direttiva del 2009 prende atto delle differenti situazioni di partenza degli Stati membri e del fatto che le possibilità di sviluppo dell'energia da fonti rinnovabili e del mix energetico variano da uno Stato

⁹¹ Si veda il documento della Commissione "Providing a fair deal for consumers", Bruxelles, 30 novembre 2016 recuperabile in http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3961_en.htm.

⁹² Su una distinzione di massima fra il modello d'integrazione affidato all'armonizzazione e quello dell'uniformazione si veda P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, Londra, Cavendish Publishing Ltd, 1999, 41 e ss.

membro all'altro. La direttiva stabilisce un obiettivo generale vincolante del 20% per la quota di energia rinnovabile sul consumo energetico dell'Unione Europea e un obiettivo minimo vincolante del 10% per la quota di biocarburanti.

Secondo la direttiva, la ripartizione tra gli Stati membri dell'obiettivo relativo alla copertura della domanda di energia tramite fonti rinnovabili deve essere effettuata sulla base di un aumento uguale della quota di ogni Stato membro valutato in funzione del rispettivo PIL, tenuto conto della situazione di partenza, ed effettuando i calcoli in termini di consumo finale lordo di energia, tenuto conto dell'impegno precedentemente profuso dagli Stati membri in merito all'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

Per l'Italia la quota di energia rinnovabile rispetto ai consumi energetici complessivi, il c.d. *burden sharing*, è fissata al 17%.

I progressi realizzati nella promozione e nell'uso dell'energia da fonti rinnovabili vengono specificati nelle relazioni che gli Stati devono presentare alla Commissione con cadenza biennale a partire dal 31 dicembre 2011 e fino al 31 dicembre 2021, il cui contenuto estremamente dettagliato è specificato dall'art. 22.

La direttiva, per assicurare che gli obiettivi nazionali obbligatori generali vengano raggiunti, prevede che gli Stati membri dovranno adottare un piano di azione nazionale per le energie rinnovabili. Nei Piani di azione nazionale, come vedremo, gli Stati dovranno indicare gli obiettivi finali e quelli intermedi fissati dalla direttiva stessa e le conseguenti misure che essi intendono adottare per il loro conseguimento, ivi comprese la cooperazione tra autorità locali, regionali e nazionali, i trasferimenti statistici o i progetti comuni pianificati, le politiche nazionali per lo sviluppo delle risorse della biomassa esistenti e per lo sfruttamento di nuove risorse della biomassa per usi diversi.

La direttiva, per evitare che il raggiungimento degli obiettivi sia rinviato al 2020, ha fissato una "traiettoria indicativa", rinvenibile nell'allegato I, Parte B, dei progressi che gli Stati devono attuare con cadenza biennale a partire dal 2012, in relazione agli obiettivi nazionali preventivati. Gli obiettivi periodici fissati dalla traiettoria indicativa non sono vincolanti, sebbene il loro mancato rispetto possa spingere la Commissione a emanare alcune raccomandazioni, in vista del raggiungimento delle quote finali (art. 3, par. 2).

Alla rigidità delle quote imposte, corrisponde un quadro normativo molto flessibile sul piano della scelta delle tecnologie di produ-

zione dell'energia rinnovabile, nonché dei diversi modelli previsti dagli artt. 6-11 per raggiungere i rispettivi traguardi.

Il secondo sistema previsto per il raggiungimento dei quantitativi nazionali è quello della cooperazione tra Stati membri per la realizzazione di progetti comuni per la produzione di energia rinnovabile. Questi progetti devono presentare il carattere della novità e devono essere presentati successivamente all'entrata in vigore della direttiva ovvero generare un incremento della produzione di un impianto già esistente, grazie alla ristrutturazione dello stesso.

L'art. 11 della direttiva prevede la possibilità per gli Stati membri di decidere di unire o coordinare parzialmente i regimi di sostegno nazionali computando una determinata quantità di energia rinnovabile prodotta nel territorio di uno Stato membro ai fini del raggiungimento dell'obiettivo nazionale di un altro Stato membro⁹³.

Nell'ambito dell'attività di controllo della Commissione, grande rilevanza assumono l'analisi e il piano d'azione sull'energia da fonti rinnovabili, strumenti di miglioramento, di finanziamento e di coordinamento per la realizzazione dell'obiettivo del 20%; la relazione biennale al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla situazione degli Stati e sull'impatto ambientale dei biocombustibili; nonché una relazione, da presentare in un momento intermedio (31 dicembre 2014) rispetto alla scadenza degli obiettivi, sulle questioni più rilevanti emerse durante l'attuazione della direttiva⁹⁴.

3.1.2. *Le divergenze fra il diritto europeo e le legislazioni nazionali: il caso della Germania*

Le norme europee in materia di energie rinnovabili si sono rivelate di non sempre facile attuazione. Franz Jurgen Säcker nel volume, evidenza le problematiche economiche e le incompatibilità della normativa tedesca con quella europea, riguardo le fonti di energia rinnovabile⁹⁵.

Attualmente, in Germania, i consumatori non beneficiano dei prezzi più bassi che deriverebbero da un aumento della fornitura di

⁹³ Criticamente su questi meccanismi: C. KLESSMANN, *The Evolution of Flexibility Mechanism for Achieving European Renewable Energy Targets 2020 - Ex ante Evaluation of the Principal Mechanism*, in *Energy Policy*, 4966, 2009, 37, 11.

⁹⁴ Cfr. art. 23, par. 3, 7 e 8. In dottrina: S. QUADRI, *Energia sostenibile. Diritto internazionale, dell'Unione europea e interno*, Giappichelli, Torino, 2012, 152 ss.

⁹⁵ F.J. SACKER, *The Promotion of Renewable Energies in Germany and its Compatibility with the Third Energy Package*, *infra*.

energia elettrica. Questo perché la maggiore offerta è una conseguenza dell'aumento delle energie rinnovabili, ma i prezzi più bassi sul mercato all'ingrosso dipendono dagli indennizzi che vengono effettuati dai consumatori e dalle industrie.

La maggiore produzione di energia da fonti rinnovabili proviene dal nord e per evitare perdite di tensione lungo le reti che trasmettono l'energia al sud occorre costruire 3.700 chilometri di linee ad alta tensione. Questa situazione è aggravata dal fatto che gli impianti fotovoltaici, che forniscono anche energia elettrica, operano su base decentralizzata e in molti zone si genera più elettricità di quanto necessita a livello locale. Questo comporta un'immissione "bottom-up" dalle reti locali di distribuzione alle reti a monte e quindi il rafforzamento e la conversione dell'esistente in reti intelligenti ed alta tecnologia, che finirà con il comportare un ulteriore aumento dei prezzi dell'elettricità.

Considerando la non continuità delle energie rinnovabili (l'energia eolica e solare non sono sempre disponibili), le nuove centrali a gas devono essere costruite in modo da garantire la stabilità della rete immettendo energia in bilanciamento qualora l'energia eolica e solare non dovesse essere generata a sufficienza⁹⁶. Queste centrali elettriche non potranno essere redditizie sulla base degli attuali prezzi di mercato a causa dei loro brevi tempi di operatività. Il Governo sta attualmente cercando di assicurare la fornitura di energia elettrica in assenza di energia eolica o solare per mezzo di un (temporaneo) divieto di cessazione delle centrali elettriche che sono diventate inutili e di promuovere la costruzione di nuove centrali elettriche alimentate a gas. Questa politica è fortemente contestata, in quanto il pagamento per la capacità di generare energia (e non per quella realmente prodotta) corrisponde a un regime di sostegno nazionale vietato dalla normativa europea in riferimento ad un mercato unico.

⁹⁶ È oggetto di discussione la possibilità di sostenere le energie rinnovabili con gli impianti tradizionali al fine di assicurare la sicurezza dell'approvvigionamento: F. BARRERA, M. JANSSEN, CH. RIECHMANN, *Kapazitätsmärkte: Aus der internationalen Praxis lernen?*, in *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 2011, 8; O. DÄUPER, J.O. VOB, *Rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten von Kapazitätsmechanismen auf dem Stromerzeugungsmarkt*, ZNER 2012, 117; F. MATTHES, B. SCHLEMMERMEIER e al., *Rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten von Kapazitätsmechanismen auf dem Stromerzeugungsmarkt*, dicembre 2012, consultabile su <http://www.oeko.de/oekodoc/1586/2012-442-de.pdf>; CONSENTEC, *Versorgungssicherheit effizient gestalten - Erforderlichkeit, mögliche Ausgestaltung und Bewertung von Kapazitätsmechanismen in Deutschland*, Feb. 2012, consultabile su http://www.consentec.de/wpcontent/uploads/2012/03/Consentec_EnBW_KapM%C3%A4rkte_Ber_20120207.pdf.

