

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
CICLO XXV
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA**

Settore concorsuale: 12/D1 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Settore scientifico disciplinare: IUS/10

**SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA NEL
MERCATO DELL'ENERGIA ELETTRICA TRA
CONCORRENZA E OBBLIGHI DI SERVIZIO
PUBBLICO**

Presentata da: Marta De Chiara

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Renzo Orlandi

Supervisore: Chiar.mo Prof. Marco Dugato

Esame finale anno 2023

«Tout commence à Paris»

N. Spain

Ringraziamenti

Desidero ringraziare il Professor Marco Dugato per il sostegno che ho ricevuto e il Professor David Capitant per avermi accolto presso l'Università *La Sorbonne* di Parigi, dove ho svolto un periodo di ricerca molto formativo per il mio percorso didattico e personale.

INTRODUZIONE

La filiera elettrica è verticalmente integrata, cioè suddivisa in attività diverse: produzione, dispacciamento, trasmissione, distribuzione, vendita all'ingrosso e al dettaglio. Esse vengono esercitate in regimi di mercato differenti. Le attività di dispacciamento, trasmissione e distribuzione si svolgono in regime di monopolio naturale (dato il carattere sub-additivo dei costi); le altre, invece, in regime di concorrenza. Terna S.p.A. esercita l'attività di dispacciamento e trasmissione sull'intero territorio nazionale, in base alla concessione rilasciata ai sensi dell'art.1, comma 1, del Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, nonché dell'art. 1, comma 3, e 3, comma 4, del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 2004. La distribuzione, invece, è realizzata da società municipalizzate in regime di monopolio naturale, per così dire, geografico, nel senso che è affidata ad un solo operatore per ciascuna zona geografica.

I mercati di produzione e vendita di energia elettrica sono stati invece oggetto di liberalizzazione. Questa ha avuto avvio con la Direttiva 96/92/Ce, la quale ha introdotto il principio di apertura dei mercati nazionali e la disciplina della separazione (il cosiddetto *unbundling*) tra imprese verticalmente integrate, operanti cioè in diversi settori della filiera elettrica (trasmissione e distribuzione in regime di monopolio; generazione e vendita di energia in regime concorrenziale). Vi sono state poi altre direttive volte a promuovere la realizzazione di un mercato europeo dell'energia elettrica attraverso l'armonizzazione degli assetti istituzionali dei singoli paesi, come viene approfondito nel terzo capitolo del presente lavoro. La concorrenza perfetta nei settori della produzione e, in particolare, della vendita al dettaglio di energia permette di beneficiare di strumenti innovativi utili alla realizzazione di importanti obiettivi quali la neutralità climatica e la decarbonizzazione, come lo *Smart Grid*. Essa, infatti, porta gli operatori ad investire nello sfruttamento di tutte le innovazioni tecnologiche per offrire servizi efficienti, come il *demand management*, che ha l'obiettivo di realizzare non solo un risparmio di spesa, ma anche una migliore gestione della domanda di energia, con effetti rilevanti sul risparmio energetico. In quest'ottica, la concorrenza nel mercato energetico si pone come importante strumento per realizzare

alcune delle principali missioni previste nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, come la rivoluzione verde e la transizione ecologica.

La disciplina pubblicistica dell'energia elettrica presenta specificità rilevanti rispetto ad altri settori della regolazione economica. Infatti, come viene approfondito nel terzo capitolo, il settore energetico si caratterizza per una complessa regolazione, dovuta sia alle specificità dell'oggetto della disciplina, cioè l'energia elettrica come bene immateriale, sia alla molteplicità degli interessi pubblici coinvolti, che si innestano su fallimenti di mercato (*i.e.* il sistema a rete non duplicabile), sia agli obiettivi di politica internazionale e di sicurezza nazionale, che intercettano delicate interrelazioni con l'ambiente e il clima, come tutelati nel *Green Deal*, nelle normative europee e nazionali e negli accordi internazionali sulla decarbonizzazione e sullo sviluppo sostenibile. La normativa sull'energia elettrica si caratterizza inoltre per la presenza di intensi poteri pubblicistici di conformazione dell'attività di impresa. Le caratteristiche e la complessità del settore si rivelano anche nell'ampio numero di soggetti regolatori sia europei che nazionali. Le Autorità Indipendenti operano insieme ai Governi nazionali, che si occupano di suggerire gli indirizzi strategici, temperando decisioni politiche ad essi riservate e decisioni tecniche, di competenza delle Autorità. Nel capitolo terzo viene analizzato anche il mercato dell'energia elettrica in Francia. Esso offre interessanti spunti di comparazione e presenta differenze sostanziali rispetto al mercato italiano, che non conosce il nucleare. La scelta di investire nella produzione di energia nucleare, infatti, porta con sé la necessità di proteggere interessi pubblici come la pubblica incolumità e la sicurezza nazionale, che giustificano la sottoposizione della produzione di energia nucleare al monopolio di Stato, nonostante in generale il settore della produzione di energia sia stato liberalizzato.

Inoltre, le recenti vicende societarie della *Electricité de France S.A.* (EDF) hanno reso di attualità il tema della nazionalizzazione delle società pubbliche francesi operanti nel settore energetico. Infatti EDF, la principale società attiva nella produzione e vendita di elettricità, anche nucleare, e gas naturale, nel commercio di elettricità, nella gestione delle reti di distribuzione di elettricità a bassa e media tensione, nella progettazione, costruzione, funzionamento e manutenzione della rete (tramite *Réseau de Transport*

d'Électricité, una società dello stesso gruppo), è stata di recente nazionalizzata. Il governo francese ha infatti deciso di acquisire una quota pari al 16 % delle azioni della società, arrivando a detenere il 100 % delle partecipazioni societarie. La decisione è stata giustificata dall'esigenza di risanare un'impresa in crisi considerata essenziale per la produzione di energia nucleare.

L'esigenza di assicurare la concorrenza nel mercato energetico si contempera con la necessità di rispettare gli obblighi di servizio pubblico, in un delicato bilanciamento tra esigenze contrapposte, come si approfondisce nel capitolo secondo.

La Direttiva del 13 luglio 2009 n. 2009/72/Cee, all'art. 3, qualifica infatti la fornitura di energia elettrica come un servizio universale, attribuendo agli utenti il diritto di ricevere la fornitura e di mantenere prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori.

L'attuale regime di affidamento dei servizi pubblici locali, dominato prevalentemente dagli affidamenti in *house providing*, ben realizza il principio europeo di neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche, come viene approfondito nel capitolo primo del presente lavoro. Il servizio pubblico locale è considerato un mezzo per realizzare lo sviluppo sociale ed economico del paese e per correggere le disparità economiche e sociali esacerbate dalla crisi dovuta all'emergenza sanitaria e al cambiamento climatico. Infatti, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) emanato dal Governo italiano nel 2021, rende il servizio pubblico locale uno strumento importante per la realizzazione degli obiettivi di cooperazione, inclusione, innovazione e sostenibilità.

Una ulteriore e diversa ragione di interferenza con la libera concorrenza nel mercato energetico riguarda l'esercizio dei poteri speciali di *golden power*, come viene approfondito nel capitolo primo. Quello dell'energia elettrica, infatti, è uno dei settori strategici in cui lo Stato può decidere di esercitare i poteri speciali per salvaguardare gli interessi strategici nazionali.

INDICE

CAPITOLO I - L'INTERVENTO DELLO STATO NELL'ECONOMIA E LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

1.	I rapporti tra lo Stato e l'economia: una ricostruzione storica.	1
2.	Gli Enti pubblici economici.....	7
3.	L'intervento dello Stato nel mercato e i fallimenti di mercato.....	8
4.	Dalla golden share al golden power.	14
5.	La disciplina europea relativa al controllo sugli investimenti esteri diretti e le recenti riforme del <i>golden power</i> per fronteggiare le crisi economiche.....	20
6.	L'impresa pubblica nella Costituzione.....	24
7.	La definizione di impresa pubblica.....	27
8.	Concorrenza e Impresa pubblica nel diritto europeo.....	30
9.	Impresa-organo, impresa-ente pubblico e impresa-società per azioni.....	36
10.	Le società a partecipazione pubblica: evoluzione storico giuridica.....	38
11.	La disciplina delle società partecipate dagli enti locali.....	44
12.	La disciplina delle società a partecipazione pubblica.....	47
13.	Il Testo Unico sulle Società a partecipazione pubblica.....	50
14.	L' <i>in house providing</i>	55
15.	Società mista.....	59

CAPITOLO II - I SERVIZI PUBBLICI

1.	Il Servizio pubblico: evoluzione storica e nozione.....	62
2.	Principi generali regolatori del Servizio Pubblico.....	71
3.	I servizi universali.....	73
4.	Servizio pubblico locale.....	79
5.	Servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.....	82
6.	La disciplina europea e la distinzione tra servizi di interesse generale e servizi economici di interesse generale.....	85

7.	La disciplina nazionale e il D.lgs 23 dicembre 2022, n. 201.....	86
8.	La gestione dei Servizi pubblici locali e la concorrenza “nel mercato” e “per il mercato”	96
9.	Il procedimento di scelta della modalità di gestione dei servizi pubblici locali	104
10.	Le autorità di regolazione dei Servizi Pubblici	107

CAPITOLO III - IL MERCATO ENERGETICO

1.	Premessa	113
2.	La regolamentazione dell’energia e la sostenibilità ambientale negli accordi internazionali: evoluzione storica.....	116
3.	La politica europea sull’energia: <i>il Green deal</i> europeo e l’Unione dell’energia	119
4.	Le fonti europee e il <i>Winter Package</i>	122
5.	I soggetti della regolazione europea e nazionale	130
6.	Gli strumenti della regolazione	139
7.	La regolazione europea per la tutela della concorrenza	143
8.	L’evoluzione normativa nazionale	145
9.	Breve quadro del regime giuridico delle attività elettriche: la produzione	152
10.	Il dispacciamento e la trasmissione di energia	154
11.	La distribuzione di energia	156
12.	L’evoluzione storica del mercato elettrico in Francia	157
13.	<i>Electricité de France</i> e la sua storia	159
14.	<i>Electricité de France</i> attività e vicende societarie.....	162
15.	Il sistema nucleare in Francia: evoluzione storica.....	163
16.	Il sistema nucleare francese oggi.....	170
17.	L’intervento dei pubblici poteri nel settore nucleare e la concorrenza perfetta	173
18.	Gli “attori” istituzionali del sistema nucleare francese	175
19.	Le organizzazioni internazionali in ambito nucleare.....	180

20. L'Unione europea, la regolamentazione del nucleare e i meccanismi di controllo.....	183
21. La Cooperazione bilaterale francese in campo nucleare civile e la sicurezza in campo nucleare.....	186
22. Le sfide del nucleare.....	189
23. Conclusioni.....	190

CAPITOLO I - L'INTERVENTO DELLO STATO NELL'ECONOMIA E LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

1. I rapporti tra lo Stato e l'economia: una ricostruzione storica. – 2. Gli Enti pubblici economici. – 3. L'intervento dello Stato nel mercato e i fallimenti di mercato. – 4. Dalla *golden share* al *golden power*. – 5. La disciplina europea relativa al controllo sugli investimenti esteri diretti e le recenti riforme del *golden power* per fronteggiare le crisi economiche. – 6. L'impresa pubblica nella Costituzione. – 7. Impresa-organo, impresa-ente pubblico e impresa-società per azioni. – 8. La definizione di impresa pubblica. – 9. Concorrenza e Impresa pubblica nel diritto europeo. – 10. Le società a partecipazione pubblica: evoluzione storico giuridica. – 11. La disciplina delle società a partecipazione pubblica. – 12. La disciplina delle società partecipate dagli enti locali. – 13. Il Testo Unico sulle Società a partecipazione pubblica. – 14. L'*In House Providing*. – 15. La Società mista.

1. I rapporti tra lo Stato e l'economia: una ricostruzione storica.

Secondo la ricostruzione di Sabino Cassese¹, la “vecchia costituzione economica”, cioè l'analisi dell'intervento dello Stato nell'economia in chiave storica, va condotta avendo come riferimento quattro diversi periodi storici: lo Stato liberista, cioè il periodo che va dal 1861 alla fine del secolo XIX; il periodo della prima industrializzazione, che arriva fino agli anni '20 del secolo XX; lo Stato Imprenditore e Pianificatore (o dell'economia mista), cioè il lasso di tempo che arriva fino alla metà del secolo XX e infine lo Stato del Benessere (o Stato Sociale), che va dalla metà degli anni '70 del secolo XX in poi.

Il primo periodo è detto, in senso lato, il periodo dello stato *liberista*. Non si tratta infatti di un vero e proprio liberismo economico, ma piuttosto di un atteggiamento di non intervento nell'economia. Lo Stato, all'indomani dell'Unità, si occupa della creazione del mercato unico. Il neo-nato Stato introduce un apparato normativo uniforme, che fa da breccia alla nascita del mercato, anche attraverso l'introduzione di regole unitarie. Le regole del nuovo mercato sono inserite nel Codice Civile del 1965 e nel codice del commercio dello stesso anno (nonché altresì attraverso l'estensione

¹ S. CASSESE (a cura di), *La Nuova Costituzione Economica*, Bari, 2021.

della legislazione piemontese all'ex Regno delle due Sicilie e allo Stato pontificio). In particolare, nel Codice Civile, l'istituto fondamentale dell'economia, all'epoca prevalentemente agricola, è la proprietà, disciplinata come diritto della persona e come forma di libertà dell'individuo. Il mercato creato grazie all'uniformazione normativa è protetto dalle ingerenze estere attraverso il c.d. protezionismo doganale. All'epoca, infatti, lo scarso sviluppo industriale non determina l'esigenza di aperture estere del mercato, che è agricolo, stagnante e ancora debole. Vengono istituite le tariffe doganali del 1878 e 1887, le quali, gravando sui prodotti esteri, ne fanno aumentare i costi, rendendoli meno competitivi rispetto ai prodotti nazionali.

Nel primo periodo liberista, quindi, lo Stato istituisce il mercato ma non ne è partecipe, disciplina l'economia ma non diviene produttore diretto, getta le basi per il mantenimento del mercato nazionale, ma non ne è protagonista. Questa peculiare forma di liberismo dello Stato si manifesta attraverso frequenti privatizzazioni, tra cui l'alienazione del demanio e dei beni dell'Asse Ecclesiastico; nonché attraverso l'assenza di un governo diretto del mercato da parte dello Stato.

Il primo ventennio del secolo XX, definito "età giolittiana" è caratterizzato dall'inizio dell'industrializzazione: si sviluppano in particolare l'industria siderurgica, chimica e idroelettrica. In questo periodo si verifica un forte incremento degli investimenti dello Stato nelle infrastrutture. Nel 1905 viene istituita l'Azienda delle Ferrovie dello Stato, un'impresa pubblica che si occupa di costruire e gestire la prima rete ferroviaria del territorio. L'incremento degli investimenti statali nei lavori pubblici determina l'immissione di risorse pubbliche nell'economia privata e ciò rappresentò un importante cambiamento di paradigma del ruolo dello Stato nell'economia.

In questo periodo, oltre all'Azienda Ferrovie dello Stato, vengono costituite numerose imprese pubbliche, tra cui l'Impresa per la telefonia interurbana, l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni-INA, l'Istituto Nazionale del Credito per la Cooperazione e la Banca Nazionale del Lavoro-BNL, il Consorzio per le sovvenzioni sui valori industriali e il Consorzio di credito per le opere pubbliche. Inoltre, lo Stato inizia ad occuparsi anche delle prestazioni sociali attraverso l'istituzione della Cassa Nazionale di Previdenza nel 1898 e l'iscrizione obbligatoria nel 1917, dando vita così al c.d.

“Stato del Benessere”. Con la prima industrializzazione si assiste dunque ad un sempre più incisivo intervento dello Stato nell’economia, intervento che si consolida, come si vedrà, nel periodo successivo.

Il periodo successivo, della c.d. “economia mista”, che va dagli anni ’20 alla metà del secolo XX, è caratterizzato da nuove forme d’intervento, diretto o indiretto, dello Stato nell’economia e dalla crescita del numero degli enti pubblici e delle società con partecipazione pubblica. In questo periodo si sviluppa il regime di monopolio statale in alcuni settori come il trasporto marittimo, il servizio di telefonia, il trasporto aereo, la radiodiffusione. In questi settori l’intervento statale si fa pregnante, esclude i privati e assume la gestione in via diretta o indiretta di servizi, tramite l’istituto della concessione. Si sviluppa anche il sistema delle autorizzazioni. Molte attività imprenditoriali, come per esempio le imprese assicurative, il commercio, le attività imprenditoriali nel settore creditizio, il commercio all’ingrosso, il commercio con l’estero e gli stabilimenti industriali passano da un regime di accesso libero ad uno di accesso controllato.

Inoltre, in questo periodo si afferma il dirigismo economico dello Stato, realizzato anche mediante le pianificazioni. Ne costituiscono un esempio la legge sulla pianificazione urbanistica del 1942; la legge del 1936 sull’ordinamento sezionale del credito; il regime vincolistico su alcuni beni come le bellezze paesistiche o le cose artistiche.

Vengono istituiti anche diversi enti pubblici c.d. «di privilegio», dotati cioè di poteri anche derogatori rispetto alla legge, con compiti operativi, di impresa, o di regolazione. Tali enti operano in diversi settori come il tessile, la produzione di riso, i trasporti, l’artigianato, il metano e carbone, la moda, il settore vinicolo e il turismo. Accanto a questi enti pubblici, si costituiscono enti ordinati in forma di società per azioni con partecipazione statale, come l’AGIP (Azienda Generale Italiana Petroli) e la ROMSA (Raffinerie Olii Minerali Società per Azioni). Lo stato inizia così ad assumere il ruolo di azionista in società di diritto comune insieme ad altri azionisti. Nel 1933 viene istituito l’IRI (Istituto per la ricostruzione industriale), con il compito di intervenire

sulle imprese in crisi². L'IRI diviene ben presto una *holding* dalla quale dipendevano sia le società «figlie» di banche, sia le banche stesse.

Nel 1948 viene emanata la Costituzione repubblicana, che sancisce diritti e libertà, anche economiche, dell'individuo. In particolare, come si vedrà meglio in seguito, la Costituzione disciplina la proprietà (art. 42) e l'impresa (artt. 41 e 43).

Nel 1953, a seguito della scoperta di ricchi giacimenti di idrocarburi liquidi e gassosi nella Valle Padana, viene istituito un altro importante ente pubblico, l'ENI (Ente nazionale idrocarburi), che si occupa di gestire, in regime di esclusiva, la ricerca e la coltivazione di giacimenti. All'ENI, ente pubblico economico con partecipazioni in società per azioni, sono affidate anche le partecipazioni azionarie che appartenevano già allo Stato nell'AGIP, nonché le attività ed il compendio patrimoniale dell'Ente nazionale metano.

Con la legge 22 dicembre 1956, n. 1589, viene creato il Ministero delle Partecipazioni Statali, dal quale dipendono l'IRI, l'ENI, e tutti gli altri enti pubblici. Ai sensi dell'art. 3 della legge del 1589 cit., lo Stato non può essere azionista diretto: le azioni in proprietà diretta dello Stato sono attribuite agli enti di gestione, sottoposti al controllo statale. Questi sono, ad esempio l'EFIM (Ente per il finanziamento delle industrie manifatturiere), l'EAGC (Ente autonomo gestione cinema), l'EAGAT (Ente autonomo gestione acque termali), e l'EGAM (Ente di gestione aziende minerarie).

Infine, il periodo dello Stato sociale, dalla metà degli anni '70 del secolo XX in poi, si caratterizza per il completamento del sistema delle partecipazioni statali e per la nazionalizzazione del mercato dell'energia elettrica, dei quali si dirà più diffusamente in seguito, nonché dall'affermazione dello Stato c.d. finanziatore; dello Stato c.d. pianificatore e dello Stato del benessere.

Lo Stato finanziatore, cioè lo Stato che eroga aiuti di vario tipo, conosce un grande sviluppo negli anni '60 del XX secolo. Si sviluppano diverse forme di ausili finanziari pubblici rivolte ai privati. La più semplice è il c.d. contributo a fondo perduto, che

²L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in House e miste*, Milano, 2008, 1 e ss

consiste in una somma di danaro attribuita al soggetto privato proporzionatamente all'investimento economico (o all'attività) effettuato. Il premio, invece, è una diversa forma di ausilio pubblico che viene erogato *ex post*, a differenza del precedente, cioè solo quando, una volta completato l'investimento, è stato raggiunto l'obiettivo. Si afferma anche una forma di finanziamento, più complessa, cioè il credito agevolato, che viene corrisposto al privato titolare di un rapporto di debito con ente finanziatore, per esempio una banca. L'aiuto pubblico serve ad abbattere il costo del danaro avuto in prestito, cioè il tasso di interesse. Ciò consente al privato di ottenere il credito ad un tasso inferiore a quello di mercato.

In questi anni, accanto allo Stato finanziatore, si sviluppa anche lo Stato pianificatore³. Negli anni '60 inizia il dibattito sulla programmazione economica dello Stato, che si occupa di pianificare diversi interventi dello Stato in specifici mercati, come quello della vendita e della produzione di energia elettrica, come si dirà più diffusamente in seguito. A questi fini, viene creato il Ministero del bilancio e della programmazione economica, nonché il Comitato interministeriale per la programmazione economica-CIPE.

Negli stessi anni lo Stato si occupa di organizzare interventi pubblici capillari nei settori dell'istruzione, della sanità, della protezione sociale e dell'occupazione. Si parla, di Stato del Benessere. Questi interventi sono rilevanti nell'analisi dei rapporti tra lo Stato e l'economia perché determinano l'uso cospicuo di risorse pubbliche in settori di mercato.

Lo stato del Benessere si afferma con l'istituzione della scuola media dell'obbligo, con la creazione del Servizio sanitario nazionale, con l'introduzione della pensione sociale. Per finanziare i nuovi interventi viene realizzata anche un'importante riforma tributaria, che introduce l'imposta progressiva sul reddito delle persone fisiche.

³ A. LA SPINA G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, *Lo Stato promotore*, in *ASTRID-IRPA, Lo Stato promotore. Indagine sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia di fronte alle crisi e alle trasformazioni del XXI secolo*, Bologna, 2021.

Negli ultimi anni, in particolare già a partire dalla crisi economico-finanziaria del 2008, si è assistito alla nascita di nuove forme di intervento dello Stato in importanti settori del mercato⁴. La tendenza è emersa con la crisi del debito pubblico di alcuni Stati europei e con quella determinata dall'epidemia da SARS-CoV-2⁵. In particolare si assiste alla nascita del c.d. modello di intervento di uno Stato c.d. "Salvatore", che esercita in modo diretto le sue prerogative esclusive, ad esempio attraverso il ricorso trasversale al c.d. *golden power*; oppure attraverso il coordinamento generale delle politiche pubbliche di intervento strategico nel mercato, di cui il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza costituisce un esempio chiaro per la realizzazione del *Next Generation EU*⁶, uno strumento dell'Unione europea, che vuole far fronte ai danni economici e sociali causati dalla pandemia attraverso l'erogazione di un ingente somma a favore degli Stati membri. Il suo nucleo principale è rappresentato dal Dispositivo per la ripresa e la resilienza (RFF), che ha come obiettivi la creazione di un'Europa *green*, digitalizzata e resiliente. Tale meccanismo si ispira al modello dei *conditional grants*, che in una logica di federalismo fiscale, prevede un trasferimento di fondi a favore dei livelli inferiori di governo per promuovere progetti o programmi⁷. Il nuovo modello di intervento dello Stato nell'economia costituisce la risposta ad una crisi economica globale e dunque è un fenomeno internazionale, disciplinato con misure sovranazionali⁸.

⁴ G. NAPOLITANO., *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1023 ss; sul punto v anche G. AMATO, *Bentornato Stato, ma...*, Bologna, 2022, 31 ss.

⁵ G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 145 ss; M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 282 ss.

⁶ Per una ricostruzione delle misure contenute nel Next Generation Eu e delle sue ripercussioni nel futuro dell'Unione economica e monetaria, F. FABBRINI, *Next Generation Eu, Il futuro dell'Italia dopo la Pandemia*, Bologna, 2022.

⁷ A. MAJOCCHI, *Next Generation EU: verso una fiscalità generale*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 29 maggio 2020.

⁸ A. SANDULLI., *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2020, p. 405 ss

2. Gli Enti pubblici economici

Come si è detto, l'ente pubblico economico ha rappresentato in passato la forma giuridica più diffusa dell'impresa pubblica, salvo poi essere trasformato in società per azioni durante l'epoca delle privatizzazioni, per poi essere destinato con il tempo a sfociare nella soppressione dell'ente o nella sua sostanziale privatizzazione⁹. Erano enti pubblici economici l'INA (Istituto Nazionale delle Assicurazioni), istituito nel 1912 come monopolista nel settore delle assicurazioni sulla vita, l'IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale), istituito nel 1933 con lo scopo di gestire banche e aziende in crisi, l'ENI (Ente Nazionale Idrocarburi), istituito nel 1953 nel settore del petrolio e del gas naturale l'EFIM (ente partecipazioni e finanziamento industrie manifatturiere) istituito nel 1962 con il compito di gestione delle partecipazioni del Fondo di finanziamento dell'industria meccanica (FIM); l'ENEL (Ente nazionale per l'energia elettrica) istituito nel 1962 nel settore energetico; l'Ente ferrovie dello stato, istituito nel 1985 e, pur non essendo stato definito esplicitamente come ente pubblico economico, l'IMI (Istituto Mobiliare Italiano).

Gli enti pubblici economici erano costituiti e disciplinati direttamente dalla legge, che attribuiva loro autonomia finanziaria patrimoniale amministrativa e contabile. Tali enti, infatti, possedevano personalità giuridica perfetta, avevano cioè un patrimonio autonomo, amministrato da propri organi di gestione e controllo, che ne curavano i bilanci. La Corte dei Conti esercitava una certa forma di controllo esterno contabile e di gestione su tali enti pubblici¹⁰.

Gran parte degli enti pubblici economici operavano come *holding* di controllo di società. Tali società controllate, che possedevano la forma di società per azioni di

⁹ Gran parte degli enti pubblici economici sono divenuti S.p.A. con socio unico lo Stato. Le partecipazioni sono state poi cedute al mercato per la maggior parte di essi. Riferimenti normativi D.l. n. 333 del 11 luglio 1992 convertito con L. 8 agosto 1992 n. 359, D.l. 14 agosto 1992 n. 369, D.l. 30 agosto 1996 n. 456, D.l. del 9 luglio 1998 n. 283.

¹⁰ In dottrina, *ex multis*, P. JAEGER, R. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*. Milano, 2000.

diritto privato, erano detenute, spesso totalmente, dallo Stato o da enti pubblici economici.

3. L'intervento dello Stato nel mercato e i fallimenti di mercato.

Secondo la teoria dell'equilibrio economico generale, che si sviluppò nel dopoguerra, quando non si verificano i c.d. fallimenti di mercato (*i.e.* i beni pubblici, le esternalità, le asimmetrie informative e i monopoli) l'equilibrio concorrenziale raggiunto spontaneamente dal mercato è quello più efficiente per l'intero sistema economico. Ciò significa che il mercato è in grado spontaneamente di realizzare un'allocazione c.d. *Pareto ottimale*: non è possibile cioè redistribuire le risorse e migliorare il benessere anche solo di un individuo senza peggiorare le condizioni degli altri. Ciò è enunciato dal primo teorema dell'economia del benessere, secondo il quale un sistema economico perfettamente concorrenziale, fondato cioè solo sui prezzi spontaneamente fissati dal mercato, che non subisce alcuna forma di interferenza esterna o di cooperazione tra gli agenti, è massimamente efficiente. L'ottimo di Pareto è quindi un fatto spontaneo, realizzato senza che nessuno lo persegua intenzionalmente, grazie alla sola concorrenza perfetta di un mercato, che fa sì che sia i consumatori che i produttori siano *price-taker*: non possono singolarmente influenzare il prezzo, ma possono decidere quanto produrre. Perciò il teorema è considerato come una conferma di quanto sostenuto da Adam Smith¹¹, relativamente alla 'mano invisibile' che spinge i mercati verso obiettivi di interesse generale. L'intervento dello Stato nel mercato, in questi casi, è volto a realizzare interessi diversi dall'efficienza, come l'equità o la tutela di diritti e interessi che si ritiene debbano essere protetti anche a scapito dell'efficienza. I fallimenti del mercato dipendono dalla mancanza di almeno una delle condizioni previste del primo teorema dell'economia del benessere, secondo il quale quando gli agenti economici hanno il medesimo livello di informazioni, cioè non ci sono asimmetrie informative; i beni prodotti e scambiati sono privati e non si è in presenza

¹¹ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, 1776.

di esternalità; quando non vi sono barriere all'entrata e all'uscita; gli operatori economici sono *price taker*.

Ogni circostanza di ottimo paretiano può essere inoltre realizzata a condizione che gli individui si inseriscano nei mercati con dotazioni appropriate delle diverse risorse. Questa condizione dovrebbe essere assicurata dallo Stato il quale utilizza a questo fine un sistema di trasferimenti e di imposte tale da non indurre distorsioni nei comportamenti e quindi non interferire con il funzionamento efficiente dei mercati. Questo teorema segna una ripartizione dei compiti tra Stato e mercati. Lo Stato definisce le dotazioni iniziali, coerentemente con gli obiettivi di equità e senza distorcere l'operatività dei mercati e questi ultimi, invece, lasciati liberi da ogni interferenza, assicurano la massima efficienza. Un' implicazione di ciò è che lo Stato non ha necessità di intervenire direttamente sui prezzi per avvantaggiare le fasce più deboli della popolazione, dal momento che il teorema indica una strada alternativa in grado di assicurare lo stesso risultato di equità, pur nel rispetto dell'efficienza.

Il verificarsi dei fallimenti di mercato costituisce il motivo dell'intervento pubblico volto a correggere l'inefficienza allocativa generata dal malfunzionamento dei mercati, per riaffermare l'ottimo paretiano.

Ogni fattispecie di *market failure* dipende dal venir meno di una delle condizioni previste dal primo teorema dell'economia del benessere; i fallimenti sono infatti particolari condizioni "tipiche" in cui il mercato non raggiunge l'ottima allocazione delle risorse. In questi casi lo Stato può intervenire in vario modo: producendo beni e servizi, o esercitando il potere di tassare, di punire, o di proibire determinati comportamenti¹².

Uno dei fallimenti di mercato è costituito dai beni pubblici. Secondo la definizione di Samuelson¹³ un bene pubblico è un bene di cui tutti possono godere comunitariamente, nel senso che il consumo del bene da parte di un individuo non comporta alcuna

¹² J. E. STIGLITZ, *Il Ruolo Economico Dello Stato*, Bologna, 1992.

¹³ P. SAMUELSON, *The Pure Theory Of Public Expenditure*, *Review of Economics and Statistics*, 1954, 37 ss.

sottrazione del consumo dello stesso bene da parte di un altro individuo. I caratteri di questi beni sono infatti la non rivalità e la non escludibilità, nel senso che il consumo del bene non determina l'impossibilità, per un altro individuo, di consumarlo a sua volta. Ad esempio, la difesa nazionale è un bene pubblico non rivale e non escludibile, poiché tutti i cittadini ne beneficiano contemporaneamente e il costo del servizio non cresce con l'aumentare dei soggetti beneficiari. In altri termini, il costo marginale dell'offerta di un bene non rivale per i soggetti che si aggiungono rispetto al primo fruitore è nullo. L'altra caratteristica dei beni pubblici è la loro non escludibilità: a nessuno può essere impedito il consumo del bene, o per ragioni tecniche o di convenienza economica, nel senso che impedire la fruibilità del servizio o il godimento del bene ad un soggetto sarebbe costoso e sconveniente. L'illuminazione pubblica, ad esempio, è un bene pubblico non escludibile e non rivale, fruibile da tutti a prescindere dal pagamento di un prezzo. Da ciò deriva il fenomeno del *free riding*, cioè la tendenza ad assicurarsi il godimento di un bene lasciando che lo paghi qualcun altro. Questo fenomeno, associato alla produzione di esternalità, non consente al mercato di individuare l'equilibrio in modo spontaneo, cioè di determinare il prezzo che assicuri la massima efficienza, determinando così un fallimento di mercato.

L'assenza di un meccanismo di mercato capace di garantire la fissazione dei prezzi si manifesta anche quando si è in presenza di esternalità positive o negative. Si ha un'esternalità quando gli effetti di un'attività economica si esplicano anche al di fuori delle transazioni di mercato, cioè sulla produzione o sul benessere di altre unità, si parla infatti di effetti esterni¹⁴. Le esternalità sono positive quando l'agente economico, senza ricevere alcun compenso, determina dei benefici nei confronti dei soggetti interessati dall'esternalità; sono invece negative se si determinano svantaggi, cioè costi. Ad esempio, una fabbrica di prodotti chimici che inquina l'ambiente determina esternalità negative per gli abitanti delle zone limitrofe. All'opposto, la costruzione di

¹⁴ Tra i primi autori ad occuparsi di esternalità ci fu il filosofo inglese H. Sidgwick, successivamente il tema è stato affrontato da numerosi economisti, tra i quali A. Marshall e A.C. Pigou. Lo statunitense K. Arrow ha analizzato rigorosamente le implicazioni teoriche.

una ferrovia in un paese sottosviluppato, che colleghi la costa all'interno, attribuisce un esiguo vantaggio all'impresa che l'ha costruita, ma realizza un elevato vantaggio per la collettività. Nell'esternalità negativa, il fallimento è dovuto al fatto che il soggetto inquinante non considera i danni che produce tra i suoi costi, i quali ricadono invece sulla collettività. I costi sociali sono quindi maggiori di quelli privati. Sia nell'esternalità positiva che in quella negativa l'intervento dello Stato attraverso tassazioni e sussidi è volto a far contabilizzare i costi e i benefici esterni, al fine di determinare l'internalizzazione degli effetti esterni.

L'asimmetria informativa costituisce un altro fallimento di mercato. Essa si verifica quando i contraenti, parte di un'operazione economica, non possiedono le stesse informazioni utili per valutare consapevolmente i costi e i vantaggi dell'operazione. Ciò può determinare il c.d. *azzardo morale*, cioè la condizione in cui un soggetto, credendosi esentato dalle eventuali conseguenze economiche negative di un rischio, si comporta in modo diverso da come farebbe se invece sapesse di doverle subirle, oppure la c.d. *selezione avversa*, che si ha quando un'informazione rilevante per la conclusione di una transazione è conosciuta esclusivamente da una delle parti. Ciò produce esiti subottimali sul mercato, che sono dovuti ai comportamenti opportunistici degli operatori dotati di un maggiore patrimonio informativo¹⁵. In questo caso, l'intervento pubblico è funzionale a colmare il deficit informativo tra le parti, offrendo maggiori tutele alla parte debole, mediante l'imposizione di obblighi informativi, come avviene ad esempio nella disciplina del contratto consumeristico.

Il Monopolio si ha quando l'offerta, la domanda, oppure entrambe, sono attribuite ad un solo venditore o a un solo acquirente (il monopolio è unilaterale nel primo caso, bilaterale nel secondo) e perciò il mercato non è concorrenziale. Un soggetto operante in un determinato mercato si trova quindi da solo a importare e/o produrre o vendere un certo bene o prestare un dato servizio¹⁶.

¹⁵G.A. AKERLOF, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 1970.

¹⁶ Tra i molti, G. ARIAS, *Monopolio e concorrenza*, in *NDI*, VIII, 1939, 710; K. WICKSELL, *Lezioni di economia politica*, Torino, 1950, 98; C. NAPOLEONI, *Monopolio unilaterale*, in *Dizionario di*

Il monopolio può essere conseguenza di fattori naturali, come la disponibilità esclusiva di una risorsa (ad esempio l'esistenza di un unico giacimento o di una determinata materia prima); o può essere determinato da ragioni tecniche. Può nascere in conseguenza di un processo di concentrazione industriale o di accordi tra imprese (monopolio artificiale) o dalla decisione politica di escludere il mercato dalla produzione di un certo bene (monopolio legale).

In questi casi, non essendovi libera concorrenza, il mercato non individua l'ottimo paretiano, cioè la quantità-qualità ottimale di produzione e consumo, nonché il prezzo che assicuri la massima efficienza e perciò si parla di fallimento di mercato. La regolamentazione dei monopoli è volta proprio a disciplinare e correggere gli effetti di questo fallimento.

Un esempio di monopolio di diritto è costituito, come si vedrà più diffusamente nel terzo capitolo, dal mercato dell'energia elettrica. La regolamentazione e la gestione di questo mercato è stata affidata dalla Legge 6 dicembre 1962, n. 1643 all'ENEL, un ente di diritto pubblico, che agisce anche con la finalità di controllo e programmazione economica nazionale di questo servizio pubblico, che coinvolge interessi pubblici nazionali e internazionali di rilievo. La fornitura dell'energia elettrica e del gas per usi domestici e industriali all'interno del territorio nazionale costituisce infatti un bene primario per la collettività ed il sistema economico, nonché un servizio necessario, universale, doveroso, per il quale la regolamentazione vuole assicurare anche l'abbordabilità dei prezzi e la continuità del servizio. La fornitura di energia costituisce altresì un servizio di interesse economico generale, affidato a imprese sottoposte, in base al trattato sul funzionamento europeo (art. 106, comma 2, TFUE) e alle direttive

economia politica, Torino, 1950, 98; S. LOMBARDINI, *Il monopolio nella teoria economica*, Milano, 1957; ID., *Oligopolio e progresso tecnico*, Torino, 1964; E.A.G. ROBINSON, *Monopolio*, Cambridge, 1963; F. FORTE, *Introduzione alla politica economica*, Torino, 1964, 141 ss.; P.A. SAMUELSON, *Economia*, Torino, 1964, 623; C. COSCIANI, *Elementi di economia politica*, Padova, 1965, 197 ss.; J. MARCHAL, *Corso di economia politica*, Padova, 1965, 281 ss.; A. AMATO, *Lineamenti di scienza della finanza*, Bari, 1966, 47 ss.; G. LIPSEY, *Introduzione all'economia*, Milano, 1966, 290; G. U. PAPI, *Monopolio*, in *Dizionario di economia*, Torino, 1967, 297 ss.; A. PEDONE, *Elementi di scienza delle finanze*, Firenze, 1971, 142; E. D'ALBERGO, *Economia della finanza pubblica*, II, Milano, 1971, 83; F. FORTE, *Il consumo e la sua tassazione. Elementi di una teoria generale*, I, Torino, 1973, 268 ss.

settoriali, come la n. 2009/72/Cee del 13 luglio 2009, che all'art. 3, qualifica la fornitura di energia elettrica come servizio universale, al regime di libera concorrenza. Tutto ciò determina un contesto economico peculiare, come si dirà meglio in seguito. La filiera elettrica, infatti, è verticalmente integrata, cioè suddivisa in attività diverse (produzione, dispacciamento, trasmissione, distribuzione, vendita di energia) che vengono esercitate in regimi di mercato differenti. Le attività di trasmissione, dispacciamento e distribuzione di energia si svolgono in regime di monopolio naturale (dato il carattere sub-additivo dei costi); quelle di produzione e vendita all'ingrosso e al dettaglio, invece, in regime di concorrenza. Terna S.p.A. esercita l'attività di trasmissione sull'intero territorio nazionale, in base alla concessione rilasciata ai sensi dell'art.1, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, nonché dell'art. 1, comma 3, e 3, comma 4, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 2004. La distribuzione, invece, è realizzata da società municipalizzate in regime di monopolio naturale, per così dire, geografico, nel senso che è affidata a un unico operatore per ciascuna zona geografica. Ad esempio Areti, del gruppo Acea S.p.A, esercita l'attività di distribuzione nel Lazio, A2A S.p.A. nel territorio di Milano e dintorni, e-distribuzione S.p.A in Sicilia.

Un'altra ragione di interferenza con la libera concorrenza nel mercato energetico è l'esercizio dei poteri speciali di *golden power*. Quello dell'energia elettrica, infatti, è uno dei "settori strategici" in cui lo Stato può decidere di esercitare poteri volti a salvaguardare gli interessi nazionali. In questo caso, la compressione della libera concorrenza è realizzata in nome della salvaguardia di interessi come la difesa e l'approvvigionamento strategico delle risorse energetiche.

Negli ultimi anni si è assistito ad una sempre maggiore estensione del *golden power*, come messa in atto dai governi, con l'avallo della Commissione europea, per fronteggiare la crisi economica attualmente in corso. Questi interventi rivelano, secondo alcuni¹⁷, un nuovo modello di intervento dello Stato nel mercato. Lo Stato

¹⁷ A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 419 ss.

riprende in mano la pianificazione e la protezione dello sviluppo economico nazionale. Rispetto al *golden power* del 2012, infatti, come si vedrà meglio nel paragrafo seguente, con le recenti novelle in tema di *golden power* si passa dall'esigenza di tutela della sicurezza nazionale alla protezione delle infrastrutture, delle tecnologie, delle forme di approvvigionamento riguardanti i servizi pubblici essenziali strategici, i mercati finanziari e i settori sanitario e agroalimentare. In altri termini, l'istituzione del *golden power* (nonché l'allargamento dei poteri speciali ad esso legati) attribuisce allo Stato un nuovo ruolo nell'economia, quello di doganiere: lo Stato si riappropria del suo ruolo di "guardiano dei confini"¹⁸ contro le minacce alla sicurezza nazionale. Questa nuova funzione dello Stato si affianca alle vecchie: quella di "regolatore", nata a partire dagli anni 90 del secolo scorso, che opera esclusivamente attraverso le Autorità Indipendenti; quella di "imprenditore" tramite la costituzione di società partecipate per mezzo delle quali esso opera nel mercato, che rimangono sottoposte alle regole dello stesso mercato, nonché alla disciplina contenuta nel testo unico sulle partecipate; quella di "pianificatore, sovventore e salvatore" di fronte alle crisi; e, infine, quella di "promotore", grazie al sostegno all'iniziativa economica privata assicurato dalla Cassa depositi e prestiti.

4. Dalla *golden share* al *golden power*.

Il *Golden power* è una forma di intervento dello Stato nel mercato e consiste nella possibilità da parte del Governo di esercitare "poteri speciali" in determinati settori previsti dalla legge¹⁹. Secondo un'autorevole dottrina, l'espressione *golden power*

¹⁸ G. NAPOLITANO, *I golden powers italiani alla prova del regolamento europeo*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. NAPOLITANO, Bologna, 2019

¹⁹ Tra i tanti che si sono occupati del tema, v. B. P. AMICARELLI, *Il golden power fra istruttoria viziata e principio di legalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 5, 646 ss.; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Bari, Laterza, 2021, spec. 314 ss.; A. GEMMI, *Il principio di legalità tra authorities e golden power*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 2, 355 ss.; A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, 2021, 2, 282 ss.; R. LENER, "Golden powers" e investimenti esteri nelle infrastrutture finanziarie, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2020, 2, 228 ss.; F. GASPARI, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2020, 16, 118 ss.; P.

MACCARONE, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio Cost.*, 2020, 2, 121 ss.; A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 2, 405 ss.; G. SCARCHILLO, *“Golden powers” e settori strategici nella prospettiva europea: il caso “Huawei”*. Un primo commento al Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti, in *Dir. del comm. int.*, 2020, 2, 569 ss.; L. VASQUES, *“Golden Power”*. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia, in *Mercato con. reg.*, 2020, 1, 119 ss.; L. DI VIA, L. PASQUALE, *Controllo sugli investimenti stranieri e “antitrust”*. Un matrimonio che s’ha da fare, in *Mercato con. reg.*, 2020, 1, 99 ss.; F. MARCONI, B. RAGANELLI, *Emergenza, crisi economica e golden power*, in *Conc. e mercato*, 2020, 1, 131 ss., spec. 137 ss.; AA.VV., *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. NAPOLITANO, Bologna, 2019; S. ALVARO, M. LAMANDINI, A. POLICE, I. TAROLA, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. I golden powers dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quad. giur. Consob*, 2019, n. 2; G. NAPOLITANO, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell’arena economica globale*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2019, n. 1, 2 ss.; A. SACCO GINEVRI, *L’espansione dei golden powers tra sovranismo e globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl. econ.*, 2019, 151 ss.; R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 2019, 17, 2 ss.; G. NAPOLITANO, *L’irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 5, 549 ss.; A. TRISCORNIA, *“Golden Power”*: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario, in *Riv. soc.*, 2019, 4, 733 ss.; R. ANGELINI, *Stato dell’arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del “golden power”*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 3, 681 ss.; C. SAN MAURO, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta*, in *Astrid Rassegna*, 2017, n.15; F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, 2015; G. SCARCHILLO, *Dalla “Golden Share” al “Golden Power”*: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2015, 2, 619 ss.; F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell’intervento dello Stato sull’economia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, 1, 57 ss.; A. COMINO, *“Golden Powers” per dimenticare la “golden share”*: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, e delle comunicazioni, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 5, 1019 ss.; P. DI PALMA, F. GASPARI, *L’attuazione del “golden power” in Italia: dal potere regolamentare alla potestà regolatoria*, in *GiustAmm.it*, 2013, 4; D. GALLO, *Le golden shares e la trasformazione del public/private divide: criticità, sviluppi, e prospettive del diritto dell’Unione Europea tra mercato interno e investimenti extra-UE*, in *L’Unione Europea a vent’anni da Maastricht: verso nuove regole*, a cura di S.M. CARBONE, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 177 ss.; C. SAN MAURO, *La disciplina della “golden share” dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Conc. e mercato*, 2010, 1, 409 ss.; F. BONELLI, *La “golden share” all’italiana: regole comunitarie e regole interne in materia di “poteri speciali”*, in *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, a cura di S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI, M. MORISI, Torino, 2002, 55 ss.; F. BONELLI, M. ROLI, *Privatizzazioni, ad vocem*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2000, 994 ss., spec. 1007 ss.; F. MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all’italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dpce*, 2000, 1236 ss.; C. AMICONI, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci ed ombre*, in *Giust. Civ.*, II, 1999, 463 ss.; R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione della gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 159 ss.; G. LOMBARDO, *Golden share, ad vocem*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, Treccani, 1998, 1 ss.; R. PEREZ, *I controlli sugli enti pubblici economici privatizzati*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. AMOROSINO, Milano,

indica “l’insieme dei poteri pubblicistici finalizzati a proteggere interessi nazionali strategici nei confronti di investimenti ed altre operazioni economiche che li possano pregiudicare”²⁰. Questi poteri speciali consistono nel dettare condizioni o anche opporsi all’acquisto di partecipazioni sociali in società operanti nei settori strategici, oppure di impedire l’adozione di determinate delibere assembleari da parte delle società interessate all’acquisto. Il *golden power*, quindi, è uno strumento di intervento dello Stato nell’economia a scopo di protezione della stessa, caratterizzato da una natura “camaleontica”: viene adattato dall’ordinamento a diverse finalità di volta in volta individuate. I mezzi di espressione di questo potere variano a seconda dell’adattamento dello stesso al fine prefissato²¹.

La *ratio* consiste nella necessità di salvaguardare gli assetti proprietari delle imprese operanti in settori particolarmente delicati dell’economia, che rivelano un interesse strategico nazionale degli Stati, come la difesa e la sicurezza nazionale, le reti di telecomunicazione elettronica con tecnologia 5G, l’energia elettrica e il gas, i trasporti, le comunicazioni e tutti i settori ritenuti “rilevanti” ai sensi dall’art. 4.1. Regolamento UE 2019, n. 452.

Il D.l. 15 marzo 2012 n. 21 ha determinato il passaggio dal precedente regime di diritto societario, la c.d. *golden share*, ad un regime di diritto amministrativo, il c.d. *golden power*. Come si vedrà meglio in seguito, la differenza tra i due regimi riguarda la natura dei poteri speciali: nel primo caso si tratta di un potere esercitato dagli stessi organi societari, nel secondo caso invece promana dall’esterno della società, cioè dal Governo.

Le ragioni di necessità e urgenza che hanno giustificato il Decreto legge n. 21 del 2010 riguardavano l’avviamento della procedura di infrazione nei confronti dell’Italia,

1995, 195 ss.; S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.

²⁰ M. D’ALBERTI, *Il Golden Power In Italia: Norme Ed Equilibri*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2020, 83.

²¹ A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2020, 410

nonché nella sentenza della Corte di Giustizia del 26 marzo 2009, causa C-326/07, la quale aveva ritenuto che la normativa italiana fosse lesiva degli artt. 49 e 63 TFUE, dal momento che concedeva allo Stato poteri troppo ampi e discrezionali. Pertanto si auspicava un restringimento degli ambiti di discrezionalità concessi al Governo per l'esercizio dei poteri speciali.

L'evoluzione storica italiana viene suddivisa in tre periodi: quello della *golden share* che va dal 1994 al 2011; quello del *golden power* che va dal 2012 al 2019, e da ultimo, il periodo di ampliamento dei poteri di *golden power* e dei presupposti per l'esercizio di tali poteri speciali.

La *golden share* è un istituto di origine britannica che fu introdotto nell'ordinamento italiano con il D.l. 31 maggio 1994, n. 332, durante la stagione delle privatizzazioni degli anni Novanta del secolo scorso. Il fine era la tutela di società partecipate operanti in particolari settori strategici, che conoscevano la privatizzazione dell'epoca. Si voleva in particolare proteggere le società in partecipazione pubblica dalle alterazioni della loro *governance*, per evitare che ciò compromettesse interessi nazionali sensibili in settori strategici. In altri termini, la previsione della *golden share* negli statuti delle società partecipate aveva quindi il fine di contemperare la perdita di controllo pubblico su società esercenti attività strategiche di interesse generale²². Per fare ciò, veniva attribuito al Ministero del Tesoro il potere di divenire titolare di quote o partecipazioni sociali per mantenere una posizione di controllo e d'influenza all'interno delle società operanti nei settori strategici²³. I poteri speciali, esercitabili dall'azionista pubblico, anche se in minoranza, riguardavano la riserva di nomina degli amministratori, la

²² Tra i tanti, sulla *golden share*, v. R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 159 ss.; F. MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dpce*, 2000, 1236 ss.; F. BONELLI, *La "golden share" all'italiana: regole comunitarie e regole interne in materia di "poteri speciali"*, in *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, a cura di S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI, M. MORISI, Torino, 2002, 55 ss.

²³ Ciò poteva avvenire solo se la società partecipata era controllata direttamente o indirettamente dallo Stato e se operava nei settori dell'energia, della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni e altri servizi pubblici.

possibilità di porre un veto all'adozione di determinate delibere assembleari, nonché la possibilità di impedire l'acquisto di partecipazioni societarie da parte di Stati esteri o soggetti potenzialmente pericolosi. Si voleva cioè bloccare possibili scalate azionarie o l'adozione di delibere di fusione, scissione, trasferimenti all'estero di sede, cambiamento dell'oggetto sociale.

I poteri speciali di *golden share* furono oggetto di diverse pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ritennero la disciplina in contrasto con il diritto europeo, vista la sua eccessiva discrezionalità, genericità e sproporzione²⁴. Con la sentenza 3 maggio 2000, causa C-58/99, la Corte chiarì infatti che l'istituto, così come delineato dal legislatore, ostava al rispetto degli obblighi previsti dal Trattato CE agli artt. 43, 49 e 56, con particolare riferimento al D.l. 1994, n. 332, nonché e ai decreti sulle privatizzazioni di Eni S.p.A. e di Telecom Italia S.p.A. Inoltre, con la sentenza CGUE 26 marzo 2009, causa C-326/07, la Corte ha affermato che la *golden share* si poneva in contrasto con gli artt. 43 e 56 del Trattato CE. Il DPCM 10 giugno 2004, infatti, non specificava i presupposti di esercizio dei poteri speciali, pregiudicando gli investitori esteri nel loro diritto di informativa, con effetti negativi sulla libera concorrenza e sulle "leggi del mercato"²⁵. Infatti, l'eccessiva discrezionalità del Governo determinava incertezza e comprometteva le libertà di stabilimento e circolazione dei capitali, ponendosi come disincentivo per gli investitori²⁶.

Il *golden power* cerca di ovviare a questi inconvenienti rispondendo ad una disciplina precisa nei presupposti di esercizio dei poteri speciali esercitabili attraverso una valutazione *ex post* in caso di grave pregiudizio dell'interesse nazionale. Si prevede un potere non più legato alla partecipazione pubblica in una società, bensì solamente alla

²⁴ Si veda sul punto F. MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, vol. III, 2000, 1236 ss., spec. p. 1237.

²⁵ G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006, pp. 200- 201. Sulle "leggi del mercato" si veda F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, pp. 7 ss.