Questi nuovi sviluppi porteranno a un aumento dei prezzi dell'elettricità in Germania di almeno il 60% nel corso del prossimo decennio. La maggioranza degli Stati membri dell'UE non segue volentieri la Germania su questo percorso. A causa di prezzi troppo elevati dell'energia, c'è il pericolo che la Germania non sia più competitiva per quanto riguarda importanti settori dell'industria che fanno un utilizzo intensivo dell'elettricità, come il settore dell'acciaio, dell'alluminio e della carta. Attualmente, le società attive in questi settori sopravvivono solo perché non sostengono le spese dei prezzi in aumento dell'elettricità, grazie alla politica di sostegno nazionale (Section 19 paragraph 2 sentence 2 dell'Electricity Network Charges Ordinance e Sections 40 e seguenti EEG - *Erneuerbare Energien Gesetz*, Legge sulle energie rinnovabili entrata in vigore nel 2000 e da allora più volte modificata: EEG 2004, EEG 2009, EEG 2012, PV-Novelle, EEG 2014, EEG 2017). La norma appena richiamata esenta queste imprese dal costo delle energie rinnovabili e questa esenzione è attualmente oggetto di vari procedimenti giudiziari che ne mettono in discussione la conformità con il diritto comunitario e il diritto costituzionale tedesco relativamente ai profili di una discriminazione arbitraria.

Il fatto che così alti costi saranno trasferiti sui consumatori è molto preoccupante.

Un altro aspetto che ostacola l'integrazione europea è la priorità incondizionata delle energie rinnovabili, che si trova nel cuore dell'EEG (*Erneuerbare Energie Gesetz*) ed è attualmente al centro di molte critiche. L'immissione prioritaria assicura l'immissione in rete di energie rinnovabili, mentre altre fonti di energia devono essere spente o limitate se necessario. Questo non vale solo per centrali elettriche convenzionali tedesche, ma anche per gli impianti all'estero, che perdono le loro opportunità di vendere l'energia sul mercato tedesco. La priorità che è attualmente data alle energie rinnovabili ostacola quindi l'integrazione europea.

Considerando il loro potenziale di discriminazione nei confronti dei fornitori di energia elettrica all'estero, tutte le forme di promozione legale delle energie rinnovabili stabilite negli atti di promozione (*promotion acts*), come le sovvenzioni, sono compatibili con il diritto UE solo finché il mercato interno comune per l'energia non ne sia limitato⁹⁷.

⁹⁷ Corte di giustizia, causa C-379/98, *European Court reports 2001*, I-02099, par. 69.

La Corte di giustizia, con la sentenza *Preußen-Elektra*, ha espressamente considerato una siffatta disposizione nazionale come una violazione del principio della libera circolazione delle merci e l'ha ritenuta giustificabile solo sulla base di motivi di tutela ambientale, in quanto il principio della libera circolazione delle merci non era stato essenzialmente limitato tenendo conto delle quantità marginali di energia eolica promossa a livello nazionale (a quel tempo)⁹⁸. Attualmente, il diritto dell'Unione giustifica le azioni di promozione degli Stati membri che potenzialmente discriminano le aziende di altri Stati membri dell'UE, purché si chiudano i mercati nazionali non oltre il 15% (art. 15, par. 4 della direttiva 2009/72/CE)⁹⁹. La direttiva sulla promozione delle energie rinnovabili del 2009 non consente la chiusura di un mercato nazionale.

Tutte le istituzioni dell'UE sono vincolate dal principio della libera circolazione di merci. Questo è stabilito dall'art. 34 TFUE, che non può essere limitato dal diritto derivato dell'UE. La chiusura completa dei mercati nazionali contrasta con una vera politica energetica comune.

All'interno della logica della nuova politica energetica tedesca, le centrali elettriche straniere sarebbero utilizzate solo come centrali elettriche in *stand-by* per la fornitura di energia di bilanciamento, al fine di bilanciare la non stabilità dell'energia eolica e solare e le nuove interconnessioni transfrontaliere diventerebbero rotte di esportazione per vendere l'eccesso di energia rinnovabile ad altri Stati vicini nelle giornate con forte vento e basso consumo domestico.

Se i fornitori esteri di energia elettrica da fonti fossili e nucleari importassero nelle giornate con vento debole, dovrebbero anche sostenere i costi della promozione dell'energia eolica pagando oneri per la rete di trasmissione.

L'unica opzione della Germania per la realizzazione dei propri obiettivi di energia rinnovabile è quello di collaborare con gli altri Stati membri al fine di raggiungere una comune politica europea energetica e ambientale, altrimenti avremo in futuro delle costose reti intelligenti e parchi eolici *offshore* che operano in *stand-by* in giorni di buon vento sebbene capaci di fornire più del 100% della produzione di energia elettrica necessaria perché il sistema di immissione priorità nazionale

⁹⁸ Corte di giustizia, causa C-379/98, *European Court reports 2001*, I-02099, par. 81.

⁹⁹ Il paragrafo 4 dell'art. 15 stabilisce che "Per motivi di sicurezza degli approvvigionamenti, uno Stato membro può ordinare di dare la priorità al dispacciamento di impianti di generazione alimentati con fonti nazionali di energia combustibile primaria, con un limite del 15% di tutta l'energia primaria necessaria per generare l'energia elettrica consumata nello Stato membro interessato in ogni anno civile".

illimitata rende inefficiente il mercato interno previsto. Sono inoltre necessarie iniziative a livello europeo per garantire una migliore integrazione degli obiettivi di tutela ambientale e prevenire che la politica energetica tedesca intraprenda un percorso di distruzione¹⁰⁰.

3.2. *Gli incentivi degli Stati membri secondo la direttiva 2009/28/CE*

Gli Stati membri hanno adottato una politica di incentivazione per rispettare gli obblighi dettati dall'Unione Europea, nel quadro degli obblighi internazionali di riduzione delle emissioni nocive discendenti dal Protocollo di Kyoto. Si tratta di meccanismi riconducibili alla previsione normativa di un beneficio diretto a stimolare il compimento di un'attività economica che, altrimenti, non sarebbe economicamente conveniente per il soggetto privato, tanto da collegarne l'attribuzione al suo effettivo svolgimento¹⁰¹.

La necessità di incentivare la produzione di energia rinnovabile trova la base giuridica nell'art. 194 TFUE e si collega al fine ultimo di "preservare e migliorare l'ambiente"¹⁰².

È stato constatato che il funzionamento del mercato, senza correttivi pubblici, e, quindi, senza il ricorso a meccanismi di incentivazione non riesce ad apportare utilità all'ambiente¹⁰³. Tali meccanismi devono tuttavia essere coerenti, a livello europeo, con il rispetto della disciplina in materia di concorrenza e di aiuti di Stato e, a livello internazionale, con le norme dell'Organizzazione Mondiale del Commercio sulle sovvenzioni.

¹⁰⁰ F.J. SÄCKER, *The Promotion of Renewable Energies in Germany and its Compatibility with the Third Energy Package*, *infra, passim*.

¹⁰¹ Per la nozione giuridica di incentivazione si veda G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962; si veda anche S. VALENTINI, *L'attività di incentivazione: tipologie e funzioni*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica. Atti del Convegno nazionale di studi organizzato dall'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di economia e commercio dell'Università degli studi di Torino*, 13-15 giugno 1985, pubblicati a cura di C. Ferrari, Milano 1987.

¹⁰² Si riporta l'art. 194 TFUE, par. 1, lett. c): "promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili".

¹⁰³ Si veda P. RANCI (a cura di), *Economia dell'energia*, Bologna, il Mulino, 2011; riguardo agli obblighi internazionali si veda P.D. FARAH, E. CIMA, *L'energia nel contesto degli accordi dell'OMC: sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche Opec di controllo dei prezzi*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 2, 2013, 343; L. RUBINI, *The subsidization of Renewable Energy in the WTO: Issues and Perspectives*, Working Paper n. 2011/321, giugno 2011.

L'azione di promozione delle fonti rinnovabili è prevista dal legislatore europeo nella direttiva 2009/28/CE. Come si evince dal considerando 25 della dir. 2009/28/CE, gli Stati membri sono liberi di scegliere i meccanismi di incentivazione nazionale.

La disciplina europea si limita a favorire il sostegno transfrontaliero alla generazione di energia rinnovabile, senza interferire sull'autonomia degli Stati e quindi nella scelta dei regimi di sostegno nazionali¹⁰⁴.

La disciplina europea, a tal fine, spinge per l'introduzione di strumenti di mercato che si adattano maggiormente alle differenti condizioni ambientali e produttive dei singoli Stati, in modo da offrire alle imprese una maggiore flessibilità nella scelta dei modi per conseguire gli obiettivi ambientali¹⁰⁵, come l'erogazione di incentivi, lo scambio di certificati insieme a misure di *command and control*, quali gli atti di pianificazione, le imposizioni di limiti, le autorizzazioni e le sanzioni amministrative¹⁰⁶.

L'utilizzo di tali meccanismi, all'interno di un quadro normativo che contempli e definisca gli interessi pubblici specifici che tramite questi devono essere raggiunti, spinge le imprese a ricercare metodi nuovi per diminuire i costi sostenuti per adeguarsi alla normativa ambientale e soluzioni migliori per rispettarla, al fine di ridurre sempre più gli effetti negativi sull'ambiente della propria attività¹⁰⁷.

Il legislatore europeo ha concepito il ricorso a tali strumenti incentivanti come *necessario* ma, al tempo stesso, *provvisorio*, cioè perseguibile finché lo sviluppo delle tecnologie per la generazione e l'utilizzo di energia da fonti rinnovabili comporti una diminuzione dei costi tali

¹⁰⁴ Riguardo ai meccanismi di cooperazione fra gli Stati membri contemplati dalla direttiva 2009/28/CE; si veda M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia*, cit., *passim*.