²⁶ Per una sintesi della giurisprudenza europea sul tema, si v., tra gli altri, R. GAROFOLI, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. NAPOLITANO, Bologna, 2020, 95-97

sussistenza di un interesse strategico nazionale legato alla società: la partecipazione pubblica, anche se di minoranza, non è cioè requisito necessario per l'esercizio dei poteri speciali. Tali poteri non sono previsti negli statuti societari, non sono cioè poteri privatistici dell'azionista, ma sono poteri amministrativi in senso tecnico. Inoltre, i poteri speciali sono esercitabili non più nei "servizi pubblici" in generale, bensì in determinati settori, come la difesa e la sicurezza nazionale per scongiurare una "minaccia di grave pregiudizio" degli interessi nazionali, l'energia e i trasporti, le comunicazioni e le infrastrutture ad alta intensità tecnologica, le infrastrutture finanziarie di controllo di informazioni sensibili. Inoltre, i poteri speciali non sono solo interdittivi ma possono essere anche prescrittivi, prevedere cioè specifiche condizioni incidenti sulla *governance* sia sul funzionamento della società. Nell'esercizio di questi poteri l'amministrazione osserva il principio di proporzionalità, prediligendo le misure meno restrittive, che offrono comunque sufficienti garanzie per gli interessi sensibili della Nazione; nonché il principio di ragionevolezza e trasparenza. Non si tratta di attività politica, cioè di un'attività libera nella scelta dei fini, ma di un potere amministrativo in senso tecnico, sottoposto alla giurisdizione amministrativa.

L'art. 1, comma 4, del D.l. n. 21 del 2012 cit. prevede che le società che svolgono attività di rilevanza strategica in tali settori siano obbligate a comunicare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri alcune informazioni, al fine di consentire al Governo l'esercizio tempestivo dei poteri speciali. Il comma 5, inoltre, prevede che chiunque acquisisca una quota sociale in tali società debba notificare l'acquisto alla Presidenza del Consiglio. L'obbligo di notifica delle delibere e delle operazioni sociali alla Presidenza del Consiglio sussiste anche nei settori dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni e di tutti quelli ritenuti "rilevanti" ai sensi dell'art. 4.1. Reg. UE 2019 n. 452, come previsto dall'art. 2, comma 2 del D.l. n. 21/2012. In questi casi deve essere notificato anche l'acquisto da parte di un soggetto esterno all'Unione europea di partecipazioni sociali di rilevanza tale da determinare un "insediamento stabile" dell'acquirente. In materia energetica, di trasporti e di comunicazioni elettroniche, l'esercizio dei poteri speciali è funzionale all'individuazione dei cd. attivi strategici. In particolare, sono previsti tre differenti poteri esercitabili: il veto sulle delibere, sugli

atti e sulle operazioni che siano idonei a mutare la titolarità della società, il controllo degli attivi strategici, oppure che vadano a mutarne la destinazione; l'opposizione all'acquisto della partecipazione rilevante.

Con riferimento alla natura dei poteri speciali la migliore dottrina sostiene che essi abbiano natura amministrativa, con la conseguenza che questi sono assoggettati ai principi del diritto amministrativo²⁷ e perciò uno dei presupposti per il loro esercizio è il rispetto dell'obbligo di motivazione, nonché la completezza e l'adeguatezza dell'istruttoria. L'esercizio dei poteri speciali trova un importante limite nella necessaria rispondenza ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, da rispettare per potersi opporre all'acquisto di partecipazioni, porre il veto all'adozione di delibere societarie e imporre specifiche prescrizioni e condizioni.

Il *golden power* è stato oggetto di recenti riforme, di risposta alla crisi causata dalla pandemia da Covid 19 e all'emergenza energetica. Come si vedrà meglio in seguito, infatti, sotto la spinta dell'emergenza Covid-19 e su sollecitazione della Comunicazione della Commissione UE del 26 marzo 2020, gli Stati membri sono intervenuti a tutelare l'interesse nazionale nell'attuale crisi.

5. La disciplina europea relativa al controllo sugli investimenti esteri diretti e le recenti riforme del *golden power* per fronteggiare le crisi economiche

L'emergenza innescata dalla pandemia ha prodotto effetti rilevanti sull'economia dell'Unione europea. Uno dei possibili inconvenienti di ciò è costituito dal rischio, per le industrie operanti nei settori strategici, di subire scalate ostili, agevolate anche dalla sottocapitalizzazione delle imprese strategiche per l'economia nazionale. La Commissione europea ha perciò invitato gli Stati membri ad "utilizzare tutti gli strumenti disponibili a livello nazionale e unionale per evitare che la situazione di crisi

²⁷ G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, pp. 286 ss.; P. LAZZARA, *Libera circolazione dei capitali e "golden share"*, in *Foro amm./CdS*, 2002, pp. 1607 ss., spec. pp. 1608, 1615, il quale sottolinea come tale qualificazione rilevi anche ai fini della tutela giurisdizionale; R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolamentazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, pp. 159 ss., spec. p. 187

produca perdite di risorse e tecnologie critiche”²⁸. L’Unione europea, infatti, non possiede strumenti di azione diretti in questo ambito e di conseguenza non c’è un approccio difensivo unitario europeo per fronteggiare gli acquisti predatori, ma la responsabilità per il controllo di questi spetta autonomamente a ciascuno degli Stati membri. La Commissione perciò è intervenuta per orientare l’azione degli Stati, chiarendo che l’ordinamento europeo accoglie con favore gli investimenti esteri, poiché essi «contribuiscono alla crescita dell’Unione rafforzandone la competitività, creando posti di lavoro ed economie di scala, apportando capitali, tecnologie, innovazione e competenze e aprendo nuovi mercati per le esportazioni dell’Unione». Dall’altra parte però, l’ordinamento europeo avverte l’esigenza di un riequilibrio complessivo nel rapporto con i Paesi terzi. A proposito delle possibili giustificazioni delle restrizioni ai movimenti di capitali, la Commissione ha richiamato l’art. 63 TFUE, il quale prevede la libera circolazione dei capitali non solo all’interno dell’Unione, ma anche con i paesi terzi, chiarendo che le restrizioni devono essere adeguate, necessarie e proporzionate al conseguimento dei legittimi obiettivi di ordine pubblico; questi ultimi sono definiti sia nel trattato sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²⁹ come motivi imperativi di interesse generale, non di natura puramente economica. Sul punto, la Commissione ha chiarito che i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica possono essere invocati solamente in caso di minaccia grave ed effettiva ad uno degli interessi fondamentali della collettività³⁰. Sul punto è intervenuto il Regolamento UE 2019/452, avente ad oggetto la disciplina degli investimenti esteri diretti, cioè quelli realizzati da soggetti di Paesi extra-UE. L’art. 2 par. 1, n. 1 del regolamento prevede una definizione ampia di investimento estero diretto, qualificato come «un investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra

²⁸ Comunicazione della Commissione, Risposta economica coordinata all’emergenza COVID-19, COM (2020) 112 final, 13 marzo 2020, punto 2, p. 2.

²⁹ C. Giustizia Ue 27 febbraio 2019, causa C-563/17, *Associação Peço a Palavra* e a., par. 70.

³⁰ Comunicazione della Commissione, Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti, cit., Allegato, punto 4.

l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica»³¹. Il regolamento si pone favorevolmente nei confronti degli investimenti esteri diretti, i quali contribuiscono alla crescita dell'Unione rafforzandone la competitività sul mercato globale. Nello stesso tempo, però, il regolamento conferisce agli Stati ampi poteri di controllo sugli investimenti esteri diretti, attribuendo il potere di “valutare, esaminare, autorizzare, sottoporre a condizioni, vietare o liquidare investimenti esteri diretti per motivi di sicurezza o di ordine pubblico” (art. 2, par. 1, n. 4). In questo modo il Governo si pone come interlocutore per gli investitori esteri i quali devono avviare un dialogo con le autorità pubbliche, le quali devono essere informate e devono aver autorizzato le misure.

Il Regolamento introduce anche meccanismi di cooperazione tra Stati membri e con la Commissione e prevede l'obbligo di notifica alla Commissione e agli altri Stati membri di ciascun investimento sottoposto a controllo e, con esso, l'obbligo da parte del Gruppo di coordinamento operante presso la Presidenza del Consiglio dei ministri di fornire una serie di dettagliate informazioni. Il controllo sugli investimenti esteri diretti extra-UE è inserito nell'ambito delle politiche dell'Unione, e in questo modo l'Unione, pur non avendo competenza diretta in questo ambito, introduce meccanismi collaborativi e coordinati tra gli Stati.

La cooperazione tra Stati Membri e Commissione per il controllo sugli investimenti esteri diretti si realizza attraverso procedimenti amministrativi composti a cui collaborano le diverse istituzioni. Se l'investimento estero è stato oggetto di controllo

³¹ Per un commento al Regolamento UE 2019/452, in particolare, G. NAPOLITANO, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, n. 1. Sul rapporto tra la disciplina europea e quella nazionale, G. NAPOLITANO, *I golden powers italiani alla prova del Regolamento europeo*, in *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. Napolitano, 121 ss.

da parte dello Stato membro, questo lo deve notificare alla Commissione e agli altri Stati Membri, attivando così d'ufficio il procedimento di controllo sovranazionale. L'avvertimento da parte dello Stato alla Commissione e agli altri Stati può essere semplice, traducendosi nel mero inoltro di quella ricevuta dall'investitore estero, oppure qualificato, per effetto di una preliminare valutazione dell'autorità competente circa i possibili effetti transnazionali dell'operazione. Essa può essere accompagnata da una lista di Stati Membri potenzialmente messi a rischio dal singolo investimento estero. Lo Stato che inoltra l'avviso ha l'obbligo di fornire informazioni riguardanti l'assetto proprietario dell'investitore estero; il valore approssimativo dell'investimento; i prodotti, i servizi e le attività commerciali dell'investitore estero diretto e l'impresa in cui l'investimento estero è programmato; gli Stati Membri in cui l'investitore straniero e l'impresa conducono l'attività di impresa rilevante; il finanziamento dell'investimento e la sua fonte, sulla base della miglior informazione disponibile nello Stato Membro; la data dell'investimento. Gli altri Stati membri e la Commissione possono presentare osservazioni e pareri in cui esprimono opinione negativa rispetto all'opportunità dell'investimento estero in relazione ai potenziali rischi per la sicurezza e l'ordine pubblico. Lo Stato procedente può comunque decidere di avallare l'operazione, motivando in caso decisa di discostarsi dalle osservazioni degli altri Stati Membri e il parere della Commissione. La procedura di cooperazione funziona in modo diverso quando lo Stato membro non ha attivato la procedura di controllo, dal momento che non è prevista (o non è applicabile al caso di specie) una disciplina nazionale.

In tale quadro, il Governo è intervenuto con nuovi provvedimenti che ampliano i poteri speciali e i presupposti per il loro esercizio, realizzando la terza stagione del *golden power*. In particolare, il D.l. 25 marzo 2019, n. 22, ha esteso l'esercizio dei poteri speciali alle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G. L'impresa che stipula contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti relative ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G, ovvero acquisti componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta

realizzazione o gestione, quando posti in essere con soggetti esterni all'Unione europea, deve comunicarlo alla Presidenza del Consiglio.

Da ultimo, anche il D.l. 28 aprile 2020, n. 23 ("Decreto liquidità") è intervenuto sull'istituto allargando l'obbligo di notifica ed estendendolo provvisoriamente, fino al 31 dicembre 2022, ai settori delle infrastrutture "critiche", in cui rientrano il settore creditizio e assicurativo; ai settori relativi a "tecnologie critiche e prodotti a duplice uso", tra cui intelligenza artificiale, robotica, *cybersecurity*, nanotecnologie e biotecnologie; a quelli relativi alla sicurezza nell'approvvigionamento di fattori produttivi critici come l'energia elettrica, le materie prime, la sicurezza alimentare); e infine a quelli inerenti l'accesso alle informazioni sensibili.

Anche il D.l. n. 56 del 30 aprile 2021 ("Decreto Proroghe") e il D.l. 30 dicembre 2021, n. 228 sono intervenuti allargando l'ambito di applicabilità dell'esercizio dei poteri speciali di *golden power*, sia dal punto di vista temporale, sia dal punto di vista oggettivo. In particolare è stato prorogato fino al 31 dicembre 2021 il termine del "regime temporaneo", introdotto per far fronte all'emergenza epidemiologica dal Decreto n. 137/2020. È stato esteso l'ambito di applicazione dell'obbligo di notifica delle operazioni e dei poteri esercitabili dal Governo. In particolare si è deciso di includere gli attivi strategici e tutti quelli connessi ai "fattori critici" richiamati dall'art. 4, par. 1, lett. a)-e) del Regolamento (UE) 2019/452, ma anche le operazioni di acquisto di partecipazioni e quelle che abbiano per effetto l'assunzione del controllo da parte di qualunque soggetto estero, nonché quelle che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10, 15, 20, 25 e 50 per cento da parte di soggetti esteri non appartenenti all'UE, a prescindere dall'assunzione del controllo.

6. L'impresa pubblica nella Costituzione

Un'altra forma di intervento dello Stato nel mercato è costituita dall'impresa pubblica. Come si è visto nei paragrafi precedenti, l'intervento pubblico nell'economia attraverso la costituzione di imprese organizzate in diverse forme (aziende, enti pubblici economici, società per azioni a partecipazione pubblica) è stato frequente, soprattutto in passato, in determinati settori economici, come le attività di servizio

pubblico a carattere monopolistico: energia elettrica o gas, coltivazione di idrocarburi, telefonia.

L'art. 41 della Costituzione tutela la libertà di iniziativa economica e prevede, al comma terzo, che l'attività economica sia pubblica sia privata può essere indirizzata e coordinata a fini sociali. La norma rappresenta il fondamento costituzionale dell'autonomia privata, parificando le imprese pubbliche a quelle private e prevedendo regimi derogatori rispetto a quello ordinario solo per la realizzazione di determinati fini sociali. La norma abilita quindi la legge a sottoporre, in determinati settori, sia le imprese pubbliche sia quelle private, che vengono equiparate tra loro, a determinati obblighi e vincoli, affinché i fini sociali possano essere perseguiti. La norma contiene inoltre il concetto di servizio pubblico, come si avrà modo di approfondire successivamente.

L'art. 42 Cost. sancisce che l'attività economica, anche quella svolta attraverso l'impresa, può essere realizzata da soggetti sia pubblici che privati, in questo modo superando l'antico principio previsto dal precedente codice del commercio che stabiliva il divieto per gli enti pubblici di esercitare attività di impresa.

I fini sociali a cui l'impresa pubblica può essere ispirata sono gli obiettivi che la stessa può porsi come scopo della sua attività economica; oppure quelli posti dall'esterno, cioè dalla legge o da provvedimenti amministrativi. Tali scopi sono aggiuntivi rispetto all'attività di impresa, cioè l'attività professionale di scambio o produzione di beni o servizi, ai sensi dell'art. 2082 c.c. Sono finalità, non sempre convenienti nell'ottica del perseguimento del profitto, che non verrebbero perseguite, se si considerano esclusivamente le esigenze economiche dell'impresa.

Il perseguimento di fini sociali è proprio dell'impresa pubblica, cioè quella che appartiene interamente allo Stato o ad altri enti pubblici, o sulla quale tali soggetti esercitano un'influenza dominante. Non sempre il perseguimento di interessi pubblici coincide con gli scopi di profitto propri dell'impresa. L'esperienza storica dell'impresa pubblica in Italia suggerisce che molte imprese furono istituite per far fronte ad esigenze di carattere sociale, come per esempio la gestione di servizi pubblici. Ciò nonostante, non sarebbe corretto affermare che l'impresa pubblica può essere istituita

solo se ciò è necessario per realizzare specifici interessi pubblici. Anche se la maggior parte delle imprese pubbliche sono nate per far fronte a determinate esigenze di carattere sociale, come la gestione di servizi pubblici, tuttavia, la realizzazione di un fine sociale diverso da quello di profitto non è condizione necessaria per l'istituzione della stessa. Infatti, le imprese pubbliche, al pari di quelle private, sono volte al perseguimento di un profitto, che può coincidere o meno con i fini sociali preposti alla singola impresa. L'art. 41 della Costituzione nel parificare i due tipi di impresa, le accomuna anche dal punto di vista istituzionale: entrambe possono essere sottoposte a programmi e controlli pubblici (ad esempio da parte delle autorità di regolazione), per finalità sociali e di pubblico interesse. Imprese pubbliche e private, quindi, possono essere istituite e mantenute le une con le altre in regime di concorrenza in tutti i settori del mercato.

Tuttavia, vi sono settori economici in cui rilevano i servizi pubblici essenziali, che sono riservati alle imprese pubbliche, ai sensi dell'art. 43 Cost. I servizi pubblici essenziali, come si vedrà meglio nel capitolo successivo, sono attività a carattere economico che, vista la loro importanza, anche per far fronte ad esigenze di approvvigionamento nazionale, possono essere affidati ad imprese pubbliche o dati in concessione a imprese private. La norma in questo caso privilegia l'impresa pubblica, considerando in un qualche modo fisiologico il monopolio affidato ad un soggetto pubblico nell'esercizio di queste attività³². Mentre nel modello dell'art. 41 Cost., come si è visto, le attività di servizio pubblico possono essere affidate indifferentemente a imprese pubbliche e private, ai sensi dell'art. 43 Cost, invece, i servizi pubblici essenziali sono attribuiti esclusivamente all'impresa pubblica.

Questi principi costituzionali, come si vedrà meglio in seguito, sono coordinati con i principi propri del Trattato europeo e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come la libera concorrenza e il divieto di aiuti di Stato.

³² Sul punto, si veda V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss

7. La definizione di impresa pubblica

Secondo un'autorevole dottrina³³, la definizione giuridica di impresa pubblica non si rinviene nella legge, neppure a livello europeo. Prendendo a modello la nozione di impresa pubblica suggerita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si può tuttavia definire l'impresa pubblica come un'entità che svolge un'attività economica e le cui scelte sono influenzate in modo determinante dalla pubblica amministrazione, indipendentemente dal fatto che tale impresa costituisca un autonomo soggetto di diritto oppure sia incardinata nello Stato. L'impresa è identificata dalla funzione economica esercitata in modo autonomo e dal carattere pubblico delle finalità di azione della stessa, espresse dall'influenza dominante cui l'impresa è sottoposta.

Dal punto di vista descrittivo, i caratteri peculiari dell'impresa pubblica, così come si è sviluppata in Europa a partire dal secolo scorso, riguardano le forme istituzionali di organizzazione e la natura dell'attività esercitata. A seconda delle caratteristiche, infatti, come si vedrà, l'impresa pubblica assume determinate connotazioni ed è classificabile in modi diversi.

L'impresa pubblica è innanzitutto un'impresa. Il Codice Civile, all'art. 2082, definisce come «imprenditore» colui che esercita lo scambio professionale «un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». L'impresa, dunque, è un'«attività economica organizzata» in modo «professionale», orientata alla «produzione» o allo «scambio» di beni e servizi. Non si ha perciò attività d'impresa senza l'impiego coordinato dei fattori produttivi, cioè senza l'impiego di capitale, di beni strumentali come macchinari, locali, materie prime, merci ecc. e lavoro dell'imprenditore o di altri. Ai sensi dell'art.2555 c.c., «il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa» è l'«azienda». L'impresa quindi genera sempre ricchezza e possibilmente guadagni attraverso l'attività produttiva che di scambio (la quale si sostanzia nell'incremento di l'utilità di beni e

³³ M. CAMMELLI, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*,1993, 5-6, 1161 ss.

servizi e nel loro trasferimento) dietro pagamento di un prezzo. Dunque, l'impresa esiste solo se l'attività da essa esercitata applica il metodo economico e determina quindi quanto meno la copertura dei costi con i ricavi. Non può dunque definirsi imprenditore chi produce beni o servizi che vengono erogati gratuitamente. L'economicità dell'attività imprenditoriale non implica però necessariamente l'ottenimento di un guadagno per l'imprenditore, cioè il lucro; di conseguenza, questo non può essere considerato un requisito essenziale dell'attività di impresa. Inoltre, l'abitudine non implica necessariamente che l'attività deve svolgersi in modo continuato senza interruzioni, sono infatti abituali anche le attività imprenditoriali stagionali periodiche.

Il carattere pubblico dell'impresa, cioè il fatto che all'attività imprenditoriale partecipi un soggetto pubblico, fa sì che, accanto alla disciplina privatistica, si applichino altresì norme di carattere pubblicistico, riguardanti ad esempio la costituzione dell'impresa, l'avvio, l'esercizio e persino la vendita e la cessazione della stessa; esse sono sottoposte a penetranti discipline di diritto amministrativo, riferite ora all'impresa in quanto tale ora al soggetto che ne è titolare o la gestisce (nella maggior parte dei casi, una società di capitali). Secondo un'autorevole voce dottrina³⁴, non vi è una funzione amministrativa unitaria di disciplina dell'impresa, ma una pluralità di discipline differenziate, dette "a geometria variabile", in relazione all'oggetto e allo specifico settore di svolgimento dell'attività imprenditoriale, nonché al singolo interesse pubblico coinvolto.

Volendo distinguere due diversi tipi di disciplina dell'impresa pubblica in base all'oggetto, da un lato vi sono le norme sugli adempimenti necessari per l'inizio, l'insediamento e lo svolgimento dell'impresa, cioè la così detta «cornice amministrativa delle attività imprenditoriali» (denunce all'autorità pubblica, iscrizioni

³⁴ G. NAPOLITANO, *Impresa (Regolazione Amministrativa Della)*, in *Enciclopedia del Diritto, I Tematici, III - Funzioni Amministrative*, 2022

albi o registri, richieste di provvedimenti abilitativi)³⁵; dall'altro, vi sono le norme che conformano il contenuto e lo svolgimento dell'attività imprenditoriale sia attraverso la regolazione del mercato, sia tramite misure di programmazione e indirizzo che orientano lo svolgimento dell'attività di impresa al perseguimento di interessi pubblici e a obiettivi di politica economica, sociale o ambientale³⁶.

Per quanto riguarda le forme di organizzazione, le imprese pubbliche possono essere organizzate come organi dello Stato (c.d. impresa-organo); o come enti pubblici a carattere commerciale o industriale (c.d. impresa-ente pubblico) o come società per azioni (impresa a partecipazione pubblica), in cui lo Stato può detenere partecipazioni di controllo³⁷. Nei primi due casi, l'attività delle imprese viene regolata dal diritto pubblico; nell'ultimo caso, invece, si applicano, salvo deroghe, le norme di diritto privato, ai sensi dell'art. 1 del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

L'impresa organo è un'impresa pubblica direttamente gestita dallo Stato o da un ente pubblico, i quali possono assumere o meno la titolarità dell'attività imprenditoriale³⁸. Nel primo caso si parla di impresa autonoma. Questo tipo di impresa è caratterizzata dal fatto che essa è un organo parte dell'organizzazione della pubblica amministrazione.

L'impresa-ente pubblico, invece, anche detta ente pubblico economico, è una categoria che racchiude sia gli enti pubblici istituiti per l'esercizio di un'attività economica, sia quelli che esercitano un'attività di direzione di imprese private³⁹. In queste imprese l'interesse pubblico si manifesta come interesse all'impresa stessa: esso è definito attraverso un'attività esterna di governo. La maggior parte delle imprese pubbliche erano enti pubblici economici fino agli anni Novanta del secolo scorso, quando, come

³⁵ A. TRAVI, *La cornice amministrativa delle attività imprenditoriali*, in *La cornice amministrativa delle attività imprenditoriali* a cura di A. Travi, Firenze, 1997, 120.

³⁶ G. MAJONE, A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007.

³⁷ La classificazione si deve a M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227.

³⁸ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, pag. 1010.

³⁹ Si parla anche di ente pubblico imprenditoriale, sul punto, v. F. ROVERSIMONACO, *L'attività economica pubblica*, in Galgano (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ., La costituzione economica*, Padova, 1977, I, 413.

si è già detto, con il D.lgs. n. 356 del 20 novembre 1990; con la L. n. 35 del 29 gennaio 1992; con la L. n. 359 dell'8 agosto 1992 (c.d. privatizzazione formale) e con la L. n. 474 del 30 luglio 1994 (c.d. privatizzazione sostanziale), è stato dato avvio alla privatizzazione con l'obiettivo di garantire una più efficiente gestione imprenditoriale e ridurre la spesa pubblica.

La società a partecipazione pubblica è parificata ad una società privata a tutti gli effetti, è cioè dotata di personalità giuridica di diritto privato, in cui la titolarità di una partecipazione societaria è in capo ad una amministrazione pubblica⁴⁰.

Dal punto di vista dell'attività esercitata, invece, le imprese pubbliche possono essere manifatturiere, cioè operanti in settori di libera concorrenza; operanti in settori in cui la domanda prevalente o talvolta esclusiva è quella pubblica, cioè operanti in regimi di monopolio; oppure in fine eroganti servizi di pubblica utilità.

Le imprese pubbliche di prima generazione (c.d. *régie*) erano del primo tipo; successivamente si svilupparono imprese pubbliche di gestione di servizi pubblici in regime di monopolio; e da ultimo venne scelta la forma societaria per azioni a partecipazione pubblica che opera sul mercato in regime di concorrenza.

8. Concorrenza e Impresa pubblica nel diritto europeo

Secondo un'autorevole dottrina⁴¹, l'idea di concorrenza porta in sé il "correre" di più soggetti, i quali *cum-petono*, cioè chiedono qualcosa. Ad esempio, nelle battaglie elettorali i competitori (o concorrenti) chiedono di essere preferiti gli uni agli altri. La concorrenza è quindi, secondo questa suggestiva definizione, una forma di accettazione giuridica della lotta, necessaria al diritto per far sì che i titolari degli interessi prendano le decisioni per sé stessi, cioè in prima persona. Il metodo competitivo non esiste *in rerum natura*: la concorrenza è infatti un istituto giuridico imposto dall'ordinamento. Parlare di concorrenza nel mercato significa perciò riferirsi

⁴⁰ S. CASSESE, A. MASSERA, *Tipologie di aziende di produzione pubbliche*, in CAFFERATA (a cura di), *Economia delle imprese pubbliche*, Milano, 1986, 76.

⁴¹ N. IRTI, *L'ordine Giuridico Del Mercato*, Milano, 2004.

a statuti normativi. La formazione dei monopoli, ad esempio, non è mera inosservanza alle leggi, bensì esistenza di poteri sottratti al principio della lotta e al rischio di soccombenza. Secondo questa tesi, la concorrenza è un regime che si articola in tre fasi: la competizione, la scelta e la selezione. Queste fasi sono compenstrate e assumono significato l'una tramite l'altra.

Il diritto europeo, i cui principi previsti nei Trattati sono specificati dalla normazione europea secondaria e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha reso la concorrenza un obiettivo fondante la sua esistenza e ciò ha determinato l'esigenza di coordinamento della disciplina dell'impresa pubblica con il principio di libera concorrenza nel mercato europeo. Come si avrà modo di approfondire in seguito, ne è derivata una trasformazione rilevante nel ruolo dell'impresa pubblica, oltre che un'evoluzione nella concezione di servizio pubblico, il quale, da attività esercitata dallo Stato attraverso le sue strutture operative, è divenuto una prestazione resa ai cittadini, anche in forma economica, attraverso le imprese. Ciò ha portato, più in generale, ad un ridimensionamento del ruolo dello Stato che, da gestore diretto di servizi, ha assunto una funzione di regolazione, pianificazione e sanzionatoria⁴².

Restano esclusi dal mercato e conseguentemente dagli obblighi di rispetto della libera concorrenza, imposti a livello europeo, i cd. servizi sociali, cioè le attività che non sono rese in forma economica e in cui lo Stato resta operatore e gestore delle prestazioni.

Il principio del “mercato aperto ed in libera concorrenza”, di cui all'art. 4 del TUE prescrive l'applicazione, salvo eccezioni consentite dalla legge europea, a tutte le imprese delle c.d. “regole del mercato”, quale che sia il loro settore e il tipo di attività espletata⁴³. Tutte le imprese – perciò anche le imprese pubbliche – sono soggette alle regole del mercato, nel rispetto degli obblighi previsti dal diritto europeo.

⁴² V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, in [Astrid](#).

⁴³ In dottrina, per tutti M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.; A.A.V.V., (a cura di M. SIRAGUSA, L. PROSPERETTI, M. BERETTA, M. MERINI), *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit.

Questo principio non trova esplicito riscontro nella Costituzione, la quale si occupa, come si è visto, di disciplinare altri aspetti relativi alle imprese pubbliche, che vanno raccordati con i principi europei. Ad esempio, la disposizione di cui all'art. 43 Cost., ai sensi del quale le imprese pubbliche e private possono essere indirizzate al perseguimento di fini sociali non implica certamente un regime di favore o di esenzione dalle regole del mercato per tali tipi di imprese, a meno che la legge non preveda esplicitamente regimi differenziati e privilegiati. La norma, infatti, afferma che le imprese pubbliche possono usufruire di tali regimi differenziati nell'ambito dell'attività di impresa, in determinati casi.

In questa materia il diritto europeo riveste quindi un'importanza peculiare; i principi costituzionali nazionali sono applicabili solo in quanto interpretati conformemente alla disciplina europea. Il diritto europeo non pone vincoli sulla decisione se istituire imprese pubbliche: spetta infatti agli Stati membri stabilire il regime delle proprietà ai sensi dell'art. 295 TFUE, sempre nel rispetto della libera concorrenza tra imprese pubbliche e private.

Il principio fondamentale previsto nei trattati è certamente il principio del libero mercato: le imprese devono essere messe nelle condizioni di poter competere tra loro in posizione di parità, tramite un confronto competitivo tra attori economici mossi dalla valutazione di convenienza individuale. Tale principio trova fondamento nell'art. 3 TUE, il quale chiarisce che uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione è proprio l'istituzione di un libero mercato, in cui sia promossa "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva". Inoltre, l'art. 3, par. 1, TFUE attribuisce alla competenza esclusiva dell'Unione "la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno".

Il Trattato sul funzionamento si occupa di dettare la disciplina generale della concorrenza, agli articoli da 101 a 109. Esso prevede, agli articoli da 101 a 106, le regole applicabili alle imprese (cioè le regole di antitrust), nonché, agli articoli 107 a 109, la disciplina sugli aiuti concessi dagli Stati.

La Commissione europea riveste un ruolo primario nel garantire lo sviluppo e l'applicazione del diritto della concorrenza. Esercita poteri ispettivi, di controllo e

vigilanza e presenta con cadenza annuale una relazione sulla politica di concorrenza, realizzando un monitoraggio periodico dei mercati nei diversi settori economici. Per fare ciò si coordina con le Autorità nazionali, come l'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato (l'AGCM italiana).

La privatizzazione delle imprese in mano pubblica è stata sicuramente un fattore importante nella piena attuazione del principio di concorrenza. In questo senso, la presenza di operatori economici pubblici è considerata da un'autorevole dottrina come un elemento pregiudizievole per la parità del confronto competitivo tra le imprese.⁴⁴

L'utilità della libera concorrenza, come chiarito dalla Commissione Europea, dalla *World Bank* e dalla WTO consiste nella crescita economica: la riduzione delle barriere al commercio è stata infatti la principale ragione della crescita economica globale del dopoguerra, grazie anche ai trattati che regolano il commercio, tra cui GATT. Infatti, il vantaggio comparativo fa sì che le economie si specializzino nelle produzioni più adatte ai propri punti di forza, con effetti positivi sulla crescita economica globale.

D'altronde il mercato unico europeo rappresenta uno degli obiettivi fondanti la Comunità europea. Nel mercato europeo gli Stati membri agiscono liberamente, essendo questo privo di barriere doganali e commerciali. Il mercato comune europeo venne istituito con il Trattato di Roma nel 1958; successivamente si passò al mercato interno. La differenza tra i due riguarda il modo di intendere la libertà di circolazione al suo interno. Nel mercato comune tale libertà è intesa in senso negativo, come divieto per gli Stati della Comunità di applicare un trattamento discriminatorio a persone, merci, servizi e capitali. Nel mercato interno, invece, la libertà di circolazione è intesa in senso positivo: gli Stati membri applicano in modo uniforme i trattamenti che meglio realizzano la libera circolazione. Il mercato interno si fonda su la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, dei capitali e la liberalizzazione dei pagamenti. Per assicurare il libero scambio sono previsti dal Trattato UE il divieto di abuso di posizione dominante e il divieto di aiuti di Stato. La normativa è contenuta

⁴⁴ F. ROVERSI MONACO, *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 1997.

negli artt. 81 ss TUE. In particolare il divieto di aiuti di Stato è previsto all'art. 87 TUE.

Come anticipato, il principio del libero mercato e l'obbligo di assicurare la concorrenza perfetta si applica a tutte le imprese, sia pubbliche che private, come chiarisce l'art. 86, par. 1 del TUE, il quale vieta gli Stati di prevedere regimi privilegiati per le imprese pubbliche, o comunque per quelle alle quali sono riconosciuti "diritti speciali o esclusivi". L'Unione e gli Stati devono occuparsi di promuovere «l'adattamento dell'industria alle trasformazioni strutturali», nonché «un ambiente favorevole all'iniziativa ed allo sviluppo delle imprese» e alla loro cooperazione; «favorire un miglioramento del potenziale industriale delle politiche d'innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico» (art. 173 TUE). Nell'ordinamento nazionale, è compito dello Stato e delle Regioni sostenere «l'innovazione per i settori produttivi» (art. 117 comma 3 Cost.).

Lo Stato si occupa altresì di incentivare, attraverso ausili, l'innovazione e la competitività soprattutto delle piccole e medie imprese; favorendo lo sviluppo socio-economico, anche con fondi europei, di determinate zone. Gli strumenti di ausilio sono molto diversi tra loro: l'attribuzione di benefici fiscali, tramite il riconoscimento di crediti di imposta; i meccanismi di sostegno nell'accesso al credito, ad esempio sotto forma di finanziamenti agevolati; la partecipazione al capitale di rischio delle imprese. Ogni forma di ausilio finanziario alle imprese deve essere conforme alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato⁴⁵. Per aiuto di Stato si intende qualsiasi trasferimento di fondi pubblici a favore di determinate imprese il quale, poiché attribuisce un vantaggio economico selettivo, sia tale da interferire con la libera concorrenza. Gli artt. 107 e 108 TUE vietano tali aiuti di Stato. Tuttavia, in alcuni casi essi possono essere ritenuti compatibili con la disciplina europea del mercato interno, in quanto finalizzati alla realizzazione di obiettivi di comune interesse preventivamente e specificatamente definiti, di comune interesse (servizi di interesse

⁴⁵ Tra i tanti, v. A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato* (Dir. com.), in *Diz. dir. pubb. Cassese*, I, 2006, 192-199.

generale, coesione sociale e regionale, occupazione, ricerca e sviluppo, sviluppo sostenibile, promozione della diversità culturale, ecc.) e se rappresentano uno strumento proporzionato per alcune corrette carenze del mercato e bilanciare così gli effetti distorsivi della concorrenza. Tale valutazione è di attribuzione della Direzione Concorrenza della Commissione europea. Lo Stato membro che intenda avviare l'interlocuzione con la Commissione deve notificarle tempestivamente ogni progetto di norma o di provvedimento che preveda la concessione di un nuovo beneficio. La Commissione quindi avvia il procedimento di esame, qualora ritenga che la misura presenti dubbi di compatibilità. Il procedimento è disciplinato dal regolamento Ue 13 luglio 2015, n. 2015/1589. All'esito di tale procedimento, la Commissione può dichiarare la misura incompatibile e, nel caso in cui l'aiuto sia stato già erogato, può ordinarne il recupero. La Commissione può anche emettere una decisione "condizionale" con la quale dichiara la misura compatibile a determinate condizioni. Negli ultimi anni la disciplina è stata resa oggetto di riforme con l'obiettivo di semplificare i controlli e garantire maggiore flessibilità, consentendo interventi da parte dello Stato volti a fronteggiare situazioni di emergenze e di crisi, come quella sanitaria. Nell'ambito della politica di "modernizzazione degli aiuti di Stato" avviata dalla Commissione nel 2012, si è perseguito l'obiettivo di garantire decisioni più rapide da parte degli Stati e della Commissione sul se concedere o meno gli aiuti. Si è altresì provveduto a rideterminare i principi comuni per la valutazione della compatibilità degli aiuti e a riformulare le linee guida, come quelle in materia di aiuti regionali. La Commissione europea ha altresì previsto un quadro temporaneo al fine di sostenere l'economia durante la crisi economica dovuta all'epidemia da Covid-19, che prevede condizioni più flessibili di attribuzione degli aiuti. L'obiettivo è far sì che le imprese dispongano di liquidità sufficiente in modo tale da garantire la continuità aziendale sia durante che dopo l'emergenza epidemiologica. Tra le misure temporaneamente ammesse vi sono le sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e acconti, garanzie di Stato per prestiti bancari; prestiti pubblici agevolati alle imprese; garanzie per banche che veicolano gli aiuti di Stato all'economia reale.

9. Impresa-organo, impresa-ente pubblico e impresa-società per azioni

L'attività imprenditoriale è svolta dallo Stato o dagli enti locali in tre modalità: attraverso l'impresa-organo, l'impresa-ente pubblico e l'impresa-società per azioni.

Nell'impresa-organo l'attività imprenditoriale viene svolta direttamente da un *organo* dell'amministrazione, in quanto tale non dotato di personalità giuridica. Tale organo è dotato di una certa autonomia di gestione e di spesa e perciò l'azienda è detta "autonoma"⁴⁶. Secondo la classificazione della dottrina prevalente, le aziende autonome sono organi tecnici dell'amministrazione, dotate di autonomie di vario tipo. Ad esempio, costituiva una azienda autonoma, prima della sua trasformazione in ente pubblico economico 1986 e in società per azioni con unico azionista il Ministero dell'economia e delle finanze nel 1992, la società Ferrovie dello Stato. Oggi è considerata organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera d del Decreto Legislativo n. 50 del 2016 cit.

La società Ferrovie dello Stato era considerata una azienda autonoma poiché aveva autonomia di bilancio, finanziaria e contabile. Il bilancio infatti era distinto da quello del Ministero. L'ente, inoltre, era titolare diretta delle sue proprie entrate; era dotata di proprie norme di contabilità, in relazione alle particolarità tecniche dei servizi che svolgeva, ed era soggetta ad uno speciale tipo di controllo contabile della Corte dei conti. Inoltre, l'autonomia delle Ferrovie dello Stato consisteva nella libertà di gestione dell'attività negoziale e di manutenzione e sostituzione dei mezzi tecnici. Era dotata inoltre di autonomia tecnica; di personale proprio; di uffici centrali e periferici caratterizzati anch'essi da autonomia contabile e di gestione.

Un esempio attuale di azienda autonoma è costituito da ATM S.p.A., controllata al 100% dal Comune di Milano che è la Capogruppo del Gruppo Azienda Trasporti Milanesi nato nel 2006.

⁴⁶ G. FONDERICO, *Diritto della regolazione del mercato, Lezioni-parte I*, 2012, 51.

L'impresa-ente pubblico, invece, è dotata di personalità giuridica di diritto pubblico. La sua attività consiste nello svolgimento di attività imprenditoriale per il perseguimento di fini pubblici. Essa ha un'organizzazione sottoposta al diritto amministrativo, ma la sua attività, come ad esempio i rapporti con il personale, i contratti, il regime dei beni, sono disciplinati dal diritto privato. Fa eccezione il fallimento a cui gli enti pubblici non sono soggetti, ai sensi dell'art. 1 del R.D. 16 marzo 1942 n. 267 (c.d. Legge fallimentare) il quale dispone che : «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici».

Negli anni '60 del secolo scorso, come si è visto, con l'espandersi dello Stato Imprenditore, questa categoria era assai ampia: ricomprendeva i grandi gestori di servizi pubblici nazionali come le Ferrovie dello Stato, di cui si è detto; l'ENEL, con finalità operative di erogazione del servizio elettrico; le Poste Italiane; l'IRI, del quale si è detto, che si comportava come una holding industriale con finalità di gestione delle partecipazioni dello Stato in altre imprese. In seguito ai processi di liberalizzazione e privatizzazione di cui si è detto, gran parte di tali enti sono stati trasformati in Società per azioni o soppressi. Oggi tuttavia sono ancora presenti, se pur marginalmente in misura esigua. L'Agenzia delle entrate-Riscossione, ad esempio, è un ente pubblico economico istituito ai sensi dell'articolo 1 del Decreto legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito con modificazioni dalla Legge 1 dicembre 2016 n. 225, e svolge le funzioni relative alla riscossione sull'intero territorio nazionale. Esso è sottoposto all'indirizzo operativo e al controllo dell'Agenzia delle entrate che ne monitora costantemente l'attività.

Talvolta appare difficile distinguere l'ente pubblico da quello privato: secondo un'autorevole dottrina, in assenza di un criterio univoco (non è infatti ritenuto tale nemmeno la qualifica espressa pubblicistica o privata) è necessario adottare un criterio di ragionamento induttivo, che pone l'accento su una pluralità di indici sintomatici della natura pubblicistica di un determinato ente. Tra questi criteri vi è: l'istituzione per legge, il fine pubblico perseguito, il rapporto di strumentalità o di servizio con lo Stato e l'ente territoriale che esercita quindi poteri di indirizzo e controllo sull'ente;

l'attribuzione per legge di poteri pubblicistici; il finanziamento a carico dell'erario, il carattere necessario dell'ente che ne determina il divieto di auto-scioglimento, vista la natura pubblicistica delle sue funzioni⁴⁷. Difficoltoso individuare i tratti distintivi dell'ente pubblico rispetto a quello privato.

Nell'ultimo modello, cioè quello dell'impresa come società per azioni, l'ente societario è dotato di personalità giuridica di diritto privato, che ne regola l'organizzazione e l'attività. L'amministrazione controlla l'impresa attraverso la sua partecipazione al capitale sociale.

10. Le società a partecipazione pubblica: evoluzione storico giuridica

Secondo la migliore dottrina⁴⁸, non esiste una categoria unitaria di società a partecipazione pubblica, ma diversi "tipi" di società, disciplinate da norme e principi differenti, con un unico denominatore: la presenza di un ente pubblico, primario o derivato, nel capitale sociale. Oltre all'elemento partecipativo, un altro minimo comune denominatore tra le discipline dei diversi tipi di società è dato dal rispetto degli obblighi europei, primo fra tutti il rispetto del principio di libera concorrenza, come si è visto ai paragrafi precedenti. Il diritto delle società a partecipazione pubblica, perciò non è tanto un diritto societario speciale, bensì il diritto dei diritti "singolari", in cui sussistono poteri pubblici speciali, "nascosti sotto apparenti rinvii all'autonomia

⁴⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019, 341.

⁴⁸ M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Studio delle società a partecipazione pubblica: pluralità dei tipi e le regole del diritto privato*, in *Amministrazioni pubbliche e nuovi mondi* a cura di M. CAMMELLI, Bologna, 2019, 651 ss; M. CAMMELLI, voce *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Ann. V, 2015, 1190. Sulle società pubbliche in generale: A. ROSSI, *Profili diretti delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977; C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni, ora in Scritti tipo*, II, Milano, 1992, 115 ss.; C. MARZUOLI, *La privatizzazione fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubb.*, 1995, 393 ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997; A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; F. GALGANO, *Società (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990, 865 ss., G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950; M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia* in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.; V. OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, in *Enc. Dir.*, XX, 1970, 669 ss.; F. ROVERSI MONACO, *La direzione ed il controllo delle imprese pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, I, Padova, 1977, 483 ss.; AM. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 599 ss.

privata⁴⁹». Come è stato notato in dottrina, il regime di specialità delle società a partecipazione pubblica varia a seconda della tipologia: vi sono cioè casi in cui le deroghe al diritto comune sono talmente estese da rendere predominante lo statuto pubblicistico e casi in cui viceversa le deroghe rimangono profili isolati ed eccezionali⁵⁰.

Vi sono certamente principi generali che si applicano a tutte le società a partecipazione pubblica: essi, come anticipato, hanno per la maggior parte matrice europea e sono volti alla realizzazione della concorrenza perfetta (un esempio è costituito dalla disciplina delle *società in house* di matrice europea). Secondo questa tesi, quindi, lo studio delle società va condotto seguendo un percorso induttivo, più che deduttivo a partire dall'art. 2449 c.c., che parte dai singoli tipi di società a partecipazione pubblica e ne analizza la rispettiva disciplina.

Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica in Italia è piuttosto consistente: secondo i dati ISTAT aggiornati al 30 dicembre 2020, infatti, le società partecipate pubbliche da enti locali attive operanti nel settore dell'industria e dei servizi nel 2018 sono state 6.085. Una delle ragioni di ciò è legata alla politica industriale e di tutela di interessi pubblici: la partecipazione pubblica assicura prestazioni che il settore privato non è interessato a svolgere⁵¹.

Vi sono società partecipate da enti pubblici, che si occupano di produrre beni e servizi al pari delle società private; esse operano in regime di mercato e hanno forma e sostanza a tutti gli effetti privatistica. Ad esse si affiancano soggetti, i quali, pur avendo veste societaria e perciò privatistica, hanno come obiettivo il perseguimento di interessi pubblici o la gestione di servizi pubblici; perciò vanno considerati come veri e propri apparati pubblici, cioè soggetti a regole di gestione e controllo pubblico. Vi sono poi, come si vedrà meglio in seguito, anche alcune società dello Stato, c.d.

⁴⁹ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 11.

⁵⁰ M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 254 ss.

⁵¹ Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008.

“legali”, che svolgono vere e proprie funzioni amministrative: vengono istituite per legge e hanno una disciplina particolare.

Durante l'epoca fascista si ebbero diversi interventi di creazione di società in mano pubblica: lo Stato divenne uno dei primi investitori e azionisti. Si voleva in questo modo ridurre la dipendenza dai paesi esteri e le importazioni, con l'obiettivo di realizzare l'autarchia, cioè la piena indipendenza economica rispetto ai paesi esteri. Le società in mano pubblica erano gli enti attraverso i quali si esplicava l'azione dello Stato imprenditore. In questo periodo, come anticipato, venne istituito l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), con funzioni di politica industriale. Istituito nel 1933, in pieno regime fascista, l'IRI nel dopoguerra allargò progressivamente i suoi ambiti di intervento fino a diventare il fulcro dell'intervento pubblico nell'economia italiana. Il modello dello “Stato imprenditore” si sviluppò in Italia a partire dagli anni '20 del secolo scorso e proseguì fino alla metà del secolo. Lo Stato gestiva e dirigeva direttamente le imprese e in questo modo si occupava di produrre beni e servizi pubblici e anche di gestire il credito. Fu introdotto così un nuovo ente organizzativo che svolgeva attività economica pubblica: la società a partecipazione pubblica statale, nella quale lo Stato era un azionista, al pari di altri azionisti privati. L'IRI era un ente provvisorio che aveva lo scopo di salvare le imprese in crisi. A seguito della crisi del 1929, per far fronte ai rischi sul sistema bancario da essa derivanti, l'IRI divenne coattivamente proprietario di banche e imprese da essa controllate, divenendo una *holding* di controllo del sistema bancario e industriale italiano. L'IRI fu poi modificato e reso permanente nel 1937 per conseguire gli obiettivi di politica economica.

Successivamente, come visto, con l'introduzione della Costituzione repubblicana, si aprì la fase dello “Stato del Benessere” che si protrasse fino a metà degli anni '70. All'inizio degli anni '50 fu istituito l'Ente Nazionale Idrocarburi (ENI), con il compito di ricerca e coltivazione di giacimenti di idrocarburi nella Valle Padana. All'ENI furono affidate le partecipazioni azionarie nell'AGIP e il patrimonio dell'Ente Nazionale Metano. Nel 1962 fu poi istituito l'Ente Nazionale per l'energia elettrica (ENEL). All'iniziale espropriazione da parte dello Stato delle imprese elettriche fece

seguito la previsione di una riserva originaria a favore dell'ENEL, che precludeva l'iniziativa economica privata in questo settore.

Venne poi costituito un Ministero con il preciso compito di amministrare le partecipazioni statali. Ciò avvenne con la legge 22 dicembre 1956 n. 1589 di istituzione del Ministero delle partecipazioni statali (soppresso nel 1993 a seguito di un referendum popolare). A questo Ministero furono devoluti tutti i compiti che precedentemente spettavano ad altri ministeri e organi dell'esecutivo. Le imprese pubbliche furono inserite nel sistema delle partecipazioni statali. Al suo vertice vi erano il Comitato Interministeriale per la programmazione economica (CIPE) e il Comitato Interministeriale per la politica industriale (CIPI). Il Ministero delle partecipazioni statali aveva funzioni di vigilanza e poteri di direttiva nei confronti degli enti di gestione delle partecipazioni statali, i quali, in modo diretto o indiretto, erano titolari delle azioni delle società partecipate e le influenzavano attraverso il diritto di voto nelle assemblee e nella nomina degli amministratori. IRI ed ENI assumevano partecipazioni statali sempre più diffuse in società private in tutti i settori, da quello automobilistico (ALFA Romeo S.p.A.) a quello della produzione di prodotti alimentari, come per esempio nella Alemagna S.p.A., il cui 50% del pacchetto azionario fu ceduto alla SME, *holding* alimentare del gruppo IRI, che aveva già rilevato –per il 35% (che costituiva la quota di controllo) – il capitale azionario della Motta. In questo modo lo Stato diviene progressivamente uno dei più importanti operatori economici nazionali. Le ragioni di questo fenomeno vanno rinvenute da un lato nel fatto che spesso lo Stato rappresentava l'unico soggetto dotato di capitale sufficiente per presidiare settori strategici per l'economia nazionale; oppure nella volontà di attivarsi in determinati settori del mercato per sopperire alle carenze del mercato; oppure per il risanamento delle imprese in crisi nell'ottica anche del mantenimento occupazionale.

Alcune società partecipate operavano in regime di monopolio; altre invece agivano in mercati concorrenziali. In questo caso però, lo Stato non si comportava come un vero e proprio concorrente, al pari degli altri concorrenti privati. Lo Stato infatti, non è

sogetto al rischio di *default*, non risponde all'ottica economicistica. Ciò ha fatto sì che lo Stato molto spesso gestiva in perdita le attività economiche.

Verso la fine degli anni '80, anche a causa del fallimento di diverse società provocato dalla *maladministration* pubblica e dai continui interventi di ricapitalizzazione di società ormai in default, che provocava un progressivo innalzamento del debito pubblico, nonché dalla crisi economica, iniziò la graduale dismissione delle società a partecipazione pubblica.

Negli anni '90 l'intervento dello Stato nell'economia è divenuto sempre meno incisivo. La causa principale fu il progressivo fallimento di molte imprese pubbliche. Ad influire fu inoltre l'introduzione dell'obbligo di rispetto del libero mercato, di matrice europea, a tutte le società, anche quelle in mano pubblica. Il diritto europeo, infatti, pur attribuendo ampia libertà di scelta per gli Stati membri riguardo al regime proprietario delle imprese, per mezzo dell'imposizione del principio della libera concorrenza, ha interrotto il sistema di privilegi di cui aveva goduto l'impresa pubblica.

Con il tempo, quindi, le partecipazioni statali nelle società si sono andate riducendo e fu anche abolito Ministero delle Partecipazioni Statali. Tale riduzione è avvenuta attraverso il procedimento bifasico di privatizzazione e vendita, di cui si è accennato. In piena crisi economica, tale processo era all'apice del suo sviluppo: riguardava sia gli enti creditizi che, progressivamente, anche i principali enti pubblici economici. Lo scopo era la riduzione del debito pubblico, la conservazione dell'occupazione, l'allargamento del mercato azionario nazionale, l'apertura del mercato nazionale ai capitali esteri tramite la rimozione degli ostacoli doganali che limitavano l'efficienza nella gestione delle imprese.

Il programma di dismissione aziendale si articolava in due fasi: la trasformazione delle aziende autonome e degli enti pubblici in società per azioni e poi, successivamente, la vendita integrale delle stesse. Accanto a questo modello si sviluppò anche la parziale privatizzazione formale: lo Stato vendeva solo parte delle azioni, rimanendo azionista di minoranza.

Il processo di privatizzazione è andato avanti fino all'inizio degli anni 2000.

Secondo la migliore dottrina⁵², la nascita e lo sviluppo delle società partecipate come fenomeno può essere ricondotto a determinati fattori: l'affermazione dello Stato imprenditore negli anni Trenta del secolo scorso, la privatizzazione formale di enti pubblici negli anni '90 e infine l'esternalizzazione di attività precedentemente svolte dall'amministrazione. Infatti, nonostante la stagione delle privatizzazioni, il fenomeno societario pubblico è piuttosto sviluppato in Italia, come si è detto.

È possibile classificare le diverse tipologie di società a partecipazione pubblica sulla base di diversi criteri, nonostante il fenomeno mantenga una sua complessità⁵³.

Una prima distinzione riguarda la natura dell'ente partecipante: si distinguono le società a partecipazione pubblica statale, con azionista, di regola, il Ministero dell'economia da quelle partecipate dagli enti locali, come i Comuni.

Un'altra distinzione giuridicamente rilevante riguarda il grado di partecipazione pubblica rispetto a quella privata. Si distinguono le società a totale partecipazione pubblica e le società miste, in cui partecipano anche capitali privati.

Infine, le società pubbliche possono essere distinte in relazione all'oggetto sociale e, di conseguenza, al settore in cui operano. Si distinguono le società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica da quelle che svolgono attività d'impresa.