¹⁰⁵ Sui benefici e gli svantaggi del ricorso a strumenti di mercato per conseguire finalità ambientali, si veda M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, 181; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

¹⁰⁶ La Commissione, nella Comunicazione *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*, 5 novembre 2013, COM (2013) 7243 def., ha ribadito tale preferenza per i regimi di sostegno fondati su meccanismi di mercato. Si veda altresì la Comunicazione della Commissione europea, *Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*, 20 settembre 2000, (COM (2000) 576 def., § 3 in particolare).

¹⁰⁷ Per un quadro dell'incidenza del principio di proporzionalità sugli interventi di sostegno alla produzione di energia rinnovabile, si veda M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia*, cit., *passim*.

da renderle competitive con le altre, senza il sostegno di regimi d'incentivazione.

Tali interventi pubblici devono correggere le debolezze del mercato supportandolo, utilizzando i suoi stessi segnali: per questo devono essere posti sempre all'insegna delle regole della concorrenza e della *par condicio* fra gli operatori economici al fine di non generare distorsioni irragionevoli che portino il mercato a non elaborare parametri autonomi.

La Commissione europea¹⁰⁸ ha evidenziato come gli Stati membri, nel rispetto del principio di proporzionalità, debbano limitare gli interventi di sostegno alla produzione di energia rinnovabile a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Il rispetto del principio di proporzionalità obbliga a limitare nel tempo gli incentivi e a un'immediata cessazione degli stessi nel momento in cui siano stati conseguiti i risultati voluti dal legislatore europeo, cioè quando la produzione di energia da fonti rinnovabili diventi effettivamente conveniente per gli operatori economici.

Il legislatore europeo, attraverso l'art. 13, dir. 2009/28/CE, afferma che le politiche di promozione sono efficaci quando gli Stati affiancano ai regimi d'incentivazione la semplificazione dei procedimenti amministrativi, l'adeguamento della rete nazionale di distribuzione e, infine, la rimozione degli ostacoli alla localizzazione degli impianti sul territorio. La scarsa qualità della normazione, la presenza di limiti insiti nei procedimenti autorizzatori e l'insufficienza della rete nazionale sono in grado di ridurre notevolmente i benefici prodotti dai regimi incentivanti per la generazione di energia rinnovabile.

Inoltre, il legislatore europeo precisa, nei considerando 14 e 25, che i regimi di sostegno nazionale devono creare quelle condizioni di certezza tali da stimolare la fiducia degli investitori.

Il nostro legislatore ha recepito la dir. 2009/28/CE tramite il d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 che, all'interno del Titolo V, traccia il quadro di riordino dei regimi d'incentivazione, affermando che questi debbano promuovere "l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione, perseguendo nel contempo l'armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità e la riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori" (art. 23, co. 1). Il secondo comma dell'art. 23 afferma che costituiscono ulteriori principi generali "la gradualità di intervento a salvaguardia degli investimenti

¹⁰⁸ Si veda la Comunicazione della Commissione *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*, cit.

effettuati e la proporzionalità agli obiettivi, nonché la flessibilità della struttura dei regimi di sostegno, al fine di tener conto dei meccanismi del mercato e dell'evoluzione delle tecnologie delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica". Inoltre, il decreto in questione, all'art. 4, co. 1, afferma che la realizzazione degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili è disciplinata "secondo speciali procedure amministrative semplificate, accelerate, proporzionate e adeguate, sulla base delle specifiche caratteristiche di ogni singola applicazione".

3.2.1. La disciplina dell'efficienza energetica e i certificati "multicolore"

I certificati bianchi e verdi sono due meccanismi utili per diminuire la produzione di CO₂ nell'ottica degli obiettivi europei sulle politiche ambientali ed energetiche¹⁰⁹ e del rispetto del Protocollo di Kyoto. L'obbligo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra è ripartito fra gli Stati membri ed è stato tradotto nella direttiva 2003/87/CE che ha istituito un sistema comunitario per lo scambio di quote di emissioni di gas, denominato *Emission Trading System* (ETS) "secondo criteri di efficacia dei costi ed efficienza economica".

I certificati bianchi e verdi vengono comunemente chiamati «*titoli energetici multicolore*», ed hanno una libera circolazione in diversi paesi Europei¹¹⁰, i quali, dopo l'Olanda, che per prima, nel 1998, aveva inaugurato il sistema dei certificati, hanno un sistema composto da una domanda e da un'offerta appetibile, generatrice di un ricavo addizionale, tale da incentivare il ciclo degli investimenti in tecnologie per la produzione di energia da fonti rinnovabili e tali da garantirne un impiego ulteriore.

I certificati verdi e bianchi sono oggetto quindi di uno scambio commerciale di attestazioni, di valutazioni programmatiche attribuibili al singolo paese europeo la cui finalità è addivenire a una *positività ambientale*, intesa come una situazione in cui la questione ambientale

¹⁰⁹ La Commissione Europea ha presentato il 22 gennaio 2014 al Parlamento e al Consiglio Europeo una serie di documenti con cui ha articolato la sua proposta generale relativamente al quadro di riferimento delle politiche energetiche ed ambientali dell'Unione per il periodo 2020-2030. La proposta fa seguito al Libro verde del 27 marzo 2013, attraverso il quale era stata lanciata un'ampia consultazione pubblica sui futuri obiettivi energetici e climatici europei e sulla loro struttura. Proprio in base agli esiti di questa consultazione, tra l'altro, l'Unione Europea ha stabilito l'obiettivo di ridurre, entro il 2050, le emissioni di gas serra dell'80-95% rispetto ai livelli del 1990.

¹¹⁰ Dopo l'Olanda, anche l'Italia, la Francia, la Svezia e alcuni stati della Federazione Americana hanno iniziato a ricorrere a tali titoli negoziabili, creando un vero e proprio mercato.

possa essere strumento per incrementare il mercato in linea con l'esigenza, nel settore energetico, di raggiungere l'*efficiamento energetico*, ossia, oltre a garantire che il mercato dell'energia dell'UE funzioni in modo efficiente, la politica energetica promuove l'interconnessione delle reti energetiche e l'efficienza energetica.

3.2.1.1. I certificati bianchi

I certificati bianchi, anche noti come "*Titoli di Efficienza Energetica*" (TEE), sono titoli negoziabili che certificano il conseguimento di risparmi energetici negli usi finali di energia, mediante interventi e progetti di incremento di efficienza energetica. Essi riguardano tre tipi di interventi: risparmio di energia elettrica, risparmio di gas naturale e/o risparmio di altri combustibili.

L'Italia è il primo paese al mondo ad aver applicato lo strumento dei certificati bianchi nel mercato dell'energia per la promozione dell'efficienza energetica negli usi finali. In Europa, a oggi, solo la Francia ha introdotto un sistema simile a quello italiano.

Il sistema dei certificati bianchi è stato introdotto nella legislazione italiana dai decreti ministeriali del 20 luglio 2004 (uno per l'elettricità e uno per il gas), come successivamente modificati e integrati con i decreti ministeriali del 21 dicembre 2007 e, da ultimo, 28 dicembre 2012. Tale sistema, entrato in vigore il 1° gennaio 2005, prevede che i distributori di energia elettrica e di gas naturale raggiungano annualmente determinati obiettivi quantitativi di risparmio di energia primaria, espressi in Tonnellate Equivalenti di Petrolio risparmiate (TEP). Si tratta di *titoli negoziabili*, sulla cui natura giuridica non è possibile in questa sede soffermarsi, rilasciati dal Gestore Servizi Energetici (GSE), in numero variabile a seconda del tipo di fonte rinnovabile e di intervento impiantistico realizzato.

L'attuale assetto della disciplina dei certificati bianchi deriva dal d.lgs. n. 28/2011 che prevede *i*) il raccordo degli obblighi in capo alle imprese di distribuzione e degli obiettivi nazionali relativi all'efficienza energetica; *ii*) il passaggio di alcune attività di gestione dei certificati bianchi al GSE/GME; *iii*) la riduzione dei tempi per l'ottenimento dei certificati; *iv*) la fissazione dei criteri per la determinazione del contributo tariffario a fronte dei costi sostenuti per il conseguimento degli obiettivi di risparmio energetico.

In seguito, il decreto legislativo 4 luglio 2014, n. 102 (*Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le di-*

rettive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE) all'art. 7 ha dettato il regime obbligatorio di efficienza energetica, indicando che esso è costituito dal meccanismo dei certificati bianchi, il quale "*dovrà garantire il conseguimento di un risparmio energetico al 31 dicembre 2020 non inferiore al sessanta per cento dell'obiettivo di risparmio energetico nazionale cumulato di cui al comma 1. Il restante volume di risparmi di energia è ottenuto attraverso le misure di incentivazione degli interventi di incremento dell'efficienza energetica vigente*".

Gli obiettivi di risparmio di energia a carico dei soggetti obbligati sono crescenti nel tempo e possono essere soddisfatti dai soggetti obbligati o attraverso l'acquisto dei certificati da altri soggetti, tramite dei contratti bilaterali, oppure nel mercato tramite il Gestore dei Mercati Elettrici s.p.a.