Nel primo i soggetti svolgono attività pubblicistica per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, invece, vi è l'erogazione di servizi rivolta al pubblico sul mercato. Una terza tipologia di attività consiste nello svolgimento di servizi pubblici.

Gran parte delle società partecipate sono detenute dagli enti locali. La legge 8 agosto 1990 n. 142 di disciplina dell'ordinamento degli enti locali, all'art. 22 prevede che «i comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla

⁵² L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, 93 e ss.; Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008, cit.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2005 pp. 7 e ss.; M. CLARICH, *L'organizzazione*, in *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo*, a. a. 2012- 2013.

⁵³ C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI, *Le società "pubbliche"*, Torino, 2008, 3.

gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» anche a mezzo di «società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati». Il fenomeno delle partecipazioni degli enti locali in società pubbliche⁵⁴ era già ampiamente sviluppato anche prima della emanazione della legge n. 142 del 1990, che lo disciplina solo con riferimento alle attività corrispondenti ai servizi pubblici locali.

Tale fenomeno nasce dall'obiettivo vantaggio economico che gli enti locali traevano nell'istituire o comunque nell'acquistare partecipazioni in società alle quali venivano affidati servizi dall'ente stesso. Le prime esperienze fallimentari di questo sistema di attività degli enti locali furono dovute all'incapacità da parte delle amministrazioni locali di saper amministrare una società privata. Inoltre, tale tipo di attività poneva evidenti frizioni con il principio di libera concorrenza che imponeva la necessità di un intervento regolatore del legislatore, sollecitato anche dalla necessità di rispettare gli obblighi comunitariamente imposti.

11. La disciplina delle società partecipate dagli enti locali

Il ricorso delle amministrazioni locali alle società per azioni non ha riguardato solamente l'ambito dei servizi pubblici, ma si è esteso anche a settori come la promozione dello sviluppo economico, la realizzazione di infrastrutture o di altre opere pubbliche, la realizzazione di interventi urbanistici, la gestione di attività materiali e di supporto all'amministrazione locale, talvolta anche esorbitando dalle funzioni di

⁵⁴ L'argomento è trattato, tra i tanti, da L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS e L. CAMERIERO *Società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, p.25. con riferimento al servizio sanitario v. M. CLARICH, *La società mista a capitale pubblico e privato: un modello possibile nella sanità* società mista a capitale e privato: un modello possibile nella sanità, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993, 224 ss.; M. DUGATO, G. PIPERATA, *Le sperimentazioni gestionali: dalle ragioni della nascita agli sviluppi organizzativi. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio a cura di Pioggia, Dugato, Racca E Civitarese Matteucci*, Milano, 2008, 143 ss.

competenza degli enti locali partecipanti⁵⁵. Talvolta infatti gli enti pubblici locali, nella forma societaria, hanno di fatto esercitato attività non qualificabili come servizi pubblici e di funzione pubblica, partecipando agli scambi di mercato e interagendo con gli operatori economici privati.

La disciplina principale, come anticipato, è contenuta all'art. 22 della Legge n. 142 del 1990.

Successivamente, con la Legge 23 dicembre 1992, n. 498 (art. 12)⁵⁶, il legislatore ha reso le società a partecipazione pubblica minoritaria un modello organizzativo in diversi ambiti: la gestione di servizi pubblici, la realizzazione di opere ed infrastrutture pubbliche, le attività strumentali, utilizzabile in alternativa rispetto alle società a capitale pubblico prevalente⁵⁷. Le società miste hanno così contribuito allo sviluppo delle politiche locali, al rinnovamento delle strutture, all'erogazione dei servizi pubblici; tuttavia il limite posto dal legislatore alla possibilità degli enti locali di esercitare l'attività imprenditoriale tramite le società pubbliche e anche l'affermarsi del modello societario *in house*, del quale si dirà meglio in seguito, ha progressivamente ridimensionato il modello di tali società miste.

L'art. 13 del D.l. 4 luglio 2006, n. 223⁵⁸, abrogato poi dal D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ha chiarito la distinzione tra società a capitale locale e regionale, operante nel mercato come un imprenditore privato in regime di concorrenza e società *in house* e a partecipazione pubblica mista, le c.d. società "strumentali".

⁵⁵ M. CAMMELLI, *Società pubbliche*, in *Enciclopedia del diritto*, V, 2015, 1190.

⁵⁶ La norma è stata poi abrogata dal D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267

⁵⁷ M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica*, cit., 10, per i quali «società pubbliche locali di maggioranza e società minoritarie pubbliche non rappresentano due modi di declinare diversamente la gestione in forma privata dei servizi locali, bensì due tipi diversi di società miste e due sistemi diversi di gestione: uno formalmente privato, e sostanzialmente pubblico; l'altro, interamente privato». Quanto alle problematiche del modello della società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria e minoritaria, v. A. ZIROLDI, *Le società recentemente a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, cit., 30 ss.

⁵⁸ Sui limiti operativi imposti alle società pubbliche dall'art. 13 Dl n. 223, cit.; in dottrina, M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del dln 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica a cura di Cammelli e Dugato*, cit., 347 ss.

L'art. 3, commi 27-29, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244⁵⁹ ha previsto dei limiti alla costituzione di società private partecipate da enti locali, limitando la possibilità per le amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 D. lg. 30 marzo 2001, n.165⁶⁰ di costituire, assumere o mantenere direttamente o partecipare, anche in minoranza, in «società aventi per attività di produzione oggetto di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali».

Il settore dei servizi pubblici erogati a livello locale costituisce l'ambito di intervento degli enti locali rispetto al quale si è fatto ricorso al modello societario in misura maggiore.

L'ordinamento generale dei servizi pubblici locali ha reso tale strumento un modello idoneo per l'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali. La disciplina era prevista all'art. 113 tu enti loc., poi abrogato dal D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168; all'art. 23- *bis* D.l n 112 del 2008, anch'esso abrogato dal D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 a seguito di referendum popolare; nonché nel regolamento attuativo contenuto nel Dpr 7 settembre 2010, n. 168, e infine l'art. 4 Dl n. 138 del 2011. Come si vedrà in seguito, alle società partecipate dagli enti locali si applica la disciplina contenuta all'interno del Testo Unico sulle società Partecipate, di cui al Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

I modelli societari previsti dall'ordinamento per la gestione dei servizi pubblici locali presentano vari profili di differenziazione. I due principali modelli sono la società *in*

⁵⁹ Nonché l'art. 14, comma 32, del D.l 31 maggio 2010, n. 78 (convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010, n. 122) come modificato, dall'art.16 comma 27 Dl n. 138 del 2011, poi abrogato L. 27 dicembre 2013, n. 147, che, facendo salva l'applicazione del comma 27 dell'art. 3 l. n. 244 del 2007, precludeva alle amministrazioni comunali di dimensioni ridotte la possibilità di costituire società pubbliche.

⁶⁰ Cioè «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

house e la società mista. Mentre quest'ultimo modello, insieme alla esternalizzazione del servizio, costituisce una scelta ordinaria di gestione delle attività prestazionali, il ricorso alla società *in house*, invece, è derogatorio ed è pertanto assoggettato ad una procedura di verifica.

L'ente locale può decidere di affidare un servizio di rilievo economico ad una società a condizione che: il socio privato sia essere stato scelto con procedura competitiva ad evidenza pubblica; la gara abbia avuto ad oggetto, contestualmente, la qualità di socio, ma anche l'attribuzione di precisi compiti operativi riconducibili alla gestione del servizio; infine, al socio sia attribuita una partecipazione almeno pari al quaranta per cento del capitale della società (art. 4 d.ln 138, cit.).

Quanto al modello organizzativo della società *in house*, l'art. 4 D.l. n. 138, cit., dispone che le modalità di affidamento del servizio sono perseguibili dall'ente locale a condizione che si ritenga che, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non sia idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, cioè un servizio universale ed accessibile (comma 1). La norma prevede altresì un limite quantitativo del valore economico di un servizio erogabile per mezzo del ricorso al modello *in house*.

12. La disciplina delle società a partecipazione pubblica

Secondo un'autorevole dottrina⁶¹, la disciplina delle società a partecipazione pubblica è ispirata a i seguenti obiettivi: liquidare o accorpare le società a partecipazione pubblica ritenute inutili o meno efficienti; estendere alle società partecipate l'applicabilità delle norme pubblicistiche come per esempio le regole sui concorsi pubblici, sulla trasparenza, sui contratti pubblici; ridurre i costi e "moralizzare" il settore attraverso la previsione di tetti ai compensi degli amministratori, di un numero massimo di componenti ed organi, di regole di trasparenza; prevenire infine forme di distorsione della concorrenza.

⁶¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 350.

Il riordino della disciplina è stato operato con la riforma Madia, D.lgs 19 agosto 2016, n.175, che ha avuto come scopo, tra l'altro, quello di ridurre il numero delle società a partecipazione pubblica.

Tale testo unico compie più operazioni: stabilisce i principi che regolano l'assunzione delle partecipazioni da parte dell'amministrazione pubblica in società private; individua le finalità perseguibili attraverso la costituzione di società e infine disciplina alcune deroghe speciali rispetto alla disciplina generale applicabile di diritto privato. Ciò si pone in linea con le indicazioni dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), contenute in un rapporto del 2005 riguardante la *State owned enterprises*, secondo cui le società a partecipazione pubblica devono essere sottoposte alle regole del diritto privato, salvo eccezionali deroghe previste per il perseguimento di interessi pubblici, nel rispetto del principio di proporzionalità. Inoltre, sempre secondo lo stesso rapporto, gli Stati devono mettersi in condizioni di monitorare e gestire le loro partecipazioni societarie in modo tale da aumentarne o comunque mantenerne il valore.

L'ordinamento europeo assume un atteggiamento di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle società, comunque nel rispetto della concorrenza perfetta. Gli Stati sono dunque lasciati liberi di scegliere se divenire azionisti in società private o meno. L'unico vincolo comunitario riguarda la disciplina delle società a partecipazione pubblica, la quale, ai sensi dell'art. 106 TFUE, deve essere rispettosa delle norme dei Trattati e, in particolare, di quelle riguardanti la libera concorrenza (artt. 101 ss.).

Le società a partecipazione pubblica possono quindi, in linea di principio, operare liberamente sui mercati: possono acquisire titoli o emettere obbligazioni; possono decidere autonomamente il trattamento economico del personale, compresi i vertici manageriali; possono approvvigionarsi di servizi strumentali senza essere obbligati a osservare la procedura di gara che talora hanno effetti paralizzanti o ritardanti. In questo modo, grazie anche al superamento dei vincoli in materia di personale, appalti e bilancio, le società partecipate possono azionare molti schemi di incentivazione necessari all'accrescimento dell'efficienza tipici del settore privato, con evidenti

risvolti positivi sull'economia, realizzati anche attraverso l'apertura ai privati del capitale sociale, senza bisogno di disporre l'integrale cessione dell'impresa pubblica e la conseguente privatizzazione della produzione di beni e servizi⁶².

Ai sensi dell'art. 1, del D.lgs 175 del 2016 «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Come si vedrà, queste regole derogatorie sono più o meno ampie a seconda della tipologia di società che l'ente pubblico può costituire: possono essere deroghe al Codice civile minime; importanti; o significative.

Oltre al Testo Unico, in aggiunta cioè alla disciplina del funzionamento delle società a partecipazione pubblica, il codice dei contratti pubblici disciplina le modalità di agire di tali società, sottoponendole alle regole previste per le procedure di evidenza pubblica, nonostante la loro veste privatistica, salvo i casi espressamente previsti, come si vedrà meglio in seguito.

Anche la Legge 6 novembre 2012 n. 190 (c.d. Legge Severino) disciplina in qualche misura l'attività delle partecipate, disponendo all'art. 1 che : «Le disposizioni dei commi da 15 a 33 si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea». Anche le società a partecipazione pubblica, quindi, devono per esempio adottare il piano di prevenzione della corruzione e sono sottoposte alle regole in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione⁶³.

In generale, a partire dall'inizio del XXI secolo, il legislatore è intervenuto per limitare l'autonomia organizzativa e operativa delle società a partecipazione pubblica, per

⁶² G. NAPOLITANO, *Impresa (Regolazione Amministrativa Della)*, in *Enciclopedia del Diritto, I Tematici, III - Funzioni Amministrative*, 2022.

⁶³ Sul punto, v. anche da C. Cost. n. 466 del 1993; e Cons. St., sez. VI, n. 1206 del 2001.

esempio attraverso la fissazione di vincoli e tetti alla composizione degli organi sociali e alle remunerazioni.

13. Il Testo Unico sulle Società a partecipazione pubblica

La disciplina delle società a partecipazione pubblica è contenuta nel Testo Unico sulle società partecipate (TUSP), che è stato adottato con il D.lgs 19 agosto 2016, n. 175, attuativo della delega contenuta nell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015 n. 124 di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Alcune disposizioni di tale norma sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte Costituzionale⁶⁴, nella parte in cui prevedono, in violazione delle competenze delle regioni, che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata Stato-regioni. La pronuncia non ha riguardato direttamente il Testo unico, dal momento che, come precisato dalla Corte, l'illegittimità è rimasta circoscritta alle norme di delega, che non si estendono alle disposizioni attuative.

Il TUSP si ispira al modello adottato due anni prima in Francia di cui si è detto. Avendo scelto di non affidare l'amministrazione delle società a partecipazione pubblica ad un ente istituzionale come *l'Agence des participations de l'État* francese, il legislatore italiano ha previsto nel Testo Unico regole dettagliate che disciplinano tutte le fasi della vita delle società, dalla sua costituzione fino alla sua dismissione, dall'organizzazione alla gestione delle società.

Più che il principio europeo di c.d. *neutralità* di cui si è detto, il Testo Unico realizza il contenimento del fenomeno della partecipazione pubblica in società. È infatti previsto un limite alla libera costituzione di società pubbliche o al mantenimento di azioni in tali società commerciali: «la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali» (art. 4 comma 2).

Il TUSP mira alla semplificazione, ricomposizione e unificazione delle regole vigenti al momento della sua emanazione, che erano contenute in diversi provvedimenti frammentari, nel tentativo di ricondurre a unità le diverse norme dislocate in tante

⁶⁴ Corte Cost. Sent. 19 ottobre 2016 (dep. 25 novembre 2016), n. 251

fonti. Il suo fine è quello di razionalizzare e ridurre la spesa pubblica, mantenere il rispetto delle prerogative di concorrenza, ma anche di evitare la diffusione ingiustificata di società volte al perseguimento di interessi personali diversi da quelli pubblici perseguiti dall'ente gestore, garantendo anche una efficiente gestione delle società anche sotto il profilo finanziario.

Il 20 marzo 2017, è stato trasmesso dal Governo ha trasmesso alle Camera uno schema di decreto legislativo di correzione del Testo unico, su cui le commissioni competenti della Camera e del Senato hanno espresso i propri pareri. Tale decreto correttivo è stato pubblicato in gazzetta ufficiale il 26 giugno, con il DPCM 16 giugno 2017, n. 100.

Il TUSP non si limita però alla catalogazione delle disposizioni in materia di società pubbliche già vigenti; contiene anche norme volte alla razionalizzazione del fenomeno della partecipazione pubblica.

Le disposizioni del Testo Unico possono essere raggruppate in cinque tipologie: quelle introduttive (artt. 1-3); le regole per la costituzione delle società e per l'acquisto e il mantenimento delle partecipazioni da parte dell'amministrazione pubblica (artt. 4-10); la disciplina degli organi di amministrazione e di controllo (artt. 10-15); le norme volte a incentivare l'economicità e l'efficienza delle società (artt. 20-24); ed infine le disposizioni transitorie.

Nel primo gruppo di norme viene chiarito l'oggetto e l'ambito di applicazione del testo unico (art. 1), le definizioni (art. 2), l'individuazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3, integrato dagli artt. 16, 17 e 18, dedicati, rispettivamente, alle società *in house*, alle società miste pubblico-private, al procedimento di quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati). Altre disposizioni, contenute negli articoli da 4 a 10, hanno ad oggetto le condizioni e i limiti delle partecipazioni pubbliche, le regole per la costituzione delle società, per l'assunzione, il mantenimento, l'alienazione delle partecipazioni societarie da parte delle pubbliche amministrazioni.

Ulteriori norme riguardano poi gli organi di amministrazione e di controllo delle società a controllo pubblico, con riferimento alla *governance* societaria, ai requisiti dei

componenti degli organi di amministrazione e ai compensi dei membri degli organi sociali (art. 11); al regime di responsabilità dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti (art. 12) e di controllo giudiziario (art. 13), alla prevenzione della crisi di impresa (art. 14) al controllo e monitoraggio da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 15); altre disposizioni, contenute negli articoli da 20 a 24, sono volte a incentivare l'economicità e l'efficienza mediante l'introduzione di procedure di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria, alla gestione del personale, alla disciplina degli aspetti finanziari per le partecipate degli enti locali, alla promozione della trasparenza.

Il TUSP si apre quindi con la delimitazione del suo oggetto, cioè «la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta». La partecipazione pubblica è ammessa solamente in enti associativi organizzati in forma societaria, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa. La norma prosegue dichiarando espressamente gli obiettivi della disciplina, cioè l'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, la tutela e la promozione della concorrenza e del mercato, la razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

Al comma terzo dell'art. 1 è contenuto il rinvio alle norme sulle società contenute nel codice civile, applicabili per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del TUSP. Per esempio, una di queste riguarda i patti parasociali tra azionisti, che possono avere una durata superiore a 5 anni, in deroga all'art. 2341-*bis* del codice civile, in caso di costituzione di una società mista pubblico-privata per la gestione di un servizio pubblico, in modo tale da consentire che essi mantengano validità per l'intera durata della concessione rilasciata dall'amministrazione per l'affidamento del servizio (art. 17, comma 4, lett. d).

Vengono previste determinate tipologie di società. Le società *in house*, per le quali sono previste il maggior numero di deroghe al codice civile ed il cui regime è equiparato a quello delle pubbliche amministrazioni, sono considerate una *longa*

manus dell'amministrazione controllante, come si vedrà meglio in seguito. Sono poi previste le società a partecipazione mista per la gestione di servizi di interesse generale o per altre finalità pubblicistiche (come per esempio la RAI) disciplinate da leggi speciali. Ci sono poi le società a controllo pubblico, nelle quali le amministrazioni pubbliche detengono il maggior numero di azioni, per le quali quindi l'ente pubblico assume la veste di socio controllante ai sensi del Codice Civile. A tale tipo di società possono partecipare più soci pubblici, anche attraverso la stipula di accordi. Per questo tipo di società le deroghe alla disciplina civilistica sono pregnanti, riguardano sia l'adozione di sistemi di controllo che la disciplina della crisi d'impresa. Sono previste inoltre le società a mera partecipazione pubblica, nelle quali cioè le amministrazioni pubbliche detengono solo pacchetti azionari di minoranza. La conduzione dell'attività di questo tipo di società è fondamentalmente lasciata al socio privato; per questo tipo di società le deroghe al codice civile sono esigue. Il socio è scelto attraverso procedure di evidenza pubblica, dette gare a doppio oggetto. La posizione di socio è a tempo determinato.

Una *species* di queste ultime tipologie societarie è la società quotata in mercati regolamentati. Alle società quotate si applicano le disposizioni del TUSP soltanto se espressamente previsto; in questo modo il legislatore ha voluto evitare di differenziare la disciplina delle società pubbliche da quella delle private. Il regime di quotazione, quindi, rappresenta un fattore di specialità che rende applicabile il TUSP solo se espressamente previsto.

L'art. 5, comma 1, del TUSP prevede il c.d. "obbligo di motivazione analitica", che costituisce il fulcro della disciplina⁶⁵. Le amministrazioni pubbliche che vogliono costituire o acquisire una partecipazione societaria devono adottare una delibera che giustifichi la necessità di tale operazione per il perseguimento di specifici interessi pubblici ai quali sono esse preposte, che sia coerente con le finalità istituzionali dell'ente pubblico. La delibera cioè deve essere adeguatamente motivata circa la

⁶⁵ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. 352.

necessità per l'amministrazione di acquisire una partecipazione sociale al fine di meglio realizzare l'interesse pubblico al quale essa è preposta. La motivazione deve anche riguardare il profilo della sostenibilità finanziaria dell'operazione: deve cioè considerare la possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. Essa deve inoltre dar conto della compatibilità con i principi di efficienza, efficacia, economicità dell'azione amministrativa, nonché con la disciplina degli aiuti di Stato. È previsto un controllo di tali delibere da parte della Corte de Conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale valuta se l'operazione si pone in conflitto con il principio di libera concorrenza, determinando forme di distorsione del mercato. In questo caso L'Agcm può esercitare i poteri di diffida e di impugnazione innanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 21 *bis* L. 10 ottobre 1990 n. 287. La scelta delle amministrazioni di assumere partecipazioni in società deve quindi essere adeguatamente ponderata e giustificata, limitata cioè ai casi in cui ciò sia strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Anche l'alienazione delle partecipazioni deve essere effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione (art. 10). Solo in via eccezionale, per determinate ragioni esplicitate nella delibera, sotto il profilo della convenienza economica, l'alienazione può avvenire mediante una negoziazione diretta con il singolo acquirente (art. 10 comma 2).

Il TUSP introduce un sistema di monitoraggio indirizzo e coordinamento delle società partecipate attraverso l'istituzione di una struttura interna al Ministero dell'Economia e delle Finanze con il compito di vigilanza e di indirizzo sull'applicazione delle norme sulle società partecipate, anche attraverso l'emanazione di orientamenti e indicazioni sulle *best practices* da seguire.

Inoltre, il TUSP prevede l'obbligo per le società a controllo pubblico di dotarsi di regolamenti interni con l'obiettivo di garantire il rispetto dei principi di libera concorrenza, attraverso l'istituzione di uffici interni di vigilanza, l'adozione di codici di condotta, la realizzazione di programmi di responsabilità sociale di impresa (art. 6). Il codice prevede anche diversi limiti interni, disponendo ad esempio un tetto massimo

nel numero dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo, o ai loro compensi (art. 11). Inoltre la norma impone anche che il personale deve essere assunto nel rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità e nel rispetto dei principi sanciti al D.lgs 30 marzo 2001 n. 165 per i dipendenti pubblici.

14. L'*in house providing*

In house providing è un'espressione che fu utilizzata per la prima volta in sede europea, in particolare nel Libro Bianco sugli appalti del 1998. Indica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione che si verifica quando quest'ultima sceglie di acquisire un bene o un servizio rivolgendosi all'interno della propria compagine organizzativa, senza ricorrere al mercato. Tale modello si contrappone a quello dell'*outsourcing*, o *contracting out* (la c.d. esternalizzazione), nel quale la pubblica amministrazione si rivolge al mercato per ottenere la produzione di beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.

L'art. 16 del TUSP disciplina le società c.d. *in house*. Queste società sono così direttamente legate a una pubblica amministrazione sia sul piano operativo che organizzativo, da essere considerate una *longa manus*, cioè un ufficio interno della stessa amministrazione (detta *in house*, per l'appunto). Ciò rileva in modo particolare sul versante dell'obbligo di esperire le procedure ad evidenza pubblica nella scelta del contraente di contratti di appalto: se la pubblica amministrazione si rivolge alla società *in house*, tale obbligo non sussiste, dal momento che, come detto, tale società è da considerare un ufficio interno della stessa amministrazione. L'amministrazione, quindi, non ricorre al mercato ma a un proprio ufficio per richiedere la prestazione: per questo motivo non c'è rischio di distorsione della concorrenza nel mercato.

La nozione di società *in house*, prima ancora di essere recepita dal legislatore, è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nell'ambito dell'applicazione dei principi in materia di affidamento e contratti

pubblici. La Corte di Giustizia, nella sentenza *Teckal*⁶⁶, si è occupata della questione se le società *in house* potessero essere destinatarie di affidamenti diretti da parte delle pubbliche amministrazioni, in deroga al regime della concorsualità.

Per la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, l'*in house* rappresenta un modo per conciliare il principio di autorganizzazione amministrativa (che corrisponde al più generale principio comunitario di autonomia istituzionale), con i principi di tutela della concorrenza e del mercato. L'istituto dell'*in house* si fonda sulla concezione sostanziale di contratto, tipicamente europea. La Corte di Giustizia ha chiarito che la nozione di contratto implica l'esistenza di una relazione intersoggettiva, cioè almeno due soggetti sostanzialmente distinti. Non sussiste perciò un vero e proprio contratto se l'Amministrazione si rivolge ad un soggetto che, pur essendo formalmente dotato di personalità giuridica diversa dall'Amministrazione, è sottoposto ad un controllo gerarchico così intenso da parte dell'Ente, che può essere assimilato al controllo che l'Amministrazione esercita sulle proprie strutture interne; di conseguenza, non essendovi contratto, non si applicano le regole comunitarie a tutela della concorrenza nella scelta del contraente. La relazione tra amministrazione controllante e società *in house* è interorganica, venendo a mancare la qualità di terzo in capo al soggetto affidatario. Perciò lo svolgimento della prestazione è una vicenda tutta interna alla pubblica amministrazione. Per questo motivo le società *in house* può beneficiare di affidamenti diretti, ossia senza gara. Ciò è stato chiarito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Stadt Halle*⁶⁷, nella quale si precisa che «un'autorità pubblica che sia una amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con entità giuridicamente distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono quindi i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici».

⁶⁶ Corte Giustizia UE, 18 novembre 1995, causa C-107/98.

⁶⁷ Corte di Giustizia UE, 11 gennaio 2005, Causa C-26/03.

La Corte ha stabilito che per poter essere destinatarie di affidamenti diretti, le società devono possedere i requisiti del c.d. «controllo analogo» e dell'«attività prevalentemente svolta a favore dell'amministrazione controllante».

Il requisito del controllo analogo assicura che tra amministrazione pubblica e titolare delle partecipazioni della società *in house* intercorra un rapporto così stretto da far sì che la seconda sia da considerare un ufficio della prima. Tale compenetrazione dei due soggetti determina che gli incarichi di svolgimento nel suo interesse di una determinata attività non siano da qualificare veri e propri contratti, ai fini dell'applicazione del principio di libera concorrenza, bensì meri atti di conferimento di incarichi ad un organo interno. Affinché sia integrato il requisito del controllo analogo, la partecipazione pubblica non deve essere necessariamente totalitaria. Sotto questo profilo, infatti, le nuove direttive europee⁶⁸ in materia di appalti e concessioni prevedono una disciplina elastica, che consente partecipazioni minoritarie anche senza controllo e potere di veto. Anche il Tusp, all'art. 16, ammette la presenza di capitali privati di minoranza nelle società *in house* solo nei casi espressamente previsti dalla legge. Affinché sia integrato il presupposto del controllo analogo è necessario che lo statuto della società garantisca al socio pubblico il potere effettivo di orientare le strategie e le decisioni fondamentali della società *in house*, ad esempio attribuendogli un potere di veto sulle decisioni del consiglio di amministrazione.

La Corte di Giustizia, nella sentenza Carbotermo⁶⁹, ha affermato che per giustificare la deroga alle regole europee di evidenza pubblica che proteggono la concorrenza nel mercato occorrono strumenti di controllo da parte dell'ente che siano più stringenti rispetto a quelli previsti dal diritto civile.

Il controllo analogo è detto «congiunto» nel caso in cui l'influenza pubblica dominante sia esercitata da più amministrazioni in modo che esse, tutte congiuntamente, gestiscano unitariamente un servizio per mezzo della società stessa.

⁶⁸ Art. 12 Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; art. 28 Direttiva 2014/25/UE; art. 17 Direttiva 2014/23/UE.

⁶⁹ Corte di Giustizia UE, 11 maggio 2006, causa C-340/04.

Il controllo è invece “a cascata” o “indiretto”, se un’amministrazione detiene una partecipazione totalitaria in una società la quale a sua volta ne detiene un’altra, sempre totalitaria, nella società *in house*.

Il presupposto de «l’attività prevalentemente svolta» si sostanzia invece nel fatto che la gran parte del fatturato della società *in house* (minimo l’80%, ai sensi dell’art. 16, comma 3, del TUSP) deve provenire da attività svolte nei confronti dell’amministrazione pubblica controllante. Il restante 20 % del fatturato della società *in house* può provenire da attività svolte nei confronti di imprese private.

Il requisito dell’attività prevalentemente svolta a favore dell’ente affidante è stato inteso in senso restrittivo dalla giurisprudenza. Sul punto si è espresso il C.G.A. per la Regione Sicilia⁷⁰, il quale ha chiarito che «più ancora che l’individuazione di una soglia percentuale necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull’aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell’affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Che un’impresa creata per gestire lo *spin off* immobiliare di un grande ente locale come una Provincia, fornisca, saltuariamente, una sola volta nell’anno, e in quantità irrisoria rispetto al fatturato pubblico, un servizio di global service ad una grande impresa privata dello stesso territorio, particolarmente importante sotto il profilo sociale, potrebbe non violare il principio della prevalenza. Ma se la stessa operazione, negli stessi limiti quantitativi, cominciasse ad inserirsi in un piano aziendale di espansione, anche territoriale, ciò implicherebbe una rilevanza “qualitativa” della operazione in contrasto con il principio della prevalenza. (..) A tale proposito si ricorda la sentenza della Corte Europea in causa Spagna/Commissione, C-349/97 del 8 maggio 2003, punto 204, nella quale la Corte ha assimilato l’espressione “più importante”, in precedenza utilizzata, al termine “essenziale”, come pure ha fatto nella citata sentenza *Parken Brixen*, punto 71. In

⁷⁰ C.g.a. Sicilia, sentenza 4 settembre 2007 n. 719.

questa ultima sentenza, nella quale la Corte esprime un concetto fondamentale. Essa, infatti, sincreticamente considera l'aspetto qualitativo e quantitativo, riferendosi al fatto che il soggetto "ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano: a) la trasformazione della azienda speciale in società per azioni; b) l'ampliamento dell'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; c) l'espansione territoriale; d) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di Amministrazione».

L'*in house providing* costituisce un'espressione del principio di libertà di amministrazione delle autorità pubbliche, di cui all'art. 166 del D.lgs 18 aprile 2015, n. 60 (Codice dei Contratti Pubblici), ai sensi del quale «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici».

15. Società mista

La società mista è un tipo di società a partecipazione pubblica in cui il capitale sociale è diviso tra soci pubblici e privati. Essa rileva ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. b), del D. l. 18 agosto 2000 n. 267, il quale prevede che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possano essere affidati «*a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti, attraverso provvedimenti o circolari specifiche*». La norma chiarisce anche gli altri possibili modelli di gestione, cioè la gara "integrale" per l'affidamento del servizio pubblico (gara per la concessione) e l'utilizzo della società a capitale interamente pubblico, ovvero il c. d. *in house providing*.

Il modello della società mista costituisce uno schema intermedio tra la gara vera e propria per la concessione del servizio pubblico e quello della c. d. delegazione interorganica ad una società *in house*.

La società mista rappresenta cioè una forma di partenariato pubblico-privato istituzionale, che realizza una forma di collaborazione duratura e stabile attraverso l'istituzione di un'organizzazione societaria.

Le forme di partenariato pubblico-privato, secondo una classificazione emersa a livello europeo, sono il partenariato istituzionale, di cui fa parte la società mista, e il partenariato contrattuale, del quale si dirà nel capitolo seguente.

Ai sensi dell'art 17 del TUSP, il socio privato, la cui partecipazione non può essere inferiore al 30% del capitale sociale, viene selezionato all'esito di una procedura ad evidenza pubblica secondo il codice degli appalti (art.5 comma 9 D.lgs.50 del 2016).

La gara che seleziona il privato è definita "a doppio oggetto". Il primo oggetto riguarda la sottoscrizione o l'acquisto delle quote societarie, il secondo oggetto, invece, riguarda i compiti operativi cioè l'affidamento del contratto di appalto o di concessione.

La durata della partecipazione del privato alla società non è definitiva, ma è legata all'esperimento di una determinata attività o di un determinato risultato. La società mista, infatti, viene creata per gestire un'opera pubblica o un servizio pubblico e dunque la sua esistenza è limitata al tempo necessario per realizzare l'obiettivo.

A differenza delle società *in house*, le quali, essendo considerate una *longa manus* dell'amministrazione controllante, sono assoggettate all'applicazione integrale del Codice degli appalti quando si rivolgono al mercato, le società miste, se pur partecipate da enti pubblici, sono società private e in quanto tali non sono soggette agli obblighi delle amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del codice dei contratti pubblici. Ciò vale se la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto della procedura di evidenza pubblica ed esso ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n.50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; se la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Le finalità perseguibili dalle società private tassativamente previste esse consistono nella: produzione di un servizio di interesse generale; progettazione e realizzazione di un'opera pubblica; realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato; autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente, ad es. società di informatica.

CAPITOLO II - I SERVIZI PUBBLICI

1. Il Servizio pubblico: evoluzione storica e nozione. – 2. Principi generali regolatori del Servizio pubblico. – 3. Il Servizio Universale. – 4. Servizio pubblico locale. – 5. Servizi di rilevanza economica e Servizi privi di rilevanza economica. – 6. La disciplina europea e la differenza tra Servizi di interesse generale e servizi economici di interesse generale. – 7. La disciplina nazionale e il D.lgs 23 dicembre 2022, n. 201. – 8. La gestione dei servizi Pubblici Locali e la concorrenza “nel” e “per” il mercato. – 9. Il procedimento di scelta delle modalità di gestione dei Servizi pubblici locali. – 10. Le Autorità di regolazione dei Servizi pubblici.

1. Il Servizio pubblico: evoluzione storica e nozione

All’inizio del secolo scorso, come si è visto, il c.d. *Welfare State*, cioè lo Stato “sociale” o “interventista” si occupò direttamente di gestire, per mezzo delle sue strutture organizzative, i servizi pubblici che offriva, cioè i servizi necessari per il benessere dei cittadini, che il mercato non era in grado di offrire in modo adeguato. Ciò era dovuto al fatto che l’erogazione di questi servizi richiedeva l’investimento di ingenti somme di capitali e allo stesso tempo non assicurava profitti di breve e lungo termine. Verso la fine del XIX secolo, a livello locale, anche i Comuni iniziarono a farsi carico dell’erogazione di tali servizi (c.d. socialismo municipale). In questo quadro, intervenne la Legge Giolitti⁷¹, che individuò i servizi che i Comuni potevano gestire direttamente per mezzo delle loro strutture interne, cioè le aziende municipalizzate.

Il modello originario di organizzazione dei servizi pubblici si fondava su un regime di riserva originaria dell’attività a favore dello Stato e sulla gestione diretta e indiretta del servizio. Veniva cioè introdotto per legge un regime di riserva originaria dell’attività a favore esclusivamente dello Stato, tale da impedire ai privati l’erogazione del servizio in regime di concorrenza. Si tratta dei monopoli legali, di cui all’art. 43 Cost. Nel 1905 e nel 1907, ad esempio, vennero riservate allo Stato, rispettivamente, la gestione delle linee ferroviarie e dei servizi di telecomunicazione; e nel 1962, come si

⁷¹ Legge 29 marzo 1903, n. 103.

è visto, venne affidata all'ENEL, allora ente pubblico economico, la gestione del servizio elettrico. A livello locale, invece, si utilizzò l'istituto della c.d. "privativa" comunale. Attraverso il suo utilizzo, si attribuiva all'ente locale la gestione di determinati servizi, come quello di smaltimento di rifiuti urbani o quello cimiteriale, ancora oggi erogati dai comuni.

I servizi pubblici venivano gestiti direttamente tramite aziende interne allo Stato o all'ente locale, oppure indirettamente per mezzo di enti pubblici economici. In taluni casi ci si serviva anche di soggetti terzi, sulla base di una concessione amministrativa. Quanto alla nozione di servizio pubblico, in via generale, secondo un'autorevole tesi dottrina, il concetto di servizio pubblico evoca l'idea di un «compito d'interesse generale da realizzare, al quale si preponga un soggetto o un gruppo di soggetti, pubblici o privati⁷²».

Il concetto di servizio pubblico si affermò e si sviluppò nella seconda metà del secolo scorso, fino a divenire, come notato da Merusi⁷³, un «istituto cardine dell'intero diritto pubblico». Negli anni Ottanta, in questa visione panpubblicistica dei servizi, si arrivò a considerare servizio pubblico persino l'attività bancaria di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, oggi considerata normale attività di impresa. Successivamente, con il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore, nonché con l'avvio dei processi di liberalizzazione e privatizzazione, il compito dello Stato è diventato quello di fare in modo, attraverso gli strumenti regolatori, che i servizi pubblici vengano erogati in modo adeguato da altri soggetti, soprattutto privati, più che quello di erogarli direttamente.

Le norme positive non offrono una compiuta definizione di servizio pubblico⁷⁴. In alcuni casi sono le stesse norme «sui» servizi pubblici che attribuiscono tale qualifica

⁷² S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990.

⁷³ F. MERUSI, voce *Servizio Pubblico*, in *Nss. D.I.*, XVII, Torino, 1970, 215 ss.

⁷⁴ Si considera tale il generale riferimento contenuto nell'art. 112 D.lgs. n. 267/2000 ai «servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Sul punto v., con riguardo alla corrispondente norma contenuta nell'art. 22 legge n. 142/90, R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993.

a determinate attività, dettandone al contempo la disciplina. Quando ciò non accade, però, come ad esempio nell'art. 826 c.c. –che dalla destinazione a servizio pubblico fa discendere l'appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile (comma 3), oppure nell'art. 88 comma 2 d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, che esclude dal regime fiscale delle attività commerciali per l'esercizio diretto di servizi pubblici in regime di monopolio da parte delle regioni, delle province, dei comuni e dei relativi consorzi, una definizione di servizio pubblico si rende indispensabile. La dottrina che se ne è occupata⁷⁵, ha in un primo momento elaborato la teoria c.d. soggettiva del diritto

⁷⁵ I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986. L'attenzione degli studiosi italiani fu sollecitata dalla dottrina francese, che era solita fare del «*service public*» il concetto centrale nello studio del fenomeno amministrativo, che in Francia assunse il ruolo di criterio di riconoscimento della giurisdizione amministrativa. cfr. F. MERUSI, op. cit., e, nella dottrina francese, DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954; T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'«instabilità» nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, 2012, pp. 417 ss.; G. CAIA, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, Bologna, 2018, pp. 327 ss.; Id., Sub artt. 22 e 23, in *Commentario alla Costituzione*, Fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUZZO, Art. 128. Supplemento, Bologna, 1996, pp. 262 ss.; Id., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, pp. 3173 ss.; M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati, Torino, 2010, pp. 127 ss.; Id., *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, 1, pp. 7 ss.; S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubbl.*, 1996, 5, pp. 5 ss.; R. CAVALLI PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; Id., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Padova, 2002; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, II ed., 2010; M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, III, 2583 ss.; Id., *I servizi pubblici locali*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 15, 2004, Torino, 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; Id., *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002; M. MIDIRI, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, pp. 133 ss.; *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. MIDIRI e S. ANTONIAZZI, Napoli, 2015; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; Id., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; G. e A. PETRETTO (a cura di), *La regolazione efficiente dei servizi pubblici locali*, Napoli, 2017; L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici locali*, Padova, 2005; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano 2005; A. ROMANO TASSONE, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 855 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2012; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2003.

pubblico⁷⁶. Secondo tale concezione⁷⁷, che si ispirava alla concezione francese di *service publique*, secondo la quale « *les services publics sont des organismes dont l'activité a pour but la satisfaction de besoins communs a une collectivité, quelle que soit l'importance de celle-ci; ils répondent a l'idée d'utilité publique. Aussi relevant-ils d'une personne morale de droit public et l'ensemble de ces services constitue un corps bien particulier appelé* »⁷⁸, per servizio pubblico si intende un'attività tesa a soddisfare un bisogno di interesse generale della collettività, svolta da un soggetto formalmente pubblico e sottoposta ad un regime giuridico speciale. In questo modo il concetto di servizio pubblico finiva per ricomprendere gran parte delle attività dello Stato che non avessero natura di pubblica funzione. Tale concezione ben si conciliava con quella contenuta nel Codice Penale, sebbene le norme in esso contenute si riferiscano non certo alla disciplina del servizio pubblico rilevante i fini pubblicistici, bensì alla repressione di comportamenti aventi a che fare con tale funzione.

Il codice penale si riferisce al concetto di «pubblico servizio», spesso affiancandolo alla «pubblica funzione» e talora anche al «servizio di pubblica necessità». Le disposizioni sono contenute nel titolo II del libro II, sui «delitti contro la pubblica amministrazione», distinti nelle due categorie «dei delitti dei ufficiali contro la pubblica amministrazione» (capo I) e «dei delitti dei privati contro la pubblica

⁷⁶ L'enunciazione della teoria è di A. DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Trattato Di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di Orlando, VI, Milano, 1923; G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di Orlando, Milano, 1935.

⁷⁷ È stato nell'ambito di questa concezione che si è posto il problema della posizione di confini concettuali tra il servizio pubblico e la restante attività di un soggetto pubblico. Nella dottrina più recente si è ormai chiarito che tali confini possono determinarsi solo in negativo e si esauriscono nel requisito del carattere non autoritario dell'attività, sul punto GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 462.

⁷⁸ R. ALLARD, G. KIENERT, *Le Droit Administratif du Domaine Public et de la voirie*, Paris, 1975, 23. Gli autori precisano anche le caratteristiche del *service publique*, utili ad identificarne il concetto. Queste sono: l'utilizzazione dei servizi pubblici al fine di conseguire un bene comune; le loro eccezionali prerogative, che evocano gli stessi caratteri del pubblico potere: imposizione, prestazione, etc ; la loro organizzazione e funzionamento per opera della pubblica autorità, che è la sola in grado di modificarle; le interruzioni totali del servizio non sono ammesse; sono erogati nel rispetto del principio di eguaglianza tra tutti gli utenti destinatari della prestazione; godono normalmente di un regime giuridico speciale.

amministrazione» (capo II). Alla prima appartengono diversi reati propri, che possono essere commessi cioè solamente dal pubblico ufficiale o, in alcuni casi, anche dall'incaricato di pubblico servizio. La categoria dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione comprende invece taluni reati rispetto ai quali la figura dell'incaricato di pubblico servizio è parificata a quella del pubblico ufficiale, talvolta anche nel ruolo di persona offesa (ad esempio nei casi di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale ai sensi dell'art 366 c.p.; o resistenza a un pubblico ufficiale art. 337. Il pubblico ufficiale è colui che esercita una «pubblica funzione legislativa, giurisdizionale o amministrativa, disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi»; l'incaricato di pubblico servizio, invece, svolge un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima». La tutela penale del servizio pubblico è quindi ben ampia. Partendo dalla concezione penalistica, larga parte della dottrina ha individuato una definizione di servizio pubblico utile a fini pubblicistici, sulla base della considerazione che la norma penale, che è volta alla descrizione dei comportamenti che integrano la fattispecie criminosa, fornisce un mezzo indiretto per risalire alla conoscenza di ciò che, secondo l'ordinamento, deve essere oggetto di tutela. Secondo questa impostazione, ciò che si nota in modo costante nella normativa è il riferimento ad un *munus* che pertiene al soggetto del reato, cioè l'incaricato di pubblico servizio o pubblico ufficiale. La considerazione dell'attività - da chiunque esercitata - come cura di un ufficio, si può in egual modo rinvenire tanto nelle fattispecie concernenti il servizio pubblico quanto in quelle concernenti la funzione pubblica. Si è quindi osservato che, quanto meno agli effetti penali, la lettura delle norme suggerisce l'idea di un'attività, nella cui esecuzione possono intervenire sia soggetti pubblici che privati, ma a patto che sia riferibile ad un ufficio, nel senso di *munus*, ed implicante un insieme di doveri e di poteri, funzionali allo svolgimento della stessa.

Da qui, come anticipato, si è desunta la concezione c.d. soggettiva di pubblico servizio, in base alla quale tutti i servizi offerti da una pubblica amministrazione sono da considerare "pubblici", là dove l'aggettivo «non sta tanto ad indicare il soggetto che

gestisce il servizio, quanto piuttosto la destinazione del servizio stesso al pubblico»⁷⁹; in altri termini, l'aspetto finalistico di cura di interessi collettivi peculiari qualifica il concetto di servizio pubblico in senso soggettivo, nel senso che non è possibile prescindere dalla necessaria pertinenza del servizio ad un soggetto pubblico. Nella lettura soggettiva, dunque, non rileva tanto il carattere pubblico o privato del soggetto che eroga il servizio, ma l'esistenza di uno «specifico vincolo tra il gestore e l'amministrazione pubblica».

Tale tipo di attività si caratterizza per il fatto di essere non già prescrittiva, bensì prestazionale. Il c.d. Stato prestazione fornisce un servizio, una prestazione, come ad esempio, l'assistenza contro gli infortuni, la sanità, il sistema pensionistico. Lo Stato prestazione agisce fuori dalle logiche della funzione amministrativa a carattere tendenzialmente prescrittivo, ordinatorio, impositivo, per fornire determinati servizi, che hanno a che fare con diritti costituzionalmente garantiti. Dunque la tesi soggettiva ricomprende nella nozione di servizio pubblico tutte le attività diverse dalle funzioni svolte direttamente o indirettamente da pubbliche amministrazioni o comunque da altri enti pubblici, ma non distingue tra servizio pubblico e altre attività economiche e d'impresa svolte dai soggetti pubblici⁸⁰.

Per questo motivo, alcuni autori hanno elaborato tesi diverse per identificare la nozione di servizio pubblico, più legate al profilo oggettivo, cioè all'intensità intrinseca dei servizi pubblici erogati⁸¹.

Come è stato notato⁸², nemmeno questa prospettiva soddisfa a pieno, poiché non consente di distinguere tra attività economiche private assoggettate ai programmi e ai controlli di cui all'art. 41 Cost., e attività svolte da soggetti pubblici o privati appositamente incaricati dall'amministrazione pubblica.

⁷⁹ G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 154.

⁸⁰ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 629 ss.

⁸¹ Sulla teoria oggettiva v. tra tutti U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit.

⁸² M. DUGATO, *Servizi Pubblici locali*, cit.

Si è dunque affermata un'interpretazione mediana, c.d. “soggettiva temperata”, secondo la quale «ai fini della qualificazione della nozione di servizio pubblico, il profilo pubblicistico assume rilevanza nella decisione di attrarre attività economiche ad un regime di riserva, sottraendole al mercato, in ossequio ai principi di proporzionalità e ragionevolezza e in rapporto al perseguimento della missione di servizio pubblico (...) perciò il servizio pubblico si identifica con una attività economica, astrattamente suscettibile di essere organizzato in forma di impresa, in grado di soddisfare in via diretta un bisogno primario e costituzionalmente garantito della collettività di riferimento, nelle ipotesi di inesistenza, insufficienza o inadeguatezza del mercato»⁸³.

L'evoluzione della nozione di servizio pubblico locale è stata dunque caratterizzata dal superamento della tradizionale antitesi tra nozione oggettiva e soggettiva di servizio pubblico⁸⁴, a favore di una concezione intermedia, che si fonda sull'incontro tra oggettiva doverosità e necessario risvolto soggettivo pubblico dato dalla titolarità pubblica del servizio, cioè, sul legame con un soggetto pubblico garante nei confronti dell'utenza della prestazione dei servizi⁸⁵. In questo senso, secondo la tesi preferibile, i cardini concettuali della nozione sono «la funzionalizzazione o la doverosità delle

⁸³ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit. Cfr. anche, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà* cit., 522.

⁸⁴ A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA.VV., *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu-Romano-Spagnuolo Vigorita, Milano, 1995, 79; F. COCA, *La concessione*, cit.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni*, cit.; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit. 15 ss; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, *RiDPC*, 1997; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, 20; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Dir. Amm.*, a cura di Mazzarolli-Pericu-Romano-Roversi Monaco-Scoca, Bologna, 1998; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 1999; M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, *Re*, 1992; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2581; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, *Dir. Amm.*, 2007; A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, *ReGLoc*, 1992, 1-2.

⁸⁵ Il legame è inteso in senso organizzativo da BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit.; F. ZUELLI, *op. cit.*, 20; e G. CAIA, *La disciplina*, cit., che chiarisce il ruolo del modello organizzativo come tecnica attraverso la quale si realizza la garanzia delle prestazioni al cittadino e, in tale senso, ne evidenzia i caratteri di tipicità.

attività in relazione agli interessi tutelati e la titolarità eminentemente pubblica del servizio, quale fattore di garanzia e di responsabilità nei confronti dei cittadini»⁸⁶.

Come è stato notato, il servizio pubblico si caratterizza per essere un modello di attività amministrativa a metà strada tra la funzione amministrativa in senso stretto e attività economica dello Stato. I servizi pubblici, infatti, spesso vengono erogati attraverso modalità di azione privatistiche, suscettibili di essere organizzate sotto forma di impresa, ma allo stesso tempo, soddisfano direttamente di bisogni collettivi (sono in questo senso funzioni amministrative).

Nell'esercizio dei servizi pubblici, inoltre, la pubblica amministrazione incontra dei limiti: è sprovvista del potere di esercitare attività autoritative provvedimenti in senso stretto e deve attenersi a modelli organizzativi predeterminati, a volte pubblicistici, a volte privatistici, come si vedrà. Il servizio pubblico infatti è un'attività delegabile dalla pubblica amministrazione ad un privato, per mezzo di concessioni. Quando ciò accade, la titolarità esclusiva di tale attività rimane in capo allo Stato, ma di fatto l'attività è erogata da un altro soggetto privato, sulla base del titolo concessorio. In estrema sintesi si può quindi definire servizio pubblico il servizio volto al soddisfacimento diretto di bisogni costituzionalmente tutelati, esercitabile dalla pubblica amministrazione o dal privato concessionario, erogato attraverso atti privatistici per mezzo di modelli organizzativi pubblicistici o privatistici. Tale concezione⁸⁷ si fonda sul tipo di attività esercitata, di talché è servizio pubblico anche quello erogato da privato dietro concessione.

Come notato a più riprese in dottrina⁸⁸, tale concezione di servizio pubblico si pone tra l'altro in linea con il principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, ultimo

⁸⁶ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, Cit.

⁸⁷ Sulla teoria oggettiva, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, v. SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con riguardo particolare alle aziende*, *RAm*, 1953; VACCHELLI, in giurisprudenza, cfr. *ex multis*, Cons. St. 13 settembre 2012, n. 4870.

⁸⁸ Cfr. tra i tanti, M. CLARICH, *Manuale Di Diritto Amministrativo*, cit. 367.

comma, Cost., il quale mira a favorire il coinvolgimento dei privati nello svolgimento di attività di interesse generale.

Ogni ordinamento e ogni società considera essenziali al benessere della propria collettività beni e servizi diversi, a seconda del periodo storico e del luogo geografico. Così ad esempio, la distribuzione di alcuni beni come i farmaci, che oggi è considerata un'attività commerciale, un tempo era considerata un servizio pubblico; la distribuzione di farmaci anche in località periferiche era infatti assicurata dalle farmacie comunali.

La nozione di servizio pubblico è quindi strettamente legata al luogo e al tempo di riferimento, ma anche al mercato⁸⁹. Il carattere di necessità per il benessere della collettività del servizio dipende dalla comunità locale di riferimento e anche dal mercato in cui quel servizio si inserisce. Se il mercato è in grado di assicurare il servizio, questo non può definirsi pubblico, dal momento che in quel contesto, quel determinato bisogno della collettività è adeguatamente soddisfatto anche senza l'intervento pubblico.

Alla luce di ciò, il servizio pubblico si può definire un'attività economica suscettibile di essere organizzata in forma di impresa, direttamente soddisfattiva di bisogni collettivi primari, con riferimento alla quale l'intervento pubblico risulta essenziale per la soddisfazione del bisogno in ragione della inesistenza o della insufficienza o della inadeguatezza del mercato di riferimento, che in assenza dell'intervento pubblico non sarebbe in grado di soddisfare il bisogno primario in modo soddisfacente.

Definito in questi termini il servizio pubblico, si comprende anche la dicotomia tra titolare del servizio e gestore dello stesso: titolare del servizio è colui che lo istituisce e ne definisce il programma (cioè in concreto le prestazioni da rendere ai cittadini); le forme organizzative; che ne affida l'incarico al gestore; e che ne garantisce l'attuazione servendosi di poteri di controllo, di revoca e sanzionatori. La titolarità del servizio costituisce in questo senso una funzione pubblica, in un qualche modo anche politica,

⁸⁹ Sul punto, v. M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, cit., 511 ss.

dal momento che ne scaturisce la necessità di farsi interprete dei bisogni della collettività e individuare le modalità di realizzazione degli stessi. Il titolare del servizio è perciò un soggetto pubblico democraticamente legittimato, affiancato da Autorità Indipendenti o Semi-indipendenti per gli aspetti regolatori, esecutivi e tecnici. In questo quadro, la gestione del servizio è concettualmente separata dalla sua titolarità e non necessariamente proveniente da un soggetto pubblico: il gestore, come si vedrà, è sempre più frequentemente un soggetto privato. L'erogazione del servizio e l'adozione delle concrete scelte operative sono condizionate da fattori di carattere economico, nonché dal fine di lucro, quando sono svolte da privati. In ragione della doverosità del servizio, come si vedrà, rimane però effettivo il collegamento della gestione con il soggetto pubblico titolare del servizio. Il servizio pubblico rappresenta quindi l'incontro tra attività esercitata del gestore e attività regolatoria della pubblica amministrazione, secondo i parametri delle sue forme organizzative e nel rispetto dei suoi principi.