Per dimostrare di aver raggiunto gli obblighi di risparmio energetico e non incorrere in sanzioni, i distributori devono consegnare annualmente al GSE (che ha acquisito con il citato decreto ministeriale del 28 dicembre 2012 questa competenza prima spettante all'AEEGSI) un numero di certificati bianchi equivalente all'obiettivo obbligatorio.

All'AEEGSI spetta ancora di determinare ogni anno l'entità del contributo da erogare ai distributori per il conseguimento dei loro obblighi¹¹¹. Il valore di tale contributo viene calcolato annualmente, in base a una formula fissata dalla delibera AEEGSI 13/2014/R/EFR del 23 gennaio 2014.

3.2.1.2. I certificati verdi e i limiti

La peculiarità dei sistemi incentivanti quantitativi, caratterizzati per esempio dai certificati verdi, consiste nel fatto che il legislatore stabilisce *a priori* la domanda di energia rinnovabile, obbligando all'acquisto i produttori di energia non rinnovabile e affidando al mercato la determinazione del prezzo.

In Italia, inizialmente, il legislatore, con l'art. 11, comma 1, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, aveva fissato l'obbligo di acquisto di energia rinnovabile nel 2% dell'energia non rinnovabile prodotta eccedente i

¹¹¹ Il contributo (inizialmente pari a 100 Euro per ogni TEP e successivamente aggiornato) è finanziato attraverso un piccolo prelievo dalle tariffe di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, stabilito in modo da garantire che l'aggravio complessivo sulla bolletta energetica dei consumatori sia sempre considerevolmente inferiore al beneficio economico complessivo derivante dall'attuazione del meccanismo (da 6 a 12 volte).

100 MWh da impianti entrati in esercizio o potenziati dopo il 1° aprile 1999. Questo ha comportato un aumento dei costi per il produttore di energia elettrica non rinnovabile tale che oggi questa voce “rappresenta oltre il 90% della componente «oneri di sistema» della bolletta”¹¹².

Il meccanismo doveva originariamente incentivare la produzione di energia rinnovabile in modo da raggiungere la soglia fissata dal legislatore, ma una serie di interventi normativi, resi necessari inizialmente dal ritardo con cui sono entrati in funzione gli impianti di produzione di energia rinnovabile e poi per l'elevata offerta dei certificati, hanno influenzato inevitabilmente il funzionamento autonomo del mercato.

Tutto ciò ha comportato una sostituzione dei meccanismi quantitativi, basati proprio sull'emissione di certificati verdi per promuovere la produzione di energia rinnovabile, con meccanismi basati su prezzi amministrati.

Questo parziale fallimento ha spinto il nostro legislatore a predisporre l'esaurimento del meccanismo dei certificati verdi quale strumento di incentivo alla produzione di energia da fonti rinnovabili a partire dal 2015 (art. 25, comma 4, del d.lgs. n. 28/2011).

I meccanismi di incentivazione quantitativi, come lo scambio di certificati verdi, consentono un miglior raggiungimento degli obiettivi specifici contemplati dal legislatore¹¹³. In generale, invece, si può affermare che i meccanismi incentivanti basati sul prezzo dell'energia offrono una maggiore certezza alle imprese, in quanto intervengono sui costi complessivi sostenuti dagli attori economici per conseguire gli obiettivi ambientali, incidendo positivamente sul rischio di impresa. Questa tipologia di intervento ha portato, come vedremo, a un aumento della produzione di energia rinnovabile.

3.2.2. *Gli strumenti incentivanti basati sui prezzi*

Negli strumenti incentivanti basati sui prezzi, il legislatore determina il livello di incentivo e affida al mercato la determinazione del quantitativo di energia rinnovabile da produrre sulla base di un giudizio di convenienza formulato dagli operatori economici. Il pregio di questo sistema è quello di aumentare la fiducia degli investitori in que-

¹¹² Si veda M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, 11.

¹¹³ Si veda M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili*, cit., 8.

sto settore, determinata dalla garanzia del ritorno stabile e prevedibile dell'investimento effettuato dall'imprenditore.

Tali sistemi si suddividono in due tipologie: i c.d. *feed in tariff* e i c.d. *feed in premium*. Con i sistemi *feed in tariff*¹¹⁴, il gestore garantisce il ritiro dell'energia rinnovabile prodotta a un prezzo prefissato, comprensivo di una componente di incentivo per la fonte rinnovabile. I livelli delle tariffe possono essere differenziati per tipologia di fonte e dimensioni dell'impianto, in modo da riflettere effettivamente i costi sostenuti per la generazione.

Un primo aspetto negativo di questo sistema consiste nel trasferimento al consumatore finale dell'onere dell'incentivo ricevuto dal produttore, attraverso specifiche componenti tariffarie della bolletta elettrica. Il secondo aspetto negativo riguarda la fissazione di un prezzo predefinito in via amministrativa che sottrae la sua formazione al mercato. Tale sistema è stato introdotto nel nostro Paese, dal 2008, riguardo agli impianti di taglia uguale o inferiore a 1 MW. L'aspetto positivo di questa tipologia di incentivi riguarda la sicurezza del ritorno dell'investimento effettuato: ciò genera un ottimo livello di certezza e quindi incoraggia gli investimenti nel settore.

L'altra tipologia, c.d. *feed in premium*¹¹⁵, consiste nell'erogazione di un incentivo che si aggiunge, in percentuale, alla remunerazione discendente dalla vendita di energia sul mercato. Il prezzo dell'energia prodotta da fonti rinnovabili si forma attraverso l'incontro fra la domanda e l'offerta, facendo sopportare all'imprenditore il rischio relativo alla formazione del prezzo e, quindi, il rischio di impresa più in generale. Tutto ciò comporterà che il mercato non sarà falsato e si modificherà autonomamente in funzione delle scelte intraprese dagli imprenditori del settore.

La criticità di tale sistema consiste nella possibilità di generare costi onerosi in capo all'utente finale, in particolare quando l'incontro fra domanda e offerta avviene a prezzi molto elevati. Viceversa, qualora l'energia da fonte rinnovabile fosse venduta, per esempio a causa di un eccesso di produzione, a prezzi molto bassi, la componente incentivante potrebbe essere così bassa da non rendere conveniente la produzione di energia rinnovabile.

¹¹⁴ Per l'utilizzo di tale terminologia, si veda *Council of European Regulators, Report on Renewable Energy Support*, 2011.

¹¹⁵ Si veda in particolare la legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244), come modificata dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

Gli elevati incentivi sul fotovoltaico, introdotti tra il 2007 e il 2011, senza alcun vincolo massimo alla capacità di generazione attivabile e senza tener conto delle plusvalenze che genera l'avanzare del progresso tecnologico in generale, hanno indotto le imprese ad accelerare gli investimenti in quel settore, facendo gravare sui consumatori un costo sociale molto accentuato¹¹⁶.

Nel nostro Paese, l'erogazione di incentivi per l'energia fotovoltaica e quella solare termodinamica si è fondata in prevalenza su meccanismi c.d. *feed in premium* con durata del sostegno fra i venti e i venticinque anni nella forma del Conto energia. Tali sistemi sono stati introdotti nell'attuazione della dir. 2001/77/CE con il d.lgs. n. 287/2003. L'applicazione di tale decreto è avvenuta, di volta in volta, con i d.m. 28 luglio 2005, per il Primo Conto energia, 19 febbraio 2007 per il Secondo Conto energia e 6 agosto 2010 per il Terzo Conto energia.

Questo sistema di incentivazione ha comportato un'erogazione di incentivi eccessiva che si è trasposta sulla tariffa a carico dei consumatori, comportando un nuovo intervento del legislatore che, con l'art. 24 del d.lgs. n. 28/2011, ha mutato notevolmente il regime di incentivazione. In questo contesto si è inserita, inoltre, l'incertezza determinata dalla proroga del sistema incentivante previsto in precedenza, tramite il d.l. 25 gennaio 2010, n. 3.

Il nostro sistema incentivante, con le sue criticità, aveva indotto il Commissario europeo all'energia, nella lettera inviata all'allora Ministro dello sviluppo economico il 15 aprile 2011, ad auspicare che l'Italia si dotasse di un sistema incentivante più chiaro e prevedibile, in modo da poter generare negli investitori quella fiducia necessaria per investire nelle fonti rinnovabili e conseguentemente raggiungere gli obiettivi fissati a livello europeo.

Il nuovo sistema di incentivazione applicato al fotovoltaico tramite il decreto del Ministro dello sviluppo economico del 5 maggio 2011 (quarto Conto energia) ha comportato una riduzione delle tariffe, ma, a causa dell'inserimento dei tetti di spesa annuali, ha generato incertezza sull'ammontare degli incentivi e sulla finanziabilità dei nuovi impianti¹¹⁷.

¹¹⁶ Come riporta M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia*, cit., nota n. 39 di p. 112, "Si tenga presente che nel solo 2012 il GSE ha ricevuto oltre 145.000 richieste di incentivazione per l'entrata in esercizio di nuovi impianti fotovoltaici. Complessivamente, in Italia, a fine 2012, risultano in esercizio quasi 477.000 impianti fotovoltaici, per una potenza di circa 16.350 MW."