2. Principi generali regolatori del Servizio Pubblico

Il servizio pubblico, essendo un'attività funzionalizzata al perseguimento di interessi pubblici peculiari, connessi a bisogni essenziali e diritti costituzionalmente tutelati, è erogato nel rispetto di alcuni principi.

Il principio di doverosità impone all'amministrazione che si è fatta carico del compito di garantire alla collettività l'erogazione del servizio di svolgere necessariamente l'attività. I gestori del servizio sono a tal fine sottoposti a obblighi precisi, stabiliti in atti di regolazione, al fine di assicurare standard qualitativi e quantitativi accettabili alla collettività.

Il servizio pubblico, oltre ad essere doveroso, deve essere anche continuativo: la sua erogazione non può essere arbitrariamente interrotta. Anche il diritto di sciopero dei lavoratori nei servizi pubblici essenziali trova limiti nella necessità di assicurare un livello minimo di prestazione.

Inoltre, le attività devono essere svolte nel rispetto del principio di eguaglianza e doverosità. I servizi pubblici, infatti, devono essere prestati a condizioni identiche tra

gli utenti, che hanno pari diritto di accedere al servizio e ottenere prestazioni di identica qualità. Il gestore del servizio pubblico non seleziona la clientela, ma deve assicurare a tutti l'erogazione del servizio. Come si vedrà meglio in seguito, il sistema di remunerazione non soggiace a meccanismi di mercato, ma è predeterminato *ex ante* per mezzo di tariffe determinate dall'ente gestore.

Infine, il principio di Universalità impone che il servizio sia prestato indistintamente, senza limiti all'accesso, a chiunque, a prescindere dalla localizzazione, dalla fascia sociale o di reddito e dalla fascia sociale. Ad esempio, i gestori del servizio elettrico o di trasporto devono assicurarli in tutte le località, anche quelle isolate dove, visto il numero esiguo di utenti, l'attività non è conveniente.

Nell'ambito dei servizi pubblici, il regolatore individua alcune attività essenziali che costituiscono i servizi universali, che devono essere svolte anche se producono perdite. Le origini della nozione di servizio universale derivano dalla tradizione di *common law* e più precisamente dall'esperienza giuridica statunitense. La giurisprudenza della Corte Suprema introdusse il concetto universalità e iniziò ad applicare i principi pubblicistici nella utilizzazione delle infrastrutture di rilievo e nella disciplina delle attività economiche socialmente utili. Già con la pronuncia «*Munn v. Illinois*», in cui la Corte precisò che il potere di determinazione delle tariffe per il servizio andava riconosciuto in nome del principio generale secondo cui quando un bene di proprietà privata è «*affetto da interesse pubblico, cessa di essere solo juris privati*»; e di conseguenza colui che destina un bene di sua proprietà ad un uso che incrocia l'interesse pubblico «*deve, nella misura di tale interesse, sottomettersi al pubblico controllo, per il bene comune*»⁹⁰. Già all'inizio del secolo scorso, proprio perché v'era la consapevolezza che «*non esiste classe o categoria chiusa di imprese interessate da un pubblico interesse*», le Corti iniziarono a sindacare l'esercizio dei poteri di regolazione dei pubblici servizi relativamente ai principi costituzionali, sotto i profili dell'arbitrio e della discriminazione⁹¹. Sin dalla metà dell'Ottocento vennero istituite

⁹⁰ Corte Suprema Usa, *Munn c. Illinois*, 94 US 113 (1876).

⁹¹ Corte Suprema Usa, *Nebbia c. New York*, 291 US 502 (1934).

autorità amministrative indipendenti, in un primo momento con compiti meramente consultivi, e progressivamente con competenze sempre più pregnanti e di controllo nel settore dei servizi a rete delle *public utilities*. Alle autorità di regolazione e alle Corti si deve anche l'enucleazione delle *public service obligations* consistenti in obblighi aggiuntivi rispetto al *duty to serve*, cui i gestori devono adeguarsi per rispettare standard minimi per la fruizione sociale del servizio, che risultano funzionali al perseguimento di obiettivi di universalità delle prestazioni. Tra questi vi sono: l'obbligo di contrattare con chiunque secondo imparzialità e di prestare un servizio adeguato secondo parametri tecnici, nonché dovere di servire per ragionevole compenso, cioè secondo convenienza.

3. I servizi universali

Nel suo più recente sviluppo, la disciplina del servizio universale si ispira alla ricerca di un punto d'incontro tra modello di regolazione e principio di concorrenza.

Il regime giuridico del servizio universale è contenuto nella disciplina europea della regolazione delle attività economiche. L'intervento sovranazionale si è reso necessario in ragione della necessità di uniformare i vincoli imposti agli operatori e di evitare divisioni e disallineamenti tra Stati relativamente al grado di regolamentazione della materia, con effetti potenzialmente negativi sulla concorrenza nei mercati. Agli Stati sono comunque lasciate le scelte relative alla previsione di specifici obblighi di servizio universale, nonché la determinazione della soglia dei prezzi e la disciplina dei sistemi di finanziamento.

Uno dei settori in cui la disciplina europea del servizio universale risulta più articolata è quello delle comunicazioni elettroniche, che è stato interessato dal superamento dei regimi di monopolio sulla gestione delle infrastrutture e sulla erogazione dei servizi. La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 2002/22/ Ce individua un insieme minimo di prestazioni che devono essere obbligatoriamente erogate, nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, qualità ed accessibilità delle tariffe, nonché del principio di proporzionalità e del rispetto della concorrenza. La disciplina si fonda sul principio di accessibilità economica delle

tariffe; in questo ambito, quindi, viene eccezionalmente alterato il principio della naturale fissazione del prezzo come risultato dell'incontro tra domanda ed offerta di mercato. L'art. 9 della Direttiva n.2002/22/Ce, cit., prevede l'obbligo di vigilanza sulle tariffe da parte delle autorità di regolazione e prevede inoltre la possibilità che ciascuno Stato membro stabilisca formule tariffarie diverse da quelle di mercato, oppure la garanzia di sostegni economici a vantaggio dei consumatori a basso reddito o con specifiche esigenze sociali.

Quanto invece al settore postale, la disciplina contenuta nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 1997, n. 97/67/ Ce ha avuto l'obiettivo di introdurre una disciplina di tale servizio universale che consentisse lo svolgimento del servizio in condizioni economiche e finanziarie accettabili e a tale fine è stata riconosciuta la possibilità di porre delle restrizioni al libero mercato, attribuendo alle amministrazioni diritti speciali ed esclusivi. Sul punto, la Corte di Giustizia ha chiarito che gli obblighi posti a carico del titolare del diritto esclusivo giustificano le restrizioni e financo l'esclusione della libera concorrenza, giacché sono volti a consentire lo svolgimento del servizio in condizioni di equilibrio economico⁹². Tuttavia, non tutte le prestazioni che ricadono nel servizio universale sono sottoposte al regime della riserva. Sul punto, la Direttiva prevede anche alcuni servizi universali che sono erogati in regime di libero mercato. Sul settore postale sono intervenute le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 10 giugno 2002, n. 2002/ 39 /Ce e del 20 febbraio 2008, n. 2008/6/ Ce. Quest'ultima ha chiarito gli obblighi dei fornitori per quanto attiene al mantenimento dei prezzi, nonché sulle funzioni degli Stati membri e delle autorità di regolazione e ha riconosciuto l'esigenza di salvaguardare la fornitura del servizio universale pur escludendo il mantenimento di un settore riservato. Perciò la normativa mantiene fermi gli obblighi di qualità delle prestazioni, ma si esprime a

⁹²C Giust. Ue , 19 maggio 1993, causa C-320/91, 18 dicembre 2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado*.

favore dell'introduzione di una maggiore concorrenza nella fornitura e nel finanziamento del servizio.

Quanto invece al settore energetico, del quale si dirà più diffusamente in seguito, la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 luglio 2009, n. 2009/72/ Ce ha attribuito agli Stati il compito di assicurare il servizio agli utenti e alle piccole imprese. Tale servizio universale consiste nel «diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori».

La normativa europea è stata recepita con diversi interventi normativi. Il primo è la Legge 14 novembre 1995, n. 481, che ha disciplinato il servizio con riferimento ai compiti delle Autorità dei servizi di pubblica utilità, e ha disposto la separazione contabile e amministrativa e la determinazione delle tariffe con il metodo del *price-cap*⁹³.

Sono intervenute poi specifiche discipline organiche relative a ciascun servizio universale.

Quanto al settore delle comunicazioni elettroniche, la disciplina deriva dal recepimento, per mezzo D. lgs 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), così come aggiornato da ultimo dalla Legge 15 luglio 2022, n. 9. Esso è frutto dell'adeguamento alla Direttiva n.2002/22/Ce. Ai sensi dell'art. 1 lett. D.lgs n.259, cit., il servizio universale è «un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerto ad un prezzo accessibile». All'autorità di settore, il D.lgs n. 259, cit. affida il compito di stabilire il metodo più efficace per garantire la fornitura del servizio ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità (art. 53 comma 2). A questo scopo l'autorità predetermina gli obiettivi di qualità per le imprese e ne controlla il rispetto. Sempre all'autorità nazionale di regolamentazione il D.lgs n.

⁹³ Art. 2, comma 12, lett. *f* e art. 2, comma 19, lett. *a* L 14 novembre 1995, n. 481.

259, cit., conferisce il compito di designare una o più imprese incaricate di adempiere agli obblighi di universalità, con la possibilità che il servizio sia erogato da più imprese con riguardo ai diversi elementi che lo compongono o a differenti aree geografiche del territorio nazionale.

La disciplina del settore postale è invece contenuta nel D.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, di recepimento della Direttiva n. 97/67/ Ce, così come recentemente modificato ad opera della Legge 5 agosto 2022, n. 118. Il servizio universale postale è definito come l'attività che «assicura le prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili a tutti gli utenti»; distinguendo altresì servizi riservati (individuati sulla base di soglie alternative di prezzo e di peso, riservati al fornitore del servizio universale per assicurargli l'equilibrio economico e conferiti mediante concessione a Poste Italiane Spa) e servizi non riservati (in libera concorrenza, previa licenza). In questo settore l'autorità di regolamentazione competente è il Ministero delle comunicazioni (oggi accorpato al Ministero dello Sviluppo Economico), alla quale sono attribuiti la scelta del fornitore al termine del periodo transitorio, la verifica del rispetto degli obblighi di universalità e di separazione contabile, la determinazione dei parametri di qualità ed il rilascio delle licenze individuali.

Della disciplina del servizio universale nel settore elettrico, della quale si dirà più diffusamente nel capitolo successivo, è contenuta nella legge 3 agosto 2007, n. 125 (che converte, con modifiche, il dl 18 giugno 2007, n. 73), la quale ha previsto la liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica, attribuendo all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas poteri in materia di determinazione delle condizioni standard di erogazione del servizio e di definizione, in base ai costi effettivi del servizio, dei prezzi di riferimento per le forniture di determinate categorie di utenza.

L'obbligo di mantenere accessibile a tutti gli utenti il servizio universale pone l'esigenza di fornire una compensazione dello svantaggio economico all'impresa che gestisce il servizio. Il sistema di finanziamento deve tenere conto tuttavia anche

dell'esigenza di mantenere la neutralità concorrenziale, oltre che mirare al riequilibrio economico dell'ente gestore.

La disciplina comunitaria dei meccanismi di finanziamento consente agli Stati di scegliere tra diverse possibilità: sostegni finanziari diretti al gestore mediante il ricorso a fondi pubblici; o ripartizione dei costi del servizio tra le imprese presenti sul mercato; o diritti di esclusiva su determinate attività; oppure calcolo della media delle tariffe⁹⁴. Gli Stati, nella scelta del sistema di finanziamento devono essere lasciati liberi, evitando effetti distorsivi sulla concorrenza. Tale scelta deve altresì essere fatta nel rispetto dei principi di trasparenza, obiettività e proporzionalità della compensazione. In Italia si è optato per un sistema fondato sulla compensazione e sulla corresponsione di indennizzi erogati da fondi pubblici statali. Il sistema, fondato sul metodo della perequazione, prevede un meccanismo mediante cui gli oneri finanziari del servizio universale sono ripartiti tra tutti gli operatori del settore e rimborsati all'impresa che gestisce il servizio⁹⁵.

Quanto al servizio universale postale e a quello delle comunicazioni elettroniche, le rispettive discipline prevedono un sistema di contribuzione finanziaria a carico di tutti gli operatori presenti sul mercato, a vantaggio dell'impresa su cui gravano gli obblighi di universalità. Entrambe le discipline prevedono l'istituzione di un fondo per il finanziamento degli oneri derivanti dalle prestazioni ricadenti nel servizio universale. Tale sistema pone l'esigenza di limitare i rischi della sovrastima degli oneri ai danni delle imprese concorrenti: il costo per l'adempimento degli obblighi di universalità non può avere come effetto che i nuovi operatori finanzino l'operatore dominante oltre il necessario, essendo perciò penalizzati sul piano concorrenziale. Proprio al fine di evitare gli effetti anticoncorrenziali, al fine di una corretta valutazione degli oneri

⁹⁴ Dal Libro verde sui servizi di interesse generale, 21 maggio 2003, § 85-93; sul tema, v. anche, BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Tratt. Dir. amm. eur.*, a cura di M. P. CHITI e G. GRECO, IV, Milano, 2009, 1821 ss.; G. COLOMBINI, *Il finanziamento dei servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario* a cura di MASSERA, Pisa, 2004, 151 ss.

⁹⁵ Sul punto, L. DEL FEDERICO, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000, 227 ss.

finanziari occorre, altresì, tenere conto dei cosiddetti «vantaggi immateriali», cioè i vantaggi commerciali che l'impresa riceve per il fatto stesso di essere il soggetto incaricato della fornitura del servizio, come per esempio i vantaggi determinati dalla riconoscibilità agli effetti della cosiddetta «fidelizzazione» di fasce di clienti inizialmente non remunerativi o, ancora, alla disponibilità di informazioni utili sui clienti.

Il sistema di calcolo dei costi del servizio universale si espone tuttavia al rischio di alterare la concorrenza, vista anche la discrezionalità dei parametri su cui si fonda. In discussione non è la finalità perequativa del sistema di determinazione economica, bensì i problemi legati all'efficienza nell'erogazione delle prestazioni componenti gli obblighi di universalità. Tale questione si pone in modo particolare nel servizio universale postale, nel quale vi è la previsione di una riserva legale di attività al fine di garantire le risorse finanziarie necessarie per l'adempimento degli obblighi di universalità. In questo settore le questioni legate all'efficienza riguardano sia la determinazione dei contributi a carico degli operatori, sia lo stesso ambito della riserva. Proprio al fine di evitare effetti distorsivi ai danni della concorrenza, la disciplina contenuta nella Direttiva n. 97/67/Ce, cit., ha previsto l'istituzione di un fondo di compensazione sovvenzionato dai contributi degli operatori, ma soltanto nel caso in cui la riserva legale risulti insufficiente a coprire gli oneri finanziari sostenuti dal fornitore del servizio universale. L'esigenza di individuare la corretta determinazione degli oneri finanziari si fa pregnante nel caso in cui le prestazioni del servizio universale siano attribuite ad un unico operatore ed al di fuori di qualunque meccanismo di valutazione e selezione. La selezione del gestore del servizio universale costituisce, infatti, un meccanismo funzionale a ridurre i comportamenti inefficienti dell'impresa designata alla gestione. Sul punto, la Corte costituzionale ha affermato che nelle ipotesi di collettivizzazione di servizi pubblici, l'attività di erogazione del

servizio deve rispettare il modello di gestione imprenditoriale, come tale, fondato sui principi di economicità ed efficienza⁹⁶.

Le nozioni di Servizio pubblico e Servizio universale hanno una comune natura giuridica: come il servizio pubblico, anche il servizio universale costituisce, infatti, una c.d. “clausola generale”, cioè una nozione i cui contenuti si colgono in chiave evolutiva e storica in ragione delle scelte politiche e delle condizioni sociali e del mercato. Inoltre, anche nel servizio universale l'amministrazione assume una responsabilità pubblica in nome di interessi generali di coesione ed integrazione sociale; propria di entrambe le discipline è altresì l'idea di doverosità del servizio⁹⁷. Quanto alla disciplina, sotto il profilo della gestione del servizio universale, si applicano, come si è visto, gli obblighi di continuità, adattamento e di eguaglianza.

I due concetti di servizio pubblico e servizio universale sono così affini, che spesso a livello nazionale si tende a considerare la nozione di universalità in una dimensione recessiva, cioè de-potenziata, rispetto alla disciplina del servizio pubblico, del quale il servizio universale sarebbe una sostanziale duplicazione di matrice europea.

4. Servizio pubblico locale

Una nozione definita di servizio pubblico locale non è prevista né a livello normativo, né è rinvenuta a livello interpretativo in modo unanime⁹⁸. D'altronde lo stesso può dirsi con riferimento alla stessa nozione generale di servizio pubblico, anch'essa tra le più difficoltose⁹⁹, per la quale, come si è visto, è stata individuata, come carattere maggiormente qualificante, la «convenzionalizzazione circa le attività da riconoscere come servizio pubblico»¹⁰⁰. All'inizio del secolo XX, il legislatore, con la Legge 8

⁹⁶ C. cost. 17 marzo 1988, n. 303, in *Foro it.*, 1989, I, 56 ss.

⁹⁷ La matrice costituzionale delle discipline è costituita in entrambi i casi dagli artt. 3, 41, commi 2 e 3 Cost.; con riguardo, altresì, alla nozione di servizio di pubblica utilità, si richiama F. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 298; V. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 127 ss.

⁹⁸ M. DUGATO, *Servizi Pubblici locali*, cit.

⁹⁹ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69.

¹⁰⁰ M.S. GIANNINI, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e pubblica amministrazione*, II. I servizi pubblici a cura di R. Perez, Milano, 1985, 3 ss.

giugno 1990, n. 142, tentò una tipizzazione di alcune attività, qualificandole servizio pubblico locale, andando così a comprimere l'autonomia degli enti locali¹⁰¹.

Ci si è così iniziati a riferire al servizio pubblico locale per intendere il complesso di attività svolte dagli enti locali che non sono sussumibili nella nozione di funzione amministrativa e che non possono, al contempo, essere ascritte alla categoria delle attività strumentali¹⁰².

Le successive modifiche legislative hanno progressivamente compromesso il principio di tipicità delle formule organizzative come criterio per l'individuazione delle attività di servizio pubblico locale.

La nozione di servizio pubblico locale si distingue sia da quella di funzione amministrativa in senso stretto, vista l'assenza di esercizio di potere propriamente amministrativo in senso tecnico, sia da quella di attività di diritto privato della pubblica amministrazione. Per questo motivo, secondo la migliore dottrina¹⁰³, non risultano soddisfacenti né le letture interpretative che inquadrano il servizio pubblico in chiave residuale rispetto al concetto di funzione amministrativa¹⁰⁴, né quelle che assimilano tipologie di attività differenti per presupposti e per finalità, nonché i servizi pubblici e le attività di diritto comune svolte dalla pubblica amministrazione. La nozione di servizio pubblico locale, secondo la migliore dottrina, andrebbe ricavata dalla sintesi tra tratti caratterizzanti le funzioni amministrative e l'attività d'impresa. Le caratteristiche che identificano il regime giuridico dei servizi pubblici locali sono rintracciabili nella disciplina degli assetti organizzativi, nella definizione delle forme giuridiche di intervento e nel regime contrattuale relativo al soggetto esercente l'attività, così come gravato da specifici obblighi di servizio pubblico.

¹⁰¹ Sul punto, G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, VI, 2006, 5527 ss.

¹⁰² M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, cit., 25.

¹⁰³ M. DUGATO, *Servizi Pubblici Locali*, cit.

¹⁰⁴ Per l'orientamento, per così dire, residuale del servizio pubblico, che non coincide con la funzione amministrativa, v. tra tutti G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. n. giur. 1933*, ora in *Id., Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 135 ss. Contro la tesi residuale v. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 417.

I servizi pubblici locali individuano attività economiche suscettibili di essere organizzate in forma d'impresa, ma a differenza di queste, sono volti al soddisfacimento di un bisogno primario della collettività locale. Inoltre, il servizio pubblico locale interviene quando il mercato non è in grado di provvedere adeguatamente alla soddisfazione dei bisogni collettivi, sia dal punto di vista dell'accessibilità a costi sostenuti, sia sotto il profilo della diffusione del servizio. Perché si abbia servizio pubblico locale è quindi necessario il fallimento o l'inadeguatezza del mercato rispetto alla soddisfazione del bisogno collettivo.

Come il servizio pubblico anche il concetto di servizio pubblico locale si caratterizza per la sua dinamicità sia spaziale che temporale, a seconda del diverso atteggiarsi del mercato.

Da tale carattere dinamico della nozione di servizio pubblico locale deriva altresì la conseguente dinamicità delle relative classificazioni¹⁰⁵.

Come per la nozione di servizio pubblico di cui si è detto, anche la concezione di servizio pubblico locale è stata caratterizzata dal superamento dell'antinomia tra teoria soggettiva e oggettiva. Secondo la migliore dottrina, per servizio pubblico locale deve intendersi la «prestazione che il potere pubblico (locale, nel caso) ritiene debba essere messa a disposizione dei cittadini, in adempimento di uno specifico obbligo costituzionale o in attuazione di un' autonoma scelta politica dell'istituzione rappresentativa della popolazione di riferimento»¹⁰⁶. L'ente locale si assume la responsabilità dell'effettiva erogazione del servizio, indipendentemente dal sistema di gestione prescelto. La titolarità del servizio non coincide con la gestione dello stesso, come si evince chiaramente dall'art. 35 comma 1 l. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha modificato l'art. 113 tu enti loc., prevedendo la separazione tra la proprietà di reti ed impianti e la gestione del servizio pubblico locale, come si vedrà.

¹⁰⁵ M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, n. 3, 511 ss., spec. 522 ss.

¹⁰⁶C. MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in *Munus*, 2011, n. 1, 143 ss., spec. 144-145.

All'ente locale spetta anche la scelta del modello di gestione, nel rispetto dei principi di efficienza ed economicità.

5. Servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.

La ripartizione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica riguarda le attività economicamente valutabili e non valutabili sotto il profilo economico. I servizi pubblici locali di rilevanza economica hanno ad oggetto attività consistenti in prestazioni economicamente valutabili, esercitabili sul mercato, in regime di libera concorrenza¹⁰⁷; i servizi privi di rilevanza economica, invece, riguardano lo svolgimento di attività prive di tale carattere, o comunque nelle quali la solidarietà, la sussidiarietà e la personalità della prestazione assumono un rilievo maggiore rispetto a quello meramente economico, e che hanno perciò un'immediata ricaduta in termini sociali.

La distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza è piuttosto recente.

L'art. 113 del d. LG. 18 agosto 2000, n. 267 (tu enti loc.), oggi modificato ad opera dell'art. 35 della Legge 29 dicembre 2001, n. 448, si riferiva a quelli che oggi sono detti servizi "di rilevanza economica" con il termine. "servizi di rilevanza industriale" assoggettandoli ad un rigido meccanismo concorrenziale. L'art. 113- *bis* disciplinava invece i servizi privi di tale rilevanza industriale e ne ammetteva l'affidamento diretto. La scelta del legislatore di ricorrere ad espressioni come servizi "di rilevanza industriale" e "privi di rilevanza industriale" era dovuta all'intento di rafforzare il carattere imprenditoriale del servizio, da cui dipendeva la forma di gestione del servizio¹⁰⁸.

Ad introdurre la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è stato l'art. 14 Dl 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modifiche nella

¹⁰⁷ M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. Ordinare app.*, 2003, n. 3, 513 ss.

¹⁰⁸ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit.

l. 24 novembre 2003, n. 326. Tale distinzione si fondava sulla presenza o meno di un mercato concorrenziale per l'erogazione del servizio, piuttosto che sul suo carattere industriale in senso stretto.

I successivi interventi legislativi hanno mantenuto la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi che ne sono privi, rendendo tale distinzione decisiva anche ai fini dell'applicazione della disciplina concorrenziale di derivazione europea¹⁰⁹.

La giurisprudenza amministrativa prevalente distingue i due tipi di servizio seguendo un metodo empirico in base al tipo di servizio effettuato e al mercato di riferimento. In particolare, la Corte tiene conto delle concrete modalità con cui l'attività è organizzata, ritenendo sussistente il servizio non economico solo se l'attività, in considerazione delle sue concrete modalità di svolgimento, non è lucrativa. Tra servizi economici e non economici non sussistono quindi differenze ontologiche; in entrambi i casi – così come nel servizio d'interesse economico generale, come si vedrà – vi è una funzione sociale priva di carattere economico, riguardante bisogni fondamentali dei cittadini. Viceversa, per ogni attività in cui può essere rintracciato, in astratto, un mercato di riferimento, si parla di servizi non economici. Il carattere non economico di un dato servizio dipende perciò da una scelta politica, volta a dare prevalenza alle esigenze sociali rispetto a quelle economiche e da ciò dipende l'esclusione, per i servizi non economici, delle regole della concorrenza.

D'altronde, come notato, il fatto di attribuire agli enti rappresentativi tale scelta, pur nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, appare coerente con l'attuale modello dello "Stato sociale"¹¹⁰. In base a questa decisione, la soddisfazione di determinati bisogni della collettività è affidata al mercato (se pur regolato); mentre altre necessità ne sono escluse, sull'assunto che il mercato non è in grado di garantirne l'integrale soddisfazione, sotto il profilo dell'uguaglianza nell'accesso per i cittadini e

¹⁰⁹ Per un'analisi delle riforme legislative sui servizi pubblici locali dei primi anni duemila, v. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 223 ss.

¹¹⁰ E. SCOTTI, op. cit.

dell'universalità; ciò a causa dei costi di produzione dei servizi e anche per la natura dei bisogni connessi, che hanno ad oggetto diritti personalissimi.

La giurisprudenza prevalente sostiene al contrario la tesi oggettiva, secondo cui vi sarebbe una ontologica differenza tra le due fattispecie. La giurisprudenza costituzionale, in particolare, ha accolto, una nozione amplissima di servizio pubblico economico, evocando la c.d. teoria del mercato anche solo potenziale¹¹¹, come elemento utile a distinguere i due tipi di servizio.

Quanto agli effetti, in generale dalla distinzione tra i due concetti derivano una pluralità di conseguenze giuridiche, le quali si fondano sull'assunto secondo cui, mentre i servizi di rilevanza economica, salvo eccezionali deroghe, soggiacciono alla disciplina della concorrenza, tale disciplina non si applica invece ai servizi privi di rilevanza economica. Da ciò derivano innanzitutto implicazioni in ordine al riparto di competenze, sia normative che amministrative, tra Unione Europea, Stato, Regioni ed enti locali. Inoltre, come detto, la disciplina europea del mercato e della concorrenza si applica esclusivamente ai servizi d'interesse economico generale. Ciò è disposto dal Protocollo sui servizi d'interesse generale, introdotto dal Trattato di Lisbona, il quale precisa che «le disposizioni dei Trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico»¹¹². Lo stesso vale per le regole di concorrenza nazionali, applicabili solo per i servizi di rilevanza economica. Sul punto, la Corte costituzionale ha affermato che «la tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come “di rilevanza economica”, (...) e non già in riferimento ai servizi “privi di rilevanza economica” (...) perché in riferimento ad

¹¹¹ Corte Cost. 24 novembre 2010, n. 325.

¹¹² Commissione europea, nel *Libro Verde sui servizi di interesse generale* (COM-2003-270) del 21-5-2003 e Direttiva n. 123/2006/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, che esclude espressamente dal proprio campo di applicazione i servizi non economici d'interesse generale.

essi non esiste un mercato concorrenziale». Per tali servizi «ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale»¹¹³.

6. La disciplina europea e la distinzione tra servizi di interesse generale e servizi economici di interesse generale

A livello europeo le espressioni utilizzate sono ancora diverse: si parla infatti di “servizi di interesse economico generale” (Sieg) e di “servizi di interesse generale” (Sig). I secondi riguardano diverse attività di interesse generale, sia di carattere economico che non, ma assoggettate a specifici obblighi di servizio pubblico¹¹⁴. I Servizi economici di interesse generale, invece, invece, sono una *species* del *genus* servizi di interesse generale, che si caratterizza per il l’economicità della prestazione, che è in astratto suscettibile di essere erogata anche sul mercato. In questo caso, le amministrazioni pubbliche si fanno carico di questi servizi al fine di assicurare la continuità, l’uguaglianza e la parità di trattamento degli utenti che ricevono i servizi, il che si rende necessario quando i mezzi privatistici non sono sufficienti.

In effetti, la nozione europea di Servizio d’interesse generale e di Servizio economico di interesse generale presenta dei tratti differenti da quella di “servizio pubblico locale”. Le nozioni europee, infatti, nascono con l’obiettivo di assoggettare alle regole della concorrenza la gestione di attività economicamente valutabili; il concetto di “servizio pubblico locale”, invece, pone l’accento non tanto sui profili gestori, quanto piuttosto sul coinvolgimento di bisogni primari dei destinatari della prestazione. Nonostante ciò, secondo una tesi largamente diffusa in dottrina, nel concetto di Sieg si ravviserebbe « la nozione più prossima al servizio pubblico »; ciò è più evidente nella concezione di servizio di rilevanza economica¹¹⁵. In entrambe le nozioni, infatti,

¹¹³ C. Cost. 27 luglio 2004, n. 272.

¹¹⁴ L. BERTONAZZI E R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* a cura di M. P. Chiti e G. Greco, IV, Milano, 2007, 1791 ss.

¹¹⁵ R VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, cit., 33.; N. RANGONE, *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. Amm.*, 1997, n. 4, 384 ss., spec. 386 ss.; G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato* in *Riv. It. Dir. Publ. Com.*, 2005, 1231; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. n. pubbl.*,

il presupposto per l'intervento dello Stato è la sussistenza di un fallimento di mercato, dovuto all'incapacità di assicurare l'erogazione continuativa del servizio, affidandosi alla sola interazione tra domanda e offerta. D'altronde, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che le due categorie hanno un « contenuto omologo »¹¹⁶.

7. La disciplina nazionale e il D.lgs 23 dicembre 2022, n. 201.

La disciplina dei servizi pubblici locali si ricava da fonti normative, amministrative e pronunce giurisdizionali, che danno luogo ad un assetto normativo non convenzionale. I servizi pubblici locali rientrano nell'ambito dell'autonomia degli enti locali e sono oggetto di normative nazionali, statali e regionali e, spesso anche della regolazione dell'Autorità di settore. Anche il diritto europeo, come si è visto, contribuisce alla disciplina dei servizi pubblici, sulla base anche di accordi stipulati in sede di organizzazione mondiale del commercio sulla liberalizzazione degli scambi internazionali di beni e servizi. La materia dei servizi pubblici non rientra tuttavia tra le competenze esclusive o concorrenti originariamente attribuite alla Comunità. La maggior parte degli interventi comunitari, i più importanti dei quali hanno disposto la liberalizzazione dei principali servizi pubblici nazionali e l'individuazione di principi giuridici funzionali all'introduzione della concorrenza, si è giustificata sulla base della competenza in materia di mercato interno. Tale disciplina si fonda su una concezione residuale del servizio pubblico quale eccezione, limitata e marginale, all'operare delle regole di concorrenza secondo quanto previsto dal § 2 dell'art. 106 TFUE, secondo il quale «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

1999, n. 2, 371 ss., spec. 393, che sostiene che la formula “pubblico servizio” sia una formula specificativa dei “servizi di interesse generale”.

¹¹⁶C. cost., 17 novembre 2010, n.325, § 6.1.

A tale concezione si è oggi sostituita quella organica di servizio pubblico, fondata sul suo carattere di missione di interesse generale, strumentale alla soddisfazione dei bisogni essenziali dei cittadini¹¹⁷. Su di essa si sono fondati, in corrispondenza di interessi generali europei, i successivi interventi tesi a garantire la prestazione dei servizi ai cittadini secondo canoni di universalità. Come si è visto, l'Unione si è occupata dei servizi d'interesse economico generale (SIEG) cioè dei servizi, alcuni dei quali anche locali, caratterizzati da una dimensione "comunitaria", perciò sottoposti a specifiche discipline europee di settore. Non si è tuttavia occupata dei servizi privi di rilevanza economica, se non in via indiretta, dando indicazioni per la loro individuazione.

Tale assetto ha di fatto determinato una competenza concorrente dell'Unione in materia di servizi d'interesse economico generale, la quale ha poi trovato espresso riconoscimento nel Trattato. L'art. 14 del TFUE (introdotto nel 1997 dal Trattato di Amsterdam e sostitutivo dell'art. 16 TCE) attribuisce infatti all'Unione un'esplicita competenza, da condividersi con gli Stati membri, in materia di servizi di interesse generale. La norma prevede che «in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei Trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

La competenza a disciplinare la materia si ripartisce quindi tra Unione europea, Stati, Regioni ed enti locali in base ai canoni della sussidiarietà e della differenziazione, cui

¹¹⁷ Sul punto, v. D. SORACE, *Servizi pubblici*, cit. 404 ss.

si richiama espressamente il Protocollo n. 26 ai Trattati, sui Servizi d'interesse generale, che riconosce sia «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicino possibile alle esigenze degli utenti» sia «la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse».

I servizi pubblici locali sono altresì alla base delle politiche di concorrenza: l'Unione riconosce l'appartenenza dei mercati dei servizi locali al mercato interno e perciò ne tutela la concorrenza, pur riconoscendone le specificità, come si vedrà meglio in seguito. Anche per i servizi pubblici locali, a livello europeo operano gli stessi principi generali riguardanti i servizi d'interesse economico generale, così come individuati dalla Commissione nelle sue comunicazioni interpretative, dalla giurisprudenza europea, nonché desumibili da una lettura trasversale delle principali discipline di settore. Vi sono stati poi specifici interventi delle istituzioni europee sulla disciplina nazionale dei servizi pubblici locali, come la procedura di infrazione n. 1999/2184¹¹⁸. In generale, comunque, il riconoscimento, il contenuto e l'organizzazione dei servizi pubblici locali rientrano nella sfera propria delle autorità locali, ad eccezione, come accade per il settore energetico, o i rifiuti e l'acqua, che non vi siano attribuzioni settoriali e che non rilevino interessi generali europei. In questo caso la disciplina europea interviene a disciplinare l'istituzione e le modalità di svolgimento del servizio pubblico locale, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni circa la disciplina e nella regolazione dei servizi pubblici locali, è stato oggetto di diverse pronunce della Corte costituzionale, la quale è intervenuta in diverse occasioni sulla questione del riparto

¹¹⁸ La procedura fu aperta con la costituzione in mora dell'8-11-2000 SG(2002)D/108243, riguardante prima la disciplina di cui alla legge n. 142/90 e poi quella di cui all' art. 35 legge n. 448/2001.

della potestà legislativa, oltre che su quella relativa all'assegnazione delle funzioni amministrative, in ordine alla disciplina dei servizi pubblici locali. Ciò è accaduto soprattutto negli anni immediatamente successivi alla riforma del Titolo V della Costituzione.

In particolare, nella sentenza del 27 luglio 2004, n. 272, la Consulta si è pronunciata sugli art. 113 e 113- *bis* tu enti loc. La Corte, partendo dal presupposto secondo cui il principio di concorrenza incide sullo svolgimento e sull'organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ha riconosciuto che la tutela della concorrenza è «una materia funzione» riservata alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117 comma 2 lett. e Cost.

La Corte costituzionale ha altresì dichiarato l'incostituzionalità del comma 7 dell'art. 113 TU enti loc., come modificato dall'art. 14 comma 1 lett. e) ,D. lgs. n. 269 del 2003. nella parte in cui disciplinava i criteri in base ai quali gli enti locali dovevano aggiudicarsi la gara per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; assumendo come parametro di riferimento l'art. 117 comma 4 Cost.

Con riferimento poi ai servizi privi di rilevanza economica di cui all'art. 113- *bis* tu enti loc., vista la loro estraneità alle esigenze di tutela della concorrenza, fu esclusa la competenza legislativa esclusiva dello Stato, e si è affermata la competenza residuale delle Regioni. Di conseguenza è stata dichiarata incostituzionalità dell'art.113*bis*.

Successivamente, con la sentenza n. 325 del 2010, la Corte ha dimostrato nuovamente una particolare attenzione nei confronti della tutela della concorrenza, legittimando la disciplina statale di dettaglio di cui all'art. 23 *bis* D.l n. 112 del 2008. Tale disciplina, come si vedrà meglio in seguito, introduceva un regime peculiare per gli affidamenti *in house*, più restrittivo di quanto previsto dall'ordinamento europeo, con l'effetto di limitare l'autonomia legislativa delle Regioni e quella amministrativa degli enti locali. Diverso è il caso dei servizi privi di rilevanza economica, per i quali l'esigenza di rispetto della concorrenza non sussiste, e perciò viene lasciato maggiore spazio alle Regioni e agli enti locali.

In questo quadro, la Corte di Giustizia dell'Unione europea è intervenuta¹¹⁹ a proposito dei servizi sociali, ritenendoli non privi di una componente economica, come potrebbe sembrare. La Corte, in particolare, ha ritenuto che questi siano in un qualche modo aperti al mercato, vista la retribuzione della prestazione. Ciò implica una inevitabile apertura dei servizi sociali al mercato e perciò l'affidamento dovrà essere realizzato seguendo i principi dell'evidenza pubblica.

Sul punto, a livello nazionale, il Consiglio di Stato ha sostenuto limiti stringenti all'affidamento diretto del servizio sociale, ritenendolo del tutto inammissibile laddove vi sia un corrispettivo di qualunque tipo, fatta eccezione per i c.d. meri rimborsi a "piè di lista", cioè di spese vive documentate, che testimoniano la sostanziale gratuità della prestazione.

A livello normativo sia europeo che nazionale, si prevede che gli "appalti di servizi sociali" vadano assoggettati almeno in parte alle regole del mercato. Cioè è previsto sia dagli art. 74ss. Direttiva n. 2014/24/U sia dall'art. 142 commi 5 *bis* ss. D. l. n. 50 del 2016. Quest'ultimo, disciplina il "regime alleggerito" per gli appalti di servizi sociali sopra-soglia che, pur non richiedendo l'integrale applicazione delle norme codicistiche, impone il rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento nella selezione competitiva, nonché dei canoni della pubblicità della gara, della predeterminazione delle procedure di scelta del contraente e dei criteri di aggiudicazione.

Per gli appalti sotto-soglia, invece, l'art. 142 comma 5 – *octies* prescrive il rispetto dei principi e delle regole previste per i contratti di valore inferiore alle soglie, ai sensi dell'art. 36 del codice dei contratti pubblici.

I servizi sociali sono quindi sottoposti, se pur in modo parziale, alle regole del mercato, nonostante facciano parte della categoria servizi "privi di rilevanza economica".

¹¹⁹C. Giust. Ue, 19 dicembre 2012, C-159/11, 29, in cui si chiarisce che il semplice esborso di denaro, inteso come rimborso delle spese, ha un profilo di onerosità della prestazione e perciò si può qualificare appalto; 29 novembre 2007, C-119/06, punto 48, che definisce incompatibile l'affidamento diretto del servizio sociale in presenza di un rimborso forfettario; Ue 28 gennaio 2016, C-50/14, punto 65, invece, ammette tale affidamento in caso di spese realmente sostenute e documentate.

Il riparto delle competenze normative tra Stato e Regioni è, come noto, disciplinato dall'art. 117 Cost., che non include i servizi pubblici tra le materie di competenza esclusiva dello Stato né tra quelle di competenza concorrente Stato- Regioni. La competenza è quindi della regione, ma essa concorre con altre competenze statali esclusive. Vi sono infatti materie interconnesse di competenza esclusiva statale, come ad esempio la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; o la tutela dell'ambiente, per la quale è prevista la competenza esclusiva dello Stato, la quale può venire in rilievo nella gestione di alcuni servizi pubblici, come per esempio la gestione dei rifiuti.

Inoltre, quanto ai profili organizzativi dei servizi, assume rilievo la competenza statale in materia di funzioni comunali. Sul punto, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 307 del 2009, ha chiarito, con riferimento ai servizi idrici integrati, che tale servizio «debba essere organizzato a livello di ambito separando obbligatoriamente l'attività di gestione delle reti dall'attività di erogazione dei servizi viola specificamente la competenza statale in materia di funzioni fondamentali dei comuni le quali, per ragioni storico-normative e per l'evidente essenzialità del servizio idrico alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali, comprendono le competenze relative al predetto servizio».

Lo stesso vale per la tutela della concorrenza, anch'essa attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Essa, come chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 14 del 2004, deve essere intesa non solo «in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali». La Corte ha precisato che rientra nella competenza in materia di concorrenza la stessa definizione del criterio distintivo tra servizio di interesse economico e servizio privo di interesse economico. Sul punto,

la Corte costituzionale ha superato¹²⁰ il suo precedente orientamento secondo il quale la competenza statale *esclusiva* in materia di tutela della concorrenza non consente allo Stato di prevedere una disciplina «dettagliata ed autoapplicativa dei criteri in base ai quali aggiudicare la gara per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica¹²¹». La Corte in particolare, seguendo una concezione oggettiva e finalistica del principio di concorrenza, ha ritenuto le Regioni legittimate ad integrare la disciplina dettata dallo Stato, attraverso previsioni tese a rafforzare la tutela della concorrenza.

Ai sensi dell'art. 118 Cost., «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». In base al principio di sussidiarietà orizzontale, l'intervento pubblico assume una funzione suppletiva rispetto all'iniziativa dei cittadini nella gestione dei servizi. Sono quindi previsti limiti per gli enti locali sia nella definizione delle forme organizzative dei servizi pubblici sia nella loro istituzione. Come si è notato, tale principio opera, con riferimento ai servizi pubblici locali «soltanto per quello che attiene all'attività, non anche con riguardo alla regolazione, che è e resta pubblica»¹²². Tale forma di sussidiarietà orizzontale si è affermata con modalità diverse e con esiti differenti a seconda del tipo di servizio pubblico. Ad esempio, per il servizio pubblico energetico¹²³, che verrà approfondito al capitolo successivo, il d. lg. 16 marzo 1999, n. 79 ha disposto la liberalizzazione. Anche nel settore del gas naturale è prevista la liberalizzazione, fu disposta dal D. lg. 23 maggio 2000, n. 164. Ciò ha determinato il superamento del monopolio nazionale su parte della filiera del settore, in particolare sulla produzione e sulla vendita al dettaglio e all'ingrosso.

¹²⁰ C. Cost., n. 29/2006, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L. reg. Abruzzo n. 23/2004 che disponeva il divieto per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare e il tetto minimo del quaranta per cento per la quota di partecipazione del partner privato delle società miste.

¹²¹ C. Cost., 27 luglio 2004, n. 272

¹²² M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*, 2002, 169.

¹²³ G. MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, 2011.

La dimensione c.d. “orizzontale” del principio di sussidiarietà attribuisce al privato un ruolo importante nella soddisfazione dei bisogni collettivi e attribuisce all'intervento pubblico una funzione suppletiva dell'iniziativa dei cittadini, ammissibile esclusivamente nel caso in cui l'intervento privato sia assente oppure si dimostri inadeguato, come accade ad esempio nei fallimenti di mercato, come si è visto al capitolo precedente.

In questa prospettiva, sono previsti limiti per gli enti locali sia nella definizione delle forme organizzative dei servizi pubblici sia nella loro istituzione, come si vedrà successivamente.

La sussidiarietà orizzontale è un concetto nazionale, non previsto dall'ordinamento europeo, il quale ammette l'intervento pubblico nelle attività economiche e non prevede preferenze per il privato, essendo fondato sul principio di indifferenza circa il carattere pubblico o privato delle quote societarie, ai sensi dell'art. 345 del TFUE. Il diritto europeo prevede piuttosto specifici obblighi di trasparenza nelle relazioni finanziarie tra Stato e imprese pubbliche, volti ad evitare alterazioni della *par condicio* tra le imprese nel mercato¹²⁴.

Il principio di sussidiarietà orizzontale trova riscontro anche nella dimensione dell'amministrazione dei servizi pubblici locali attraverso la compartecipazione degli utenti e delle comunità locali. Come è stato notato¹²⁵, tale forma di sussidiarietà si fonda per un verso sull'idea solidaristica della co-amministrazione, nonché sulle riflessioni sui beni comuni¹²⁶e sulla democrazia partecipativa e deliberativa¹²⁷, come disposto dall'art. 11 D.lgs. n. 286/1999, «I servizi pubblici nazionali e locali sono

¹²⁴Si veda a tal proposito la Direttiva 2006/ 111/Ce, avente ad oggetto la disciplina della trasparenza e le relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché la trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese.

¹²⁵ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

¹²⁶ OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990 (trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006).

¹²⁷ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?* In *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, I, 111 ss.; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 271, 295

erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi».

La materia è stata di recente interessata dal D.lgs 23 dicembre 2022, n. 201 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 30 dicembre 2022), il quale è intervenuto sulla disciplina generale dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, introducendo principi, condizioni economiche e finanziarie necessari al raggiungimento di un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, nonché di uguaglianza nell'accesso di tutti i cittadini ai servizi. Inoltre, il decreto riconosce la promozione e la tutela della concorrenza in questo settore, insieme alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi per gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse economico generale di livello locale, oltre che l'omogeneità di sviluppo e la coesione su tutto il territorio nazionale.

Il Decreto è composto da sei titoli e di trentanove articoli. Il Titolo I (artt. 1-4) stabilisce i principi generali che regolano l'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, cioè i principi di sussidiarietà, proporzionalità, concorrenza, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, sviluppo sostenibile, qualità, innovazione tecnologica, adeguatezza della durata e trasparenza, centralità del cittadino e dell'utente. Il Titolo II (artt. 5-9) si occupa invece dei meccanismi di incentivazione delle aggregazioni a livello sovracomunale, introducendo nuove ipotesi di incompatibilità nell'assetto organizzativo degli enti locali, con l'obiettivo di mantenere distinte le funzioni di regolazione, indirizzo e controllo e gestione dei servizi pubblici locali.

Il Titolo III (artt. 10-20) consta di due capi: quello relativo all'istituzione dei servizi pubblici locali, e quello sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali.

La scelta di farsi carico di un servizio pubblico di rilevanza economica da parte dell'ente locale deve essere preceduta da un'istruttoria dell'ente locale, da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte dei cittadini, singoli e associati, è inidonea a garantire il soddisfacimento

dei bisogni delle comunità locali. Viene dato così rilievo effettivo al principio di sussidiarietà orizzontale, lasciando il maggior spazio possibile all'iniziativa economica privata. Tale obiettivo viene perseguito anche attraverso la preferenza all'affidamento a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica rispetto all'*in House Providing* quanto alle modalità di gestione del servizio pubblico locale. Queste sono l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, preferibilmente mediante il ricorso a concessioni di servizi piuttosto che ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore economico; l'affidamento a società mista pubblico-privata, mediante gara a doppio oggetto per la selezione del socio privato e il contestuale affidamento del servizio; l'affidamento a società *in house*, previa motivazione qualificata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato; la gestione in economia o mediante aziende speciali, limitatamente a servizi diversi da quelli a rete. Viene inoltre stabilito che in ogni caso, anche nel passaggio da una gestione all'altra, è necessario assicurare la tutela occupazionale del personale impiegato nella gestione uscente, anche mediante l'impiego di clausole sociali.

Si prevede inoltre la possibilità di attivare rapporti di partenariato con enti del Terzo settore per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento riconducibili al servizio pubblico locale, sempre che le risorse pubbliche previste a favore degli enti del Terzo settore siano limitate al rimborso dei costi.

Il Titolo IV (artt. 21-23) disciplina la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali alla gestione del servizio. Esso prevede la possibilità di affidare la gestione degli *assets* patrimoniali separatamente dalla gestione del servizio, se viene garantito un accesso equo e non discriminatorio a tutti i soggetti legittimati all'erogazione del servizio.

Il Titolo V (artt. 24-31) disciplina il rapporto di pubblico servizio intercorrente tra l'ente affidante e il soggetto affidatario, con riguardo ai contenuti del contratto di servizio, alle tariffe, alla vigilanza e alla trasparenza della gestione.

Infine, il Titolo VI (artt. 32-39) ha ad oggetto disposizioni di coordinamento con le discipline di settore in materia di trasporto pubblico locale, servizio idrico e gestione

dei rifiuti urbani, farmacie, distribuzione di energia elettrica e gas naturale e impianti di trasporto a fune.

8. La gestione dei Servizi pubblici locali e la concorrenza “nel mercato” e “per il mercato”

Le principali forme di gestione dei servizi pubblici aventi rilevanza economica, classificate¹²⁸ in base al grado di partecipazione del gestore all'organizzazione pubblica, sono: gestione diretta e indiretta; società *in house* e società mista. Si ha gestione diretta del servizio quando questo è svolto da strutture dell'ente titolare del servizio; si ha invece gestione indiretta quando essa è affidata a un ente pubblico diverso dal titolare diretto del servizio pubblico locale.

Il D. lgs 23 dicembre 2022 n. 201 elenca le modalità di gestione del servizio pubblico locale a rilevanza economica, prevedendo in particolare l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica; l'affidamento a società mista; l'affidamento a società *in house*; la gestione in economia o mediante aziende speciali, limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione.

L'applicazione del principio di libera concorrenza ai servizi pubblici locali si riflette sia sulla dimensione della tutela della concorrenza che della sua promozione.

Ai fini della tutela della concorrenza (nella duplice accezione di concorrenza “nel mercato” e “per il mercato”), è posta la disciplina antitrust sia a livello europeo che nazionale. Tale applicazione dei precetti antitrust è imposta solo ove non osti all'adempimento degli specifici compiti di servizio pubblico, dei quali si è detto. Sia la disciplina antitrust europea (art. 106.2 del TFUE), che quella nazionale (art. 8, 2 co., legge n. 287/1990 cit.) prevedono che, in caso di conflitto, le “missioni” di servizio pubblico prevalgono sul rispetto delle regole della concorrenza. Inoltre, la legge n. 287/1990, all'art. 8, prevede regole speciali per le imprese che operano in regime di monopolio legale. Viene previsto ad esempio che tali imprese «qualora intendano svolgere attività in mercati diversi (...) operano mediante società separate». Inoltre «la

¹²⁸ M. CLARICH, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit. 374.

costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi» da quelli relativi al monopolio legale «sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità». «Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora (...) rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate (...) beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti». Da tali disposizioni si desume il principio dell'accesso di tutti gli operatori di un dato settore alle reti che costituiscano infrastrutture essenziali per la prestazione dei servizi.

La promozione della concorrenza per il mercato ha assunto un rilievo importante nella disciplina dei servizi pubblici locali a partire dagli anni '90. Si è giunti alla nascita di diversi principi organizzativi volti a garantire un esercizio dei pubblici servizi rispettoso delle libertà economiche come la separazione tra reti e servizi, la sottoposizione delle società *in house* a precisi limiti, l'affidamento in gara dei servizi monopolistici, l'applicazione dei principi sul partenariato pubblico privato alle società miste, la disciplina sugli aiuti di Stato e la limitazione dei diritti speciali o esclusivi.

Quanto all'affidamento dei servizi mediante gara, principio cardine della concorrenza per il mercato, Commissione europea e la Corte di Giustizia nell'applicazione delle regole per l'affidamento degli appalti per l'erogazione dei servizi pubblici, richiamano i principi generali di proporzionalità, uguaglianza e trasparenza¹²⁹, dal momento che l'obbligo di esperire la gara non è previsto esplicitamente dalle direttive sull'affidamento dei servizi universali, come si è visto.

Ci si apre così a diverse opzioni di cooperazione tra autorità pubbliche e privati nella gestione dei servizi pubblici locali, che possono consistere, come si vedrà, in soluzioni contrattuali oppure istituzionali, come la società mista. Tra i modelli di gestione previsti dalla legge, senz'altro rispettosi del principio di concorrenza, vi è il modello

¹²⁹ Commissione UE. Comunicazione 29-4-2000, *FI*, 2000, IV, 389, con nota di BARONE-BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*; C. Giust. UE, 7-12-2000, C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH c. Telekom Austria AG, cit.

organizzativo di *governance* pubblico-privata con affidamento del servizio tramite gara.

Un ulteriore modello previsto a livello europeo è l'auto-produzione dei servizi tramite l'affidamento diretto a società *in house* che, come si è visto, esclude il mercato e si colloca nell'ambito organizzativo pubblico, ed è perciò rispettoso della libera concorrenza. Come si è detto, la Corte di Giustizia dell'unione europea ha chiarito i presupposti affinché la società sia da considerare *in house*: partecipazione totalitaria pubblica; sussistenza di una speciale *governance* che garantisca il controllo (c.d. analogo) sulle scelte fondamentali della società; e svolgimento dell'attività in via prevalente per l'ente locale ¹³⁰

A livello nazionale, le riforme dei servizi pubblici locali dal 2001 al 2012 hanno perseguito l'obiettivo di limitazione delle gestioni pubbliche dei servizi pubblici locali, fino ad arrivare al referendum popolare dell'11/12 giugno 2011 e alla sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma in quanto ripropositiva della disciplina abrogata.

In particolare, al fine di limitare il ricorso alle società partecipate dagli enti locali, nonché di ridurre la spesa pubblica, era stato introdotto l'art. 23 *bis* D.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella l. 6 agosto 2008, n. 133¹³¹. Esso prevedeva, come modalità ordinarie di gestione del servizio pubblico, l'esternalizzazione e l'affidamento diretto alle società miste (comma 2 lett. a e b), previa scelta con gara del socio privato (socio operativo) cui doveva essere attribuito almeno il 40 % delle quote societarie. L'*in house* invece veniva qualificato come strumento eccezionale, da utilizzare solo se il ricorso agli altri mezzi non era proficuo. In questo caso, l'ente di riferimento ne dava conto tramite all'Autorità garante per la

¹³⁰ C. Giust. UE, 9-9-1999, C-108/98, *Risan s.r.l.*; 18-11-1999, C-107/98, *Teckal*; 14-11-2002, C-310/01, *Didi*; 11-1-2005, C-26/03, *Statd Halle*; 21-7-2005, C-231/03, *Coname*; , 13-10-2005, C-458/03, *Parking Brixen*; 11-5-2006, C-340/04, *Carbotermo*; 19-4-2007, C-295/05, *Tragsa*. Per un inquadramento D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003;

¹³¹ Per una ricostruzione in chiave critica della disciplina, v. M. DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. app.*, 2010, n. 1, 41 ss.

concorrenza e per il mercato, la quale dava un parere obbligatorio. In tal modo si rafforzava il modello della concorrenza “per” il mercato, basato sulla priorità per l’esternalizzazione del servizio.

L’art. 23-*bis* è stato oggetto di un referendum abrogativo, ai sensi dell’art. 75 Cost., indetto per iniziativa popolare, che ne ha determinato l’abrogazione¹³².

Poco tempo dopo il referendum, il governo ha riproposto una norma analoga a quella abrogata, con l’art. 4 D.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni nella l. 14 settembre 2011, n. 148. La norma si discostava da quella abrogata solo per l’esclusione del suo ambito di applicazione al servizio idrico e per la scelta del modello della concorrenza “nel” mercato anziché “per” il mercato. La ratio della norma era quella di scoraggiare il ricorso al modello *in house* da parte dei Comuni, introducendo altresì un sistema per la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, nel rispetto delle prerogative di universalità e accessibilità del servizio. L’attribuzione di diritti in esclusiva veniva limitata alle ipotesi in cui, sulla base di un’apposita analisi di mercato, l’ente locale ritenesse la libera iniziativa economica privata inidonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. La Corte costituzionale, con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199 ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 4 D.l. n. 138 del 2011, che riproponeva una disciplina analoga a quella abrogata dal referendum popolare.

Il legislatore è successivamente intervenuto con l’art. 34 commi 20 ss D.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, recependo gli orientamenti della Consulta e riaffermando l’autonomia decisionale degli enti locali nella scelta della forma di gestione dei servizi pubblici locali.

Sul punto, come si è visto, è intervenuto da ultimo il D. lgs 23 dicembre 2022, n. 201 il quale ha stabilito che nella scelta della modalità di gestione del servizio l’ente locale tiene conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, dei costi per l’ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei

¹³² Per una ricostruzione, v. G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, n. 1, 33 ss.;

risultati della eventuale gestione precedente dello stesso servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica e della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati.

Tali valutazioni confluiscono in una relazione nella quale si dà conto delle ragioni che hanno condotto alla forma di affidamento prescelta.

La concorrenza può essere intesa anche nella sua accezione di concorrenza “nel mercato”, cioè nel superamento dei monopoli e nella liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici locali.

La liberalizzazione è stata disposta negli ordinamenti degli stati membri, a seguito di alcune direttive europee delle quali si dirà, che applicano il principio di cui all'art. 106 TFUE, il quale ammette la concessione di diritti speciali o esclusivi nei limiti in cui risulti necessaria per l'assolvimento della missione di interesse generale.

L'art. 106, comma 2 TFUE dispone che «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione». La disposizione pone quindi come regola generale l'applicazione delle regole comuni in materia di concorrenza e ammette eccezioni, nel rispetto del principio di proporzionalità, nei limiti dello stretto necessario per il perseguimento degli scopi di interesse pubblico che gli Stati membri si prefiggono. Le imprese incaricate della gestione di un servizio pubblico di interesse economico generale possono avere finanziamenti pubblici in deroga alla disciplina degli aiuti di Stato, come compensazione secondo i criteri di proporzionalità, vista la necessità di coprire i costi determinati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, in particolare nei casi in cui il finanziamento è necessario a preservare l'equilibrio economico dell'impresa¹³³.

¹³³ Corte di Giustizia UE, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark GmbH*.

La giurisprudenza comunitaria¹³⁴ mantiene quindi un atteggiamento restrittivo rispetto alle riserve di attività, ammesse solo ove necessario all'equilibrio tecnico o economico del servizio universale, nel rispetto delle regole di trasparenza e parità di trattamento, funzionali a rendere il mercato contendibile.

Dalle direttive comunitarie può poi trarsi l'indicazione, strumentale rispetto all'apertura dei mercati, relativa alla disaggregazione dei servizi e alla scissione della rete - di frequente in condizioni di monopolio naturale - dalla gestione dei servizi, alle volte suscettibile di essere svolta in regime di concorrenza accedendo alla rete. La quale dovrà essere considerata quale infrastruttura essenziale aperta all'accesso paritetico di tutti gli operatori, a prescindere dalla natura, pubblica o privata, del soggetto proprietario e del gestore. Dunque, nell'apertura dei servizi al mercato, la scelta compiuta dal legislatore, ai sensi dell'art. 113 D.lgs. n. 267/2000 è quella di definire la proprietà delle reti locali come pubblica e incedibile e di aprirla al diritto di accesso dei gestori. Tale scelta si pone in linea anche con l'apertura dei servizi alla concorrenza, che, come anticipato, non può prescindere dalla garanzia dell'universalità, che costituisce il nucleo imprescindibile dei servizi pubblici locali, non subordinabile alle regole di mercato.

Per quanto concerne il finanziamento dei Servizi pubblici locali, la subordinazione dei profili funzionali dei servizi pubblici alle logiche del mercato e della concorrenza riporta al rapporto tra servizi pubblici e regole comunitarie sugli aiuti di Stato. Per sopperire agli oneri antieconomici a carico delle imprese che erogano i servizi pubblici, dovuti all'esigenza di adempiere agli obblighi di servizio pubblico, sono previste forme di intervento dello Stato, come trasferimenti finanziari, istituzione del monopolio, meccanismi di perequazione tariffaria o predisposizione di un fondo alimentato da tutti gli operatori del settore. Ci si chiede se tali forme di intervento costituiscano aiuti di Stato, i quali sono disciplinati artt. 107 ss. TFUE, che impone il divieto degli stessi, nonché l'onere di notifica alla Commissione.

¹³⁴ C. Giust. CE., 19 maggio 1993, C-320/1990, *Regie des Postes c. Paul Corbeau*.

Secondo un orientamento¹³⁵, i finanziamenti erogati a titolo di indennità compensative attribuiscono un «vantaggio finanziario» all'impresa che li riceve, e perciò si devono qualificarsi di Stato, se l'erogazione è volta unicamente a compensare il costo dei compiti di servizio pubblico assunti.

Secondo un diverso orientamento, invece, il finanziamento degli oneri posti in capo al gestore non deve considerarsi aiuto di Stato, se non eccede i costi aggiuntivi sostenuti dal beneficiario per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico. In questo caso la Corte di Giustizia¹³⁶, fondandosi sulle specificità del servizio pubblico rispetto alle comuni attività economiche, ha escluso che il finanziamento degli oneri posti in capo al gestore debba considerarsi aiuto di Stato, ove non ecceda i costi aggiuntivi sostenuti dal beneficiario per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico. Questo perché l'intervento pubblico è determinato dall'esigenza di garantire l'assolvimento degli obblighi del servizio, nell'interesse generale. In questo senso è volto a ristabilire il «contraddittorio ad armi pari»¹³⁷ compromesso dall'imposizione di oneri di servizio pubblico. In tal senso il finanziamento pubblico è, per così dire, giustificato dall'esigenza opposta: cioè quella di ristabilire la concorrenza. In altri termini, non sussisterebbe in questo caso uno degli elementi principali dell'aiuto di Stato, cioè il vantaggio economico dell'impresa, e di conseguenza il controllo preventivo della Commissione ex art. 108 TFUE, nonché l'onere di previa notifica sarebbe escluso.

La Corte di Giustizia¹³⁸ ha identificato le condizioni sufficienti per escludere la natura di aiuto di Stato di una misura compensativa: l'impresa beneficiaria è incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico definiti in modo chiaro; i parametri

¹³⁵ Per la giurisprudenza del Tribunale di primo grado, cui deve ricondursi tale approccio si v. le sentenze T. I g. CE, 27-2-1997, FFSA, T-106/95; T. I g. CE, 10-5-2000, SIC, T-46/97; T. I g. CE, 11-6-2009, T-222/04. La tesi è stata inizialmente condivisa anche dalla Commissione (v. la relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken del 17-10-2001, sui *Servizi d'interesse generale* COM (2001) 598 def.

¹³⁶ C. Giust. UE, 22 novembre 2001, C-53/00, *Ferring*; per un precedente in tal senso v. 7 febbraio 1985, C-240/83, *Adbhu*; aveva invece applicato la nozione di *aiuto di Stato* ad esenzioni fiscali accordate ad istituti di credito pubblici C. Giust.UE, 15 marzo 1994, C-387/92, *Banco de Crédito Industrial SA c. Ayuntamiento de Valencia*.

¹³⁷ F. MERUSI, *La nuova disciplina dei Servizi Pubblici*, cit.

¹³⁸ C. Giust. UE, 24 luglio 2003, C-280/2000, *Altmark GmbH*.

per il calcolo della compensazione sono definiti in modo trasparente; la compensazione non eccede quanto necessario per coprire in tutto o in parte i costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, anche tenendo conto degli utili dell'impresa. Inoltre, nel caso in cui la scelta dell'impresa incaricata pubblico non è effettuata mediante una procedura di appalto pubblico, la compensazione deve essere determinata sulla base di un'analisi dei costi sostenuti da un'impresa tipo gestita in modo efficiente. La Commissione ha delineato il regime delle compensazioni di servizio pubblico che, non rispettando le condizioni individuate dalla Corte, devono considerarsi aiuti di Stato e pertanto devono essere sottoposti al relativo regime. Sono stati individuati aiuti compatibili con il Trattato e perciò esentati dall'obbligo di previa notificazione¹³⁹.

Anche l'istituzione dei servizi pubblici dovrebbe essere, per quanto fin ora detto, interessata dai principi di concorrenza, in questo modo limitando l'autonomia degli enti locali.

Alla base dell'istituzione di un servizio pubblico vi è l'individuazione di un bisogno collettivo, nonché l'assunzione, da parte dell'ente locale, della responsabilità che le prestazioni necessarie siano rese alla collettività secondo i canoni di universalità, uguaglianza, accessibilità. Se da una parte l'assunzione di servizi in esclusiva è sottoposta al rispetto dei limiti sostanziali di cui all'art. 106 TFUE, cioè l'imprescindibilità del monopolio rispetto al perseguimento della missione d'interesse generale, nonché ad una espressa previsione di legge, ai sensi degli artt. 41 e 43 Cost.; dall'altra sembrerebbe sussistere, nel silenzio della legge, il potere dell'ente locale di istituire un servizio pubblico nell'ambito e nel rispetto dell'organizzazione di mercato esistente. In effetti, però, l'istituzione di un servizio pubblico comporta un'alterazione del mercato, dovuta alla presenza di un operatore tenuto ad eseguire un programma predeterminato dall'ente locale, non mosso da logiche imprenditoriali e, in questo

¹³⁹ Cfr la decisione 2005/842/CE, sull'applicazione delle disposizioni dell'art. 86, par. 2, del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale.

senso, dovrebbe soggiacere alle regole della concorrenza. La scelta di assumere un pubblico servizio viene scissa in distinti momenti: l'individuazione del bisogno di interesse generale, la definizione delle condizioni di erogazione del servizio, la valutazione dell'offerta di mercato. Solo se l'esito della verifica evidenzia un fallimento del mercato in ordine alle prestazioni che l'ente locale intende garantire alla collettività secondo canoni di universalità e a condizioni accessibili, si dovrebbe ritenere legittima la decisione di assunzione/istituzione di un servizio pubblico. Vengono richiamati¹⁴⁰ in proposito i principi elaborati dalla Corte di Giustizia in relazione alle deroghe alla concorrenza motivate dalla necessità di perseguire un interesse generale. Inoltre, anche il principio di sussidiarietà orizzontale applicato in questo ambito, sembrerebbe, secondo questa prospettiva, subordinare l'intervento del pubblico ad una verifica di non adeguatezza del privato.

9. Il procedimento di scelta della modalità di gestione dei servizi pubblici locali

Il procedimento di scelta delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è espressione del principio di amministrazione di risultato¹⁴¹, inteso nell'accezione propria del termine¹⁴², come differenziazione delle esigenze, flessibilità dell'azione e responsabilizzazione rispetto alla scelta e al risultato.

Esso, come si è visto, è stato recentemente disciplinato con il D. lgs 23 dicembre 2022, n. 201.

Come anticipato, l'art. 23 *bis* commi 3 e 4 Dl n. 112 del 2008 limitava l'ente locale nella scelta delle modalità di gestione del servizio, ritenendo il ricorso all'autoproduzione una «deroga» all'esternalizzazione, e prevedendo il parere obbligatorio dell'Agcm. Come si è detto, l'art. 23 *bis* del Dl n. 112 del 2008 è stato abrogato a seguito del referendum popolare del 2011. Prima del D. lgs 23 dicembre

¹⁴⁰ F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, 2010, 623.

¹⁴¹ M. DUGATO, *Servizi Pubblici locali*, cit.

¹⁴² M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss., spec. 109.

2022, n. 201 mancava una disciplina nazionale e perciò venivano applicati i principi europei, i quali attribuiscono agli enti locali margine di scelta tra l'esternalizzazione del servizio per mezzo dell'affidamento dello stesso ad un'impresa selezionata con una procedura competitiva ad evidenza pubblica, secondo le regole del D. lgs n. 50 del 2016, oppure l'attribuzione dello stesso ad una società mista, a seguito di mediante gara a doppio oggetto oppure infine l'autoproduzione, secondo il modello dell'*in house providing*, come si è visto. Tale capacità decisoria degli enti locali in relazione alle modalità di gestione non era del tutto libera, ma trovava un limite positivo nel rispetto dei limiti e delle esigenze della collettività nell'organizzazione del servizio locale, nonché nell'obbligo di rispetto del principio del buon andamento. Ai sensi dell'art.34 comma 20 Dl n. 179 del 2012, infatti, l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve essere affiancato da una relazione sulle ragioni sottese alla scelta delle modalità di affidamento del servizio, e che illustra anche gli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale specificatamente assunti, disponendo altresì le compensazioni economiche.

Come si è visto, l'atto deliberativo di costituzione o di acquisto di partecipazioni in una società, *in house* o mista, o di acquisto di partecipazioni deve essere trasmesso alla Corte dei conti e all' Agcm e deve essere analiticamente motivato con riferimento al «perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art.4», tra le quali la produzione e gestione di un servizio di interesse generale. Ciò è previsto dall'art. 5 D. LG. n. 175 del 2016.

Inoltre, ai sensi dell'art. 192 comma 2 d. LG. n. 50 del 2016, l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza deve essere preceduto da una valutazione circa la congruità economica dell'offerta della società, nonché da una motivazione che dia conto delle ragioni alla base del mancato ricorso al mercato.

Come si è visto, la nozione di *in house providing* è nata nella giurisprudenza europea come forma di organizzazione e delegazione interorganica, che comporta eccezionalmente l'affidamento diretto di forniture, lavori e servizi in deroga all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica. L'autoproduzione non andrebbe tuttavia vista, secondo alcuni, come una forma di eccezione alle regole della

concorrenza. L'ordinamento comunitario infatti ammette l'autoproduzione quale modalità di organizzazione alternativa rispetto al ricorso al mercato e alle relative regole¹⁴³. Nel caso dell'*in house*, non opera il principio di concorrenza, dal momento che, come è stato notato¹⁴⁴, difetta il presupposto dell'alterità soggettiva tra enti. Si è perciò affermato che l'*in house providing* costituisce una forma ordinaria di affidamento del servizio pubblico locale, vista la neutralità dell'ordinamento europeo nella scelta sulla modalità di gestione¹⁴⁵.

Alcuni recenti arresti giurisprudenziali hanno contribuito ad aprire il dibattito circa il carattere di regola oppure eccezione dell'affidamento *in house* nella gestione del servizio pubblico locale. In particolare, la Corte di Giustizia ha rilevato che gli Stati godono di «libertà (..) di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze»¹⁴⁶. In senso contrario pare invece essersi espresso l'Anac che, nello schema di linea guida del 14 settembre 2021 recanti «Indicazioni in materia di affidamenti *in house* circa i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del D. lg 18 aprile 2016, n. 50 e smi» ha disposto che senza una motivazione adeguata l'affidamento di appalti e concessioni *in house* è da considerarsi illegittimo.

Di diverso avviso è invece il Consiglio di Stato, il quale, nel parere del 7 ottobre 2021, n. 1614, recuperando il parametro della concorrenza, sembra aver riportato il modello dell'*in house* nell'ambito dell'eccezione.

¹⁴³ C. MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello*, cit., 153.

¹⁴⁴ F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 210.

¹⁴⁵ E SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 650 e che trova conferma, quale specifica applicazione del principio di autorganizzazione o libera amministrazione delle autorità pubbliche, nell'art. 2 comma 1 Direttiva n. 2014/23/UE.

¹⁴⁶ C. giust. UE, ordinanza, 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 e C-91/19.

10. Le autorità di regolazione dei Servizi pubblici

Le autorità di regolazione dei servizi pubblici aventi rilevanza economica costituiscono una *species* del *genus* Autorità Indipendenti di settore¹⁴⁷, nate in concomitanza con i processi di liberalizzazione avviati negli anni Novanta. Il passaggio dal monopolio alla concorrenza ha posto la necessità di regolare l'attività dei soggetti che si fanno carico di svolgere tali attività. Infatti, fino a quando il servizio era gestito in regime di monopolio da un'unica impresa, la necessità di porre una regolazione dell'intero settore era meno forte. I rapporti tra l'ente gestore del servizio e l'amministrazione erano intessuti sul piano interno, organizzativo, dell'ente; oppure erano definiti nell'atto di concessione, quando l'attività era affidata ad un ente pubblico economico. Per i servizi pubblici nazionali venivano emanati atti di indirizzo e direttive generali a livello ministeriale, che orientavano l'attività dell'ente gestore sia dal punto di vista economico che sociale; spesso nei fatti il contenuto di tali direttive veniva negoziato con l'ente gestore stesso. La tutela degli utenti era affidata a strumenti contrattuali privatistici.

Nel contesto della liberalizzazione dei mercati si è quindi posta l'esigenza regolare i settori, con l'obiettivo di disciplinare sia i rapporti tra gestori e le autorità di regolazione stesse, sia rapporti reciproci dei gestori in concorrenza tra loro, sia i rapporti tra i gestori e gli utenti.

Con riguardo al primo obiettivo, i regolatori devono occuparsi di offrire regole generali in grado di non alterare la concorrenza, in settori particolarmente delicati in cui alcuni segmenti della filiera sono ancora sottoposti a regimi monopolistici; e anche di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di servizio pubblico di cui si è detto, cioè la continuità, l'uguaglianza etc.

L'attività regolatoria che ha l'obiettivo di creare un mercato concorrenziale può essere posta *ex ante* attraverso regole predeterminate dall'autorità stessa, oppure *ex post*, attraverso il controllo del rispetto dei principi generali in materia di concorrenza; in

¹⁴⁷ M. CLARICH, *Manuale*, cit. 376.

questo caso il rispetto di tali regole è assicurato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La autorità di regolazione svolgono poteri di vigilanza e hanno il potere di sanzionare i trasgressori anche attraverso la revoca della concessione nei casi più gravi.

I gestori dei servizi pubblici che operano in regime di concorrenza sono sottoposti a diversi obblighi reciproci. Le relazioni tra loro sono disciplinate da accordi contrattuali, e solo ove necessario da provvedimenti unilaterali delle autorità di settore.

Il rapporto tra gestori e utenti è invece disciplinato da diverse regole poste dalle autorità di settore e dalle carte dei servizi. L’utente ha la possibilità di proporre reclamo al gestore del servizio, seguendo procedure da questi stabilite oppure di fronte all’autorità di settore, la quale giudica stragiudizialmente. L’utente ha altresì diritto ad indennizzi a carico del gestore nel caso di disservizi gravi.

La legge 14 novembre 1995, n. 481 contiene alcune norme che si applicano a tutte le autorità di settore ad esse si aggiunge poi la disciplina differenziata prevista per ciascun settore. Ai sensi dell’art. 1 di tale Legge, le finalità della regolazione consistono nella «promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati “servizi”, nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse».

La legge pone, all’art. 2, altresì alcune regole organizzative volte a tutelare l’indipendenza delle autorità: cioè la professionalità dei componenti, la loro competenza, la durata limitata dell’incarico senza possibilità di rinnovo, la collegialità dell’organo.

La legge inoltre, all'art. 2, comma 12, si occupa altresì di delineare le funzioni e i poteri delle singole autorità, che consistono nel: «formulare osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento sui servizi da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione e sulle relative forme di mercato, nei limiti delle leggi esistenti, proponendo al Governo le modifiche normative e regolamentari necessarie in relazione alle dinamiche tecnologiche, alle condizioni di mercato ed all'evoluzione delle normative comunitarie; propone ai Ministri competenti gli schemi per il rinnovo nonché per eventuali variazioni dei singoli atti di concessione o di autorizzazione, delle convenzioni o dei contratti di programma; controllare che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche in riferimento alle singole voci di costo, anche al fine di prevedere l'obbligo di prestare il servizio in condizioni di eguaglianza, in modo che tutte le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte, ivi comprese quelle degli anziani e dei disabili, garantendo altresì il rispetto dell'ambiente, la sicurezza degli impianti e la salute degli addetti; propone la modifica delle clausole delle concessioni e delle convenzioni, ivi comprese quelle relative all'esercizio in esclusiva, delle autorizzazioni, dei contratti di programma in essere e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla norma vigente; stabilisce e aggiorna, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe di cui ai commi 17, 18 e 19, nonché le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma 1 dell'articolo 1, tenendo separato dalla tariffa qualsiasi tributo o onere improprio; verifica la conformità ai criteri di cui alla presente lettera delle proposte di aggiornamento delle tariffe annualmente presentate e si pronuncia, sentiti eventualmente i soggetti esercenti il servizio, entro novanta giorni dal ricevimento

della proposta; qualora la pronuncia non intervenga entro tale termine, le tariffe si intendono verificate positivamente; emana le direttive per la separazione contabile e amministrativa e verifica i costi delle singole prestazioni per assicurare, tra l'altro, la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza evidenziando separatamente gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale definito dalla convenzione, provvedendo quindi al confronto tra essi e i costi analoghi in altri Paesi, assicurando la pubblicizzazione dei dati; controllare lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio di cui al comma 37, nel contratto di programma ovvero ai sensi della lettera; emanare le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37; assicurare la più ampia pubblicità delle condizioni dei servizi; studia l'evoluzione del settore e dei singoli servizi, anche per modificare condizioni tecniche, giuridiche ed economiche relative allo svolgimento o all'erogazione dei medesimi; promuove iniziative volte a migliorare le modalità di erogazione dei servizi; presenta annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri una relazione sullo stato dei servizi e sull'attività svolta; diffondere la conoscenza delle condizioni di svolgimento dei servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi o finali; valutare reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo,

ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio di cui al comma 37; verificare la congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti il servizio al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti, garantire la continuità della prestazione dei servizi, verificare periodicamente la qualità e l'efficacia delle prestazioni all'uopo acquisendo anche la valutazione degli utenti, garantire ogni informazione circa le modalità di prestazione dei servizi e i relativi livelli qualitativi, consentire a utenti e consumatori il più agevole accesso agli uffici aperti al pubblico, ridurre il numero degli adempimenti richiesti agli utenti semplificando le procedure per l'erogazione del servizio, assicurare la sollecita risposta a reclami, istanze e segnalazioni nel rispetto dei livelli qualitativi e tariffari; proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione per i casi in cui tali provvedimenti siano consentiti dall'ordinamento».

Le principali autorità di regolazione istituite a livello nazionale sono l'Autorità per la regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA), che opera nel settore energetico, come si dirà più diffusamente in seguito; L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) e l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART).

L'ARERA è disciplinata dalla Legge n. 481 del 1995 cit., la quale all'art. 3 dispone che questa è preposta alla regolazione dei settori dell'energia elettrica, del gas, e del servizio idrico e dei rifiuti. Tale autorità opera in sinergia con le autorità europee, cioè l'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia (ACER) e del Consiglio dei regolatori europei dell'energia (CEER).

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) venne istituita dalla Legge 31 luglio 1997, n. 249 ed è preposta alla regolazione sia del settore elettronico che dei media e del settore postale. Nel primo l'autorità garantisce altresì il pluralismo delle informazioni e la libertà di espressione. La sua struttura interna consta di un organo collegiale (il consiglio) e due sotto organi (commissione per le infrastrutture e per i servizi e prodotti) con specializzazioni differenti. Opera in sinergia con l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni (BEREC) di matrice comunitaria.

l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) fu invece istituita ad opera della Legge 24 marzo 2012 n. 27, ed è preposta alla regolazione del settore ferroviario, portuale, areoportuale e autostradale.

CAPITOLO III - IL MERCATO ENERGETICO

1. Premessa. – 2. La regolamentazione dell'energia e la sostenibilità ambientale negli accordi internazionali: evoluzione storica. – 3. La politica europea sull'energia: *il Green Deal* europeo e l'Unione dell'energia – 4. Le fonti europee e il *Winter Package*. – 5. I soggetti della regolazione europea e nazionale. – 6. Gli strumenti della regolazione. – 7. La regolazione europea per la tutela della concorrenza. – 8. L'evoluzione normativa nazionale. – 9. Breve quadro giuridico delle attività elettriche: la produzione – 10. Il dispacciamento e la trasmissione di energia. – 11. La distribuzione di energia. – 12. L'evoluzione storica del mercato elettrico in Francia. – 13. *Electricité de France* e la sua storia. – 14. *Electricité de France* attività e vicende societarie – 15. Il sistema nucleare in Francia: evoluzione storica. – 16. Il sistema nucleare francese oggi. – 17. L'intervento dei pubblici poteri nel settore nucleare e la concorrenza perfetta. – 18. Gli “attori” istituzionali del sistema nucleare francese. – 19. Le organizzazioni internazionali in ambito nucleare. – 20. L'Unione europea, la regolamentazione del nucleare e i meccanismi di controllo. – 21. La Cooperazione bilaterale francese in campo nucleare civile e la sicurezza in campo nucleare. – 22. Le Sfide del nucleare. – 23. Conclusioni.

1. Premessa

La filiera elettrica è “verticalmente integrata”, cioè suddivisa in attività diverse (produzione/generazione, dispacciamento e trasmissione, distribuzione, vendita di energia all'ingrosso e al dettaglio). Tali attività vengono esercitate in regimi di mercato differenti. La trasmissione e il dispacciamento, insieme alla distribuzione di energia si svolgono in regime di monopolio naturale (dato il carattere sub-additivo dei costi per la realizzazione della rete); la produzione e la vendita sia all'ingrosso che al dettaglio, invece, vengono esercitate in regime di concorrenza.

Terna S.p.A. esercita l'attività di trasmissione sull'intero territorio nazionale, in base alla concessione rilasciata ai sensi dell'art.1, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, nonché dell'art. 1, comma 3, e 3, comma 4, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 2004.

La distribuzione, invece, è realizzata da società municipalizzate in regime di monopolio naturale, per così dire, geografico, nel senso che è affidata a un unico operatore per ciascuna zona geografica. Ad esempio Areti, del gruppo Acea S.p.A,

esercita l'attività di distribuzione nel Lazio, A2A S.p.A. nel territorio di Milano e dintorni, e-distribuzione S.p.A in Sicilia.

I mercati di produzione e vendita all'ingrosso e al dettaglio di energia elettrica sono stati invece oggetto di liberalizzazione. Essa ha avuto avvio con la direttiva 96/92/Ce, la quale introduceva il principio di apertura dei mercati nazionali e la disciplina della separazione (il cosiddetto *unbundling*) contabile tra le stesse imprese operanti nei segmenti di mercato soggetti a un regime di monopolio (trasmissione e distribuzione) e quelli da svolgersi invece in regime concorrenziale (generazione e vendita di energia elettrica). A questa Direttiva ne sono seguite altre volte a promuovere la realizzazione di un mercato interno dell'energia elettrica attraverso l'armonizzazione degli assetti istituzionali dei singoli paesi.

Secondo una stima, il grado liberalizzazione del mercato italiano non sembra ancora aver raggiunto un livello accettabile, quanto meno nella vendita *retail*. Le ragioni sono anche di carattere storico: gli attuali mercati liberalizzati sono il risultato dell'evoluzione dei precedenti monopoli statali e lo Stato detiene ancora grosse partecipazioni nell'*incumbent*. Ciò determina inoltre un vantaggio informativo rispetto ai nuovi competitor (il quale viene sfruttato per proporre le offerte più adatte al cliente, di cui si conoscono abitudini e consumi). A questo vantaggio si aggiunge quello derivante dall'aver "ereditato" la clientela c.d. *inerte*, cioè quella che non cambia operatore solo per evitare di affrontare gli sforzi burocratici e informativi che ciò comporta.

Gli effetti negativi di questa liberalizzazione incompleta si riflettono anche sulla possibilità di accogliere i benefici dell'innovazione tecnologica, come ad esempio lo *Smart Grid*, utili alla realizzazione di importanti obiettivi quali la neutralità climatica e la decarbonizzazione. La concorrenza, infatti, porterebbe gli operatori ad investire nello sfruttamento di tutte le innovazioni tecnologiche per offrire servizi sempre più efficienti come ad esempio il *demand management*, che determinerebbe non solo un risparmio di spesa, ma anche una migliore gestione della domanda di energia, con effetti rilevanti sul risparmio energetico. In quest'ottica, la concorrenza nel mercato energetico si pone come importante strumento per realizzare alcune delle principali

missioni previste nel Next Generation EU e nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, come la rivoluzione verde e la transizione ecologica.

In questo quadro si inserisce l'attività di regolamentazione e vigilanza esercitate dalle autorità di settore, che hanno, tra l'altro, come obiettivo quello di correggere i fallimenti generati dall'assenza di concorrenza dovuta ai monopoli naturali.

La disciplina del mercato energetico è innanzitutto di matrice euro-unitaria, come si vedrà. Lo sviluppo sostenibile costituisce infatti un principio guida delle politiche e dell'azione normativa dell'Unione europea. Tale principio è riconosciuto all'art. 3 del TUE, il quale prevede che l'Unione europea «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Il principio dello sviluppo sostenibile è previsto altresì all'art. 11 del TFUE, ove si stabilisce che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». ¹⁴⁸

Quanto alla disciplina normativa nazionale, essa si articola in diverse disposizioni. Le fonti sono l'art. 8 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (il quale, al comma 2 *bis* prevede l'obbligo di separazione societaria per le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato: «Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società

¹⁴⁸ Sul punto, v. tra i tanti, J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; 5; S. BARONCELLI, *La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un'analisi delle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente*, Torino, 2008; M.C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008; G. GUARINO, *Ratificare Lisbona?* Firenze, 2008; A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona, nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009; M. FRANCAZANI, S. BARONCELLI, *Europa: costituzione o Trattato per suo Fondamento? Sul Trattato di Lisbona e suoi sviluppi*, Napoli, 2010.

separate”); l’art. 6 Tusp (il quale impone obblighi di separazione contabile per le società partecipate che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all’obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell’articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287); e la disciplina generale dei gruppi societari pubblici e misti.

L’esigenza di ottenere una liberalizzazione del mercato nel settore energetico si deve conciliare con i bisogni sociali e gli obblighi di servizio pubblico, in un delicato bilanciamento tra esigenze contrapposte. La Direttiva del 13 luglio 2009 n. 2009/72/Cee, all’art. 3, qualifica infatti la fornitura di energia elettrica come servizio universale, attribuendo agli utenti il diritto di ricevere la fornitura e di mantenere prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori.

2. La regolamentazione dell’energia e la sostenibilità ambientale negli accordi internazionali: evoluzione storica

La sostenibilità ambientale, cioè il razionale utilizzo delle risorse naturali e la responsabile realizzazione di attività destinate ad incidere sull’ambiente ha tardato ad essere considerata un obiettivo prioritario per gli Stati.

Tale principio si affermò prima a livello internazionale¹⁴⁹ e poi a livello sovranazionale e nazionale.

Durante la prima metà del secolo scorso, la questione ambientale non costituiva una priorità nei rapporti internazionali tra gli Stati. Furono tuttavia firmati sporadici accordi bilaterali come la Convenzione di Londra del 1933 sulla protezione della fauna e della flora naturale e la Convenzione di Washington del 1940, sulla preservazione della fauna, della flora e delle bellezze panoramiche naturali.

¹⁴⁹ R. FERRARA, C.E. GATTO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014; G. CORPINI, MARCHISIO, P. FOTO, *Diritto Ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2017.

Nella seconda metà del XX secolo il verificarsi di alcuni disastri ambientali come l'incidente del 1967 della petroliera *Tore Canyon*, dalla quale si disperse in mare un'enorme quantità di petrolio, fece sì che le tematiche ambientali iniziassero ad essere percepite dalla Comunità internazionale come di interesse. Le scelte politiche andavano orientate ad una maggiore considerazione della salvaguardia ambientale e di protezione dei bisogni delle generazioni future. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite convocò a Stoccolma la Conferenza sull'ambiente umano che emanò la Dichiarazione di ventisei principi e il Piano mondiale di azione ambientale. Il primo principio proclamato fu il diritto fondamentale dell'uomo ad avere condizioni di vita soddisfacenti e il dovere di proteggere e migliorare l'ambiente davanti alle generazioni future. Inoltre fu sancito il dovere degli Stati di impedire che le attività svolte non arrecassero danni all'ambiente di altri Stati¹⁵⁰. Dalla Conferenza di Stoccolma scaturì anche l'istituzione dell'Organizzazione internazionale «Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente» (United Nations Environment Programme- UNEP), con funzioni di studio, di supporto e di consulenza nella individuazione delle soluzioni da approntare per la lotta ai cambiamenti climatici e per la composizione di problemi ecologici.

Vi sono stati poi altri importanti atti internazionali in materia ambientale, come la Convenzione di Vienna del 1982 e il Protocollo di Montreal del 16 settembre 1987¹⁵¹. Nel 1987 venne elaborata la definizione di sviluppo sostenibile. Nel 1983 l'Assemblea delle Nazioni Unite aveva, infatti, istituito una Commissione di esperti indipendenti con l'obiettivo di elaborare un'agenda globale per il cambiamento (c.d. Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo). I lavori della Commissione si conclusero con la pubblicazione del rapporto *Our Common Future*, che definì lo sviluppo sostenibile come lo «sviluppo capace di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della

¹⁵⁰ Sul punto, P.W. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International law and environment*, Oxford, 2009, 7 ss.

¹⁵¹ G. TAMBURELLI, *Gli atti internazionali sulla protezione dell'ozono e la loro esecuzione in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1994, 675 ss.

generazione presente, senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i loro bisogni». I contenuti del c.d. rapporto Brundtland¹⁵² costituirono la base di partenza per i lavori della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo (UNCED) tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992. Essa emanò la Dichiarazione di ventisette principi generali; un articolato programma d'azione volto ad identificare gli interventi e le misure necessarie a promuovere lo sviluppo sostenibile in materia di ambiente, economia e società (c.d. Agenda 21); e una Dichiarazione di principi sulla gestione, sulla conservazione e sullo sviluppo sostenibile delle foreste.

Dopo la Conferenza di Rio de Janeiro appariva ormai chiaro e consolidato che «gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni relative allo sviluppo sostenibile, avendo diritto ad una vita sana e produttiva in armonia con la natura» (principio 1) e che «lo sviluppo economico debba essere realizzato in modo da soddisfare equamente le esigenze relative all'ambiente ed allo sviluppo delle generazioni presenti e future» (principio 3). La formale ufficializzazione dello sviluppo sostenibile in sede internazionale diede avvio al processo che portò alle Convenzioni ambientali globali¹⁵³ e la Convenzione Quadro sui cambiamenti climatici (UNFCCC), entrata in vigore il 21 marzo 1994, con la quale si riconobbe che i cambiamenti climatici rappresentavano una preoccupazione concreta e ci si impegnava ad adottare politiche capaci di portare i livelli di emissioni da gas a effetto serra ad un livello tale da non risultare pericoloso per l'equilibrio ecosistemico. La Convenzione UNFCCC conteneva tuttavia disposizioni solo programmatiche e non vincolanti. Solo con il

¹⁵² Nel quale si affermò per la prima volta che «ambiente e sviluppo non sono realtà separate, ma al contrario presentano una stretta connessione. Lo sviluppo non può infatti sussistere se le risorse ambientali sono in via di deterioramento, così come l'ambiente non può essere protetto se la crescita non considera l'importanza anche economica del fattore ambientale. Il concetto di sviluppo sostenibile implica per le politiche ambientali e di sviluppo alcuni obiettivi cruciali, in particolare che si rianimi la crescita economica; si muti la qualità della crescita economica; si soddisfino i bisogni essenziali in termini di posti di lavoro, generi alimentari, energia, acqua e igiene; si assicuri un livello demografico sostenibile; si conservi e si incrementi la base delle risorse; si riorientino i rischi tecnologici e gestionali; si tenga conto, nella formulazione delle decisioni, degli aspetti ambientali ed economici ».

¹⁵³ Convenzione sulla diversità biologica, entrata in vigore il 23 dicembre 1993 e la Convenzione sulla desertificazione, entrata in vigore il 26 dicembre 1996.

Protocollo di Kyoto¹⁵⁴, adottato all'esito della Terza Conferenza delle Parti (COP-3) nel 1997, gli impegni enunciati nella la Convenzione sui cambiamenti climatici del 1992 hanno assunto carattere vincolante.

Un punto di arrivo nell'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente è costituita dall' Accordo sul Clima stipulato a Parigi nel 2015¹⁵⁵.esso supera definitivamente l'originaria distinzione tra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo e fissa gli obiettivi adottare misure e politiche idonee a contenere, nel lungo termine, l'aumento della temperatura media globale al di sotto della soglia di 2°C; cooperare per l'incremento della capacita dei diversi soggetti coinvolti nella lotta ai cambiamenti climatici; veicolare gli investimenti e i flussi finanziari in maniera coerente con l'esigenza di ridurre le emissioni di gas a affetto serra.

L'Accordo di Parigi è stato ratificato dall'Italia nel 2016, con la Legge 4 novembre 2016, n. 204.

3. La politica europea sull'energia: il *Green Deal* europeo e l'Unione dell'energia

Il "*Green Deal* europeo"¹⁵⁶ e gli obiettivi di sostenibilità ambientale posti a livello internazionale fanno dell'energia, dell' ambiente e del clima una triade inscindibile nelle politiche regolatorie europee. È infatti dimostrato che clima ed energia si influenzano reciprocamente: gli impianti a combustibile fossile, ad esempio, producendo emissioni in atmosfera, rappresentano una delle cause alle quali è riconducibile il riscaldamento globale. La lotta a tale riscaldamento è uno degli obiettivi principali dell'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici, promosso dalle Nazioni Unite e ratificato il 5 ottobre 2016 dall'Unione europea, come

¹⁵⁴ L. MASSA, *L'applicazione del Protocollo di Kyoto e il dibattito sulla fase post-Kyoto*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 769 ss.

¹⁵⁵ Sull'argomento, ex multis vv. M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 719 ss.; L. ARISTEI, *L'Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017.

¹⁵⁶ Comunicazione della Commissione: Il *Green Deal* europeo, COM (2019) 640, 11 dicembre 2019. In dottrina, M.C. CARTA, *Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *Euroius.it*, 2020, pp. 54 ss.; A. MOLITERNI, *Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, 4ss.

si è visto. In Europa entro il 2030 le emissioni nell'atmosfera di gas a effetto serra, primo fattore di alterazione degli equilibri climatici, saranno essere ridotte della metà rispetto ai livelli del 1990. Inoltre, entro il 2050 l'Unione europea, si è posta l'obiettivo del raggiungimento della neutralità climatica¹⁵⁷, cioè l'equilibrio tra le emissioni nocive di origine antropica e l'assorbimento delle stesse.

A tal fine la Commissione europea ha adottato un programma organico di proposte normative denominato "Fit for 55", finalizzato a concretizzare tali ambiziosi obiettivi, attraverso misure concrete come per esempio la riduzione a zero delle emissioni degli autoveicoli entro il 2035. L'Unione europea si propone quindi di promuovere gli investimenti necessari per avviare la transizione ecologica e quella digitale. Ciò è realizzato attraverso la regolamentazione e la normazione, gli investimenti e l'innovazione, le riforme

Il *Green Deal* impone una politica industriale finalizzata a promuovere la decarbonizzazione del sistema energetico, che si attua anche mediante la previsione dell'obbligo, da parte degli Stati membri, di dotarsi di piani integrati per l'energia e il clima, sottoposti all'approvazione dell'Unione europea, da aggiornare periodicamente. Il *Green Deal* europeo si compone di diversi obiettivi, tra cui la sicurezza energetica, l'integrazione del mercato europeo dell'energia, l'efficienza energetica, la decarbonizzazione, la ricerca, l'innovazione e la competitività.

La politica di sicurezza energetica prevede la diversificazione dell'approvvigionamento, che assicura agli utenti la disponibilità di energia a prezzi accessibili, anche con riferimento alle forniture di gas: si evitano così, per quanto possibile, legami di dipendenza potenzialmente pericolosi per gli equilibri geopolitici globali.

¹⁵⁷Il regolamento Ue 30 giugno 2021, n. 2021/1119 (di modifica del regolamento (CE) n. 401/2009 e del regolamento (UE) 2018/1999 "Normativa europea sul clima") ha istituito «il quadro per il conseguimento della neutralità climatica»; prevedendo anche un sistema di monitoraggio sul raggiungimento degli obiettivi intermedi a cura della Commissione europea che, in caso di scostamenti rilevati, può indirizzare agli Stati membri raccomandazioni.

Un altro obiettivo europeo consiste nel raggiungimento, nel 2030, di una sufficiente capacità di interconnessione delle reti transfrontaliere, almeno pari al 15 per cento della capacità di produzione elettrica installata negli Stati membri.

Inoltre, la politica unionale mira ad una riduzione dei consumi primari di energia del 32,5 per cento, da raggiungere nel 2030, attraverso iniziative delle “città e comunità intelligenti” (*smart cities*), sostenibili e tecnologicamente avanzate.

Per perseguire l’obiettivo della decarbonizzazione, l’Unione europea favorisce l’elettrificazione dei trasporti, vietando le emissioni di Co2 oltre i limiti, e promuovendo lo sviluppo del settore elettrico. A tal fine gli strumenti fondamentali sono il sistema di scambio di quote di emissione di CO2, lo sviluppo delle energie rinnovabili per il quale è stato fissato un obiettivo minimo del 32,5 % della quota di energia da fonti rinnovabili consumata, da raggiungere nel 2030.

L’efficienza energetica e la decarbonizzazione sono incentivate anche attraverso i c.d “appalti verdi”, disciplinati da diverse direttive in materia di contratti pubblici. In tal modo si incentivano le imprese partecipanti alle gare a offrire beni e servizi a basso consumo energetico.

Tra gli strumenti utilizzati dall’UE per perseguire il raggiungimento di tali obiettivi generali vi è quello dei finanziamenti e di altre misure di sostegno, attraverso il Fondo europeo per gli investimenti strategici (Feis), che ha lo scopo di promuovere il potenziamento delle infrastrutture del gas. Inoltre, nel 2020 è stato varato il programma Next Generation EU, a beneficio dei Paesi che hanno subito gli effetti economici della pandemia da Covid-19. Tale programma prevede, tra l’altro, l’erogazione agli Stati membri di finanziamenti e contributi europei volti a favorire la transizione energetica in base ai progetti da inserire nei Piani nazionali di ripresa e resilienza (Pnrr). Il 37 % dei fondi stanziati agli Stati membri è destinato al raggiungimento di obiettivi climatici.

Un altro strumento utile a realizzare la transizione verso l’energia pulita è il “*New Deal*” per i consumatori, ai quali sono comunicate informazioni comprensibili sui beni e servizi, incentivi finanziari per il risparmio energetico, tecnologie, come ad esempio i contatori intelligenti, per controllare i propri consumi e per avvantaggiarsi delle

opportunità esistenti sul mercato. Inoltre, devono essere adottate misure di contrasto alla c.d. “povertà energetica”, come per esempio sconti sulle bollette energetiche, volti a tutelare le persone e le famiglie a basso reddito. Il *Green Deal* europeo costituisce quindi la matrice unificante della disciplina giuridica dell’energia europea e nazionale¹⁵⁸. Come è stato rilevato, nel loro complesso le misure mirano quindi ad adeguare il settore dell’energia per dare concreta attuazione allo sviluppo sostenibile, in particolare nella sua accezione di neutralità climatica. Tra questa e gli obiettivi energetici si coglie un rapporto di strumentalità bidirezionale, nonché un collegamento tra le misure del *Green Deal* europeo e del *Clean energy package*, come si dirà¹⁵⁹.

4. Le fonti europee e il *Winter Package*

L’ambito energetico è una materia sempre più attratta nelle competenze del diritto europeo. Ciò è stato determinato in primo luogo dalla modifica del Trattato di Lisbona del 2008 e in secondo luogo dai “pacchetti” energia. Essi, come si vedrà, si articolano in regolamenti immediatamente applicabili e in direttive dettagliate, che intervengono

¹⁵⁸ M. CLARICH, voce *Energia*, in *Enciclopedia del diritto, i Tematici III, Funzioni Amministrative*, 2022.

¹⁵⁹ Sul punto, F. VETRO, *Sviluppo Sostenibile, Transizione Energetica e Neutralità Climatica Profili di Governance: Efficienza Energetica Ed Energie Rinnovabili Nel “Nuovo Ordinamento” Dell’energia*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 70 ss, il quale sintetizza la strategia del *Green Deal*: «nella cornice del *Green Deal* europeo, invero, sono state già adottate diverse importanti iniziative: a) la Legge europea sul clima, con la quale, come già detto, stato dato carattere vincolante all’obiettivo di ridurre entro il 2030 le emissioni di gas ad effetto serra di almeno il 55% , il Piano di azione per economia circolare, diretto ad adottare misure per rendere i prodotti immessi sul mercato europeo riutilizzabili, riparabili e riciclabili; c) la Strategia per la biodiversità, che contempla l’adozione di misure preordinate a porre rimedio all’uso incontrollato della superficie terrestre e del mare e allo sfruttamento eccessivo delle risorse naturali ; d) la Strategia dal produttore al consumatore, finalizzata a creare un sistema alimentare di prodotti che provengano da un Pianeta sano (p. es., riducendo l’uso di fertilizzanti chimici in agricoltura, etc.) e) la Strategia per l’integrazione del sistema energetico, diretta a superare la compartimentazione a stagno dell’attuale sistema energetico; f) la Strategia per l’idrogeno, che mira a favorire l’installazione (tra il 2020-2021) di almeno 6 GW di elettrolizzatori per l’idrogeno rinnovabile, che dovranno diventare 40 GW tra il 2025 e il 2030, sino a divenire una fonte energetica di larga diffusione tra il 2030 e il 2050; g) la Strategia energie rinnovabili offshore, preordinata a portare la capacità eolica offshore a 300 GW entro il 2050».

sulla materia lasciando poco spazio alla discrezionalità nel recepimento da parte degli Stati membri¹⁶⁰.

A livello europeo, prima della modifica del 2008 mancava una base giuridica per lo sviluppo della politica energetica. Infatti, nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea¹⁶¹ e nei Trattati istitutivi della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA)¹⁶² e della Comunità europea per l'energia atomica (EURATOM)¹⁶³ non era previsto un esplicito riferimento alla tutela dell'ambiente e alla materia dell'energia.

Tuttavia, vennero comunque attuate misure ispirate all'attuazione dello sviluppo sostenibile e alla tutela ambientale. Esse si fondavano sul preambolo del Trattato CEE, nella parte in cui prevedeva che lo scopo della Comunità era anche promuovere il miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione dei popoli, nonché l'art. 2 del Trattato CEE, il quale indicava tra le finalità comunitarie la promozione dello sviluppo armonioso delle attività economiche e il miglioramento sempre del tenore di vita. Vennero così adottati –nel 1973, 1977 e 1983- diversi Programmi comunitari d'azione in materia ambientale, che avevano l'obiettivo di rendere l'azione della Comunità e dei singoli Stati membri adeguata per ridurre l'inquinamento e preservare le risorse naturali.

Nel 1986, con l'adozione dell'Atto Unico Europeo, la materia ambientale conobbe un esplicito riferimento mediante l'inserimento nel Trattato CEE del Titolo V, dedicato

¹⁶⁰ In dottrina, v. AA.VV., *La transizione energetica e il Winter Package, politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, a cura di Travi A., Bruti Liberati E., De Ficatis M., Milano, 2017.

¹⁶¹ In dottrina, v. tra i tanti, R. MONACO, *Caratteri istituzionali della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. int.*, 1958, pp. 9ss.; G. BALLADORE PATURRI, *Le comunità europee e gli ordinamenti interni degli Stati membri*, in *Dir. int.*, 1961, pp. 3 ss.; A. MIGLIAZZA, *Le Comunità europee in Rapporto al diritto internazionale e al diritto degli Stati membri*, Milano, 1964; R. QUADRI - R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milano, 1965.

¹⁶² In dottrina, F. BENVENUTI, *La Ceca, ordinamento sovrano*, in *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, Padova, 1961.

¹⁶³ In dottrina, tra i tanti, V. RACO, *Il Trattato istitutivo della Comunità europea per l'energia atomica (Euratom)*, in *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961, pp. 87 ss.; P. MENCIOZZI, *L'Agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, Milano, 1964; A. TIZZANO, *Peculiarità del Trattato Euratom e competenze della Corte di Giustizia*, in *Studi in onore di Gaetano Morelli*, Milano, 1975, 903 ss.

all' Ambiente. Mancava ancora però il riferimento allo sviluppo sostenibile, che si ebbe solo successivamente, con l'adozione del Trattato di Amsterdam del 1997, che inserì tale obiettivo nel Trattato di Maastricht sull'Unione europea¹⁶⁴ del 1992 (TUE) e nel Trattato CEE, divenuto Trattato CE.

Il concetto di sviluppo sostenibile fece ingresso anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione del 2000, cd. Carta di Nizza. Questa¹⁶⁵, all'art. 37, stabilisce che un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile.

Nel 2007 sono stati avviati i lavori per la revisione dei Trattati dell'Unione europea. Il testo definitivo del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) fu firmato a Lisbona del 2007 ed è entrato in vigore nel 2009. Il principio dello sviluppo sostenibile è previsto all'art. 3 del TUE, che prevede che l'Unione europea «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente », nonché nell'art. 11 del TFUE, ove si stabilisce che « le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

L'art. 194 Tfeue attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio la competenza a prevedere le misure necessarie a garantire il funzionamento del mercato interno

¹⁶⁴ Tra i tanti contributi dottrinari sul trattato di Maastricht, C. CURTI GIACIRNO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993; A. TIZZANO, *Caratteristiche generali dell'Unione europea*, Padova, 1995; F. LAURIA, *L'Unione europea*, Torino, 1996; P. MENCIOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997; G. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea (dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam)*, Torino, 1998.

¹⁶⁵ Sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v. in dottrina R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; F. FERRARI (a cura di), *I diritti Fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; F. FERRARI, F. M. DI MASO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.

dell'energia, il risparmio energetico, la sicurezza degli approvvigionamenti, l'efficienza energetica, l'interconnessione delle reti e lo sviluppo delle energie rinnovabili. L'energia, ai sensi dell'art. 4, n. 2 lett. i) Tfu, costituisce una materia concorrente tra Unione Europea e Stati membri. Questi hanno la competenza a determinare le condizioni di utilizzo delle proprie fonti energetiche, nonché la scelta tra le diverse fonti e la struttura generale dell'approvvigionamento energetico (art. 194, n. 2), nel rispetto della «prospettiva dello sviluppo sostenibile», come previsto dall' art 11 Tfu, e in conformità all'«esigenza di preservare l'ambiente», come previsto all'art 194 Tfu.