¹¹⁷ Per un approfondimento, si veda M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili*, cit. L'Autrice mette in risalto come la riduzione prevista dal legislatore, in merito alla durata

Le modifiche introdotte con il Quarto Conto energia, benché non producessero effetti propriamente retroattivi, hanno avuto un buon impatto sulle legittime aspettative degli operatori economici.

Successivamente è intervenuto il Quinto Conto energia (d.m. 5 luglio 2012), con il quale è stato introdotto un potere di pianificazione in capo all'autorità politica ed ha fissato un tetto massimo annuo di incentivi erogabili. Questo ha comportato un abbandono del sistema d'incentivi precedentemente previsto, che lasciava che il livello di incentivazione erogabile fosse definito dalle scelte degli operatori economici.

Occorre evidenziare come quest'ultimo intervento abbia segnato il passaggio da un sistema di incentivazione improntato su meccanismi di mercato, seppur supportati e corretti dall'intervento pubblico, a un sistema improntato su un potere di pianificazione dell'autorità politica.

Con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, c.d. "Destinazione Italia", è stato introdotto uno strumento volontario, che può essere attivato dai singoli operatori di propria iniziativa conferendo il diritto a un aumento del periodo di erogazione dell'incentivo di sette anni a fronte di una riduzione immediata della sua entità per ciascun anno, valorizzando l'intera vita degli impianti.

In seguito, il d.l. 24 giugno 2014, n. 91 ha previsto, all'art. 26, l'intervento c.d. *spalma-incentivi*, che ha comportato una riduzione di quattro anni sugli incentivi agli impianti fotovoltaici di potenza superiore ai 200 kW a partire dal 1° gennaio 2015. Molti investitori stranieri hanno attivato la procedura arbitrale prevista dal Trattato istitutivo della Carta dell'energia, lamentando che tale disciplina violi il principio di certezza e di affidamento del diritto modificando le condizioni originarie per cui gli stessi hanno deciso di installare impianti in Italia, vale a dire l'esistenza di un sistema di incentivazione per ventiquattro anni e non per venti.

4. L'enforcement europeo: cenni

La direttiva 2009/28 prevede la possibilità, in sede europea, di correggere *in itinere* il contenuto della pianificazione nazionale ri-

del sistema incentivante originariamente prevista dal "Terzo Pacchetto" energia, abbia leso le legittime aspettative degli operatori economici. In merito si veda anche: Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Giur. cost.*, 1990, 962, riguardo al rapporto esistente fra tutela dell'affidamento e libertà di iniziativa economica.

guardo alle fonti rinnovabili, in modo da modificare e migliorare le misure introdotte al fine di favorire il raggiungimento degli obiettivi europei e adattarle a un contesto economico in continua trasformazione.

Secondo quanto disposto dall'art. 4 della direttiva 2009/28, gli Stati membri hanno l'obbligo di conformare i propri piani di azione nazionali per le energie rinnovabili al modello contenente i requisiti minimi predisposto dalla Commissione e di notificarli alla Commissione almeno sei mesi prima della pubblicazione. La Commissione europea interviene, quindi, nella pianificazione nazionale sia *ex ante*, predisponendo un modello di pianificazione contenente i requisiti minimi, sia successivamente, alla presentazione della pianificazione da parte dei singoli Stati, valutandone l'adeguatezza delle misure previste dallo Stato membro conformemente all'articolo 3, paragrafo 2 ed emettendo, se necessario, delle raccomandazioni.

Il controllo da parte della Commissione europea del documento previsionale presentato da ogni Stato membro serve principalmente a calcolare sia la quota in eccedenza di energia da fonti rinnovabili rispetto alla traiettoria indicativa definita in sede europea (in modo da attivare trasferimenti verso altri Stati), sia la domanda di energia di tali fonti da soddisfare con mezzi differenti dalla produzione nazionale, in modo tale che l'azione nazionale possa essere integrata da programmi di cooperazione internazionale. L'eventuale nuovo piano richiesto dalla Commissione allo Stato membro dovrà prevedere le misure appropriate e proporzionate in grado di farlo rientrare entro un lasso di tempo ragionevole nella traiettoria indicativa fissata a livello europeo.

Infine, gli Stati membri hanno l'obbligo, ai sensi dell'articolo 22 della direttiva, di presentare una relazione biennale, di cui la sesta e ultima entro il 31 dicembre 2021, sui progressi realizzati nella promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, in modo da permettere alla Commissione un controllo soprattutto sull'origine dei biocarburanti e dei bioliquidi consumati nell'Unione.

La Commissione può operare anche una valutazione nel merito delle soluzioni nazionali, obbligando gli Stati a un'eventuale modifica dei loro piani di azione, proprio in virtù della specifica competenza prevista dall'art. 194 TFUE.

Il controllo esteso al merito da parte della Commissione porterà a una progressiva erosione degli spazi di autonomia lasciati agli Stati in materia di energia rinnovabile.

5. *La programmazione energetica nazionale: cenni*

Gli obiettivi imposti dall'Unione europea relativamente alle fonti rinnovabili impongono un intervento pubblico finalizzato a garantire il raggiungimento degli *standard* quantitativi fissati a livello europeo. Questi costituiscono il mezzo per ottenere la soddisfazione necessaria degli interessi pubblici precedentemente indicati, e in particolare la tutela dell'ambiente. Tale intervento si sostanzia nell'apposizione di indirizzi, vincoli e controlli all'esercizio della libera iniziativa economica, in nome del raggiungimento degli interessi generali affidati ai pubblici poteri, nazionali ed europei, in tale settore.

La necessità di un'attività di indirizzo e programmazione da parte dei poteri pubblici, in materia di energia, sotto la nuova denominazione di "Strategia energetica nazionale", a partire dall'art. 7 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133, scaturisce dalla convinzione che i meccanismi di mercato, in tale settore, non possano garantire il raggiungimento dei fondamentali interessi generali, di sostenibilità ambientale e di autosufficienza dell'approvvigionamento, indicati dal diritto europeo, né suggerire le misure operative per soddisfarli concretamente.

5.1. *I piani di azione nazionali*

I piani di azione nazionali per le energie rinnovabili (PAN) sono documenti di pianificazione di secondo livello che contengono gli obiettivi settoriali da conseguire nei diversi ambiti (trasporti, elettricità e riscaldamento) e gli interventi necessari per realizzarli tenendo conto del contributo offerto allo stesso fine dalle misure di efficienza energetica¹¹⁸. Essi sono indirizzati alla Commissione e a tutti i soggetti dell'ordinamento nazionale titolari della competenza ad adottare le misure previste al loro interno e producono effetti diretti nell'ordinamento nazionale.

I piani di azione nazionale rappresentano l'attività specifica e concreta posta in essere dagli organi nazionali per il raggiungimento degli obiettivi stabiliti in sede europea. Nel redigere i PAN, gli organi nazionali preposti sono vincolati direttamente dalla disciplina europea e dal coordinamento esercitato dalla Commissione per assicurarne l'attu-

¹¹⁸ Sulla pianificazione di secondo livello nel settore dell'energia si veda C. D'ORTA, *La programmazione energetica*, in S. CASSESE (a cura di), *Il governo dell'energia*, Rimini, Maggioli, 1992, 119.

zione, in quanto, come abbiamo visto precedentemente, la Commissione può obbligare gli Stati membri a una loro successiva modifica prima della pubblicazione.

La prima redazione del Piano di azione nazionale è avvenuta il 30 giugno 2010, ma, come è stato evidenziato da Francesco De Leonardis, ci si è limitati a una rappresentazione dell'esistente senza valorizzare la discrezionalità lasciata dal diritto europeo ai singoli Stati. Il PAN ha riprodotto fedelmente la strategia europea riguardante la promozione delle fonti rinnovabili e l'incremento dell'efficienza energetica, ma non ne ha esplicitato in modo convincente le misure giuridiche concrete di realizzazione¹¹⁹.

Un aspetto importante della pianificazione nazionale riguarda la previsione e pianificazione dell'adeguamento della rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica per permettere una piena integrazione alle differenti fonti di energia elettrica. A tal proposito, la norma europea richiede agli Stati membri di prevedere la predisposizione di una rete di trasmissione nazionale adeguata all'inserimento di fonti di energia rinnovabili, caratterizzate dalla non programmabilità dell'offerta¹²⁰.

Lo stesso disciplinare di concessione di Terna, quale gestore della rete di trasmissione nazionale (RTN), indica tra i suoi obiettivi principali quello di garantire la connessione alla RTN a tutti i soggetti che ne facciano richiesta, principio questo fatto proprio anche dal Piano di Sviluppo adottato per il 2014¹²¹.

Occorrerà prevedere una distribuzione degli impianti di generazione di energia prodotta da fonti rinnovabili equamente distribuiti nel territorio e infrastrutture di rete in grado di garantire che non si verifichino congestioni¹²². La non programmabilità dell'offerta delle fonti

¹¹⁹ F. DE LEONARDIS, *Storia e caratteristiche della programmazione energetica nazionale in Italia. Il ruolo delle energie rinnovabili*, *infra, passim*.

¹²⁰ Sulle specificità ed i problemi tecnici che comporta l'integrazione nella rete elettrica di trasmissione nazionale delle fonti rinnovabili il cui funzionamento è condizionato dai fattori atmosferici, si veda D. BOBBIO, M. CIRILLO, *Le fonti di energia rinnovabili*, in P. RANCI (a cura di), *Economia dell'energia*, Bologna, il Mulino, 2011.