Per quanto riguarda la sicurezza degli approvvigionamenti nel settore dell'energia, il Tfu, all'art. 122 attribuisce al Consiglio, su proposta della Commissione, la competenza a decidere le misure adeguate «in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica» inclusa, in casi eccezionali, un'assistenza finanziaria.

È prevista inoltre agli artt. 170 ss del Tfu una disciplina delle reti transeuropee nel settore dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

La competenza normativa è dunque concorrente tra Unione europea e Stati membri, ai sensi dell'art. 4 TFUE cit. I rapporti improntati ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in base ai quali l'Unione europea può intervenire solo se gli obiettivi perseguiti non possono essere conseguiti in misura soddisfacente dagli Stati membri e solo in quanto ciò sia necessario per il perseguimento degli obiettivi del Trattato¹⁶⁶. Si prevede inoltre che la politica dell'Unione nel settore dell'energia sia finalizzata a garantire il funzionamento del mercato energetico e la sicurezza dell'approvvigionamento, nonché a promuovere il risparmio energetico, l'efficienza

¹⁶⁶ In dottrina, Y. PERR, *La solidarité énergétique entre les Etats membres de Union européenne: une chimère?*, in Rae-Lea, 2010, pp. 771 ss.; M. MARVERRA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, 2011, pp. 55 ss.; N. PARIS –T.M. FUMAGALLI MERAVIGLIA - D. RUINOIPT - A. SANTINI (a cura di), *Il Trattato di Lisbona e l'energia*, in *Studi in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, 393 ss. C. KAPPOUS - J. BRRAR, *Les compétences de l'Union européenne en matière d'énergie après Lisbonne* in D. BUSCILE, S. HIRSBRUNNER , C. KABDUS, *European Energy Law*, Bale, 2011, 16 ss.

energetica, lo sviluppo di energie da fonti rinnovabili e l'interconnessione delle reti energetiche (art. 194 TFUE).

Il Trattato di Lisbona ha rappresentato quindi un passo importante per lo sviluppo della politica ambientale ed energetica; i provvedimenti che compongono l'ultimo Pacchetto clima-energia 2030 sono stati adottati in forza dell'art. 194 TFUE.

Il *Winter Package* o *Clear Energy for all Europeans* è composto da diversi provvedimenti normativi della Commissione europea che hanno la finalità di attribuire all'Unione europea il ruolo di guida nella transizione energetica, promuovendo lo sviluppo delle energie rinnovabili, l'efficienza energetica, la competitività, l'innovazione e la sicurezza energetica: Tra i provvedimenti vi è la Direttiva Ue 30 maggio 2018, n. 844 sul rendimento energetico nell'edilizia, la Direttiva Ue 11 dicembre 2018, n. 2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili¹⁶⁷; la Direttiva Ue 11 dicembre 2018, n. 2002 sull'efficienza energetica; il Regolamento Ue 11 dicembre 2018, n. 1999 sulla *governance*, il Regolamento Ue 5 giugno 2019, n. 943 sul mercato interno dell'energia elettrica, il Regolamento Ue 5 giugno 2019, n. 941 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica ed il Regolamento Ue 5 giugno 2019, n. 942 che istituisce l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia.

Il *Winter Package* pone un obiettivo, da raggiungere entro il 2030, vincolante per l'Unione europea. Esso consiste nell'impegno a produrre almeno il 32 % di energia per mezzo di fonti rinnovabili, come si legge nella Direttiva 2018/2001, atteso che «il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili o all'energia rinnovabile costituisce

¹⁶⁷ Che ha sostituito la previgente disciplina. Per un inquadramento su quest'ultima, tra i tanti B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009; M. COCCONI, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in *Profili giuridici e problematiche istituzionali dell'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili*, Napoli, 2012, 75; F. CORTESE, F. GUELLA, G. POSTALI, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013; M. GRITO, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, pp. 61 ss. Sulla nuova disciplina delle energie rinnovabili contenuta nel *Clean energy Package*, V. TERMINI, *Il mondo rinnovabile: come un'energia pulita può cambiare l'economia, la politica e la società*, Roma, 2018; M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020.

una parte importante del pacchetto di misure necessarie per ridurre le emissioni di gas a effetto serra e per rispettare gli impegni dell'Unione nel quadro dell'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici »¹⁶⁸ e considerando che «i regimi di sostegno all'energia elettrica da fonti rinnovabili si sono dimostrati efficaci a favorirne la diffusione »¹⁶⁹, si è fissato l'obiettivo vincolante complessivo, da conseguire entro il 2030, di raggiungere una quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia pari almeno al 32%¹⁷⁰, che come già detto sarà plausibilmente portata al 40% con il Pacchetto Fit for 55%. In linea con il suddetto obiettivo sono stati perciò previsti gli strumenti cui fare ricorso. Tra questi assumono particolare rilevanza vengono introdotte regole per un sostegno finanziario basato su meccanismi di mercato; prevedendo altresì la semplificazione delle procedure amministrative per la realizzazione di progetti anche per mezzo dell'impiego di strumenti digitalizzati. Si promuove anche la cooperazione tra Stati membri per la realizzazione di progetti comuni, come le c.d. "comunità di energia rinnovabile", previste dalla Direttiva Ue n. 2018/2001. Queste sono soggetti giuridici che operano nel rispetto di quanto stabilito dal D.lgs 8 agosto 2011 n. 199. In particolare, la comunità energetica è un'associazione di cittadini, attività commerciali, pubbliche amministrazioni locali e piccole/medie imprese che ha l'obiettivo di produrre, scambiare e consumare energia da fonti rinnovabili su scala locale. In particolare, si prevede il diritto, per i clienti sia domestici che imprenditoriali, di organizzarsi nelle comunità energetiche rinnovabili, al solo fine di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità; non essendo possibile perseguire altresì l'obiettivo della realizzazione di profitti finanziari.

La Direttiva n. 2018/2001 ha ad oggetto anche strumenti di c.d. *smart metering*, cioè la misurazione intelligente dei consumi di energia elettrica e gas a favore dei clienti finali, nonché di sistemi di contabilizzazione per il riscaldamento, il raffreddamento e

¹⁶⁸ Considerando 2, direttiva 2018/2001/UE.

¹⁶⁹ Considerando 16, direttiva 2018/2001/UE.

¹⁷⁰ Art. 3, direttiva 2018/2001/UE.

l'acqua calda per uso domestico. L'obiettivo delle misure prese a livello europeo è rendere il consumatore di energia e di gas sempre più consapevole e coinvolto nella realizzazione degli obiettivi di efficienza energetica.

Il contenuto del *Winter Package* riguarda la disciplina delle prestazioni energetiche nel settore dell'edilizia, prevedendo diverse misure di efficientamento energetico di certificazione, di monitoraggio e di controllo dell'uso dell'energia. Sul punto, la Direttiva Ue n. 2018/844 impone agli Stati di prevedere una strategia a lungo termine per realizzare la ristrutturazione del parco nazionale edilizio pubblico e privato, con l'obiettivo di realizzare la totale decarbonizzazione entro il 2050¹⁷¹. In particolare, nell'intento di « arrivare a disporre di un parco immobiliare decarbonizzato e ad alta efficienza energetica e garantire che le strategie di ristrutturazione a lungo termine diano luogo ai progressi necessari per la trasformazione degli edifici esistenti in edifici a energia quasi zero »¹⁷² è stato dato rilievo al settore dell'edilizia, rispetto al quale « i meccanismi finanziari, gli incentivi e la mobilitazione delle istituzioni finanziarie per ristrutturazioni destinate a migliorare l'efficienza energetica degli edifici devono avere un ruolo centrale »¹⁷³. Lo scopo della Direttiva è quello di consentire la diffusione delle migliori prassi, di modo da rendere agevole la transizione verso un parco immobiliare ad alta efficienza energetica. In quest'ottica sono state contemplate diverse misure come l'adozione da parte di ciascun Stato membro di una Strategia di ristrutturazione a lungo termine del parco nazionale¹⁷⁴, con la quale individuare gli interventi diretti ad agevolare la realizzazione di un parco immobiliare decarbonizzato e ad alta efficienza energetica; l'adozione di misure idonee ad assicurare negli edifici di nuova costruzione il rispetto dei requisiti minimi di efficienza energetica¹⁷⁵; l'adozione di

¹⁷¹ F. SCALIA, *L'efficienza energetica nell'ambito del «Clean energy for all Europeans package» e della Strategia energetica nazionale*, in www.rivistadga.it, 6, 2017.

¹⁷² Cfr., Considerando 9, direttiva 2018/844/UE.

¹⁷³ Considerando 16, direttiva 2018/844/UE.

¹⁷⁴ Art. 1, n. 2, direttiva 2018/844/UE.

¹⁷⁵ Art. 1, n. 3, direttiva 2018/844/UE.

misure dirette a rendere più adeguate le ispezioni degli impianti di riscaldamento¹⁷⁶ e di condizionamento aventi una potenza superiore a 70 kW.

Per quanto riguarda il mercato interno dell'energia elettrica, invece, il *Winter Package* persegue l'obiettivo di riadattare il quadro delle regole seguendo lo sviluppo dell'energia rinnovabile. Il mercato, infatti, deve essere mantenuto flessibile rispetto all'offerta e alla domanda di energia, trasparenza e apertura alla partecipazione dei consumatori, maggior integrazione europea e un orientamento più favorevole alla libera formazione dei prezzi. Il *Winter Package* promuove altresì la responsabilizzazione e la tutela dei consumatori per assicurare ad essi prezzi e costi accessibili e trasparenti, per esempio garantendo la possibilità di cambiare fornitore senza oneri e in tempi brevi. Si prevede anche, in particolare nella Direttiva Ue n. 2019/944, il rafforzamento dell'indipendenza delle autorità di regolazione, e la definizione delle loro competenze e dei loro poteri. Il *Winter Package* prevede anche l'elaborazione di una strategia, che deve essere messa a punto dai singoli Stati per il raggiungimento di obiettivi a lungo termine, volti alla riduzione del gas a effetto serra, come imposto dall'accordo di Parigi del 2015 sul clima, di cui si è detto ai paragrafi precedenti. Viene previsto a questo fine un nuovo meccanismo di *governance* che si basa sulla predisposizione di piani volontari di mitigazione, che promuove altresì la cooperazione regionale tra Stati membri.

Il *Winter Package* contiene anche una disciplina volta a prevenire e gestire i rischi di crisi energetiche dovute a calamità naturali, penurie di combustibili, squilibri geopolitici. A tal fine viene incentivata la cooperazione tra Stati membri e la predisposizione di una metodologia unica per l'individuazione degli scenari di crisi a livello regionale. Lo Stato è poi tenuto a designare un'autorità che ha l'obiettivo di individuare i possibili scenari nazionali di crisi energetica, di elaborare un piano di preparazione dei rischi approvato dalla Commissione europea e di mettere in atto le misure stabilite dal piano per gestire la crisi, previste dal regolamento Ue n. 2019/941.

¹⁷⁶ Art. 1, n. 7, direttiva 2018/844/UE.

Il *Winter Package* rafforza inoltre il ruolo dell’Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell’energia (Acer), un’Agenzia dell’Unione europea che ha il compito di assistere e coordinare a livello comunitario le autorità nazionali degli Stati che si occupano di regolamentare i mercati dell’energia¹⁷⁷.

Il legislatore ha dato avvio al recepimento delle direttive sul *Winter Package* con la L. 22 aprile 2021, n. 53, la quale prevede una delega per il recepimento della Direttiva Ue n. 2018/2001 sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili e della Direttiva Ue n. 2019/944, che pone principi e criteri direttivi relativi alla normativa comune per il mercato interno dell’energia elettrica. La Legge contiene inoltre una delega per l’adeguamento al regolamento Ue n. 2019/943 sul mercato interno dell’energia elettrica e al regolamento Ue n. 2019/941 sulla preparazione ai rischi nel settore dell’energia elettrica. La Direttiva Ue n. 2018/2002 relativa all’efficienza energetica è stata invece recepita con d. lg. 14 luglio 2020, n. 73 che introduce modifiche al precedente D. lg. n. 102 del 2014.

5. I soggetti della regolazione europea e nazionale

Secondo un’autorevole voce dottrina, il concetto di regolazione¹⁷⁸ «esprime una funzione di controllo continuo e focalizzato, esercitato da una Autorità pubblica neutrale, in ordine ad una attività o un settore cui si attribuisce particolare rilevanza sociale, controllo che si esprime sia in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, ecc.), sia in attività successiva di verifica, sia in attività di moral suasion, sia in attività propositiva»¹⁷⁹.

A livello europeo i soggetti preposti alla regolazione sono la Commissione europea e l’Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell’energia (Acer).

¹⁷⁷ L. AMMANNATI, *Il ruolo dell’Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell’Energia nella governance e nella regolazione del settore energetico*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2011.

¹⁷⁸ Sul punto, v. anche S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaurò, M. D’Alberti, *Dalla regolazione alla concorrenza*, Bologna, 2000, 13, il quale chiarisce che la regolazione «si esplica con modalità “process oriented”: contraddittorio, partecipazione, trasparenza»

¹⁷⁹ G. MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, 1/2011, 1.

La Commissione europea costituisce il vertice del sistema della regolazione, svolgendo il ruolo di propulsore delle politiche dell'Unione europea in materia di energia; essa ha il compito di elaborare le proposte degli atti normativi. Al suo interno opera la Direzione generale, che ha la funzione di vigilanza degli Stati membri sull'applicazione del pacchetto Energia pulita. Essa può emanare raccomandazioni e pareri in alcune materie, come la cooperazione regionale tra le autorità nazionali sulla regolazione relativa a questioni transfrontaliere. Può inoltre adottare decisioni individuali vincolanti per le autorità destinatarie e irrogare sanzioni. La Commissione trasmette al Parlamento europeo e al Consiglio relazioni periodiche e riceve a sua volta relazioni periodiche dalle diverse autorità di regolazione nazionali e dall'Acer.

La Commissione europea svolge un ruolo importante anche in relazione all'applicazione del diritto europeo della concorrenza nel settore energetico, conducendo indagini conoscitive specifiche sul funzionamento dei mercati e avviando, ove necessario procedimenti di accertamento delle condotte illecite, in particolare sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante. L'art. 3 delle "posizioni comuni" del Consiglio 9 gennaio 2009, n. 8 e 9 chiarisce che «la libera circolazione delle merci, la libera fornitura dei servizi e la libertà di stabilimento, assicurate ai cittadini dell'Unione del trattato, possono tuttavia essere attuate soltanto in un mercato completamente aperto, che consenta ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitura la libera fornitura ai propri clienti».

L'Acer è disciplinata dal reg. Ue 5 giugno 2019, n. 2019/942, che la definisce un organismo dell'Unione europea con personalità giuridica autonoma, avente la funzione di promuovere il completamento del mercato interno dell'energia, dell'elettricità e del gas naturale. ne individua le funzioni e ne delinea l'organizzazione. Essa coordina le operazioni dei diversi regolatori nazionali dell'energia e riveste un ruolo centrale nello sviluppo di regole di mercato in tema di elettricità e gas, valide per tutta l'Unione nell'ambito degli obiettivi delle politiche energetiche generali dell'Ue. Il reg. Ue 5 giugno 2019, n. 941 ha attribuito all'Agenzia diverse funzioni in materia di monitoraggio sui mercati all'ingrosso e sulle infrastrutture strategiche transfrontaliere, nonché sulla cooperazione regionale fra i

gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas, nonché in materia di sicurezza dell'approvvigionamento del gas. L'Acer agisce in modo indipendente da interessi privati e societari, emana soprattutto pareri e raccomandazioni non vincolanti ai gestori dei sistemi di trasmissione, alle autorità di regolamentazione, al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea. Adotta decisioni individuali vincolanti su casi specifici e, a certe condizioni, su questioni legate a infrastrutture a dimensione transfrontaliera (art. 2 e art. 11). Fornisce un quadro entro il quale le autorità nazionali di regolamentazione agiscono, coordinando le iniziative relative alle infrastrutture regionali e transfrontaliere in aree quali l'assegnazione delle capacità e l'imposizione di corrispettivi agli utenti e controlla l'attività dei gestori dei sistemi di trasmissione.

L'Acer si occupa del monitoraggio dei mercati dell'elettricità e del gas naturale, per quanto concerne i prezzi di vendita al dettaglio e l'accesso alla rete, inclusa l'elettricità proveniente da fonti energetiche rinnovabili (art. 15).

Essa, inoltre, è stata investita di ulteriori funzioni dal reg. Ue 25 ottobre 2011, n. 1227/2011 (Remit) che mira ad accrescere la trasparenza e la stabilità dei mercati Ue dell'energia.

L'Acer è composta dal consiglio di amministrazione, dal comitato dei regolatori, composto da rappresentanti di tutte le autorità di regolazione nazionali, e da un direttore (art. 7). Il direttore, che è anche rappresentante legale dell'Acer, agisce sulla base degli orientamenti espressi dal comitato dei regolatori.

Il bilancio dell'Acer è finanziato principalmente attraverso sovvenzioni dell'Unione europea.

Altri soggetti regolatori sono la European Network of Transmission System Operators for Electricity (Entso-E) e la European Network of Transmission System Operators for Gas (Entso-G), nel settore del gas. Esse sono disciplinate dai reg. Ce 13 luglio 2009, n. 714/2009 e n. 715/2009.

La Entso-E persegue lo scopo di sviluppare un sistema energetico ed un mercato efficienti, sostenibili ed innovativi. Essa promuove l'integrazione delle energie rinnovabili nel sistema elettrico e l'utilizzo di risorse flessibili, come la partecipazione

attiva al mercato della domanda, cioè dei grandi consumatori soprattutto industriali al fine di modulare il consumo di energia e i picchi di offerta e la domanda di energia, assicurando maggiore flessibilità e stabilità della rete.

A livello nazionale, i soggetti regolatori in ambito energetico sono l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) e il Ministero della transizione ecologica (Mite), al quale il D.l. 1° marzo 2021, n. 22, convertito con modificazioni nella l. 22 aprile 2021, n. 55. nel 2021 ha trasferito gran parte delle funzioni precedentemente esercitate dal Ministero dello sviluppo economico in materia di politica energetica.

La Legge 14 novembre 1995 n. 481 del 1995 stabilisce che le autorità di regolazione «operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione». Essa fa salve «le funzioni di indirizzo nel settore spettanti al Governo» e attribuisce al Governo il potere di indicare nell'ambito del documento di programmazione economico-finanziaria alle autorità «il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese».

Quanto al potere di indirizzo nel settore dell'energia elettrica e del gas, è previsto che il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministero delle attività produttive, sentite le Commissioni parlamentari competenti formuli «indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas» la quale illustra altresì «le iniziative assunte nel quadro delle esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità e in conformità agli indirizzi di politica generale del settore»¹⁸⁰.

Il governo esercita i poteri di indirizzo nel rispetto delle prerogative di indipendenza organizzativa e decisoria proprie delle autorità di regolazione. Le Autorità Indipendenti, in particolare, non vengono condizionate dall'Autorità governativa nelle

¹⁸⁰Art. 1 commi 11 e 12 l. n. 239 del 2004. Il comma 14, inoltre, attribuisce al Governo un potere sostitutivo nel caso di mancata adozione da parte dell'Autorità degli atti di propria competenza, il quale può essere esercitato con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro di settore.

loro decisioni che si basano su accertamenti e apprezzamenti tecnici, che non involgono cioè scelte politico-discrezionali¹⁸¹

L'Arera è stata istituita dalla l. n. 481 del 1995, che le ha attribuito la funzione di tutelare gli interessi dei consumatori e di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione di servizi, con adeguati livelli di qualità, di assicurare la fruibilità e la diffusione dei servizi su tutto il territorio nazionale, definendo altresì i livelli di qualità dei servizi e predisponendo sistemi tariffari certi e trasparenti, attraverso l'attività di regolazione e di controllo¹⁸². L'Autorità esercita le proprie funzioni anche nel settore dei servizi idrici, ai sensi dell'art. 21 comma 9 D.l. 6 dicembre 2011, n. 20, convertito con modificazioni nella l. 22 dicembre 2014, n. 214, con conseguente nuova denominazione di Autorità per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico, dei rifiuti, ai sensi dell'art. 1 commi 527 e 528 l. 27 dicembre 2017, n. 205, del teleriscaldamento, ai sensi del D.lgs. n. 102 del 2014, di recepimento della Direttiva n. 2012/27/UE di promozione dell'efficienza energetica.

Arera è composta, come le altre Autorità Indipendenti, da un organo collegiale costituito da quattro membri e un Presidente, nominati dal Consiglio dei Ministri, previo parere vincolante espresso a maggioranza dei due terzi delle Commissioni parlamentari competenti, sui nominativi proposti dal Ministro dello sviluppo economico, d'intesa con il Ministro della transizione ecologica. La nomina avviene mediante decreto del Presidente della Repubblica. I componenti durano in carica sette anni e l'incarico non è rinnovabile. È prevista l'incompatibilità con lo svolgimento di altre attività lavorative per la durata del mandato, nonché con qualsiasi rapporto di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nei settori di competenza nei due anni successivi alla cessazione dell'incarico.

¹⁸¹ Sul punto, in dottrina, E. BRUTILIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance* in *Dir. pubbl.*, 2021, 102 ss.

¹⁸² Sul punto, S. ANTONIAZZI, *Le prospettive (interrotte) di evoluzione dell'AEEGSI nella regolazione dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2017, 75 ss.

Le procedure e i regolamenti organizzativi interni, nonché il funzionamento e la contabilità, sono definiti autonomamente dalla stessa Arera.

L'Arera è competente ad emanare sia atti di regolazione generali che provvedimenti puntuali, nonché sanzioni pecuniarie. Il suo principale compito è quello di promuovere la concorrenza nel mercato energetico e la sicurezza negli approvvigionamenti. L'Arera, come si vedrà, detta disposizioni in materia di separazione contabile per il settore dell'energia elettrica e del gas (c.d. *unbundling* contabile), nonché in merito agli obblighi di separazione funzionale. Essa definisce i livelli minimi di qualità dei servizi per gli aspetti tecnici, contrattuali e per gli standard di servizio; determina le tariffe per l'utilizzo delle infrastrutture e garantisce la parità di accesso per gli operatori, è competente a predisporre e aggiornare il metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi. Per l'esercizio di alcune funzioni, soprattutto relative alla tutela dei consumatori e all'espletamento di attività tecniche, Arera si avvale del Gestore dei servizi elettrici (GSE), dell'Acquirente unico e del Gestore dei mercati energetici.

Arera svolge, anche una funzione consultiva nei confronti di Parlamento e Governo, essendo competente trasmettere loro segnalazioni e proposte, anche attraverso una relazione trasmessa annualmente sullo stato dei servizi e sull'attività svolta.

Arera partecipa, all'interno dell'Agenzia per il coordinamento dei regolatori dell'energia (Acer), al processo europeo di formazione della regolazione dei mercati europei di energia elettrica e gas, previsto dal Terzo Pacchetto energia. Anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) svolge un ruolo nella gestione del mercato dell'energia elettrica e del gas. Essa è stata istituita con la Legge 10 ottobre 1990, n. 287, la quale le ha attribuito il potere di vigilare sulla corretta applicazione della normativa antitrust e, in materia di pratiche commerciali scorrette, nei confronti delle imprese operanti nel settore dell'energia elettrica e del gas. Relativamente a tali condotte lesive della concorrenza, L'Agcm rimane comunque

titolare di una competenza primaria rispetto all'Arera¹⁸³. Ciò è stato previsto espressamente nel Codice del consumo, il quale attribuisce all'Agcm una competenza esclusiva, previo parere dell'autorità di regolazione di settore. Nel caso in cui siano state previste discipline specifiche a tutela dei consumatori da altre Autorità Indipendenti, esse rimangono libere di esercitare i poteri di accertamento e sanzionatori come conseguenza della violazione di queste discipline, ma solo nel caso in cui la condotta non integri una pratica commerciale scorretta: in questo caso, infatti, la competenza è trasferita all'Agcm, come è stato chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁸⁴, nonché della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁸⁵.

L'art. 46 D lg. 1 giugno 2011, n. 93 disciplina i rapporti tra le competenze di Arera e Agcm, prevedendo che queste siano tenute a prestarsi reciproca assistenza e a rispettare il principio della leale collaborazione, anche attraverso protocolli d'intesa, al fine di coordinare l'esercizio delle loro attività. L'ultima Legge¹⁸⁶ annuale sulla concorrenza, entrata in vigore il 27 agosto 2022, nel perseguire gli obiettivi di «promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche al fine di garantire l'accesso ai mercati di imprese di minori dimensioni, tenendo in adeguata considerazione gli obiettivi di politica sociale connessi alla tutela dell'occupazione, nel quadro dei principi dell'Unione europea, nonché di contribuire al rafforzamento della giustizia sociale, di migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici e di potenziare lo sviluppo degli investimenti e dell'innovazione in funzione della tutela dell'ambiente, della sicurezza e del diritto alla salute dei cittadini; rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo e amministrativo, all'apertura dei mercati; garantire la tutela dei consumatori», ha ampliato i poteri dell'Agcm in materia di antitrust. In particolare sono stati ampliati i poteri, anche istruttori (art. 34) dell'Autorità al fine di prevenire e

¹⁸³ Sul punto in dottrina v. A. BOSCO, *Pratiche commerciali scorrette e poteri sanzionatori: la Corte di Giustizia dell'Unione europea sceglie l'antitrust*, in *Riv. C. conti*, 2021, n. 1, 67 ss.

¹⁸⁴ Cons. St. Ad. plen., 11 maggio 2012, n. 11; 9 febbraio 2016, n. 3.

¹⁸⁵ C. Giust. Ue, 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17.

¹⁸⁶ Legge 5 agosto 2002, n. 118.

punire le concentrazioni tra imprese (art. 32) e l'abuso di dipendenza economica (art. 33).

La produzione e la vendita all'ingrosso e al dettaglio di energia elettrica, costituendo servizi economici di interesse generale, è sottoposta «alle regole della concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» (art. 106 comma 2 Tfu), ripresa dall'art. 8 comma 2 l. 10 ottobre 1990, n. 287. Si applicano quindi le regole sulla concorrenza, salve deroghe previste nei limiti dello stretto necessario per il conseguimento delle finalità di interesse pubblico, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Vi sono poi alcune società pubbliche alle quali la legge, a partire dal D. lg.116 marzo 1999, n. 79, attribuisce funzioni pubblicistiche in materia energetica. Il Gestore dei servizi energetici S.p.A. (Gse), ad esempio, è una società per azioni controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze, che opera sulla base di indirizzi strategici e operativi, definiti dal Ministero dell'economia e delle finanze e dal Ministero della transizione ecologica. Esso ha come obiettivo principale quello di incentivare la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. Fino al 2005, il Gse si occupava della gestione delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica nella rete nazionale, oggi attribuite a Terna S.p.A., controllata dall'ENEL S.p.A. a seguito della Direttiva 15 luglio 2003, n. 2003/54/Ce. Il recepimento di questa Direttiva determinò l'attribuzione al medesimo soggetto, cioè Terna S.p.A., della proprietà e della gestione della rete di trasmissione. A seguito di ciò, il Gse ha acquisito come missione principale l'incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili¹⁸⁷. Il Gse si occupa anche di gestire l'energia prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili; di erogare incentivi alla produzione di elettricità da tali fonti tramite l'emissione dei c.d. “certificati verdi”; di rilasciare la qualificazione “Iafri” e il certificato di garanzia per gli impianti alimentati da fonti rinnovabili; del

¹⁸⁷ Legge 27 ottobre 2003, n. 290.

rilascio dei certificati bianchi. Per fare ciò, il Gse esercita poteri pubblicistici, di annullamento e anche sanzionatori¹⁸⁸.

Vi sono poi altre società a controllo pubblico come la Acquirente unico S.p.A. (Au), della quale il Gse è titolare di alcune partecipazioni e il Gestore dei mercati energetici S.p.A. (Gme).

Il compito della prima è quello di garantire la fornitura di energia elettrica a tutti, a condizioni di economicità, continuità, sicurezza ed efficienza. La Acquirente Unico S.p.A. è stata costituita nel 1999 dal Gestore della rete nazionale (ex GSE, come si è detto) allo scopo di garantire la disponibilità dell'energia elettrica necessaria a soddisfare la domanda di tutti i clienti vincolati, mediante l'acquisto della capacità produttiva di energia e la rivendita ai distributori. Questa deve avvenire a condizioni non discriminatorie, favorendo l'applicazione di una tariffa unica nazionale. La società, inoltre, gestisce il Sistema informatico integrato per la gestione dei flussi informativi relativi ai mercati dell'energia e a partire dal 2018 anche una piattaforma informatica, mediante la quale i clienti possono confrontare le diverse offerte luce e gas e avere accesso a informazioni sulle offerte. L'Au gestisce anche l'Organismo centrale di stoccaggio italiano (Ocsit), il quale, in attuazione della Direttiva 14 settembre 2009, n. 2009/119/Ce, si occupa di mantenere le scorte petrolifere necessarie per garantire la sicurezza degli approvvigionamenti in caso di crisi nazionale o internazionale.

Il Gestore dei mercati energetici (Gme) è una società istituita nel 1979 dal Gestore della rete elettrica nazionale; essa opera in base agli indirizzi del Ministero della transizione ecologica e della regolamentazione e dell'Arera. Ha il compito di gestire l'organizzazione generale del mercato elettrico, nonché il mercato del servizio di dispacciamento (Msd), per conto di Terna S.p.A.

Terna S.p.A. è la società concessionaria, ai sensi dell'art. 1 comma 1 D. lg. n. 79 del 1999, il quale dispone che le attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia

¹⁸⁸ In dottrina, sul punto v. G. MANFREDI, *I poteri del gestore dei servizi energetici tra annullamento, misure ripristinatorie e sanzioni*, in *Urbanistica e Appalti*, 2020, 121 ss.

elettrica sono riservate allo Stato che le affida in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale. Terna è responsabile della gestione, del mantenimento e dello sviluppo della rete di trasmissione elettrica nazionale ad alta tensione e del dispacciamento, che consiste nella gestione dei flussi di elettricità sulla rete di trasmissione. Nel 2004 Terna è stata quotata in borsa e l'anno successivo è stata acquisita da Cassa depositi e prestiti come azionista di maggioranza.

6. Gli strumenti della regolazione

L'attività di regolazione viene esercitata attraverso diversi strumenti, che sono previsti sia a livello europeo che nazionale. Vi sono strumenti di tipo amministrativo, come i c.d. strumenti di "command and control", o gli strumenti di mercato, che consistono nella predisposizione di regole che incidono sulle dinamiche di mercato, cioè sulla domanda e l'offerta, oppure istituiscono "mercati artificiali".

Gli strumenti di "command and control"¹⁸⁹ in atti di pianificazione, regimi tariffari, normative tecniche, atti autorizzativi, attestazioni e certificazioni, iscrizione in elenchi e registri, attribuzione di incentivi e sovvenzioni, regimi impositivi e sanzioni amministrative.

Tra gli strumenti di programmazione e pianificazione europei vi sono i Piani nazionali integrati per l'energia e il clima (Pniec), disciplinati dal reg. Ue 11 dicembre 2018, n. 2018/1999. Essi hanno una durata decennale e si inseriscono in una strategia a lungo termine, almeno trentennale, elaborata dai singoli Stati e comunicata alla Commissione, la quale a sua volta elabora una proposta di strategia a lungo termine in base agli obiettivi posti dall'accordo di Parigi. I Pniec devono essere redatti in base a un modello unitario obbligatorio per gli Stati membri. Il reg. Ue n. 2018/1999 prevede che la predisposizione e l'approvazione dei Pniec avvenga di concerto tra gli attori europei e nazionali. A livello europeo, in particolare, lo Stato trasmette alla Commissione una proposta; essa valuta tutte le proposte e rivolge, se del caso, specifiche

¹⁸⁹ Cfr anche R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*, Oxford University Press, 1999.

raccomandazioni, da cui lo Stato può decidere di discostarsi solo previa motivazione. È questo il modello regolatorio del c.d. “comply or explain”. È previsto inoltre un meccanismo di cooperazione regionale tra Stati i quali sono tenuti a trasmettere la propria proposta di Pniec ad altri Stati. Questo meccanismo assicura un utile dialogo orizzontale tra Stati membri che integra quello verticale con la Commissione.

Il regolamento Ue n. 2018/1999, all’art. 10, impone agli Stati di avviare una consultazione pubblica sulla proposta di Pniec e di trasmettere poi alla Commissione una sintesi delle osservazioni pervenute. Agli Stati viene inoltre richiesto, ai sensi dell’art. 11, di alimentare un dialogo multilivello sul clima e l’energia coinvolgendo le organizzazioni della società civile, la comunità imprenditoriale, gli investitori e altri soggetti interessati.

Tra gli atti autorizzativi, che rientrano anch’essi tra le misure di “*command and control*”, vi sono le concessioni amministrative, che riguardano solo i segmenti della filiera elettrica che sono stati oggetto di liberalizzazione ad opera del “decreto Bersani” del 1999¹⁹⁰ e dal “decreto Letta” del 2000¹⁹¹, come si vedrà meglio in seguito. Ai sensi dell’art. 1 D. lg. n. 79 del 1999, le attività di trasmissione e di dispacciamento sono riservate allo Stato e attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale, cioè Terna S.p.A.

Per quanto riguarda l’attività di distribuzione, che consiste nella consegna di energia agli utenti finali, il D. lgs. n. 79 del 1999 ha previsto la possibilità di rilasciare una sola concessione per ciascun ambito locale, in tal modo configurando un monopolio, per così dire, geografico, come si è detto in precedenza. Il gestore, che non è anche proprietario della rete, corrisponde a quest’ultimo un canone annuo in base a criteri e parametri stabiliti dall’Arera.

Oltre alle concessioni di questo tipo, tra gli strumenti di “regolazione” in senso lato di questo vi sono anche le autorizzazioni amministrative, come quella prevista dall’ art.12

¹⁹⁰ D.lgs 16 marzo 1999, n. 79. In dottrina, v. C. SCARPA, *Chi ha paura della concorrenza nel settore elettrico? Note a margine del decreto Bersani*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 1999.

¹⁹¹ D.lgs 23 maggio 2000, n. 164.

d. lg. n. 387 del 2003. Tale norma disciplina l'autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, qualificando tale attività come attività libera, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico ai sensi dell'art. 1 D. lg. n. 79 del 1999. L'autorizzazione è rilasciata dalla Regione a seguito di un procedimento al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate. L'autorizzazione così rilasciata costituisce titolo a costruire e gestire l'impianto con le opere connesse.

Tra gli strumenti volti a dare effettività agli strumenti di regolazione vi sono i provvedimenti sanzionatori. La Legge 14 novembre 1995 n. 481 disciplina i poteri dell'Arera, la quale, in caso di accertamento di violazioni, può disporre sia misure ripristinatorie dello stato antecedente la trasgressione, sia misure pecuniarie. Quanto alle prime, l'art. 2 comma 20 lett. D.l. n. 481 del 1995 attribuisce all'Autorità il potere di emanare provvedimenti inibitori consistenti in un ordine di cessazione del comportamento lesivo.

Quanto alle misure pecuniarie, l'art. 2 comma 20 lett. c, L. n. 481 del 1995 attribuisce all'Autorità il potere di irrogare sanzioni pecuniarie sia in caso di inosservanza degli obblighi da essa imposti, sia in caso di mancata ottemperanza a richieste specifiche di informazioni o nel caso di falsità delle informazioni fornite.

Nei casi più gravi, l'Autorità ha anche il potere di imporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a sei mesi o proporre al ministero competente la sospensione o la decadenza della concessione.

Ai sensi del suo regolamento sui procedimenti sanzionatori, Arera realizza attività preistruttorie consistenti in accessi, ispezioni, richieste di informazioni e documenti, indagini conoscitive. In casi di urgenza, l'Autorità può anche adottare misure cautelari prima dell'avvio del procedimento istruttorio, indicando un termine di efficacia delle misure che non può essere rinnovato o prorogato (art. 9).

I poteri sanzionatori attribuiti all'Arera sono stati recentemente ampliati e rafforzati dall'art. 25 del d. lg. 8 novembre 2021 n. 210.

Altri strumenti della regolazione che riguardano il mercato sono i certificati bianchi. (che sono rappresentativi di titoli di efficienza energetica); i certificati verdi (che

rappresentano invece i quantitativi di energia prodotta da fonti rinnovabili) e i certificati neri, o “diritti di inquinamento”, (rappresentativi di quote di emissione in atmosfera dei gas a effetto serra).

La disciplina dei certificati bianchi è stata modificata dall’art. 29 D. lg. n. 28 del 2011 e dall’art. 7 d. lg. n. 102 del 2014. L’art. 9 comma 1 del D. lg. n. 164 del 2000 obbliga i concessionari locali della distribuzione di energia a realizzare «misure di incremento dell’efficienza energetica degli usi finali di energia». Vengono quindi fissati obiettivi quantitativi minimi di incremento dell’efficienza energetica attraverso progetti di risparmio energetico. Il Gse si occupa della valutazione e approvazione dei progetti e di verifica e certificazione dei risparmi, nonché un’attività di verifica e di controllo, anche attraverso ispezioni e sopralluoghi, sulla corretta esecuzione tecnica dei progetti. I certificati bianchi sono emessi dal Gestore dei mercati energetici (Gme) nella misura corrispondente ai risparmi energetici certificati dal Gse.

In caso di mancata trasmissione all’Arera di un numero minimo di certificati bianchi, in adempimento degli obiettivi minimi annuali, l’Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie

Il mercato dei certificati verdi, invece, è collegato all’incentivazione dell’energia da fonti rinnovabili e agli obblighi imposti ai produttori e importatori di energia elettrica, imposto ai sensi dell’art. 11 comma 2 D. lg. 16 marzo 1999 n. 79. La legge consente agli operatori anche di acquistare i certificati da altri produttori di energia da fonti rinnovabili (art. 11 comma 3). In tal modo gli operatori possono scegliere di produrre direttamente tramite i propri impianti i quantitativi di energia pulita, oppure acquistare i certificati verdi da altri produttori. Il Gse, emette e annulla i certificati verdi e svolge funzioni di controllo e monitoraggio dell’adempimento degli obblighi legislativi. I certificati richiesti dal Gse dai produttori circolano dunque nel mercato e vengono ceduti ai grossisti dell’energia. I certificati possono anche essere annullati, se si dimostra che il cliente finale ha consumato una quantità di energia corrispondente a quella in essi attestata.

7. La regolazione europea per la tutela della concorrenza

Nel 2009 la Commissione, anche seguito dell'avvio di alcuni procedimenti d'infrazione conclusi poi con le condanne di Svezia e Belgio per aver applicato in modo scorretto le disposizioni in materia di competenze, ha identificato le criticità maggiori riscontrate, che hanno determinato conseguenze anticompetitive. Tra queste vi erano: la mancata o insufficiente separazione tra i gestori delle reti e i soggetti che operano nel settore della produzione e della fornitura, che ha determinato conseguenze negative sull'accesso alle reti, soggetto a tariffe non trasparenti e discriminatorie; l'insufficiente indipendenza dei regolatori, e anche le loro insufficienti competenze a disciplinare la materia; la presenza di strozzature transfrontaliere, congestioni e l'assenza di interconnessioni infrastrutturali nelle reti dell'energia; la tutela non effettiva e piena dei consumatori. La Commissione ha perciò ritenuto di porre rimedio a tali aspetti critici attraverso l'adozione di un pacchetto di atti normativi: la Direttiva 2009/72/Ce intitolata «norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica», che abroga la Direttiva 2003/54/Ce; la Direttiva 2009/73/Ce, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, 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, 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, che abroga il regolamento (Ce) n. 1775/2005.

Il principale punto debole ai fini concorrenziali nel sistema energetico è costituito dalla gestione delle reti, attività svolta in monopolio naturale o, comunque, in oligopolio, come si è visto. Con riferimento alla separazione tra gestione della rete e attività di produzione e fornitura di energia, sono state previste norme volte a realizzare l'effettiva separazione del trasporto rispetto alle altre attività del settore dell'energia elettrica e del gas. È stata infatti sottratta alla concorrenza l'attività di gestione delle reti (dispacciamento, trasmissione, distribuzione). In materia energetica, la disciplina comunitaria si fonda sull'assunto in base al quale la moltiplicazione delle reti non è

conveniente, dato il carattere sub-additivo dei costi per la realizzazione della rete. La liberalizzazione non ha riguardato quindi tali attività, che sono rimaste in regime di monopolio. Ai gestori delle reti, però, sono stati imposti obblighi di consentire l'accesso alle reti, fissando tariffe e prevedendo obblighi di separazione per i gestori delle reti.

L'apertura alla concorrenza ha quindi riguardato solo le fasi della produzione-provvigionamento e della vendita all'ingrosso e al dettaglio di energia.

La Direttiva del 2009, conseguentemente, contiene disposizioni finalizzate a garantire la separazione (*unbundling*) effettiva delle attività di approvvigionamento e produzione dalle operazioni di gestione della rete. In particolare si prevede un regime di separazione basato su tre modelli alternativi: separazione proprietaria, gestore di sistema indipendente (Iso), gestore di trasporto indipendente (Ito). In base al modello della separazione proprietaria, la società che commercializza o produce il gas o l'energia elettrica non può esercitare direttamente o indirettamente alcun controllo o diritto sul gestore del sistema di trasmissione. La separazione proprietaria spezza il legame tra gestore e impresa verticalmente integrata. In questo modello non vi è influenza dominante da parte dell'impresa verticalmente integrata sull'impresa gestore del sistema di trasporto. Sono ammesse partecipazioni di minoranza.

Il modello gestore di sistema indipendente (Iso) prevede la presenza di una società terza rispetto all'impresa che vende e produce energia e alla società proprietaria della rete. Le decisioni sulla gestione della rete sono indipendenti (perché effettuate da un soggetto terzo) rispetto alla politica aziendale della società che commercializza/produce energia. Il modello di trasporto indipendente (Ito) prevede invece che all'interno del gestore del sistema di trasporto vi sia un meccanismo in base al quale la società verticalmente integrata (proprietaria della maggioranza delle azioni del gestore) non può influenzare determinate decisioni dello stesso gestore.

La normativa prevede inoltre disposizioni sulla designazione e certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione, sui compiti di tali gestori, sui requisiti e i compiti del gestore di sistemi indipendenti e sui criteri per garantire l'indipendenza, tra cui la

presenza di un organo di sorveglianza incaricato di assumere decisioni che possono avere un impatto significativo sul valore delle attività degli azionisti.

8. L'evoluzione normativa nazionale

In applicazione dell'art. 43 Cost., la Legge 6 dicembre 1962 attribuì, in via esclusiva e per l'intero territorio nazionale, tutte le attività inerenti alla produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica all'ENEL (Ente nazionale per l'energia elettrica), un ente pubblico appositamente e contestualmente istituito¹⁹². Tale attribuzione avveniva dietro corresponsione di un indennizzo, che doveva essere corrisposto secondo i criteri speciali¹⁹³ fissati dagli artt. 5 e 6 della legge medesima e dal D.p.r. 25-2-1963, n. 138. La legge di nazionalizzazione dell'energia elettrica superò la questione di costituzionalità che venne proposta all'indomani della sua entrata in vigore. La Corte costituzionale, invero, ritenne infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione ad una asserita insufficienza dei requisiti di utilità generale, necessari ai sensi dell'art. 43 Cost. per poter sostenere leggi istitutive di monopoli legali¹⁹⁴. La Corte non si pronunciò, invece, sul profilo del contrasto della legge di nazionalizzazione con il Trattato istitutivo della Comunità economica europea e perciò indirettamente con l'art. 11 Cost. Su questo profilo si espresse, in senso positivo, la Corte di Giustizia delle Comunità europee¹⁹⁵, che, in particolare, escluse il contrasto tra il monopolio elettrico

¹⁹² L'ENEL era regolato come *ente pubblico economico*, in quanto chiamato a svolgere un'attività produttiva di beni e servizi utilizzando all'uopo gli strumenti propri del diritto privato. In dottrina, sul punto, tra gli altri, A. MEZZANOTTE, *Aspetti giuridici dell'organizzazione e delle funzioni dell'Ente nazionale per l'energia elettr.*, FA, 1964, III, 273.

¹⁹³ Sul trasferimento mediante espropriazione delle imprese elettriche e sulle questioni da esso derivanti come quelli relativi all'indennizzo, alla natura universale o particolare della successione dell'ENEL alle imprese nazionalizzate e alla determinazione dell'oggetto del trasferimento, G. LANDI, *L'espropriazione delle imprese elettriche*, RS, 1963, 839 ss.

¹⁹⁴ C. Cost., 7 marzo 1964, n. 14, in *GiC*, 1964, 129 ss., con commento di M. BON VALSASSINA, *Considerazioni sulla sentenza n. 14 della Corte costituzionale*, 133 ss., e di L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'«utilità» delle leggi*, 144 ss.

¹⁹⁵ C Giust. CE, 15-7-1964, causa 6/64, Costa c. ENEL, in *Racc.*, 1964, 1127 e in *FI*, 1964, IV, 137, con nota di N. CATALANO, *Portata dei trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, in *Foro it.*, 1964, IV, 152 ss.

istituito in Italia e i divieti, posti dal Trattato agli Stati membri, di introdurre nuove restrizioni alla libertà di stabilimento e di istituire nuovi monopoli nazionali a carattere commerciale. Infatti, il primo divieto fu considerato applicabile, ai sensi dell'art. 52, par. 2, solo alle discriminazioni fondate sulla nazionalità; il secondo fu invece ritenuto sussistente soltanto nel caso in cui i monopoli nazionali abbiano per oggetto negozi su un prodotto commerciale che si prestasse alla concorrenza ed agli scambi fra Stati membri.

La legge di nazionalizzazione si fondava sulla convinzione secondo cui «l'azione sociale e quindi i risultati vantaggiosi per la socialità non potevano essere ottenuti se non mediante l'attribuzione dei relativi compiti alla struttura pubblica e cioè allo Stato e ai suoi enti ausiliari, ritenuti unici possibili soggetti responsabili della socialità nel mercato»¹⁹⁶.

Tale convinzione politica fu prima posta in crisi e poi rivalutata in conseguenza, da una parte della crisi economica del sistema delle partecipazioni statali e del sistema economico pubblico in generale, e dall'altra, secondo alcuni¹⁹⁷, della caduta del muro di Berlino e dei regimi dell'Est, e con loro delle ideologie fondate sul c.d. «socialismo reale». In tale quadro storico-economico, si fa strada la volontà di ridurre il peso del settore pubblico sull'economia attraverso la privatizzazione. Prende così piede un assetto per così dire «neo-liberista», propenso all'arretramento del pubblico, in quanto foriero di inefficienze e arbitri, dalla produzione diretta di beni e di servizi, a vantaggio di un corrispondente avanzamento del «privato» nei settori produttivi, per ottenere maggior efficienza e meritocrazia. Così, si è passati, nel giro di tre decenni circa, «dall'aspirazione al pubblico, all'aspirazione al privato»¹⁹⁸.

In questo contesto, il D.l 11 luglio 1992, n. 333, conv., con modif., nella Legge 8 agosto 1992, n. 359, intitolato a «misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica»,

¹⁹⁶ F BENVENUTI, *Evoluzione giuridica del settore elettrico*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1995, 279.

¹⁹⁷ A. COLAVECCHIO, *Energia elettrica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, II, 2005, 236 ss

¹⁹⁸ G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *AA.VV., Le trasformazioni del diritto amministrativo, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1995, 225.

dispose la privatizzazione degli enti pubblici economici e degli enti di gestione delle partecipazioni statali. Nello stesso provvedimento legislativo è stata prevista anche la trasformazione dell'ENEL in società per azioni.

Tale scelta di adottare il modello societario come modello tendenzialmente generale per l'organizzazione delle imprese pubbliche si deve da una parte alla convinzione secondo la quale i precedenti modelli organizzativi dell'impresa pubblica (cioè l'azienda-organo e l'ente pubblico economico) erano ormai considerati rigidi e recessivi di fronte al modello per società per azioni, la quale è considerata una «formula universale», cioè un modello suscettibile di essere utilizzato e plasmato per una pluralità di scopi, e idonea ad assicurare, una migliore gestione delle attività economiche pubbliche. Inoltre, la scelta del modello societario, ovvero di un istituto proprio del diritto privato, si inserisce in una più ampia tendenza, che si concreta nel non considerare esclusivo o privilegiato per le Amministrazioni pubbliche basare la propria azione su strumenti autoritativi ed unilaterali.

La nazionalizzazione del settore elettrico ridusse al minimo le esigenze di una regolazione pubblica, dal momento che le attività dell'intera filiera erano attribuite al medesimo soggetto pubblico e perciò le misure necessarie ad un efficiente e coordinato di tali attività avveniva con le normali tecniche aziendali e sotto la responsabilità del *management*.

Tra gli enti del settore energetico vi fu anche il Comitato nazionale per le ricerche nucleari (Cnrrn) istituito nel 1952, a scopo di ricerca e diffusione delle conoscenze scientifiche sull'energia nucleare, trasformato dapprima (nel 1960) nel Comitato nazionale per l'energia nucleare (Cnen) con l'incarico anche della progettazione e realizzazione di impianti nucleari, successivamente (nel 1982) nel Comitato nazionale per la ricerca e per lo sviluppo dell'energia nucleare e delle energie alternative (Enea). Il progetto di sviluppare il sistema nucleare in Italia venne abbandonato in seguito a un referendum popolare tenutosi nel 1987 nel quale emerse la contraria volontà popolare a tale tipo di iniziative.

All'inizio degli anni Novanta del secolo scorso vi fu un mutamento del contesto politico a favore della progressiva riduzione della presenza dello Stato nelle attività

economiche e della valorizzazione della concorrenza, a partire da una liberalizzazione parziale di talune attività di produzione e una riorganizzazione degli enti preposti ai servizi pubblici nazionali. In quegli anni veniva istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) con la L. 10 ottobre 1990, n. 287, che sottopose anche i servizi pubblici aventi rilevanza economica alla nuova disciplina. La liberalizzazione riguardò l'ENEL e l'ENI, ma anche altri enti pubblici economici, che vennero trasformati per legge in società per azioni. La forma giuridica societaria consentì la dismissione parziale delle azioni detenute inizialmente dallo Stato. A tal fine vennero creati «organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico», come previsto dal D.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni nella l. 30 luglio 1994, n. 474. L'istituzione di un sistema di regolazione indipendente era volto a prevenire il rischio di cadere in una situazione di monopolio deregolamentato a favore di soggetti privati.

Si arrivò quindi alla Legge 14 novembre 1995, n. 481, intitolata «Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità». La legge istituì anche l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, alla quale furono trasferite molte competenze prima attribuite al Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato. La liberalizzazione del settore elettrico, che era già in atto, venne consolidata in seguito alla normativa europea.

A partire dal Trattato di Lisbona il diritto europeo ha introdotto un quadro sempre più composito di regole comuni agli Stati membri, con l'obiettivo di creare un mercato unico dell'energia aperto alla libera concorrenza.

La Direttiva 29 giugno 1990 n. 90/377/Cee e la Direttiva 29 ottobre 1990, n. 90/547/Cee, entrambe in tema di trasparenza dei prezzi al consumatore finale e di transito dell'energia elettrica sulle grandi reti (cosiddetta common transit), imposero a un ente nazionale responsabile di una grande rete l'obbligo di consentire all'ente di altro Stato membro di utilizzare tale rete per importare o esportare energia elettrica anche da Paesi terzi.

La Direttiva 19 dicembre 1996, n. 96/92/Ce (c.d. Direttiva elettrica) ha introdotto norme comuni con l'obiettivo di aprire il mercato alla concorrenza. L'intervento ha riguardato l'intera filiera elettrica, dalla generazione (anche detta produzione), alla trasmissione (sulle reti ad alta tensione) fino alla distribuzione (ai consumatori finali). Una prima liberalizzazione parziale del mercato riguardò solo i cosiddetti "clienti idonei", cioè gli utenti con consumi superiori a certi parametri, con la previsione di una riduzione graduale delle soglie in modo da ampliare via via l'ampiezza del cosiddetto mercato libero. La direttiva lasciò liberi gli Stati di scegliere tra accesso negoziato e modello dell'acquirente come metodi per l'accesso alle reti di trasmissione e distribuzione (*third party access*) secondo principi di non discriminazione. Venne imposto inoltre alle imprese verticalmente integrate l'obbligo di *unbundling* sia contabile, che gestionale, riferita alle singole attività della filiera, al fine di garantire la trasparenza delle condizioni di accesso al mercato in tutti i suoi aspetti, come si è detto. Venne imposta in particolare la separazione tra le varie componenti della filiera produttiva di un'impresa verticalmente integrata, al fine di introdurre una maggiore competitività nel mercato di riferimento. Infatti, come visto, l'*unbundling* promuove l'apertura del mercato della produzione, approvvigionamento e vendita, separandoli dalle attività strutturalmente monopolistiche e favorendo in questo modo l'accesso effettivo e non discriminatorio dei terzi ai servizi offerti dai proprietari delle infrastrutture (c.d. *Third Party Access*, TPA). Nel settore della generazione è previsto anche un richiamo cogente alla trasparenza delle procedure per attribuire il diritto a costruire nuove centrali. Questa parte della Direttiva riguarda solamente le procedure per installare nuova capacità produttiva; nulla si dice su come l'energia elettrica viene ceduta «all'ingrosso», o su come vengono determinati i prezzi.

Inoltre, come precisato dalla Direttiva, la gestione delle reti deve essere effettuata in modo non discriminatorio, consentendo l'accesso a tutti, con il solo limite del rispetto del limite al sovraccarico. L'accesso alla rete può avvenire tramite il cosiddetto Accesso di terzi alla rete (ATR), che può avvenire o sulla base dei prezzi regolati dall'Autorità o negoziato ma in condizioni non discriminatorie per le parti.

Nel 1996 il Ministero dell'Industria istituì la c.d. «Commissione Carpi», finalizzata a discutere sul recepimento della direttiva e sull'individuazione di un cammino verso la liberalizzazione del settore. Il documento finale della Commissione venne elaborato nel gennaio 1997. Esso conteneva due proposte: spezzare «verticalmente» l'ENEL in più imprese autonome e suddividere il parco impianti dell'ENEL tra almeno quattro imprese, creando concorrenza nella generazione; e mantenere la gestione della rete e del dispacciamento separati dalla generazione, introducendo un ATR regolato. Si proponeva inoltre di contestuale apertura della distribuzione ad una pluralità di soggetti tale da consentire «un certo grado di concorrenza comparativa».

La direttiva n. 96/92/Ce è stata recepita con il D. lg. 16 marzo 1999, n. 79 (c.d. decreto Bersani) che superò¹⁹⁹ il precedente regime di monopolio legale in vigore dal 1962. Il decreto legislativo ha liberalizzato in modo pieno la produzione di energia elettrica, che rimaneva comunque sottoposta agli obblighi di servizio pubblico. Sui segmenti della filiera relativi all'acquisto e alla vendita dell'energia, il decreto ha imposto una liberalizzazione parziale, separando il mercato c.d. libero (o all'ingrosso, cioè riservato ai clienti idonei) dal mercato vincolato, cioè quello riservato agli utenti minori, ai quali veniva applicata una tariffa unica nazionale dal distributore locale. E' stato istituito anche un ente in forma societaria, il Gestore del mercato elettrico, mentre per la fornitura del mercato vincolato fu istituito, sempre in forma societaria, l'Acquirente Unico; sia l'una che l'altra erano sottoposte al controllo indiretto dello Stato.

L'attività di trasmissione non è stata liberalizzata; è rimasta riservata allo Stato e affidata in regime di concessione alla società «Gestore della rete di trasmissione

¹⁹⁹ Sul punto G. AVANZINI, *Il Sistema Elettrico Italiano, In I Servizi A Rete In Europa A Cura Di E. Ferrari*, Milano, 2000, 325 ss; In dottrina, C. SCARPA, *Chi ha paura della concorrenza nel settore elettrico? Note a margine del decreto Bersani*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 1999; A. CLÒ, *Energia e clima. L'altra faccia della medaglia*, Bologna, 2017; S. VERDE, A. CLÒ, *20-20-20: il teorema della politica energetica europea*, in *Energia*, 4/2007, 2 ss; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica ed il gas*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2002; G. MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, 2011; L. DE PAOLI, *Consumi energetici e obiettivi di risparmio energetico in Italia*, in *Efficienza energetica: governance, strumenti e mercato*, Milano, 2014, 46; M. GRIPPO, F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008; M. NIGRO, *Energia e servizio pubblico, Atti del convegno di studi sul tema. Atti del Convegno di studi sul tema 'I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritto dell'utente'*, in *Quad. Rass. giur. en elettr.*, Milano, 1989.

nazionale sulle linee elettriche ad alta tensione”, controllata dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (oggi Terna S.p.A.). L’attività di distribuzione ai clienti finali in ambito locale, invece, è sottoposta a un regime di concessione unico per ciascun ambito territoriale locale rilasciata su base competitiva. ENEL, l’impresa ex monopolista, è stata obbligata a operare una separazione delle attività di produzione, trasmissione, distribuzione e vendita dell’energia, che sono state affidate a società distinte, se pur controllate da una stessa holding. La proprietà della rete nazionale di trasmissione è attribuita a Terna S.p.A., le cui azioni furono progressivamente dismesse dall’ENEL, in seguito alla quotazione in borsa del 2004 e alla cessione di una quota a Cassa depositi e prestiti S.p.A., controllata dal Ministero dell’economia e delle finanze. È stata anche stabilita una soglia massima di produzione di energia elettrica, pari al 50 per cento dell’intera produzione nazionale e ciò ha determinato la necessità per ENEL di cedere sul mercato una serie di impianti. Completata la ristrutturazione, l’ENEL è stata quotata in borsa nel 1999, ma lo Stato ha mantenuto una partecipazione rilevante.

Lo stesso è avvenuto per il settore del gas, anch’esso oggetto di direttive di liberalizzazione²⁰⁰.

La Legge 23 agosto 2004 n. 239, c.d. «legge Marzano» intitolata «Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia», ha realizzato un complessivo riordino ed una riforma del settore dell’energia. La Legge modifica ed integra il quadro normativo di riferimento, delineato dai decreti legislativi di recepimento delle direttive comunitarie sull’apertura dei mercati energetici (il D.lgs. n. 79/1999, come noto, per l’energia elettrica, ed il D.lgs. 23-5-2000, n. 164 per il gas). Le sue direttrici sono: a) la definizione delle

²⁰⁰ La Direttiva 30 maggio 1994, n. 94/22/Ce, sulle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, introdusse un regime volto a integrare il mercato interno energetico, favorire la concorrenza e migliorare la sicurezza dell’approvvigionamento. Inoltre la Direttiva 22 giugno 1998, n. 98/30/Ce, contenente norme comuni per il mercato interno del gas naturale, ispirata a obiettivi e principi analoghi alla direttiva elettrica, recepita in Italia con il D. lg. 23 maggio 2000, n. 164 (c.d. Decreto Letta).

competenze dello Stato e delle Regioni, alla luce dell'assetto costituzionale di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione, come modificato dalla L. Cost. 18-10-2001, n. 3; b) il perfezionamento del processo di liberalizzazione dei mercati energetici, al fine di aumentare la concorrenza e ridurre i prezzi; c) l'incremento dell'efficienza del mercato interno, attraverso la semplificazione delle procedure di autorizzazione per gli impianti e le linee di riorganizzazione dei soggetti operanti nel mercato elettrico; d) la promozione di una più incisiva diversificazione delle fonti energetiche, a tutela della sicurezza degli approvvigionamenti e dell'ambiente.

La legge Marzano stabilisce i principi fondamentali nella materia energetica e la fissazione degli obiettivi comuni della politica energetica nazionale.

9. Breve quadro del regime giuridico delle attività elettriche: la produzione

L'attività di produzione è definita all'art. 2, comma 19, del D.lgs. n. 79 del 1999 come la «generazione di energia elettrica, comunque prodotta». Essa è libera e aperta alla concorrenza, ai sensi dell'art. 1, comma 1, D.lgs. n. 79/1999.

Allo scopo di creare le condizioni per una concorrenza effettiva fra i produttori di energia, è stato previsto, a partire dal 2003, il divieto per qualunque soggetto di produrre o importare, direttamente o indirettamente, più del 50 per cento del totale dell'energia elettrica prodotta e importata in Italia (c.d. «tetto antitrust»²⁰¹). Il superamento del tetto antitrust comporta l'applicazione di sanzioni da parte dell'AGCM, ai sensi dell'art. 15 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (c.d. «legge antitrust»). Perciò l'ENEL ha dismesso parte della propria capacità produttiva, cedendo almeno 15.000 MW della potenza installata. Il piano di dismissione è stato elaborato dall'ENEL direttamente ed è stato sottoposto ad approvazione con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri²⁰².

²⁰¹ Sul punto, F. DI PORTO, *Il cd. «tetto antitrust» alla generazione di energia elettrica. Nuovi poteri all'Autorità garante della concorrenza e del mercato?*, in *Concorrenza e mercato*, 2001, 367 ss.

²⁰² Si tratta del D.p.c.m. 4 agosto 1999, «Approvazione del piano per le cessioni degli impianti dell'ENEL S.p.A., di cui all'art. 8, comma 1, decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e delle relative modalità di alienazione» (c.d. «Decreto D'Alema»).

Il D.lgs. n. 79/1999 ha mantenuto un regime autorizzatorio per la costruzione e l'esercizio di nuovi impianti di produzione, nonché per la modifica e il potenziamento di quelli esistenti. I progetti devono essere autorizzati mediante lo svolgimento di una procedura unificata e semplificata, riferita a ciascuna categoria di impianto, nonché mediante il rilascio, in tempi determinati, di un unico provvedimento riguardante sia l'impianto principale che le opere connesse e le infrastrutture indispensabili al suo esercizio. L'operatività del regime autorizzatorio è stata sospesa dal D.l. 7-2-2002, n. 7 (c.d. «sblocca centrali»), conv., con modif., nella l. 9-4-2002, n. 55. Il Decreto ha altresì dichiarato, per un periodo transitorio di due anni, «opere di pubblica utilità» la costruzione e l'esercizio degli impianti di energia elettrica con potenza superiore a 300 MW termici, gli interventi di modifica o ripotenziamento, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili al loro esercizio.

Per quanto riguarda la produzione di energia da fonti rinnovabili, il regime giuridico dell'attività di produzione elettrica è differenziato a seconda del tipo di fonte utilizzata. L'accesso alla produzione da fonti "pulite" viene incentivato sia attraverso l'esclusione dell'obbligo di cessione all'ENEL dell'energia eccedentaria rispetto alla quota consumata dallo stesso produttore, sia attraverso le norme che espressamente incentivano la produzione e il consumo di energia elettrica da fonti rinnovabili. Tali norme sono contenute all'art. 11 del D.lgs. n. 79/1999, che reca la disciplina speciale di questo tipo di energia, a fini di uso efficiente delle risorse e di protezione ambientale. Come anticipato, dal 2001, gli importatori e i produttori di energia elettrica che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti convenzionali in misura superiore ai 100 GWh, hanno l'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale, nell'anno successivo, una certa quota prodotta da impianti da fonti rinnovabili. Il D.m. 11 novembre 1999, integrato e modificato dal D.m. 18 marzo 2002, come si è detto, ha creato il c.d. «mercato dei certificati verdi», che sono l'attestazione della producibilità di energia da fonti rinnovabili.

A livello europeo, la produzione di energia da fonti rinnovabili è stata disciplinata dalla direttiva 2001/77/CE, relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità. Le fonti rinnovabili sono le

fonti energetiche rinnovabili non fossili, cioè l'eolica, la solare, la geotermica, il moto ondoso, la maremotrice, l'idraulica, le biomasse, i gas di discarica, i gas residuati dai processi di depurazione e i biogas. Si è resa necessaria la creazione di un sistema di certificazione della provenienza dell'elettricità prodotta da fonti rinnovabili che riconosce al produttore che ne fa richiesta il diritto al rilascio di una «garanzia di origine».

La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione o altro soggetto istituzionale da questa delegato, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico.

10. Il dispacciamento e la trasmissione di energia

L'attività di dispacciamento, cioè «l'attività diretta ad impartire disposizioni per l'utilizzazione e l'esercizio coordinati degli impianti di produzione, della rete di trasmissione e dei servizi ausiliari» (art. 2, comma 12, D.lg. 16 marzo 1999, n. 79) e l'attività di trasmissione, cioè «l'attività di trasporto e trasformazione dell'energia elettrica sulla rete interconnessa ad alta tensione» (art. 2, comma 24, D.lg. 79/99 cit.) sono oggetto di riserva statale e vengono svolte in regime di concessione da un unico soggetto, individuato quale concessionario delle attività dal D.lg. 16 marzo 1999 n. 79, come modificato da ultimo con la Legge 5 agosto 2022, n. 118, la quale ha introdotto modifiche in materia di concessioni idroelettriche.

Il Decreto, all'art. 1, comma 1 stabilisce che «le attività di trasmissione e dispacciamento sono riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale di cui all'articolo 3. L'attività di distribuzione dell'energia elettrica è svolta in regime di concessione rilasciata dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato.» Il Ministero provvede altresì a salvaguardare la sicurezza e l'economicità del sistema elettrico nazionale, perseguendo la finalità di salvaguardare la continuità di fornitura e di ridurre la vulnerabilità del sistema stesso.

Il comma 4 dello stesso art. 1, riprendendo il modello di separazione gestionale (c.d. *unbundling*) di cui si è detto ai paragrafi precedenti, stabilisce che i soggetti che svolgono le attività di cui al comma 1 in base ad un titolo speciale od esclusivo possono svolgere attività diverse a condizione che sia garantita la separazione contabile ed amministrativa, secondo le modalità stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.

Con l'individuazione del soggetto beneficiario della concessione, la normativa riprende lo schema contemplato implicitamente nel D.l. n. 333/1992 il quale aveva trasformato l'ENEL in S.p.A. e aveva contestualmente previsto che l'attività di trasporto e trasformazione restasse attribuita alla neonata società a titolo di concessione²⁰³. La differenza è però che nell'attuale assetto organizzativo dell'area della trasmissione, il concessionario (necessario) non è più l'ENEL, ma altra società costituita dal Gestore della rete di trasmissione nazionale, ai sensi dell'art. 5 comma 1. Il Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale (GRTN) ha cambiato denominazione in Gestore dei servizi energetici, dal 2005, quando è stato effettuato il trasferimento dell'attività a Terna SPA.

Il GRTN è una società appositamente costituita dall'ENEL per esplicita prescrizione di legge. Il Decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato 21 gennaio 2000 ha stabilito l'assunzione della titolarità e delle funzioni da parte del Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.A. a decorrere dal 1 aprile 2000, al controllo del Ministero del tesoro (oggi Ministero dell'economia e delle finanze – MEF), al quale tutte le azioni sono state assegnate a titolo gratuito. Il D.lg. n. 79/1999 cit., prima delle modifiche introdotte con il D.l. n. 239/2003, aveva inoltre disposto il conferimento al GRTN di tutti i beni e i rapporti giuridici necessari allo svolgimento delle attività della società stessa, fatta eccezione della proprietà della rete, che ha continuato a spettare all'ENEL, la quale ha costituito un'apposita società per azioni per l'amministrazione della proprietà della rete e la realizzazione degli interventi di

²⁰³ Sul punto, in dottrina N. IRTI, *Privatizzazione dell'ENEL e luoghi dell'interesse pubblico*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1995, 289.

manutenzione e sviluppo decisi dal Gestore (cfr. art. 13, 2 co., lett. d). in tal modo è stata realizzata la separazione della proprietà della rete di trasmissione dalla gestione. Successivamente, con il d.p.c.m. 11 maggio 2004 sono stati definiti criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione, la gestione del soggetto risultante da tale unificazione e la sua successiva privatizzazione. È stata così disposta l'unificazione di gestione e proprietà della rete elettrica di trasmissione mediante la cessione o il conferimento a Terna, da parte del GRTN S.p.A., delle attività di gestione della rete, fatta eccezione delle attività non strettamente connesse alla gestione della rete, che sono mantenute in capo al GRTN.

11. La distribuzione di energia

L'attività di distribuzione è definita dal D.lgs. n. 79/1999 come «il trasporto e la trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti finali» (art. 2, comma 14.).

Ai sensi dell'art. 9 Dl.g 79/99 cit., come modificato dalla Legge n. 239/2004, le imprese distributrici hanno l'obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio. L'attività di distribuzione si svolge, in base ad un regime "concessorio". Per la distribuzione, la normativa prescinde dalla istituzione di una riserva allo Stato, ma si limita a prevedere l'esercizio dell'attività in regime di concessione rilasciata dal Ministro delle attività produttive La «concessione» di distribuzione elettrica, non essendo fondata sulla riserva, è più simile a un atto abilitativo, che ad una vera e propria concessione²⁰⁴. L'attività è realizzata da società municipalizzate in regime di monopolio naturale, per così dire, geografico, nel senso che è affidata a un unico operatore per ciascuna zona geografica. L'art. 9 del D.lgs n. 79/1999 stabilisce infatti che al fine di razionalizzare la distribuzione dell'energia elettrica, è rilasciata una sola concessione di distribuzione per ambito comunale.

²⁰⁴ A. COLAVECCHIO, *Energia elettrica*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento*, II, 2005, 236 ss.

Attualmente l'attività di distribuzione è svolta, ad esempio, da Areti, del gruppo Acea S.p.A, che la esercita nel Lazio; da A2A S.p.A. nel territorio di Milano e dintorni, da E-distribuzione S.p.A in Sicilia.

12. L'evoluzione storica del mercato elettrico in Francia

In Francia il dibattito politico sull'energia e l'organizzazione del mercato elettrico si fece intenso tra la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80 del secolo scorso. Gli "shock petroliferi" che si verificarono nel 1973 e nel 1979, che provocarono un'improvvisa diminuzione dell'offerta di petrolio, con conseguente aumento vertiginoso dei prezzi, portarono alla luce l'esigenza di assicurare la sicurezza degli approvvigionamenti energetici anche attraverso la decisione di produrre energia tramite il sistema nucleare, come si vedrà meglio in seguito. Tali shock determinarono altresì la necessità di attivarsi per la negoziazione di nuovi contratti di importazione del gas. L'economia francese a quei tempi conosceva una forte crisi dovuta oltre che agli shock petroliferi, anche alle rotture nel sistema regolazione mondiale dell'economia.

In questo contesto, si succedettero diverse riforme strutturali di *Électricité de France* (EDF) e *Gaz de France* (GDF). Tali società erano state istituite dopo la seconda guerra mondiale con la legge di nazionalizzazione del gas e dell'energia elettrica dell'8 aprile 1946. Tali riforme strutturali furono succedute dall'arrivo della sinistra al governo, nel 1981. La sinistra fece della politica energetica, insieme all'organizzazione del territorio, il suo principale tema di lavoro. GDF, come EDF, nacque dalla fusione delle società private sul territorio nazionale. A differenza di EDF, GDF non ha mai detenuto il monopolio legale sull'approvvigionamento e la distribuzione di gas a imprese e utenti privati. La Legge 9 agosto 2004 n. 803 trasformò Gaz de France in società anonima e autorizzò la sua parziale privatizzazione limitando al 30% il capitale in mano privata. Per bloccare la minaccia di un'OPA ostile di ENEL, la Legge 17 dicembre 2006 n. 1537 autorizzò la privatizzazione di Gaz de France e la contestuale fusione con il gruppo societario SUEZ, determinando la nascita di GDF Suez S.A.

Sul finire degli anni '80 del secolo scorso fu deliberato un aumento di capitale di EDF e la società assunse un ruolo sempre più forte sul versante europeo e mondiale.

A livello europeo, i trattati avevano imposto la concorrenza perfetta come regola generale. In particolare, il trattato di Roma, adottato nel 1957, all'art. 90.2, stabilì che le uniche deroghe alla libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali nel mercato unico europeo erano poste a favore delle imprese che realizzano un interesse economico generale dello Stato membro, come nel caso dei servizi pubblici.

Nel settore dell'elettricità si svilupparono due diverse posizioni: quella che considerava l'elettricità un bene come gli altri, suscettibile di essere utilizzato al pari degli altri e quella che la considerava invece come un prodotto caratterizzato dal fatto di dover essere posto in equilibrio tra domanda e offerta, dal momento che il bene non può essere conservato facilmente in grandi quantità.

Nel 1986 gli Stati membri decisero di accelerare la messa in opera di un mercato interno per i prodotti e i servizi per i quali il mercato non esisteva ancora, cioè i c.d. settori esclusi, come i trasporti aerei, le telecomunicazioni, la posta, l'elettricità e il gas.

L'Atto unico europeo, il 1 gennaio del 1993 si apre con l'imperativo del funzionamento di tali mercati. Anche se l'Atto unico europeo non menziona direttamente l'energia elettrica, tuttavia, a livello indiretto, essa appare comunque disciplinata da diverse disposizioni. In tal senso si può dire che l'Atto unico contribuì all'integrazione della politica energetica nazionale francese nella politica energetica europea.

Dopo un periodo caratterizzato dalla promozione, senza successo, di un modello di organizzazione integrata nel settore energetico, gli orientamenti della Commissione europea hanno intrapreso l'obiettivo di realizzare un'effettiva apertura del mercato energetico alla concorrenza, come si è visto in precedenza. Sul piano teorico, esistono due modelli di monopolio e perciò di concorrenza imperfetta. Il primo si concepisce solo a livello locale e nazionale, a differenza del secondo. La particolarità del sistema francese è aver cercato di coniugare i vantaggi del sistema monopolistico pubblico e quelli del mercato. I primi sono associati alla concezione classica di servizio pubblico

(continuità, uguaglianza, adattabilità) e presuppongono una visione a lungo termine, relativa anche agli interessi strategici del paese, nonché alle esigenze di coesione sociale e territoriale. I secondi riguardano l'individuazione del prezzo più efficiente. Secondo una tesi, EDF offre la struttura di prezzi più sofisticata del mondo per i grandi clienti industriali. «Le performance delle imprese americane sono molto meno impressionanti»²⁰⁵. In questo senso, quindi, si è sostenuto che EDF, pur essendo un monopolista pubblico, ha una certa cultura del mercato²⁰⁶.

L'internazionalizzazione del mercato energetico realizzata a livello europeo impone l'apertura del capitale sociale di EDF agli azionisti privati, non tanto per ragioni legate al finanziamento della sua espansione, ma piuttosto per ragioni di *governance*, anche se il capitale statale rimane maggioritario. Tale apertura agli interessi privatistici determina un cambiamento forte delle regole del gioco: le esigenze di profitto assumono un ruolo rilevante sul piano del breve termine, ma vanno temperate con gli obiettivi di lungo termine propri dei servizi pubblici. In questo modo gli azionisti privati, pretendendo un'impresa competitiva sul piano del mercato, spingono la stessa all'efficienza sul mercato.

13. Electricité de France e la sua storia

La *Electricité de France* S.A. (EDF) venne fondata nel 1946 dal Ministro della produzione Industriale, Marcel Paul, a seguito della nazionalizzazione delle 1.450 società francesi che si occupavano della produzione, del trasporto e della distribuzione di elettricità e gas. Nel 1963, a Chinon, fu messa in funzione la prima centrale nucleare francese. La decisione di privilegiare la produzione di energia elettrica nucleare è stata presa anche a seguito della crisi petrolifera del 1974, al fine di garantire l'indipendenza energetica. Dal 1984 in poi, EDF ha esportato il suo *know-how* nucleare anche a livello internazionale, ed è stato costituito l'impianto di Daya-Bay in Cina.

²⁰⁵ P. JOSKOW, *Deregulation And Regulatory Reform in Us Electric Power Sector*. 17 febbraio 2000, 14.

²⁰⁶ J.P. FITOUSSI, *EDF Le Marche Et L'europe, L'avenir D'un Service Public*, Paris, 2003, 35 ss.

Fino al 2004 EDF ha assunto la forma di ente pubblico economico a carattere industriale e commerciale, cioè di *Etablissement Public a Caractere Industriel et Commercial* (EPIC).

Successivamente, a seguito dell'approvazione della *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières* del 19 novembre 2004, è divenuta una Società Anonima a capitale misto pubblico privato e nel 2005 è stata quotata in borsa. La trasformazione in Società anonima fu deliberata a fini concorrenziali, perché lo *status* di Epic attribuiva a EDF vantaggi sui concorrenti, dal momento che le consentiva di beneficiare di una illimitata garanzia da parte dello Stato e perciò ottenere prestiti agevolati. Inoltre, lo status di Società Anonima consentiva a EDF di aprirsi agli investimenti dei privati ed altri mercati, non essendo soggetta al "principio di specialità", in base al quale gli enti pubblici specializzati (*personnes publiques spécialisées*) hanno poteri di attribuzione fissati tassativamente dalla legge. Nell'ordinamento francese, infatti, si supera la tradizionale classificazione delle persone pubbliche in Stato, enti locali ed enti (od organismi) pubblici e si individua, accanto allo Stato e agli Enti Locali, una categoria ampia di soggetti pubblici specializzati (*personnes publiques spécialisées*), dotati di personalità giuridica, di personalità pubblica e di specializzazione (*spécialité*). In tale ultima categoria rientrano gli organismi pubblici, i gruppi d'interesse pubblico (*groupements d'intérêt public*), le autorità indipendenti, la *Banque de France* e le altre persone pubbliche speciali²⁰⁷.

EDF ha detenuto il monopolio nella distribuzione di energia fino al 1999, quando, come si è detto nei paragrafi precedenti, a livello europeo è stata imposta l'apertura concorrenziale del mercato energetico.

Fino alla fine degli anni '90, la società EDF è stata uno dei principali attori del mercato energetico europeo e mondiale. L'impresa ha infatti assicurato ai suoi proprietari una corretta remunerazione dei capitali, mantenendo comunque tariffe tra le più basse

²⁰⁷ A. ROUYERE, *Les personnes publiques spécialisées*, in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (a cura di), *Traité de droit administratif*, Parigi, 2011, 333 ss.

d'Europa, esportando elettricità a prezzi competitivi e sostenendo allo stesso tempo i costi di sviluppo delle sue infrastrutture²⁰⁸.

Il vantaggio storico competitivo di EDF era di natura ingegneristico-industriale a livello di produzione di energia elettrica. Ciò le ha permesso di sostenere costi inferiori di esportazione rispetto ai competitor europei e americani. EDF ha sviluppato una gestione integrata intelligente di un sistema di produzione di energia nucleare idrica e termica.

I vantaggi competitivi di EDF non furono solo, per così dire, statici, ma anche dinamici: la società ha infatti dimostrato una capacità di adattamento nel sistema idrico e nucleare. In questo modo, a partire da competenze già acquisite, tale capacità di adattamento ha permesso ad EDF di acquisire nuove competenze al passo con i tempi, con le esigenze del mercato e della società. Così EDF offre una vasta gamma di servizi e prodotti che utilizzano diverse tecnologie.

Da qualche anno EDF subisce la concorrenza dei diversi produttori di energia elettrica stranieri, in particolare inglesi e americani, i quali hanno diminuito fortemente i loro costi di esportazione. È pur vero che EDF gode ancora dei vantaggi procurati dal nucleare in termini di costi di produzione.

Oggi la situazione di EDF è particolarmente complessa: essa deve gestire contemporaneamente un sistema nucleare molto vasto, insieme alla produzione di energia rinnovabile²⁰⁹. Per questo motivo la politica della società è fortemente incentrata sugli investimenti infrastrutturali e gestionali. Ma questo eccessivo aumento delle capacità di EDF può determinare un impatto negativo sui prezzi di mercato e indirettamente sullo stesso funzionamento della società.

²⁰⁸ P.E. TIXIER, EDF-GDF *Une Entreprise Publique En Mutation*, Paris, 2000.

²⁰⁹ J.P. FITOUSSI, EDF, *Le Marche Et L'Europe* cit.; MARCOU, *Gouvernance et innovations dans le système énergétique: de nouveaux défis pour les collectivités territoriales : [actes du colloque du GRALE – EDF R&D qui s'est tenu à Paris les 26 et 27 novembre 2014]*, Paris, 2015; P. ZERMATI, *Informatique et approvisionnements à E.D.F.-G.D.F.*, Paris, 1977; BUNGENER MARTINE, *Histoire(s) de l'EDF comment se sont prises les décisions de 1946 à nos jours*, Paris, 1985, M. ORMOS, *La Montée: la promotion ouvrière dans une grande entreprise publique, E.D.F.-G.D.F.*, Paris, 1982.

La partecipazione pubblica al capitale sociale di EDF determina la possibilità di avvalersi del principio di precauzione, a salvaguardia del sufficiente approvvigionamento e della buona gestione di un servizio pubblico nevralgico come quello dell'elettricità.

14. *Electricité de France* attività e vicende societarie

Electricité de France (EDF) è il principale produttore, distributore e venditore di elettricità in Francia. In particolare, EDF si occupa della produzione e vendita di elettricità e gas naturale (69,8%), nonché del commercio di elettricità, gas naturale, carbone e petrolio; della gestione delle reti di distribuzione di elettricità a bassa e media tensione (20,1%); della progettazione, costruzione, funzionamento e manutenzione della rete.

EDF, per mezzo di *Réseau de Transport d'Électricité* (RTE), una società appartenente allo stesso gruppo, svolge anche l'attività di gestione di reti di trasporto di elettricità ad alta e altissima tensione.

Con un'ordinanza del 4 ottobre 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 5 ottobre 2022, il Ministro dell'Economia, delle Finanze e della Sovranità Industriale e Digitale ha deliberato l'acquisizione di «tutte le azioni di *Électricité de France* emesse o da emettere e che non detiene né direttamente né indirettamente». In questo modo lo Stato francese è passato a detenere dall'84% al 100% delle azioni della società. La decisione segna un'inversione di rotta rispetto alla precedente privatizzazione della società, realizzata mediante la vendita dell'11% delle azioni della stessa, nel 2005.

La decisione si è giustificata in ragione di diversi fattori, come dichiarato dallo stesso Ministro dell'Economia, delle Finanze e della Sovranità industriale e digitale. Alla base di questa decisione dello Stato francese vi sono state innanzitutto ragioni strategiche. Nell'attuale contesto di tensione sui mercati dell'energia, dovuta in particolare dallo scoppio della guerra in Ucraina, la nazionalizzazione della maggiore società francese in campo energetico ha l'effetto di rafforzare l'indipendenza energetica della Francia. In particolare tale nazionalizzazione attribuisce a EDF i mezzi necessari per accelerare

l'attuazione del nuovo programma nucleare francese di cui si è detto e la diffusione delle energie rinnovabili.

Inoltre, una delle ragioni alla base della decisione del governo di acquisire la società al 100% riguarda la difficile situazione finanziaria di EDF. Questa, infatti, risulta indebitata per 44 miliardi di euro e il suo livello di indebitamento è previsto in ulteriore aumento: mentre i costi di approvvigionamento di EDF sono in aumento, vista la forte pressione sui prezzi dell'energia, i ricavi diminuiscono. A ciò si aggiungono le difficoltà, di cui si è detto, dovute alla chiusura di alcune centrali nucleari, alla necessaria manutenzione di altre e alla revisione di diversi reattori.

In queste condizioni EDF, che è una società quotata, ha avuto sempre più difficoltà ad autofinanziarsi e realizzare gli investimenti necessari al rinnovo e alla manutenzione della flotta nucleare francese.

15. Il sistema nucleare in Francia: evoluzione storica

L'utilizzo della fusione nucleare come metodo di produzione di energia si deve alle scoperte scientifiche di fine '800 e inizio '900: la scoperta della radioattività da parte di Henri Becquerel, nel 1896, a quella del polonio e del radio da parte di Marie e Pierre Curie nel 1898.; a quella della fissione dell'uranio, da parte di Otto Hahn e Fritz Strassmann nel febbraio 1939 in Germania²¹⁰.

Nell'ottobre del 1945, il generale de Gaulle istituì la Commissione per l'energia Atomica (CEA) con l'obiettivo di avviare la ricerca e l'industrializzazione dell'energia nucleare in Francia. Tale organizzazione è stata responsabile dell'attuazione dei

²¹⁰ Per una ricostruzione della storia del sistema nucleare in Francia, G. LE GUELTE, *Histoire de la menace nucléaire*, Paris, 1997; Agence pour l'énergie nucléaire organisation de coopération et de développement économiques, *Le droit nucléaire international: histoire, évolution et perspectives : 10e anniversaire de l'École internationale de droit nucléaire*, Paris, 2010; B. GOLDSCHMIDT, *Le complexe atomique : histoire politique de l'énergie nucléaire*, Paris, 1980.

programmi di ricerca sull'utilizzo del nucleare in diversi settori, come nella produzione di energia elettrica, la difesa, la medicina, la radioprotezione, la sicurezza, ecc.).

Successivamente, nel 1955, la Commissione per l'energia atomica commissionò un primo reattore nucleare a grafite moderata utilizzando l'uranio naturale come combustibile. Con una potenza limitata ai 2 MW, questo reattore denominato "G1", principalmente destinato alla Difesa Nazionale, è stato il primo a fornire energia elettrica. Nel 1958 e nel 1960 (rispettivamente furono gestiti dalla CEA fino al 1980 e al 1984) altri due reattori sperimentali (G2 e G3), ciascuno con una potenza di 40 MW, furono messi in servizio.

La EDF, che si occupava della produzione di elettricità, era responsabile della creazione del programma nucleare francese. Nel 1957 avviò la costruzione del primo reattore presso la centrale nucleare di Chinon. In breve tempo vennero costruiti altri reattori, che portano la capacità totale installata della flotta nucleare francese a 2.084 MW, andando a costituire l'8% della produzione elettrica.

Nell'ottobre 1973 scoppiò la guerra dello Yom Kippur, che provocò il primo shock petrolifero. In questo contesto di carenza di petrolio, come si è detto, il programma nucleare francese conobbe una forte accelerazione. Il nucleare infatti era considerato una valida alternativa alla produzione di energia tramite combustibili fossili.

Nel marzo 1974, Georges Pompidou decise di accelerare lo sviluppo nucleare francese mediante un programma di costruzione su larga scala di 54 reattori nucleari, che aveva l'obiettivo di ottenere una potenza combinata di oltre 55.000 MW (55 GW). Tali reattori vennero ultimati negli anni '70 e '80.

Nell'aprile 1977 venne collegato alla rete elettrica il primo reattore ad acqua pressurizzata. I reattori, insieme ad altri quattro "livelli" di reattori nucleari ad acqua pressurizzata di "seconda generazione", commissionati successivamente, costituiscono ancora oggi la flotta nucleare in funzione in Francia. L'ultimo reattore ad essere entrato in funzione è stato quello di Civaux 2, nel giugno 1999.

Nel 1986, l'esplosione di un reattore nucleare ucraino a Chernobyl determinò forti cambiamenti nell'opinione pubblica sulla sicurezza del sistema nucleare. Quello di Chernobyl, infatti, fu il primo incidente classificato di livello 7 sulla scala INES. Nel

1901, a seguito della comunicazione del governo relativa all'estensione della nube radioattiva di Chernobyl, fu creata da parte di Michèle Rivasi la Commissione per la ricerca indipendente e l'informazione sulla radioattività (CRIIRAD).

Questo periodo storico fu segnato dai dibattiti²¹¹ sull'estensione e la nocività della nube di Chernobyl e dall'adozione della legge relativa alla ricerca sulla gestione dei rifiuti radioattivi nel 1991, nonché dalla chiusura del reattore autofertilizzante Superphenix nel 1997 e la creazione dell'Istituto per la Radioprotezione e la Sicurezza Nucleare nel 2002. Negli anni successivi, il dibattito nazionale, portò all'adozione di una legge programmatica con l'obiettivo di fissare le linee guida di politica, nonché alla creazione di AREVA, dal 2018 "Orano", una società partecipata al 90 % dallo Stato francese.

Essa fu creata il 3 aprile 2001 dalla fusione di Framatome, Cogema e Technicatome con l'obiettivo di occuparsi del recupero di materiali nucleari e della gestione dei rifiuti, da monte a valle del ciclo. La società in particolare si occupa delle attività di ricerca di nuovi giacimenti, di estrazione e lavorazione dell'uranio e della bonifica dei siti dopo l'attività mineraria.

Il 13 luglio 2005 fu emanata una Legge programmatica per la fissazione degli obiettivi di politica energetica, con l'obiettivo di contribuire alla lotta alle emissioni di gas serra e alle prospettive di aumento a medio termine dei prezzi del petrolio e del gas. La legge si poneva quattro obiettivi: garantire la sicurezza dell'approvvigionamento; preservare l'ambiente contro l'effetto serra; garantire un prezzo dell'energia competitivo sia per i privati che alle imprese; garantire a tutti l'accesso all'energia.

La legge abilitò anche il lancio del reattore nucleare di terza generazione, l'EPR (European Pressurized Reactor), sottolineando la necessità di implementare altresì la produzione di energie rinnovabili. Il 13 giugno 2006 venne emanata la Legge sulla

²¹¹ Sulla sicurezza delle centrali nucleari, in particolare sulla sicurezza del sistema nucleare nei paesi dell'OCDE, v. quaderni de AGENCE POUR L'ÉNERGIE NUCLÉAIRE, *Le Point Sur l'Energie Nucleaire, Agencie pour l'energie nucleaire*, Paris 1989, 74 ss, in cui si dà atto anche dei metodi di valutazione della sicurezza, nonché dell'importanza di promuovere una cooperazione internazionale anche sui temi della sicurezza.

trasparenza e sicurezza in materia nucleare, nota come “Legge TSN”, che istituì l’Alto Comitato per la Trasparenza e l’Informazione sulla Sicurezza Nucleare (HCTISN), con l’obiettivo di coordinare il dibattito e l’informazione sui rischi connessi alle attività nucleari. Venne istituita inoltre la Direzione generale per la sicurezza e la radioprotezione (DGSNR), che oggi costituisce un’Autorità Amministrativa Indipendente, cioè l’Autorità per la sicurezza nucleare (ASN).

Il 28 giugno dello stesso anno venne approvata la Legge programma n. 736 relativa alla gestione sostenibile dei materiali e dei rifiuti radioattivi: con l’obiettivo di progettazione e gestione dei depositi di rifiuti radioattivi anche grazie alla realizzazione di un centro di stoccaggio denominato Cigeo (Centro industriale di stoccaggio geologico).

La legge richiede che lo smaltimento possa essere reversibile per almeno 100 anni.

Il 5 luglio 2006 fu emanata la Legge di autorizzazione degli accordi internazionali sulla responsabilità civile in materia di energia nucleare, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 6 luglio 2006.

L’anno successivo iniziò la costruzione del reattore nucleare EPR progettato da Areva nel sito di Flamanville (Manche) con EDF come soggetto appaltatore principale.

L’istituto il Consiglio di politica nucleare nacque nel 2008 con l’obiettivo di definire le grandi linee guida della politica nucleare e vigilare sulla loro attuazione, anche con riferimento alle esportazioni e alla cooperazione internazionale, alla politica industriale ed energetica, alla ricerca in ambito nucleare e alla sicurezza e protezione dell’ambiente. Nel gennaio 2009 iniziò la costruzione anche del secondo reattore nucleare EPR sul sito della centrale di Penly, con il coinvolgimento delle società Total e GDF Suez.

Nel giugno dello stesso anno intervenne la Direttiva 2009/71/Euratom del Consiglio dell’Unione Europea al fine di istituire un quadro comunitario per la sicurezza degli impianti nucleari.

Successivamente venne emanato il Rapporto Roussely, dal nome del suo responsabile, François Roussely. Tale rapporto, commissionato dalla Presidenza della Repubblica sull’industria nucleare francese, dettava le linee programmatiche ed evolutive del

futuro del settore nucleare entro il 2030, in relazione alle sue dimensioni, alla politica energetica del paese, alla sicurezza e sostenibilità dell'approvvigionamento energetico dell'uranio, alla competitività nucleare, all'ambiente e ai problemi di sicurezza e accettazione da parte del pubblico.

Nel febbraio 2011 il governo annunciò un programma per razionalizzare il settore nucleare civile, attribuendo a EDF e GDF-Suez il compito di collaborare allo sviluppo del reattore di media potenza Atmea, sviluppato da Areva con Mitsubishi Heavy Industries. Inoltre viene chiesto ad Areva di concludere un accordo di fornitura di uranio a lungo termine con EDF, gestore delle 58 centrali nucleari francesi.

Nel marzo 2011 in Giappone a Fukushima, a seguito di un terremoto, uno tsunami provocò un incidente nucleare a, classificato come livello 7 sulla scala internazionale degli incidenti nucleari (INES). Lo tsunami determinò anche la perdita dei generatori diesel di emergenza e danneggiò gravemente vari edifici della centrale, portando in breve tempo alla perdita di tutti i mezzi di raffreddamento dei reattori da 1 a 4 di quest'ultima. Il surriscaldamento del carburante lo ha gravemente deteriorato, i danni si sono spinti fino allo scioglimento del carburante. I rilasci di idrogeno hanno poi provocato esplosioni all'interno degli edifici, danneggiando gravemente gli edifici 1, 3 e 4 e provocando il rilascio di prodotti radioattivi nell'atmosfera e nell'oceano.

L'evento scosse l'opinione pubblica e provocò negli Stati reazioni di timore e sfiducia nel sistema nucleare.

In Francia, l'allora primo ministro François Fillon incaricò ASN di svolgere un audit del settore nucleare francese sui rischi di inondazioni, terremoti, interruzione dell'alimentazione elettrica e perdita di raffreddamento, nonché la gestione operativa degli incidenti situazioni". Nel frattempo la Germania annunciò la chiusura immediata di 7 centrali elettriche e in Italia si abbandonò il programma nucleare approvato due anni prima.

Nel 2011 l'Unione europea emanò la direttiva di istituzione di "un quadro comunitario per la gestione responsabile e sicura del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi".

L'incidente di Fukushima ha fatto emergere che gli incidenti nucleari non si arrestano ai confini degli Stati²¹². Fortunatamente non è stata identificata alcuna emissione transfrontaliera che possa essere significativa per la sicurezza radioattiva di un altro Stato. Tuttavia, si è determinato un effetto molto reale: il deterioramento della fiducia dell'opinione pubblica nella capacità degli operatori e degli Stati di controllare il rischio nucleare.

La responsabilità di garantire l'applicazione dei più elevati standard di sicurezza e di rispondere in modo appropriato e trasparente alle situazioni di emergenza spetta principalmente agli operatori nucleari e agli Stati, secondo i principi fondamentali di sicurezza adottati dall'Agenzia internazionale per l'energia atomica (AIEA), un'organizzazione creata a livello globale per garantire un solido quadro internazionale di sicurezza nucleare. Su richiesta del direttore generale dell'AIEA, l'International Nuclear Safety Group (INSAG) ha stabilito alcune raccomandazioni utili che fungono da guida per le azioni future legate all'incidente di Fukushima. Tali raccomandazioni sono state elaborate sulla base del rapporto della missione esplorativa internazionale dell'AIEA, della dichiarazione ministeriale adottata il 20 giugno 2011 durante la conferenza ministeriale sulla sicurezza nucleare organizzata a Vienna dall'AIEA dal 20 al 24 giugno, nonché sul contenuto delle tre sessioni di lavoro della conferenza. Esse riguardano in particolare la struttura normativa e di regolamentazione del fenomeno; la catena di comando e delle responsabilità; la reazione agli eventi estremi e agli incidenti gravi; le perdite di alimentazione; la perdita di raffreddamento; l'accumulo di gas esplosivi; i bacini di stoccaggio del combustibile esaurito; la gestione in generale dell'emergenza.

L'insicurezza generalizzata e l'attenzione ai rischi del nucleare sulla sicurezza nazionale e mondiale vennero di nuovo alimentati a causa dell'Esplosione mortale in uno degli impianti del sito nucleare di Marcoule (Gard) nel settembre 2011. Di reazione, l'anno successivo, fu presentata dall'Autorità per la sicurezza nucleare una

²¹² D. FLORY, *Cooperazione internazionale e sicurezza nucleare*, in *Foreign Policy*, 2011/4, 865 ss.

relazione sulle ulteriori valutazioni di sicurezza degli impianti nucleari francesi nonché del parere espresso in merito ai risultati di tali audit effettuati a seguito del disastro di Fukushima.

In questo contesto di timore generalizzato, la Francia, a differenza di altri stati come l'Italia, continuò a mantenere fiducia nella sicurezza del sistema nucleare, pur con la necessità di utilizzare le dovute precauzioni. Nel 2012 il Presidente della Repubblica del Consiglio di Politica Nucleare deliberò l'estensione della vita utile delle centrali oltre i 40 anni e la prosecuzione del programma di costruzione dell'EPR, attraverso la costruzione di un secondo reattore a Penly (Seine-Maritim). Nello stesso giorno venne pubblicata in Gazzetta Ufficiale un'ordinanza sulle norme generali relative agli impianti nucleari di base. A completamento del quadro normativo derivante dalla legge in materia di trasparenza e sicurezza in materia nucleare, il decreto fissa le norme generali applicabili alla progettazione, costruzione, esercizio, messa fuori servizio, smantellamento, manutenzione e sorveglianza degli impianti nucleari di base.

L'attenzione pubblica al tema del nucleare indusse la Commissione Nazionale francese del Dibattito Pubblico (CNDP) ad affidare a una commissione speciale, creata *ad hoc*, la guida del dibattito pubblico sul progetto di creazione di un centro di smaltimento profondo reversibile per i rifiuti radioattivi nella Mosa/Alta Marna, meglio conosciuto con il nome di "Progetto Cigeo".

Nel frattempo la costruzione del parco nucleare francese proseguiva. Venne costruito l'*International Thermonuclear Experimental Reactor*, una installazione nucleare di base (BNI), già in costruzione nel sito nucleare di Cadarache dal luglio 2010, che mirava a controllare la fusione nucleare.

Continuava anche la costruzione del reattore EPR situato a Flamanville, ultimato solo di recente, che aveva ritardato il suo completamento a causa di difficoltà tecniche. Nel maggio 2014 viene disposta la firma di un accordo di cooperazione franco-giapponese sul programma di costruzione di un reattore a neutroni veloci raffreddato – Astrid (*Advanced Sodium Technological Reactor for Industrial Demonstration*) – e reattori di quarta generazione.

L'investimento dello Stato francese nel nucleare è stato incoraggiato anche dalle riforme che, a partire dal 2015, hanno fatto della transizione energetica uno dei principali obiettivi politici del Paese²¹³. In particolare, la Legge 17 agosto 2015 sulla crescita *green* prevede di ridurre la quota dell'atomo nella produzione di energia elettrica al 50% entro il 2025. Il nucleare si pone come strumento utile alla realizzazione di questo obiettivo, dal momento che la produzione di energia nucleare è considerata meno inquinante di quella a combustibili fossili²¹⁴; inoltre quella nucleare è un'energia che non emette gas serra. Tra i vantaggi del sistema nucleare vi è anche il fatto che la capacità produttiva nucleare si adatta alle esigenze della popolazione e il fatto che essa costituisce una risorsa che permette alla Francia di essere indipendente e di non dover importare l'elettricità.

16. Il sistema nucleare francese oggi

Attualmente lo Stato francese dispone di 56 reattori su 18 siti, che gli conferiscono una capacità energetica di 63 GW. La produzione di energia elettrica da fonte nucleare costituisce il 66% dell'energia prodotta. Tutti e 58 i reattori situati in territorio francese, più i 20 che si trovano su altri territori, sono gestiti da EDF in regime di monopolio. La flotta nucleare francese è la seconda flotta al mondo per potenza, dietro a quella degli Stati Uniti. Nel 2021 ha prodotto 360,7 TWh di elettricità, ovvero il 69% della produzione totale di elettricità nella Francia continentale.

Non tutti i reattori francesi sono attualmente in uso. Sono stati chiusi diversi reattori nel corso degli anni, per motivi diversi: i due reattori della centrale di Fessenheim; i nove reattori a gas di grafite di prima generazione, realizzati negli anni '50 per migliorare l'indipendenza energetica della Francia e non più all'avanguardia; il reattore gas-acqua pesante di prima generazione di Brennilis; due reattori a neutroni

²¹³ Sul punto, v. A. NAZARET, *Une histoire de l'écologie politique de René Dumont à Nicolas Hulot*, Parigi, 2019, 231 ss; G. HECHT, *Le Rayonnement de la France: énergie nucléaire et identité nationale après la seconde guerre mondiale*, Parigi, 2014, 33 ss.

²¹⁴ Per una comparazione tra produzione di energia nucleare e produzione di energia mediante carbone, anche dal punto di vista dei costi, v. quaderni de AGENCE POUR L'ÉNERGIE NUCLÉAIRE, *Le Point Sur l'Énergie Nucleaire*, Agencie pour l'energie nucleaire, Parigi, 1989, 21 ss.

veloci (reattori sperimentali) tra cui quello di Phénix (costruito nel 1968 e dismesso nel 2009) e il reattore Superphénix , (entrato in servizio nel 1985 e spento nel 1997). Le ragioni della dismissione dei reattori vanno rinvenute nel superamento della loro durata operativa. Le normative francesi non stabiliscono *ex ante* una durata massima dell'operatività dei reattori. Essa viene controllata periodicamente dall'Autorità per la Sicurezza Nucleare tramite il rilascio a EDF di una licenza di esercizio.

EDF ha espresso l'intenzione di estendere la vita operativa dei suoi reattori oltre i 40 anni, anche se in origine le centrali furono progettate per funzionare per massimo 30 anni. Per ottenere le autorizzazioni per l'estensione della vita dei reattori, EDF deve dimostrare che l'invecchiamento dei componenti di detti reattori è prevedibile e controllato.

L'incidente di Fukushima ha riaperto il dibattito sull'invecchiamento delle centrali elettriche. Infatti, a seguito di tale incidente, ASN ha chiesto a EDF di modificare la sicurezza dei vecchi reattori per avvicinarla a quella degli EPR (*additional safety assessments*). Il programma di investimenti volto a rendere possibile il funzionamento delle centrali nucleari francesi oltre i 40 anni viene spesso definito un "major fairing". I reattori nucleari non mantenuti vengono dismessi. La stragrande maggioranza dei 56 reattori in funzione è stata messa in servizio in soli 15 anni (1977-1992). La loro chiusura potrebbe quindi avvenire in un tempo equivalente, con la potenziale conseguenza di un drastico calo delle capacità elettriche in Francia. Inoltre, lo smantellamento dei reattori spenti richiede un periodo di più di 10 anni e presenta diverse difficoltà per EDF come i rischi associati alla perdita della progettazione e della memoria operativa del reattore, il coordinamento dei lavori e la gestione dei rifiuti radioattivi. Perciò l'ASN suggerisce una strategia di smantellamento immediatamente successivo alla chiusura del reattore.

La situazione attuale della flotta nucleare francese è stata gravemente compromessa dalla chiusura di numerosi reattori: ad agosto 2022 erano chiusi 32 reattori su 56 totali. La situazione è andata migliorando ma ad ottobre i reattori dismessi erano ancora 24. La pandemia ha infatti costretto EDF a rimandare gli interventi di manutenzione dei reattori. Di conseguenza, durante le ispezioni periodiche di EDF sono stati riscontrati

gravi danni ad alcuni reattori, soprattutto quelli di seconda generazione. Le crepe che si sono formate in diversi reattori non sono legate all'invecchiamento della flotta. Al contrario, hanno riguardato gli impianti più recenti. La causa non è infatti la vetustà, ma i materiali utilizzati e la conformazione dei tubi. Questi infatti, essendo formati da sezioni di tubazione più lunghe rispetto ai vecchi impianti, hanno avuto bisogno di più saldature. Di conseguenza si dimostrano più fragili rispetto ai reattori precedenti.

Nell'ottobre 2021 è stato rilevato un danno su uno dei due reattori della centrale di Civaux, vicino a Poitiers. Il reattore era stato spento dall'estate nell'ambito della sua ispezione decennale, durante la quale i controlli a ultrasuoni hanno rilevato le crepe.

EDF ha dichiarato che i danni sui tubi erano dovuti al fenomeno di c.d. *tensocorrosione*, che riguardano un'area particolarmente sensibile dei reattori nucleari, cioè il circuito primario. Si tratta di tubi che passano direttamente attraverso il nucleo radioattivo della centrale. Le crepe sono state rilevate su due sistemi collegati a questo circuito: il sistema di iniezione di sicurezza (RIS), utilizzato in caso di incidente nucleare per raffreddare il nocciolo, e il sistema di raffreddamento del reattore di spegnimento (RRA), utilizzato quando l'unità è in manutenzione. È stato quindi messo in atto un programma di controllo che ha consentito di rilevare lo stesso fenomeno sul secondo reattore di Civaux e sulle due unità della centrale di Chooz nelle Ardenne. Sono stati così spenti i quattro reattori entrati in funzione alla fine degli anni '90, i più potenti e paradossalmente i più recenti della flotta nucleare francese. A gennaio 2022, EDF ha esteso i controlli al resto della flotta nucleare. Ciò ha permesso di classificare i reattori da controllare come prioritari. Sono stati poi rilevati altri casi di tensocorrosione, in particolare su una lla centrale di Penly. Nel settembre 2022, EDF ha dichiarato di aver effettuato controlli in 15 centrali nucleari. Ciò ha permesso di rinvenire lo sesso fenomeno di tensocorrosione in altri sette reattori (Civaux 1 e 2, Chooz 1 e 2, Penly 1, Flamanville 2 e Chinon 3). Entro il 2025, tutti gli altri reattori dovranno essere verificati.