¹²¹ M. FRASCAROLI, *Note brevi in tema di accesso dei terzi alla rete elettrica alla luce della giurisprudenza del Giudice amministrativo*, *infra, passim*, che riporta quanto segue in nota: "in base all'art. 3 del Decreto Bersani è previsto che il Gestore della Rete è obbligato a 'connettere alla rete di trasmissione nazionale tutti i soggetti che ne facciano richiesta'. Tale obbligo risulta altresì esteso alle persone giuridiche che svolgano il servizio di distribuzione (ai sensi dell'art. 9, comma 1 del citato Decreto)".

¹²² In tal senso si veda M. GRILLO, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, cit., 67.

rinnovabili comporta un accrescimento dei costi sopportati dal sistema elettrico sia per bilanciare in tempo reale la discontinuità dell'energia prodotta sia per trasformare gli impianti tradizionali in modo da renderli idonei alle nuove esigenze.

Queste criticità potranno essere superate con nuovi investimenti finalizzati allo sviluppo di nuove reti, le c.d. *smart grid*, ovvero reti elettriche che sfruttano la tecnologia digitale per gestire il trasporto dell'elettricità derivante dalle differenti fonti di generazione, consentendone la piena integrazione nel sistema¹²³. In tal senso l'art. 18 del d.lgs. n. 28/2011 riconosce ai distributori di energia elettrica che effettuano interventi di ammodernamento secondo i concetti di *smart grid* "una maggiorazione della remunerazione del capitale investito per il servizio di distribuzione".

6. *Gli interessi pubblici nei procedimenti autorizzatori degli impianti di energia elettrica da fonte rinnovabile*

Il legislatore europeo considera le misure di semplificazione amministrativa riguardanti le procedure autorizzatorie per l'installazione degli impianti di energia elettrica da fonte rinnovabile alla stregua della disciplina riguardante i regimi incentivanti. La direttiva 2009/28, infatti, contiene la disciplina sulle procedure amministrative di autorizzazione degli impianti all'art. 13, immediatamente dopo la disciplina normativa riguardante i regimi di sostegno comuni diretti a favorire la produzione che si ritrova all'art. 11, quasi a sottolineare la consequenzialità delle stesse e le analoghe finalità.

È indubbio che la semplificazione amministrativa favorisca l'intervento da parte degli operatori economici, essendo funzionale al raggiungimento degli obiettivi nazionali indicati dall'art. 3 della direttiva.

La direttiva del 2001 aveva imposto agli Stati, al fine di favorire il ricorso alle fonti energetiche non convenzionali, di riformare le proprie discipline nazionali. Si dovevano, più precisamente: "ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili", "razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo" e "garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente

¹²³ Si veda, in tal senso, M. GRILLO, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, cit., 68.

conto delle particolarità delle varie tecnologie per le fonti energetiche rinnovabili” (art. 6).

La disciplina europea del 2009 propone nuovamente, al fine di raggiungere gli stessi obiettivi, l'esistenza di un legame molto stretto fra le finalità di tutela ambientale insite nello sviluppo delle fonti rinnovabili e la semplificazione dei procedimenti amministrativi diretti all'installazione degli impianti di produzione (considerando 42). Tali principi sono ripresi all'art. 4 del d.lgs. n. 28/2011.

Il legislatore europeo ha concepito la semplificazione delle procedure autorizzatorie come presupposto per il raggiungimento degli obiettivi imposti sulla diversificazione delle fonti di approvvigionamento dell'elettricità e quindi della tutela ambientale. In altre parole, gli Stati membri devono assicurare che le norme nazionali in materia di procedure di autorizzazione, di certificazione e concessione di licenze applicabili agli impianti siano proporzionate.

L'unificazione di diversi procedimenti all'interno della conferenza di servizi e gli accorgimenti volti a evitare eventuali paralisi del procedimento dovuti all'omissione di determinati adempimenti istruttori o decisionali partecipano a soddisfare non solo l'efficienza dell'azione amministrativa, ma anche la sua capacità, insita nel principio costituzionale del buon andamento (previsto dall'art. 97 Cost.), di conseguire effettivamente gli interessi pubblici affidati alla sua cura.

Tutto ciò sembrerebbe in linea con la logica adottata dal legislatore europeo quando richiede agli Stati di assicurare la coerenza tra gli obiettivi della direttiva e la normativa ambientale della Comunità (oggi, Unione) e impone a questi di tener conto del contributo delle fonti rinnovabili al conseguimento degli obiettivi in materia di ambiente e cambiamenti climatici (considerando 44).

Tutto ciò comporta però che occorre verificare se all'interno di queste misure di semplificazione siano rispettate le garanzie procedurali necessarie per assicurare l'interesse alla tutela ambientale.

In linea con quanto affermato prima e quindi in applicazioni dei principi di semplificazione amministrativa, di celerità e di non aggravamento dei procedimenti autorizzatori, le Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili (d.m. 10 settembre 2010) affermano che le amministrazioni regionali e locali non possono porre limitazioni o divieti generalizzati mediante atti programmatici o di pianificazione all'installazione degli impianti e che sono obbligate a individuare le aree non idonee unicamente secondo criteri oggettivi, le-

gati alle caratteristiche del territorio. A seguito di quanto appena evidenziato bisogna aggiungere quanto affermato nel volume da Sandro Amoroso in merito allo svolgimento dei procedimenti amministrativi. Esso è puntualmente delineato, in molti casi, negli atti di indirizzo, cui occorre conformarsi per non incorrere in un vizio *in procedendo*¹²⁴.

6.1. La Conferenza di servizi e il rilascio dell'autorizzazione unica

Il legislatore europeo lascia alla discrezionalità degli Stati membri le modalità di scelta degli operatori relativamente all'attività di produzione e vendita di energia. Il nostro legislatore ha optato per il modello autorizzatorio puro, piuttosto che per l'affidamento delle relative attività tramite procedure d'appalto.

La principale fonte normativa riguardo alle modalità di scelta degli operatori rimane l'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003¹²⁵, cui fa riferimento anche il successivo d.lgs. n. 28/2011 e che sottopone all'acquisizione di un'autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate “la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi”¹²⁶, prevedendo che l'autorizzazione unica funga anche da variante dello strumento urbanistico. Il decreto in questione qualifica le opere necessarie per la realizzazione di tali impianti come opere di pubblica utilità, indifferibili e urgenti.

Il rilascio dell'autorizzazione unica è improntato sul modello della conferenza di servizi, che permette di integrare all'interno del medesimo procedimento tutte le numerose autorizzazioni necessarie.

Prima di entrare nel vivo del decreto legislativo e nelle modalità di esecuzione della conferenza di servizi, occorre sottolineare come Chiara Feliziani analizzi criticamente il d.lgs. n. 28/2011, affermando che da un primo esame “sembrerebbe emergere la mancanza di un *corpus* normativo organico capace di fungere realmente da volano per lo sviluppo

¹²⁴ S. AMOROSO, *Procedimenti autorizzati di impianti di energia rinnovabili, infra, passim*.

¹²⁵ Tale articolo è stato modificato a più riprese, in particolare dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) e, da ultimo, dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 46 e dal d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 116.

¹²⁶ Per gli impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, la competenza è del Ministero dello sviluppo economico.

del settore. In particolare, due sembrano essere i punti deboli: un sistema autorizzatorio per la realizzazione degli impianti ancora troppo farraginoso e delle politiche pubbliche per gli incentivi – a detta di molti – insufficienti”.

Successivamente si evidenzia come la Gran Bretagna, dopo la nazionalizzazione dell'energia iniziata nel 1945, abbia cambiato strada, iniziando già nel 1970 la privatizzazione del settore energetico, senza riuscire a mettersi al riparo da una serie di inefficienze così come è accaduto in Italia. Infatti, l'Autrice concorda con quella parte della dottrina che afferma che in Gran Bretagna i “problemi sistemici” riguardano sia gli incentivi che i meccanismi autorizzatori¹²⁷.

L'applicazione della conferenza di servizi c.d. decisoria in materia ambientale consente di ridurre la frammentazione endemica di funzioni amministrative fra differenti procedimenti e amministrazioni dovuta alla pluralità dei settori in cui si articola la disciplina ambientale¹²⁸, ma non solo, in quanto permette che siano valutati i singoli interessi pubblici contestualmente, in modo tale da arrivare a una mediazione che privilegi l'interesse pubblico primario e prevalente¹²⁹.

¹²⁷ C. FELIZIANI, “Cosi è (se vi pare)”. *L'impatto della politica europea in materia di energia rinnovabile in Italia e in Gran Bretagna*, *infra, passim*. L'Autrice riguardo alla semplificazione amministrativa rinvia a V. CERULLI IRELLI - A. MONTANI, *In tema di procedure autorizzative relative ad impianti eolici*, in *www.giustamm.it*, 2010; L. CORTI, *Una pronuncia del TAR Piemonte in tema di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da biomasse: legittimazione a ricorrere, contenuto e presupposti per il rilascio dell'autorizzazione unica ex art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 e questioni procedurali*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 2, 388; L. MAGNANI, *Procedimenti autorizzatori per la localizzazione di impianti eolici*, in *Giur. merito*, 2008, 9, 2378; riguardo alla non idoneità degli incentivi, M. D'AURIA, *La finanza pubblica e le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 6, 879; M. FALCONE, *Il sistema degli incentivi monetari per le fonti rinnovabili*, in A. MAESTRONI (a cura di), *Libertà d'impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2011, 197 e ss.; A. VERONESE, *Gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili tra misure di compensazione tipiche e atipiche*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 1, 81.

¹²⁸ Per un'analisi accurata della complessità funzionale che affligge la materia dell'ambiente si veda M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, n. 5, 649 ss.

¹²⁹ Per il riconoscimento di tale funzione alla conferenza di servizi c.d. decisoria si veda Corte cost., 11 luglio 2012, n. 179. In dottrina riguardo alla conferenza di servizi c.d. decisoria si veda F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 259; anche L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, 676. Di recente, per un'analisi molto accurata dell'evoluzione del ruolo della conferenza di servizi da luogo di incontro e di confronto a meccanismo di decisione, si veda G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, n. 10. La conferenza di servizi tramite il confronto dialettico

Il ricorso a questo modello autorizzatorio, peraltro, dovrebbe favorire il rispetto del termine di conclusione fissato in novanta giorni dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2011, al netto dei tempi previsti per l'emanaione del provvedimento di valutazione di impatto ambientale (VIA)¹³⁰. La giurisprudenza, in ogni caso, considera non superabile, e quindi a prescindere dalla tempistica relativa all'emissione della VIA, il termine massimo di conclusione di 180 giorni, considerando, altresì, le cause dell'interruzione e sospensione del procedimento come tipiche e di stretta interpretazione¹³¹.

Quanto invece al procedimento di valutazione d'impatto ambientale, con il rinvio della disciplina speciale alla legge generale sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990, e precisamente all'art. 14-ter, che disponeva fino alla recente novella operata con il d.lgs. n. 127/2016 che “nei casi in cui sia richiesta la VIA, la conferenza di servizi si esprime *dopo aver acquisito* la valutazione medesima”¹³² sembra che il legislatore voglia assegnare al provvedimento di valutazione d'impatto una propria *individualità e separatezza* rispetto al procedimento principale¹³³.

Un aspetto importante è rappresentato da quanto previsto dalla l. 241/1990, modificata anche su questo punto dal d.lgs. n. 127/2016, per il superamento del dissenso manifestato all'interno della conferenza di servizi da un'amministrazione portatrice di interessi c.d. sensibili. Sul punto, la legge dispone che, qualora un'amministrazione portatrice di un interesse sensibile manifesti un dissenso all'interno della conferenza,

delle amministrazioni interessate è un valore aggiunto, si veda in tal senso Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2012, n. 3039.

¹³⁰ Si veda A. MARZANATI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 449 ss. L'Autore afferma che la riduzione dei termini è illusoria.

¹³¹ Al riguardo si veda Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767.

¹³² Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, sia nazionale sia comunitario, in accoglimento del principio di precauzione e di prevenzione di origine europea, la valutazione di impatto ambientale deve essere realizzata non appena sia possibile valutare tutti gli effetti che il progetto può produrre sull'ambiente, in ogni caso prima dell'autorizzazione al committente a realizzare il progetto. In tal senso si veda Corte UE, sez. VI, 2 giugno 2005, causa C-83/03, *Commissione c. Repubblica italiana*.

¹³³ È ora previsto dall'articolo 14, co. 4 che “Qualora un progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale, tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione del medesimo progetto, vengono acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi di cui all'articolo 25, comma 3, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, convocata in modalità sincrona ai sensi dell'articolo 14-ter”.

essa possa deferire la questione alla deliberazione del Consiglio dei Ministri. Prima che il Consiglio dei Ministri possa pronunciarsi, deve essere organizzata una riunione (o due, in caso di coinvolgimento di amministrazioni regionali) al fine di ricercare il superamento del dissenso espresso in conferenza dei servizi.

La mancata applicazione di questo meccanismo per il superamento del motivato dissenso espresso dall'amministrazione all'interno della conferenza comporta la nullità dell'autorizzazione unica regionale¹³⁴.

Le dinamiche decisionali che si svolgono all'interno della conferenza di servizi fanno sì che la tutela degli interessi costituzionali ambientali e paesaggistici abbia una propria autonomia. Questo comporta che all'interno del procedimento autorizzatorio per l'installazione di impianti a energia rinnovabile si debbano analizzare i dati territoriali concreti in base ai quali si effettuerà la scelta di localizzazione. Non è possibile, infatti, effettuare una scelta di localizzazione basata su una valutazione aprioristica della preminenza di un dato interesse sull'altro¹³⁵.

6.1.2. *Il riparto di giurisdizione in materia di energia rinnovabile.*

La direttiva 28/2009 ha elevato la promozione dell'elettricità prodotta da fonti di energia rinnovabile a interesse pubblico primario dell'Unione Europea. Questo ha comportato che le situazioni giuridiche sottostanti si presentino come situazioni di diritto soggettivo perfetto¹³⁶ e non diritto condizionato all'interesse pubblico secondo quanto a suo tempo proposto da illustre dottrina¹³⁷. Il legislatore ha ritenuto di potere assicurare il rispetto dei principi fondamentali europei in tema di giustizia, in particolare dell'effettività della tutela giurisdizionale e del principio di equivalenza, attribuendo la materia alla giurisdizione esclu-

¹³⁴ In tal senso, si veda Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2013, n. 4167; Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039. Questa giurisprudenza faceva applicazione delle norme previgenti al d.lgs. n. 127/2016.

¹³⁵ Si veda F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 889. Per esempio, nel caso specifico degli impianti eolici, sarà criterio di valutazione preferenziale il pieno rispetto, da parte dell'istante, dei criteri di inserimento indicati nell'allegato 4 delle Linee guida.

¹³⁶ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2004, 105 ss.; E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto nazionale e in quello diritto comunitario*, in E. PICOZZA - G. PALMA - E. FOLLIERI, *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) G. Santaniello, Padova, Cedam, 1999, 3 ss.

¹³⁷ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 623 ss.

siva del giudice amministrativo, secondo quanto stabilito dall'art. 133, lett. o) del d.lgs. n. 104/2010 e s.m.i.¹³⁸. Allo stato attuale l'effettività della tutela giurisdizionale presenta delle difficoltà¹³⁹.

Solo quelle controversie che, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 104/2010 e s.m.i.¹⁴⁰, non rientrano in procedure e provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia da fonti rinnovabili anche se prodotte da soggetti terzi sarebbero sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Il problema del riparto di giurisdizione presenta maggiori criticità riguardo gli incentivi previsti per gli impianti di energia alimentati da fonti rinnovabili. In particolare, occorre distinguere tra le controversie riguardanti il possesso dei requisiti necessari per ottenere gli incentivi e le controversie riguardanti il *quantum* degli stessi¹⁴¹.

Riguardo al primo profilo, nella maggior parte dei casi si tratterebbe di giurisdizione generale di legittimità, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Per quanto riguarda i procedimenti, anche in autotutela, riguardanti l'ammissione all'incentivazione, il diniego o la revoca, è stata confermata la giurisdizione del giudice amministrativo rientrante nella materia delle sovvenzioni amministrative, in quanto esercizio effettivo di potere pubblicistico. Viceversa sono state attribuite al giudice ordinario tutte le controversie inerenti il ritiro o la revoca del provvedimento di

¹³⁸ Al fine di evidenziare le problematiche inerenti l'effettività della tutela giurisdizionale si veda M.V. FERRONI, *Il riparto di giurisdizione in materia di energie rinnovabili*, in E. PICOZZA e S.M. SAMBRI (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Economia*, vol. X, Padova, Cedam, 2015, 581 e ss.

¹³⁹ M.V. FERRONI, *Il riparto di giurisdizione in materia di energie rinnovabili*, cit., 584 afferma che "Allo stato attuale sembra assai difficile, nonostante numerose pronunce del giudice amministrativo, negare che anche in questa materia detto giudice accerta il rapporto non in senso civilistico ma piuttosto nei limiti in cui il potere è stato esercitato, permettendo così la semplice riedizione del potere stesso contro l'affermazione del principio di giustizia sostanziale secondo cui l'accertamento di un rapporto controverso da parte di qualsivoglia giudice dovrebbe avere carattere definitivo e preclusivo [...] nonostante la dichiarata propensione del giudice amministrativo ad assumere il ruolo di giudice naturale del diritto dell'economia, non di meno il caso delle energie rinnovabili dimostra che l'oggetto concreto rimane, il più spesso delle volte, la verifica della legittimità dell'esercizio del potere."

¹⁴⁰ Ai sensi di quest'articolo, "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

¹⁴¹ M.V. FERRONI, *Il riparto di giurisdizione in materia di energie rinnovabili*, cit., 587.

ammissione all'incentivazione che si fondino sull'inadempimento da parte dell'impresa agli obblighi nascenti dal rilascio della sovvenzione.

7. *Qualche conclusione a latere*

Per effetto delle disposizioni che si sono sopra richiamate, e delle altre – pur significative – che non è stato qui possibile menzionare, le attività economiche attinenti alla proprietà e alla gestione di infrastrutture energetiche di trasporto risultano oggi sottoposte a una regolazione molto efficiente, che lascia uno spazio piuttosto limitato alle autonome determinazioni delle imprese che operano nell'ambito del mercato dell'energia.

Il modello di riferimento, gradualmente definito dal legislatore europeo e da quello nazionale, è quello di un gestore largamente funzionalizzato, la cui efficienza è promossa non attraverso meccanismi di mercato (o anche “per il mercato”), bensì mediante una combinazione di misure imperative, sia strutturali (come l'*unbundling*) che comportamentali (come il meccanismo della Tariffa premio autoconsumo - TPA e i vincoli sugli investimenti), così come di incentivi di carattere essenzialmente tariffario.

Coerentemente con i ben noti principi generali accolti in sede europea, nessuna indicazione è data a livello legislativo sul carattere pubblico o privato dei gestori. Ma è coerente con il modello, e di fatto si verifica in non pochi Stati membri (e certamente in Italia), che i gestori siano, dal punto di vista proprietario, controllati dallo Stato o da altri enti territoriali. A essi, del resto, e *in primis* ai gestori della rete elettrica di trasmissione, sono attribuiti anche compiti di regolazione tecnica (come quelli inerenti al dispacciamento dell'energia), che per più ragioni appaiono da ricostruire giuridicamente come (implicanti l'esercizio di) poteri amministrativi.

Non si vuole qui esprimere un giudizio di merito su tale modello fortemente centralizzato, e in particolare valutare se esso sia in effetti il più idoneo al perseguimento degli obiettivi – di sviluppo e modernizzazione infrastrutturale e di garanzia della neutralità della gestione e della sicurezza del sistema – individuati come prioritari dalle normative sopra citate. È solo opportuno sottolineare che esso, accanto ad alcuni vantaggi indiscutibili, comporta anche, rispetto a sistemi meno pervasivamente regolati, alcuni rischi evidenti, che sono poi quelli tipici dei settori assoggettati a iper-regolazione amministrativa: innanzitutto, la

possibilità che il regolatore ingerisca in scelte propriamente gestionali e che lo faccia per finalità e secondo logiche di carattere politico (possibilità tanto meno remota quanto più le relative competenze siano attribuite anche a organi ministeriali e non solo ad autorità indipendenti); il pericolo di una “cattura” del regolatore da parte dei gestori, rischio particolarmente elevato laddove questi ultimi siano pubblici e svolgano anche compiti di regolazione tecnica in stretta collaborazione con le autorità di regolamentazione.

Di tali rischi, sin troppo noti a chi studi l'esperienza italiana di governo dell'economia, è bene essere consapevoli, sia in sede di disegno del sistema e di definizione della sua disciplina puntuale, sia nell'interpretare in sede applicativa la medesima. E ciò anche allo scopo di evitare di dilatare ulteriormente il modello e di estenderlo anche ove questo non è in realtà necessario né, verosimilmente, utile¹⁴².

Emblematica è, da questo punto di vista, la vicenda relativa alla disciplina dell'esenzione dal *Third Party Access* (e oggi anche dall'*Ownership Unbundling*) per le nuove infrastrutture.

Ormai da tempo anche il legislatore europeo ha previsto che gli operatori che realizzano *ex novo* importanti infrastrutture o che potenziano quelle esistenti possono, in presenza di determinati presupposti, essere esonerati dall'obbligo di consentire l'accesso dei terzi.

L'effetto di tale disciplina derogatoria è stato quello di creare o mantenere uno spazio per la libertà di iniziativa economica anche nel segmento della gestione delle infrastrutture energetiche, affiancando al modello prevalente del gestore funzionalizzato quello (più marginale) del gestore che persegue il suo esclusivo interesse – e, nel far ciò, realizza smithianamente l'interesse generale al potenziamento delle infrastrutture.

La Commissione europea, che sin da principio ha guardato con diffidenza all'operare di tale meccanismo di deroga, ha poi, di fatto, gradualmente imposto in sede applicativa l'adozione di procedure – c.d. di *open season* – intese a costringere chi avesse assunto l'iniziativa della costruzione o del potenziamento di un'infrastruttura di definirne la taglia in misura tale da consentirne l'utilizzo anche da parte di altri operatori a ciò interessati. Tale vincolo è stato ora, con riferimento al settore del gas naturale, codificato dal “Terzo Pacchetto”.

¹⁴² Si veda, in tal senso, E. BRUTI LIBERATI, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo Pacchetto Energia*, cit., 7 (dell'estratto).

Per effetto di tale sviluppo, anche laddove la progettata nuova infrastruttura energetica non sia una *essential facility* nella nota accezione antitrust e il relativo promotore non detenga alcuna posizione dominante nel mercato, esso è tenuto a condividere i vantaggi della sua iniziativa con i terzi suoi concorrenti.

Non ci si può non chiedere, però, se questo regime – indubbiamente coerente con un modello di regolazione infrastrutturale fortemente pervasivo e finalistico – sia però conforme al principio di proporzionalità: se, cioè, la limitazione che per questa via è imposta alla libertà d'impresa sia effettivamente necessaria o se invece le finalità generali di promozione della concorrenza e di garanzia della sicurezza non siano altrettanto, o anche meglio, servite da una disciplina che riconosca e premi il merito di chi, senza essere in una condizione di dominanza, assuma iniziative del tutto autonome rispetto ai suoi *competitors*.

Al di là della risposta da dare a tale quesito, appare evidente che l'esigenza di valutare con attenzione tutte le implicazioni del modello di regolazione finalistica accolto nell'ordinamento europeo per le infrastrutture energetiche di trasporto, evitando di estenderne l'applicazione in modo indiscriminato, è reale. In Italia, l'attenzione per questo profilo dovrebbe essere particolarmente avvertita; dal momento che la tradizione di un uso politico e non rispettoso delle logiche concorrenziali della regolazione è notoriamente molto radicata ed è riemersa con forza in questi anni di crisi anche nei settori in cui l'istituzione di regolatori indipendenti aveva fatto pensare a un effettivo cambiamento di paradigma.

Come ha sottolineato Slawomir Dudzik nel volume riferendosi alla normativa polacca, il diritto dell'energia attua, in linea di principio, le disposizioni del regolamento n. 714/2009 che istituisce nell'ordinamento giuridico nazionale un sistema di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive¹⁴³. L'Autore mostra preoccupazione sia riguardo al tetto massimo delle sanzioni previste dalla normativa polacca, in quanto superiore a quello previsto dal diritto europeo, sia riguardo alla durata eccessiva dei procedimenti di appello alle sanzioni, che è in contrasto con le esigenze di efficienza ed efficacia.

L'energia è transitata dalla *domestic jurisdiction* degli Stati alla competenza concorrente dell'Unione, così come altri ambiti quali l'im-

¹⁴³ S. DUDZIK, *Penalties applicable to infringements of the provisions of regulation no. 714/2009 in Polish energy law, infra, passim*.

migrazione, la cui regolazione, nella comunità internazionale globalizzata, non può più restare nell'ambito del diritto interno.

La stessa esperienza francese, come sottolinea nel volume Sandrine Serpenter-Linares, riguardo il "Terzo Pacchetto" dell'energia e la normativa sulla promozione dell'energia rinnovabile è fatta di "combat", di "réforme" e di "révolution"¹⁴⁴. "Révolution", infatti non esistono precedenti in merito alla liberalizzazione del mercato dell'energia come l'esperienza francese a causa della "rente nucléaire historique"; "réforme", perché l'istituzione della politica europea sull'energia richiede un necessario adeguamento corposo dei poteri e delle competenze delle istituzioni francesi; "combat", per modificare i convincimenti sociali influenzati dal nucleare, in virtù dell'obbligo di condivisione fra l'energia nucleare e l'energia rinnovabile.

Con la direttiva 2009/28/CE, l'Unione Europea ha compiuto un passo a favore dell'intensificazione della politica relativa alla promozione dell'energia rinnovabile, passando da un sistema normativo comunitario di tipo meramente *programmatico* a un sistema *precettivo*.

Gli obiettivi fissati dal pacchetto energia e dalla direttiva n. 2009/28/CE evidenziano la volontà di orientare le politiche nazionali dei singoli Stati membri verso la promozione di energie rinnovabili e il miglioramento dell'efficienza energetica.

È necessario effettuare una programmazione dei PAN per definire una traiettoria che permette agli Stati membri di raggiungere gli obiettivi obbligatori finali. Gli aiuti e le misure incentivanti a favore delle energie rinnovabili evidenziano una netta controtendenza rispetto al classico approccio comunitario verso il mercato, teso a garantire l'assetto concorrenziale del medesimo.

Il nuovo approccio europeo che permette agli Stati membri di ingerire nel mercato delle energie rinnovabili denota la consapevolezza da parte delle istituzioni dell'Unione Europea che il perseguimento degli obiettivi fissati dal Trattato, come quelli relativi alla tutela dell'ambiente, necessita di un approccio che permetta agli Stati membri di attuare politiche virtuose di incentivazione.

¹⁴⁴ S. SERPENTER-LINARES, *Le "Troisième paquet" énergie et la promotion des énergies renouvelables. L'expérience française, infra*.