Dopo la scoperta dei primi danneggiamenti, si iniziò a lavorare con l'obiettivo di far ripartire quanti più reattori possibile per la stagione fredda. Nel reattore di Civaux 1,

dove è stata rilevata la corrosione per la prima volta, i lavori di riparazione sono terminati di recente.

Gli effetti di questa grave situazione sono stati il calo della produzione di energia elettrica del 25% per tutto il 2022, nonché gravi perdite economiche per EDF a causa dell'energia elettrica non prodotta e non venduta.

17. L'intervento dei pubblici poteri nel settore nucleare e la concorrenza perfetta

Nel 1958 nacque l'Agenzia per l'energia nucleare (AEN), un'organizzazione internazionale che ha l'obiettivo di assistere gli Stati membri al fine di mantenere e sviluppare le basi scientifiche, tecnologiche e legali richieste per un uso sicuro, rispettoso dell'ambiente ed economico dell'energia nucleare a scopi pacifici. I tre principali obiettivi della politica energetica nucleare dei paesi membri di tale organizzazione sono: un approvvigionamento sicuro e sufficiente; prezzi competitivi nel mercato; lo sviluppo sostenibile in termini di cambiamento climatico e qualità dell'aria.

Oltre alle ragioni economiche, vi sono altre motivazioni sottese alla necessità dell'intervento dei pubblici poteri nel settore nucleare, come gli obiettivi strategici e di sicurezza nazionale.

Le ragioni economiche, sociali e di sviluppo sottese all'intervento dei poteri pubblici nel settore nucleare sono generalmente divise in due categorie: l'incapacità del mercato di distribuire le risorse in modo efficiente; e ragioni di equità²¹⁵. Alla prima categoria appartengono i fallimenti di mercato. Come già approfondito, essi si verificano in determinati ambiti come i beni pubblici, le infrastrutture, le esternalità, le informazioni e i comportamenti competitivi.

I governi assicurano le risorse e le competenze necessarie affinché l'intervento dei poteri pubblici sia finalizzato a correggere tali scompensi e sia ben concepito, proporzionale ed efficiente.

²¹⁵ C. ROBINSON, *Competition and regulation in utility markets*, London, 2005.

L'organizzazione e la regolamentazione dei mercati sono di responsabilità dei poteri pubblici. Alcune funzioni, come la produzione di energia nucleare, nascono in regime di monopolio naturale, vista la necessità di usufruire di infrastrutture costose e che utilizzano materiali potenzialmente pericolosi. Le centrali nucleari infatti hanno caratteristiche proprie sul piano del finanziamento: la loro costruzione necessita di ingenti somme da investire inizialmente, nonché di autorizzazioni e impianti che richiedono un lungo tempo di realizzazione. La produzione di energia elettrica dalle centrali nucleari è stata affidata in concessione a EDF, che detiene il monopolio. Per quanto riguarda invece la produzione di energia elettrica non nucleare, nonché la vendita di energia all'ingrosso e al dettaglio, è prevista la libera concorrenza. Essa è stata imposta a livello europeo a partire dalla direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996. In quest'ottica il ruolo dei pubblici poteri ha contribuito inizialmente a creare il mercato e a sorvegliare al fine di garantire il rispetto delle regole della concorrenza perfetta, nonché la realizzazione degli obiettivi pubblici di affidabilità, sicurezza e impatto ambientale limitato. In un primo momento, nel corso del passaggio al mercato dell'elettricità, le imprese sono state dapprima privatizzate, poi ristrutturate per renderle più commerciali e più indipendenti dai poteri pubblici. In un certo senso, sono state divise dalle imprese che si occupano della produzione, al fine di incentivare la concorrenza²¹⁶.

Nel corso degli anni '90 la maggior parte dei mercati dell'energia elettrica e del gas erano oggetto di monopolio. L'Unione europea e i singoli Stati membri hanno deciso di aprire gradualmente tali mercati alla concorrenza. Le direttive in materia di liberalizzazione contenute nel c.d. "primo pacchetto energia", sono state adottate nel 1996, per l'energia elettrica e nel 1998 per il gas. Il limite per il loro recepimento è stato fissato a due anni dopo la loro emanazione. Si sono succeduti altri quattro

²¹⁶ *Gouvernement et energie nucleaire*, quaderni OCDE, Parigi 2004, 36 ss.

pacchetti energia, che hanno disciplinato il mercato energetico sotto molteplici punti di vista, come si vedrà.

Il secondo pacchetto energia è stato adottato nel 2003, con recepimento direttive entro il 2004.

Nel 2009, nell'intento di liberalizzare ulteriormente il mercato interno di elettricità e gas, è stato adottato un terzo pacchetto energia di modifica del secondo e di costituzione di un elemento essenziale per l'attuazione del mercato interno dell'energia. Da ultimo, nel giugno 2019 è stato adottato un quarto pacchetto energia composto dalla direttiva 2019/944/UE) e tre regolamenti: il regolamento sull'energia elettrica (2019/943/UE), il regolamento sulla preparazione ai rischi (2019/941/UE) e il regolamento sull'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER) (2019/942/UE).

Il quarto pacchetto energia ha introdotto nuove regole sul mercato dell'elettricità, in particolare al fine di soddisfare le esigenze in materia di energie rinnovabili. Ha imposto altresì agli Stati membri l'obbligo di predisporre piani di emergenza per potenziali crisi dell'energia elettrica e ha aumentato le competenze dell'ACER nella cooperazione transfrontaliera in ambito normativo quando vi è il rischio di una frammentazione nazionale e regionale.

Infine, il quinto pacchetto energia, "Realizzare il *Green Deal* europeo", è stato presentato a luglio 2021 con l'obiettivo di allineare gli obiettivi energetici dell'UE alle nuove ambizioni europee in materia di clima per il 2030 e il 2050.

18. Gli “attori” istituzionali del sistema nucleare francese

Lo sfruttamento dell'energia nucleare avviene all'interno di uno specifico quadro normativo, che ha l'obiettivo di scongiurare i rischi e garantire la corretta gestione degli impianti nucleari e il trasporto di sostanze radioattive in modo sicuro, a protezione della salute e dell'ambiente. Diversi attori istituzionali definiscono e

applicano il quadro in cui i produttori nucleari dispiegano le loro attività sul territorio nazionale e all'estero²¹⁷.

A livello ministeriale, il Ministero dell'Energia, la Direzione Generale per l'Energia e il Clima, la Direzione Generale per la Prevenzione dei Rischi e il Servizio dell'Alto Funzionario per la Difesa e la Sicurezza, si occupano di gestire l'energia nucleare. All'interno del Ministero della Transizione Ecologica, la Direzione Generale per l'Energia e il Clima (DGEC) predispone ed attua, fatte salve le competenze dell'ASN e della Direzione Generale per la Prevenzione dei Rischi (DGPR), le decisioni del Governo relative al settore nucleare civile e partecipa alla redazione e all'adeguamento dei testi applicabili al settore; si occupa di supervisionare ANDRA, FRAMATOME, ORANO (ex-AREVA), CEA, EDF e IRSN e monitora tutte le società del settore nucleare civile; coordina, a livello interministeriale, la strategia di esportazione francese per ciascuna delle prospettive di interesse per l'industria nucleare, agendo come segretario del comitato per l'esportazione nucleare; monitora e contribuisce al lavoro delle organizzazioni internazionali e comunitarie nel campo dell'energia nucleare; partecipa al controllo delle esportazioni di materiali e attrezzature sensibili e rilascia autorizzazioni e approvazioni preventive per il trasferimento di scorie radioattive e combustibile nucleare esaurito, e partecipa al coordinamento dei lavori di preparazione per il trasporto di scorie provenienti dal ritrattamento di combustibile irradiato estraneo; sovrintende e attua il piano nazionale per la gestione sostenibile dei materiali e dei rifiuti radioattivi e il controllo degli oneri nucleari a lungo termine; attua il divieto di deposito in Francia di scorie radioattive provenienti dall'estero.

Per quanto concerne la sicurezza nucleare, sebbene la legge del 13 giugno 2006 sulla trasparenza e sicurezza in materia nucleare, di cui si è detto (la c.d. legge TSN), abbia conferito ampi poteri all'ASN, il governo conserva alcune responsabilità principali in

²¹⁷ *Les coûts de production de l'énergie électrique dans les centrales nucléaires et dans les centrales au charbon*, quaderni de AGENCE DE L'OCDE POUR L'ÉNERGIE NUCLÉAIRE, Parigi, 1983.

tema di sicurezza nucleare e radioprotezione. L'Alto funzionario per la difesa e la sicurezza (HFDS) e il Ministero responsabile dell'energia eseguono il controllo delle attività nucleari civili e adottano misure per la protezione contro atti pericolosi per lo Stato e i cittadini. L'Alto Funzionario per la Difesa e la Sicurezza (HFDS), in particolare, si occupa di prestare consulenza e assistenza al Ministro dell'Economia e delle Finanze e al Ministro dell'Azione e dei Conti Pubblici per tutte le questioni relative alle misure di difesa e sicurezza, nonché alle situazioni di emergenza che incidono sulla difesa e sulla sicurezza della Nazione. L'HFDS ha anche poteri coattivi e sanzionatori. Al suo interno, il *Nuclear Security Department* assicura il controllo della sicurezza dei materiali nucleari, con l'obiettivo di protezione dai rischi legati a potenziali atti dolosi contro le attività nucleari. Il Dipartimento per la sicurezza nucleare elabora i testi normativi e autorizza la detenzione di materiale nucleare e le misure di protezione adottate negli impianti nucleari per garantirne la sicurezza, nonché il trasporto di materie nucleari e le misure adottate per garantirne la sicurezza, effettua ispezioni negli impianti nucleari e durante il trasporto di materie nucleari.

L'Autorità per la sicurezza nucleare (ASN) è un'autorità amministrativa indipendente creata dalla legge del 13 giugno 2006 sulla trasparenza e la sicurezza in materia nucleare (la legge TSN, cit.). Tale Autorità monitora la sicurezza nucleare e la radioprotezione per proteggere i lavoratori, i cittadini e l'ambiente dai rischi associati alle attività nucleari. Essa disciplina e autorizza altresì il funzionamento delle strutture, esegue le ispezioni per verificare il rispetto delle norme e dei requisiti di sicurezza, con facoltà di sanzionare e bloccare in qualsiasi momento l'impianto in caso di violazione. Inoltre informa il pubblico sulla sua attività e sullo stato della sicurezza nucleare e della radioprotezione, supervisiona le operazioni di sicurezza in caso di emergenza e assiste il governo nella gestione delle crisi. Infine, contribuisce a livello internazionale allo sviluppo e alla diffusione dei migliori principi e pratiche in materia di sicurezza nucleare.

Tra gli enti Nazionali che si occupano del monitoraggio sull'attività nucleare, c'è l'Associazione Nazionale Comitati e Commissioni Informative Locali (ANCCLI), un gruppo di Comitati Locali di Informazione (CLI) che si occupa in particolare di

Impianti Nucleari di Base. I CLI sono situati in prossimità degli impianti nucleari e sono responsabili del loro monitoraggio, dell'informazione e della consultazione in materia di sicurezza nucleare, della radioprotezione e dello studio dell'impatto degli impianti nucleari sull'ambiente.

Presso il laboratorio sotterraneo della Mosa/Haute-Marne è stato istituito un particolare Comitato locale di informazione e monitoraggio, detto CLIS. Esso si occupa in particolare del monitoraggio e della ricerca relativa alla gestione dei rifiuti radioattivi e del loro smaltimento.

Della gestione dei rifiuti radioattivi si occupa la Commissione Nazionale di Valutazione (CNE), istituita con la legge programma 28 giugno 2006 n. 739, relativa alla gestione sostenibile dei materiali e dei rifiuti radioattivi. Il suo obiettivo è la valutazione annuale dello stato di avanzamento delle ricerche e degli studi relativi alla gestione dei materiali e dei rifiuti radioattivi, contenuta in un rapporto annuale che l'Ufficio parlamentare per la valutazione delle scelte scientifiche e tecnologiche (OPECST) invia al Parlamento, che viene periodicamente reso pubblico.

A livello normativo, il Consiglio per la politica nucleare (CPN), istituito con decreto n. 378 del 21 aprile 2008, è presieduto dal Presidente della Repubblica e definisce le grandi linee guida della politica nucleare, vigilando altresì sulla loro attuazione, in particolare in materia di esportazioni e cooperazione internazionale, politica industriale, politica energetica, ricerca, sicurezza e tutela dell'ambiente.

Il CPN si avvale del Comitato strategico per il settore nucleare (CSFN), che è composto dai maggiori attori del settore nucleare (società di ingegneria, fornitori di servizi, produttori di apparecchiature, società del ciclo del combustibile, ordini di donatori, subappaltatori e organizzazioni sindacali che rappresentano i lavoratori). Esso è presieduto dal Ministro incaricato dell'energia e dal Segretario di Stato per l'Industria.

L'Alto Comitato per la trasparenza e l'informazione sulla sicurezza nucleare (HCTISN) è stato istituito dalla Legge 13 giugno 2006 sulla trasparenza e la sicurezza in materia nucleare (la Legge TSN), con il compito di curare l'informazione, la

consultazione e il dibattito sui rischi connessi alle attività nucleari e sull'impatto di tali attività sulla salute delle persone, sull'ambiente e sulla sicurezza nucleare.

Nel 1983, all'interno del Parlamento, è stato creato l'Ufficio Parlamentare per la Valutazione delle Scelte Scientifiche e Tecnologiche. La sua missione è informare il Parlamento delle conseguenze delle scelte scientifiche e tecnologiche al fine di informarne le decisioni. A tal fine raccoglie informazioni, attua programmi di studio ed effettua valutazioni.

Tra le diverse Organizzazioni di ricerca sul nucleare attive c'è l'Agenzia Nazionale per la Gestione dei Rifiuti Radioattivi (ANDRA), che è stata creata nel 1991 sotto la vigilanza dei Ministeri preposti all'energia, alla ricerca e all'ambiente. È un ente pubblico di natura industriale e commerciale, che si occupa della gestione pluriennale delle scorie radioattive. ANDRA si occupa di implementare soluzioni di gestione sicura dei rifiuti radioattivi al fine di proteggere le generazioni future, impiegando la sua esperienza e il suo know-how al servizio dello Stato francese. Le sue missioni, contenute nel codice dell'ambiente francese²¹⁸ all'art. L542-12, consistono nella progettazione e gestione dei centri di smaltimento dei rifiuti e nell'organizzazione di ricerche sul loro stoccaggio e smaltimento in profondità geologica. Inoltre ANDRA si occupa di organizzare e aggiornare una mappatura di tutti i materiali e rifiuti radioattivi presenti sul territorio, al fine di fornire una visione esaustiva della loro natura, quantità e localizzazione. Tale mappatura è aggiornata ogni tre anni sotto forma di Inventario nazionale dei materiali e dei rifiuti radioattivi.

ANDRA si occupa anche di raccogliere e prendere in carico oggetti radioattivi per uso familiare e della bonifica di siti inquinati da radioattività quando i responsabili sono inadempienti.

Tutte le missioni di ANDRA sono disciplinate dagli articoli da R. 542-1 a R. 542-19 del Codice dell'Ambiente.

²¹⁸ Pubblicato con ord. n. 2000-914 del 18 settembre 2000. Il libro I è stato pubblicato con Decreto 2 agosto 2005; i libri II e VI sono stati disciplinati invece dal Decreto n. 2007-397 del 22 marzo 2007.

Il Commissariato per l'energia atomica e le energie alternative (CEA9) è un ente pubblico di ricerca posto sotto la vigilanza dei ministri responsabili dell'energia, della ricerca, dell'industria e della difesa. Esso si propone condurre tutte le ricerche e le attività necessarie per l'uso dell'energia nucleare e il controllo dei suoi effetti. Svolge anche attività di ricerca nel campo delle nuove tecnologie energetiche; contribuisce al servizio della competitività della Francia, allo sviluppo tecnologico e al trasferimento di conoscenze, competenze e tecnologie all'industria, in particolare nel contesto regionale, nonché alla promozione dei risultati delle ricerche che conduce; contribuisce al monitoraggio scientifico e all'attuazione della strategia nazionale di ricerca, allo sforzo nazionale dell'istruzione e dell'istruzione superiore e sviluppare la diffusione delle informazioni scientifiche e tecnologiche. La missione del CEA è anche quella di svolgere le ricerche e le attività necessarie per l'uso dell'energia nucleare a fini di difesa nazionale, in particolare nell'ambito del programma francese di deterrenza nucleare. Le missioni del CEA, e le sue modalità di governo sono state specificate dal decreto 17 marzo 2016 n. 311, avente ad oggetto l'organizzazione e il funzionamento del Commissariato per l'energia atomica e le energie alternative. Il ministero partecipa alla *governance* del CEA con la partecipazione della DGEC nel consiglio di amministrazione dell'ente in rappresentanza dello Stato.

Nel 2001 è stato creato l'Istituto per la radioprotezione e la sicurezza nucleare (IRSN), che è posto sotto la vigilanza dei ministri responsabili dell'energia, dell'ambiente, della difesa, della ricerca e della salute. Esso si occupa della ricerca nell'ambito della sicurezza nucleare e del trasporto di materie radioattive e fissili; della protezione dell'uomo e dell'ambiente dalle radiazioni ionizzanti; della protezione e controllo delle materie nucleari e degli impianti nucleari. Le missioni dell'IRSN sono state specificate dal decreto 10 marzo 2016 n. 283 relativo all'Istituto per la radioprotezione e la sicurezza nucleare.

19. Le organizzazioni internazionali in ambito nucleare

La Francia è parte di numerose convenzioni internazionali sull'energia nucleare civile. Tra queste vi è la Convenzione sulla sicurezza nucleare: il primo trattato internazionale

giuridicamente vincolante che si occupa della sicurezza degli impianti nucleari che ha l'obiettivo di garantire la loro sana gestione e sicurezza, nonché una regolamentazione rispettosa dell'ambiente.

Vi è inoltre la Convenzione congiunta sulla sicurezza della gestione del combustibile esaurito e sulla sicurezza della gestione dei rifiuti radioattivi, un trattato internazionale giuridicamente vincolante che disciplina la sicurezza della gestione del combustibile esaurito e della gestione dei rifiuti radioattivi.

La Convenzione sulla notifica tempestiva di un incidente nucleare inoltre, rafforza l'intervento internazionale in caso di incidente nucleare prevedendo un meccanismo di rapido scambio di informazioni al fine di ridurre il più possibile le conseguenze radiologiche transfrontaliere.

La Convenzione sulla protezione fisica delle materie nucleari è entrata in vigore nel 1987. Si occupa del trasporto internazionale di materie nucleari. Fu estesa nel 2005 alla protezione fisica degli impianti e delle materie nucleari in uso, stoccaggio e trasporto all'interno del territorio nazionale.

Vi sono poi diverse agenzie e gruppi nucleari internazionali di cui la Francia è parte. L'Agenzia internazionale per l'energia atomica (AIEA), ad esempio, è un'organizzazione intergovernativa creata nel 1957 con decisione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Pur non essendo in senso stretto un'agenzia specializzata delle Nazioni Unite, mantiene stretti legami con le Nazioni Unite. Ad essa infatti, invia ogni anno rapporti sulla sua attività. La missione principale dell'Agenzia è promuovere l'uso efficiente e sicuro dell'energia nucleare sostenendo programmi esistenti o in via di sviluppo nel mondo, promuovendo lo scambio di informazioni e stimolando la formazione delle risorse umane nel settore nucleare. Tra gli altri obiettivi dell'Agenzia vi è quello di garantire la non proliferazione eccessiva delle armi nucleari in uso agli Stati. Tale obiettivo è stato sancito in un apposito "Trattato di non proliferazione" (TNP), entrato in vigore il 5 marzo 1970. Le principali missioni dell'AIEA relative al Trattato di non proliferazione (TNP) sono: la garanzia e verifica che gli Stati non dotati di armi nucleari aderenti al TNP rispettino i loro impegni al fine di evitare che l'uso pacifico delle tecnologie nucleari venga dirottato a fini militari (lotta alla

proliferazione delle armi nucleari); la promozione dell'uso pacifico della scienza e della tecnologia nucleare tramite la cooperazione tecnica a sostegno di progetti di cooperazione nei paesi in via di sviluppo (servizi di esperti, attrezzature, formazione, ecc.); la ricerca e lo sviluppo di alimentazione, salute, acqua potabile e questioni ambientali in cui le tecnologie nucleari sono utili; l'assistenza agli Stati membri per valutare e pianificare il proprio fabbisogno energetico. L'Agenzia si occupa anche di garantire la sicurezza e lo sviluppo, nonché la promozione di standard di sicurezza e radioprotezione negli Stati; il sostegno agli Stati membri per prevenire, individuare e reagire ad atti dolosi o terroristici e proteggere gli impianti e i trasporti nucleari dal sabotaggio, sviluppo e promozione di raccomandazioni sulla sicurezza nucleare e scambi di migliori pratiche.

L'Agenzia per l'energia nucleare (NEA) fu creata nel 1958 come Agenzia specializzata dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). Essa ha sede in Francia e riunisce 31 paesi membri dell'Unione Europea, del Nord America e della regione Asia-Pacifico, che rappresentano quasi l'86% dell'energia nucleare mondiale. La sua missione è consentire ai paesi che ne sono membri di mantenere e approfondire le basi scientifiche, tecnologiche e legali essenziali per l'uso sicuro, pacifico e rispettoso dell'ambiente e dell'energia nucleare. Essa si occupa in particolare di sicurezza nucleare; di regolamentazione sul nucleare, essendo depositaria delle Convenzioni sulla responsabilità civile nucleare; di sviluppo dell'energia nucleare, effettuando analisi periodiche sulle sfide economiche, tecnologiche e sociali dell'energia nucleare; di gestione dei rifiuti radioattivi, scienze nucleari, radioprotezione e salute pubblica.

Di sicurezza nucleare si occupa anche il Gruppo dei Sette (G7), un gruppo internazionale composto da sette paesi (Stati Uniti, Giappone, Germania, Francia, Regno Unito, Italia, Canada, Russia, anche se la sua partecipazione è attualmente sospesa). I temi affrontati dal G7 sono vari, economia, finanza, difesa e sicurezza internazionale e sicurezza e approvvigionamento energetico- nucleare, per il quale il G7 ha un forum dedicato, il *Nuclear Safety and Security Group*, che fu creato nel 2002.

Nel dicembre 1999 fu istituito il G20. Il suo scopo originario era quello di riunire annualmente i ministri delle finanze e i governatori delle banche centrali dei paesi industrializzati e dei paesi emergenti per facilitare la consultazione internazionale in materia economica. Le questioni relative alla sicurezza e alla protezione anche nucleare vengono trattate regolarmente nella sua agenda.

Infine, Il gruppo dei fornitori nucleari, conosciuto come NSG (Nuclear Suppliers Group), è stato creato nel 1975, su iniziativa degli Stati Uniti, in risposta all'esplosione indiana del maggio 1974. Lo scopo della sua istituzione era quello di completare i meccanismi di controllo dell'AIEA potenzialmente inefficaci nei confronti degli Stati non firmatari del TNP o di quelli i cui impianti nucleari non sono stati affidati al controllo dell'AIEA. Il NSG conta ora 48 membri. La sua principale attività consiste nello sviluppo di linee guida, non direttamente vincolanti per i suoi Stati membri, ma dotati di forza politica. Il NSG redige inoltre elenchi di beni nucleari per i quali devono applicarsi le direttive, in particolare l'applicazione delle salvaguardie dell'AIEA.

20. L'Unione europea, la regolamentazione del nucleare e i meccanismi di controllo

L'Unione Europea è intervenuta in campo nucleare con il Trattato che istituisce la Comunità Europea dell'Energia Atomica (EURATOM). Entrato in vigore nel gennaio 1958 il Trattato, fu originariamente istituito con l'obiettivo di coordinare i programmi di ricerca degli Stati in vista dell'uso pacifico dell'energia nucleare. Oggi contribuisce alla messa in comune delle conoscenze, delle infrastrutture e del finanziamento dell'energia nucleare. Garantisce la sicurezza dell'approvvigionamento di energia atomica, ponendola sotto un unico controllo centralizzato. Della regolamentazione dell'attività nucleare si occupano due gruppi del Consiglio: il gruppo sulle questioni atomiche e il gruppo congiunto ricerca-questioni atomiche. Vi sono poi diverse strutture francesi che intervengono per preparare le posizioni che saranno difese dalla Francia nei dibattiti comunitari. Tra queste, la Rappresentanza Permanente dell'Unione Europea a Bruxelles, con la presenza di un consigliere nucleare; il Segretariato

Generale per gli Affari Europei (SGAE) e il suo settore EURATOM; il Comitato Tecnico EURATOM (CTE) che fornisce supporto tecnico alla SGAE.

L'EURATOM ha stipulato accordi bilaterali con numerosi paesi terzi nei settori di sua competenza. Tra questi vi sono gli accordi sui controlli per garantire l'uso pacifico dell'energia nucleare, la ricerca, il trasporto di materiali.

Per quanto concerne la sicurezza nucleare, l'Unione europea è intervenuta con la direttiva 2009/71/Euratom che istituisce un quadro legislativo, regolamentare e organizzativo per la sicurezza degli impianti nucleari. Tale direttiva fu modificata e aggiornata nel 2014 (direttiva 2014/87/Euratom), a seguito dell'Incidente nucleare di Fukushima. La seconda direttiva di modifica ha rafforzato la trasparenza sulle questioni di sicurezza nucleare e l'indipendenza delle autorità nazionali preposte alla sicurezza. Ha altresì istituito un sistema europeo di valutazione *inter partes* su specifiche questioni di sicurezza, che deve essere effettuato ogni sei anni dagli Stati membri attraverso le rispettive autorità preposte alla sicurezza.

Per implementare il sistema di sicurezza nucleare, il Consiglio Europeo ha creato il Gruppo di Alto Livello sulla Sicurezza Nucleare (CHN), che è diventato ENSREG (Gruppo dei Regolatori Europei per la Sicurezza Nucleare) riunendo le autorità nazionali competenti (ASN e DGEC per la Francia) e la Commissione Europea, oltre come l'istituzione di un forum aperto sull'energia nucleare, l'ENEF (European Nuclear Energy Forum).

L'Unione europea contribuisce al miglioramento della sicurezza nucleare anche sulla scena internazionale. In particolare è stato istituito l'INSC per mezzo del regolamento del Consiglio (Euratom) del 19 febbraio 2007. Esso concretizza l'obiettivo europeo di garantire i massimi livelli di sicurezza nucleare anche oltre i confini europei, fornendo assistenza ai paesi terzi, in particolare nei settori dei rifiuti nucleari e nella gestione e smantellamento del combustibile esaurito.

La Direttiva 2011/70/Euratom si occupa inoltre della gestione dei rifiuti radioattivi. La Euratom PCRD (Joint Research and Development Programme) ha l'obiettivo di definire un programma quadro di ricerca e formazione in materia nucleare, con gli obiettivi di perseguimento dello sviluppo sostenibile dell'energia da fusione (ITER) e

del soddisfacimento delle esigenze della fissione nucleare in termini di sicurezza, gestione dei rifiuti, efficienza e competitività. Nel febbraio 2008, inoltre, il Consiglio ha approvato il Piano strategico per le tecnologie energetiche (SET-PLAN), che ha come obiettivo quello di accelerare lo sviluppo e la diffusione al miglior costo delle tecnologie a basse emissioni di carbonio. Questo piano comprende misure relative alla pianificazione, all'attuazione, alle risorse e alla cooperazione internazionale nelle tecnologie nucleari (fissione e fusione).

Inoltre, a partire dal giugno 1960, è stata istituita dal trattato EURATOM un'Agenzia finalizzata a garantire a tutti gli utenti dell'Unione europea un accesso regolare ed equo ai minerali e ai combustibili nucleari, grazie ad una politica di approvvigionamento comune. In quanto responsabile della gestione della domanda e dell'offerta di minerali, materie prime (ad esempio uranio naturale) e materiali fissili speciali (ad esempio uranio arricchito e plutonio). All'interno dell'UE, l'Agenzia ha: un diritto di opzione su minerali, materie prime e materie fissili speciali prodotti nel territorio degli Stati membri (articolo 57 del trattato Euratom); un diritto esclusivo di concludere contratti per la fornitura di minerali, materie grezze o materie fissili speciali dall'interno o dall'esterno della Comunità (articolo 52 del trattato Euratom). Per seguire l'evoluzione del mercato e svolgere le sue missioni, gli utenti sono obbligati a comunicare all'agenzia varie informazioni sui materiali nucleari che detengono.

La Comunità EURATOM si occupa anche di controllare che i materiali nucleari non vengano utilizzati per scopi diversi da quelli dichiarati dall'utilizzatore. Questi controlli sono affidati alla Commissione. Il regolamento di attuazione 302/2005 descrive le procedure di controllo nei 28 Stati membri dell'Unione. La Commissione gode di ampi poteri di controllo e ha accesso a tutti gli impianti che detengono materiale nucleare, ad eccezione di quelli destinati a esigenze di difesa.

Il regolamento 428/2009 che modifica il regolamento 1334/2000 del Consiglio istituisce un regime comunitario per il controllo e il divieto, a determinate condizioni, delle esportazioni di beni e tecnologie a duplice uso. In particolare, i beni che possono avere un uso civile e militare sono detti "*dual-use*". Tali merci sono soggette ad autorizzazione quando vengono esportate al di fuori della Comunità Europea ma anche

nell'ambito di scambi intracomunitari, al fine di garantire il rispetto degli impegni internazionali dell'Unione Europea (UE) e degli Stati membri in materia di - proliferazione. Il controllo delle esportazioni garantisce la libera circolazione dei prodotti a duplice uso all'interno della Comunità.

21. La Cooperazione bilaterale francese in campo nucleare civile e la sicurezza in campo nucleare

Nel marzo 2017 a Parigi il Ministro dell'Ambiente, dell'Energia e del Mare, incaricato delle relazioni internazionali sul clima della Repubblica francese e il Ministro dell'Economia, del Commercio e dell'Industria del Giappone (METI) hanno firmato una dichiarazione di intenti sulla cooperazione in nucleare civile, in occasione della visita del Sig. Shinzo Abe, Primo Ministro del Giappone. Questa dichiarazione di intenti, si pone in continuazione con una lunga storia di cooperazione nel campo dell'uso pacifico dell'energia nucleare tra i due paesi. La dichiarazione individua anche diverse aree in cui la cooperazione sarà successivamente rafforzata: sicurezza nucleare globale, sicurezza e non proliferazione; ciclo del combustibile, in particolare per il riciclo del combustibile esaurito e la gestione dei rifiuti radioattivi; reattori a neutroni veloci, con un previsto rafforzamento della partnership tra Francia e Giappone sul progetto del reattore nucleare di quarta generazione ASTRID; smantellamento e decontaminazione, in particolare per lo smantellamento della centrale nucleare di Fukushima; cooperazione industriale, con in particolare la firma di documenti legali relativi all'acquisizione di una partecipazione da parte dei produttori giapponesi MHI e JNFL in New Areva, e discussioni in corso con MHI nell'ambito dell'apertura del capitale di New NP; energia di fusione.

Per quanto riguarda la cooperazione internazionale per la sicurezza nucleare, anche prima dell'incidente di Fukushima di cui si è detto, l'AEIA aveva già un ruolo importante nella elaborazione di norme di sicurezza. Ai sensi del proprio statuto, infatti, l'AIEA elabora norme di sicurezza per la tutela della salute e la minimizzazione dei pericoli per l'uomo e per l'ambiente che possono derivare dall'uso delle radiazioni ionizzanti. La regolamentazione dell'AEIA è contenuta in numerose norme, che sono

state adottate di concerto tra i 151 Stati membri dell'Agenzia. Gli standard di sicurezza dell'AIEA sono stabiliti attraverso un procedimento che si affida a quattro comitati specializzati per gli standard di sicurezza composti da rappresentanti di tutti gli Stati membri dell'Agenzia : il Nuclear Safety Standards Committee [NUSSC] per gli standard di sicurezza nucleare; il Waste Safety Standards Committee [WASSC] che si occupa dei rifiuti; il Comitato per gli standard di sicurezza dei trasporti [TRANSSC] per i trasporti; il Comitato per gli standard di sicurezza delle radiazioni [RASSC] per la radioprotezione, nonché la Commissione per gli standard di sicurezza (CSS), che assicura la coerenza tra tutti gli standard.

Il procedimento ha avvio con la definizione di un piano di lavoro, che viene rivisto da uno dei quattro comitati. Successivamente, si svolgono riunioni di consulenti internazionali che procedono alla stesura di nuovi standard o alla revisione di standard esistenti. Il comitato competente e la Commissione esamina quindi il nuovo standard, che viene successivamente approvato dalla CSS e infine dal consiglio di amministrazione dell'Agenzia.

Per raggiungere l'obiettivo di un elevato livello di sicurezza, l'AIEA fornisce anche assistenza agli Stati per lo sviluppo della loro infrastruttura nazionale e delle competenze umane necessarie.

Nel settore della preparazione e gestione delle emergenze, l'AIEA agisce principalmente nel quadro delle due convenzioni adottate all'indomani del disastro di Chernobyl: la Convenzione sulla notifica tempestiva di un incidente nucleare e la Convenzione sull'assistenza in caso di incidente nucleare o emergenza radiologica. A tali fini l'AIEA ha istituito un Centro per gli incidenti e le emergenze (IEC) all'interno del dipartimento per la sicurezza e la protezione nucleare. Esso funge da punto di riferimento per lo Stato interessato dall'emergenza: che può rivolgersi ad esso per un primo soccorso e per la trasmissione delle proposte di assistenza.

Ad esempio, in occasione dell'incidente di Fukushima, l'IEC venne allertato immediatamente dopo il terremoto dagli specialisti in sismologia dell'AIEA. Esso ha stabilito una comunicazione iniziale con il punto di contatto di emergenza designato dal Giappone, il Nuclear and Industrial Safety Agency (NISA). Successivamente,

l'AIEA, tramite l'IEC, ha fornito ai propri Stati membri le informazioni raccolte dai canali ufficiali giapponesi, previa verifica della loro provenienza e consistenza. L'IEC ha altresì stabilito il coordinamento con le organizzazioni intergovernative dell'Inter-Agency Committee on Radiological and Nuclear Emergencies (IACRNE) per lo scambio di informazioni e per trattare con l'Organizzazione marittima (IMO) e con l'Organizzazione per l'aviazione civile internazionale (ICAO) su questioni specifiche come le raccomandazioni per le compagnie marittime o aeree. Il collegamento con l'Organizzazione Meteorologica Mondiale (WMO) ha permesso di effettuare e condividere con gli Stati Membri le previsioni di diffusione della contaminazione atmosferica, integrando le letture delle misurazioni locali della radioattività giapponese, integrato dai dati messi a disposizione dell'AIEA da molti Stati e dal segretariato dell'Organizzazione del trattato per la messa al bando totale degli esperimenti nucleari (CTBTO).

Il coordinamento con l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e con l'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) delle Nazioni Unite ha offerto un prezioso permesso di consigliare il governo giapponese nelle sue azioni. L'Agenzia ha inoltre istituito al suo interno tre squadre di coordinamento e analisi degli incidenti, al fine di seguire da vicino gli sviluppi della situazione. La mobilitazione dell'AIEA è stata dunque totale e immediata e si è protratta durante tutto il periodo critico, in collegamento con tutte le organizzazioni intergovernative interessate dalla crisi.

Dopo l'incidente di Fukushima, si è posta a livello mondiale l'esigenza di un rafforzamento del regime globale di sicurezza nucleare. Nei giorni successivi al disastro si è tenuto a Vienna l'incontro triennale degli Stati parti della Convenzione sulla sicurezza nucleare (CNS), seguito da un incontro straordinario l'anno seguente. L'AIEA ha preparato, in consultazione con i suoi Stati membri, un Piano d'azione sulla sicurezza nucleare che è stato approvato dal Consiglio dei governatori della Agency e poi adottato dalla Conferenza Generale il 22 settembre 2011. Il Piano si compone di 12 azioni principali, tra cui: le valutazioni di sicurezza alla luce dell'incidente alla centrale nucleare di Fukushima; le revisioni dell'AIEA stessa; la preparazione e

gestione delle emergenze; l'autorità nazionale di controllo; gli operatori; gli standard di sicurezza dell'AIEA; il quadro giuridico internazionale; gli Stati membri che si preparano a sviluppare un programma per l'energia nucleare; lo sviluppo delle capacità umane; la protezione della popolazione e dell'ambiente contro le radiazioni ionizzanti; la comunicazione e diffusione di informazioni; la ricerca e lo sviluppo.

Le norme di sicurezza dell'Agenzia costituiscono la base dei sistemi destinati a raggiungere un elevato livello di sicurezza e riguardano: la preparazione e gestione delle emergenze; la progettazione di centrali nucleari; selezione e valutazione del sito; la valutazione dei pericoli naturali estremi, compresa la loro combinazione; la gestione di incidenti gravi; la perdita di alimentazione; la perdita di raffreddamento; l'accumulo di gas esplosivi; il comportamento del combustibile nucleare e la sicurezza dello stoccaggio del combustibile irraggiato.

22. Le sfide del nucleare

Uno degli obiettivi più importanti è costituito dalla transizione ecologica. A tal proposito, la legge sulla transizione energetica per la crescita verde adottata nell'estate del 2015, comprende alcune disposizioni aventi ad oggetto anche la transizione energetica nel settore nucleare. In particolare viene prevista una riduzione della sua quota nella produzione di elettricità al 50% nel 2025; nonché un limite massimo della capacità installata della flotta nucleare francese a 63,2 GW. Ciò implica che la messa in servizio del reattore EPR di “terza generazione” a Flamanville, di cui si è detto, (con una potenza di 1.650 MW) comporta la chiusura di capacità nucleari preesistenti di potenza equivalente. Nel 1997, Framatome, in collaborazione con Siemens, ha sviluppato L'EPR (European Pressurized water Reactor), cioè un reattore di tipo PWR da 1.650 MW come reattori attuali ad acqua pressurizzata e uranio arricchito, rafforzando i dispositivi di sicurezza e riducendo il consumo di uranio e la produzione di scorie a lunga vita e migliorando l'efficienza termica. La costruzione dell'EPR di Flamanville è iniziata nel 2007 ed è stato recentemente messo in opera.

Tra le sfide della transizione energetica nel settore nucleare vi è anche la costruzione dei reattori di c.d. quarta generazione, entro il 2050. Tali reattori, infatti, sono

progettati in modo da migliorare le prestazioni in termini di consumo di combustibile, produzione di scorie (consumo di plutonio prodotto dagli attuali reattori, trasmutazione di attinidi minori) o anche diversificazione delle applicazioni termiche (produzione di calore industriale ad alta temperatura).

Nel 2000, su iniziativa degli Stati Uniti, è stato istituito il Forum Internazionale Generazione IV, i cui programmi di ricerca e sviluppo sono iniziati nel 2004. Tre dei sistemi selezionati utilizzano neutroni veloci (reattori raffreddati con elio, sodio o piombo), altri tre utilizzano neutroni termici (reattori ad alta temperatura raffreddati con elio, destinati alla produzione di idrogeno, reattori ad acqua supercritica e reattori a sali fusi). La CEA sta attualmente sviluppando il reattore di Astrid, un prototipo da 600 MW, che dovrebbe entrare in servizio nel 2023 a Marcoule. Tra gli obiettivi di sviluppo del sistema nucleare francese c'è anche la c.d. fusione nucleare "controllata". La fusione è il processo di assemblaggio di due nuclei leggeri (due isotopi dell'idrogeno, cioè deuterio e trizio) i quali, unendosi tra loro, vanno a formare un nucleo più pesante, rilasciando grandi quantità di calore, che, a parità di massa combustibile, produce 4 volte più energia della fissione. Questa reazione è in grado di produrre energia in modo sostenibile solo se la sostanza formata dai nuclei di deuterio e trizio e gli elettroni della ionizzazione sono mantenuti ad un calore sufficiente, attraverso un campo magnetico o mediante impulsi di raggi laser.

Nei sistemi di confinamento più evoluti il riscaldamento può avvenire trasferendo l'energia delle particelle alfa risultanti dalla reazione di fusione all'interno di una macchina denominata *tokamak*. La costruzione di tale reattore in via sperimentale è in corso di realizzazione ad opera del progetto denominato ITER, a cui partecipano 34 paesi tra cui l'Unione europea, la Russia, la Cina, il Giappone, gli Stati Uniti d'America, l'India, e la Corea del Sud, che terminerà nel 2025.

23. Conclusioni

La disciplina pubblicistica dell'energia elettrica presenta specificità rilevanti rispetto ad altri settori della regolazione economica. Come si è visto, il settore energetico si caratterizza per una intensa regolazione, dovuta sia alle specificità dell'oggetto della

disciplina, cioè l'energia elettrica come bene immateriale, sia alla molteplicità degli interessi pubblici coinvolti, che si innestano su fallimenti di mercato, (i.e. il sistema a rete non duplicabile), sia agli obiettivi di politica internazionale e di sicurezza nazionale, che intercettano delicate interrelazioni con l'ambiente e il clima, come tutelati nel *Green Deal* e nelle normative europee e nazionali sulla decarbonizzazione e sullo sviluppo sostenibile e negli accordi internazionali (ad esempio il Protocollo di Kyoto).

Come si è visto, la normativa sull'energia elettrica si caratterizza inoltre per la presenza di intensi poteri pubblicistici di conformazione dell'attività di impresa.

Il diritto euro-unitario ha ampiamente disciplinato il settore attraverso la sequenza dei “pacchetti” di direttive e di regolamenti, come si è visto, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Le caratteristiche e la complessità del settore si rivelano anche nell'ampio numero di soggetti regolatori sia europei che nazionali. Le autorità indipendenti del settore operano insieme ai Governi nazionali, che si occupano di suggerire gli indirizzi strategici, in un delicato bilanciamento tra decisioni politiche ad essi riservate e decisioni tecniche, di competenza delle autorità di settore.

Tra gli strumenti della regolazione vi sono sia misure tradizionali di tipo autoritativo che misure di c.d. *command and control*, sia strumenti di mercato. Tali strumenti agiscono anche come meccanismi di concorrenza “per il mercato”, ad esempio nel caso del rilascio di titoli concessori per i quali vige, come si è visto, l'obbligo di esperimento di procedure competitive là dove non è possibile la concorrenza “nel mercato”.

Vi sono poi i c.d. “mercati artificiali” (certificati verdi, bianchi e neri), i quali vengono in essere in una cornice di regolazione di tipo autoritativo, fondata su obblighi imposti agli operatori, che creano i presupposti per l'operatività della concorrenza.

La concorrenza perfetta nei settori della produzione e, in particolare, della vendita al dettaglio di energia permette di beneficiare di strumenti innovativi come ad esempio lo *Smart Grid*, utili alla realizzazione di importanti obiettivi quali la neutralità climatica e la decarbonizzazione. La concorrenza, infatti, porta gli operatori ad investire nello sfruttamento di tutte le innovazioni tecnologiche per offrire servizi

sempre più efficienti come il *demand management*, che ha l'obiettivo di realizzare non solo un risparmio di spesa, ma anche una migliore gestione della domanda di energia, con effetti rilevanti sul risparmio energetico. In quest'ottica, la concorrenza nel mercato energetico si pone come importante strumento per realizzare alcune delle principali missioni previste nel Next Generation EU e nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, come la rivoluzione verde e la transizione ecologica.

Il mercato dell'energia elettrica in Francia offre interessanti spunti di comparazione, pur presentando caratteri sostanziali molto differenti rispetto al mercato italiano, che non conosce il nucleare. La scelta di investire nella produzione di energia nucleare determina l'esigenza di tenere conto, nelle scelte politiche e nella regolazione di questo settore, di interessi pubblici peculiari, come la pubblica incolumità e la sicurezza nazionale, che giustificano la sottoposizione della produzione di energia nucleare al monopolio di Stato.

Inoltre, la recente nazionalizzazione della *Electricité de France S.A.*, resa necessaria dall'esigenza di risanare un'impresa in crisi considerata essenziale per la produzione di energia nucleare, ha fatto emergere l'importanza di perseguire l'interesse pubblico all'efficienza in questo settore, particolarmente rilevante anche nell'ottica del perseguimento della sicurezza nazionale e della pubblica incolumità.

BIBLIOGRAFIA

Capitolo I

AA.VV., Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti, a cura di -G. Napolitano, Bologna, 2020;

Alì, The intersection of EU and its member States' security in light of the foreign direct investments screening regulation, in *La Comunità internazionale*, 2020;

Alvaro, Lamandini, Police, I. Tarola, La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. I golden powers dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie, in *Quad. giur. Consob*, 2019, n. 2;

Angelini, Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del "golden power", in *Riv. dir. soc.*, 2018, 3;

Assonime, Quale assetto istituzionale per l'impiego dei fondi Next Generation EU, novembre 2020;

Bassan, *The Law of Foreign Wealth Funds*, Elgar, 2011;

Bassan, Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 1;

Bassanini, Napolitano, Torchia, Lo Stato promotore, In *Astrid-Irpa*, Lo Stato promotore. Indagine sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia di fronte alle crisi e alle trasformazioni del XXI secolo, Bologna, 2021;

Bilancia, Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni, in *Dir. pubbl.*, 2020, 333 ss. Bobbio L., Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Il caso dell'autostrada di Genova, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2010;

Boccardelli, Iacovone (a cura di), *Lo scenario economico dopo il Covid-19. Un piano strategico per ripartire*, Bologna, 2020;

Bonelli, La "golden share" all'italiana: regole comunitarie e regole interne in materia di "poteri speciali", in *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, a cura di S. Amorosino, G. Morbidelli, M. Morisi, Torino, 2002;

Bonelli, Roli, Privatizzazioni, ad vocem, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 2000, 994 ss.;

Butera, Bianchi , De Michelis , Perulli, L'“ultimo miglio” per l'attuazione del Next Generation Plan: i patti per il lavoro come approccio e come metodo per innovare la scuola, la Pubblica Amministrazione, il sistema produttivo, in *Astrid rassegna*, 1, 2021;

Cammelli; Dugato, Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale., in: *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008;

Cammelli; Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008;

Capriglione, COVID-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2, 2020;

Carloni, Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche, in *Astrid Rassegna*, 2021;

Cassese, Dalle regole del gioco al gioco con le regole, in *Mercato conc. reg.*, 2002;

Cassese, Lo Stato ad amministrazione disaggregata, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020;

Cassese, Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991;

della Cananea, La società per azioni Cassa Depositi e Prestiti, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004;

Di Palma, Gaspari, L'attuazione del “golden power” in Italia: dal potere regolamentare alla potestà regolatoria, in *GiustAmm.it*, 2013;

Di Via, Controllo degli investimenti stranieri e “antitrust”. Un matrimonio che s'ha da fare, in *Mercato conc. reg.*, 2020, 1;

Dugato, Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione, in: *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011;

Dugato, Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista, in *Munus*, 2011, 2;

Dugato, La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale, *Giornale Di Diritto Amministrativo*, 2005, 10;

Dugato, La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione, *Rivista Trimestrale Degli Appalti*, 2010, 1;

Dugato, Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità, in: *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2017;

Dugato, Le Società A Partecipazione Pubblica, in *Giornale Di Diritto Amministrativo*, 2013;

Dugato, Le società in-house., in: *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018;

Dugato, L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico, *Munus*, 2012, 3;

Dugato, Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.A., in: AA. VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Milano, 2004;

Dugato, Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità, *Munus*, 2016, 3;

Dugato, Le società pubbliche tra semplificazione, economicità ed efficienza e le valutazioni del giudice contabile, in: *Danno pubblico ed efficienza dell'Amministrazione*, Bologna, Bononia University Press, 2016;

Dugato, Società pubbliche e crisi economica, in: *Il diritto amministrativo dei paesi europei. Tendenze e riforme*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016;

Mastragostino, Dugato, Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione, Bologna, Bononia University Press, 2014;

Frediani, Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una relazione problematica, in *Dir. amm.*, 2020;

Freni, Le privatizzazioni, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bari, Laterza, 2021, spec.;

Gallo, Le golden shares e la trasformazione del public/private divide: criticità, sviluppi, e prospettive del diritto dell'Unione Europea tra mercato interno e

investimenti extra-UE, in *L'Unione Europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, a cura di S.M. Carbone, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012;

Garofoli, Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative, in *federalismi.it*, 2019, 17,

Garofoli, Golden share e authorities nella transizione della gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998;

Gaspari, Libertà di circolazione dei capitali privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato, Torino, 2015;

Gaspari, Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea, in *federalismi.it*, 2020, 16;

Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977;

Giannini, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia; Il diritto dell'economia*, XIII, 1967, n. 3;

Giannini, *Divergenze e convergenze tra diritto ed economia; politica sociale*, 1941;

Giannini, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia; Rivista del diritto commerciale*, LVII, 1959, n. 9-10, p. 311-328. Prolusione (con diverso titolo) al Corso di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma (12 marzo 1959);

Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020;

Haendel, *Foreign investments and the management of political risk*, Routledge, 2019;

La Spina -Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000;

Lener, "Golden powers" e investimenti esteri nelle infrastrutture finanziarie, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2020, 2;

Lombardo, Golden share, ad vocem, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, Treccani, 1998.;

Maccarone, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio Cost.*, 2020;

Majocchi, Next Generation EU: verso una fiscalità generale, in *Centro Studi sul Federalismo*, 29 maggio 2020;

Marconi, Raganelli, Emergenza, crisi economica e golden power, in *Conc. e mercato*, 2020, 1, 131 ss.;

Merusi, Analisi economica del diritto e diritto amministrativo, in *Dir. Amm.*, 2007, 427;

Merusi, La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore, in *Dpce*, 2000;

Minervini, Il "nuovo" azionariato di Stato. Lineamenti delle ricapitalizzazioni emergenziali, Torino, 2020;

Napolitano, Abrescia, Analisi economica del diritto pubblico, Bologna, 2009;

Napolitano, analisi economica del diritto pubblico, in *dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, I;

Napolitano, I pubblici poteri di fronte alla pandemia, in *Giorn. dir. amm.*, 2020;

Napolitano, Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008;

Napolitano, Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2019;

Napolitano, L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere, in *Giorn. dir. amm.*, 2019

Palmieri, (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Napoli, 2020;

Perez, I controlli sugli enti pubblici economici privatizzati, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1995;

Piperata, Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli, in *Munus*, 2013 III ss;

Retter, Frinking, Hoorens, Lynch, Nederveen, Phillips, Relationships between the economy and national security;

Roppo, Privatizzazioni e ruolo del pubblico: lo Stato regolatore, in Pol. dir., 1997, p. 629;

Roversi Monaco, L'attività economica pubblica, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da E. Galgano, I, Padova, 1977;

Saltari, Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, 249 ss;

San Mauro, I golden powers tra legislazione e applicazione concreta, in Astrid Rassegna, 2017, n. 15;

Sandulli, Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power, in Dir. pubbl., 2, 2020;

Scarchillo, Dalla "Golden Share" al "Golden Power": la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato, in Contratto e Impresa. Europa, 2015, 2;

Scarchillo, "Golden powers" e settori strategici nella prospettiva europea: il caso "Huawei". Un primo commento al Regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti, in Dir. del comm. int., 2020, 2;

Somma, Il governo delle condizionalità. Dal Piano Marshall all'Unione Europea, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti e C. Mainardis (a cura di), Scritti per Roberto Bin, Torino, 2019;

Tonetti, Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico, in Giorn. dir. amm., 2016, 573 ss;

Triscornia, "Golden power": un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario, in Riv. soc., 2019, 4;

Vasques, "Golden Power". Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia, in Mercato con. reg., 2020, 1;

Capitolo II

Agus, I servizi pubblici locali e la concorrenza, in Giorn. dir. amm., 2010

Benvenuti, Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali, in Dir. reg., 2002;

Cammelli, Comunità Europea e servizi pubblici, in *Diritto amministrativo comunitario* a cura di Vandelli, Bottari e Donati, Rimini, 1994;

Caringella, Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie, in *Foro it.*, 1996, I;

De Marco, Il servizio universale nell'ordinamento italiano, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998;

Domenichelli, I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato, in *Dir. amm.*, 2002;

Dugato, I servizi pubblici locali, «Quaderno. Associazione Per Gli Studi E Le Ricerche Parlamentari», 2004;

Dugato, La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà, «*Diritto Amministrativo*», 2020, 3;

Dugato, La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà, in: *scritti Per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020;

Dugato, La disciplina dei servizi pubblici locali, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2004, 2;

Dugato, Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società, in: *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, Bononia University Press, 2014, pp. 213 – 228;

Dugato, L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico, in *Munus*, 2012;

Dugato, Regolazione e gestione del trasporto pubblico locale tra principi generali e discipline di settore, in: *Il trasporto pubblico locale. Vol. II: Situazione ordinamentale e prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018;

Gigliani, Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico, in *Foro Amm.*, 1998;

Goisis, Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche, Milano, Giuffrè, 2004;

Goisis, I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, 6;

Goisis, I limiti all'attività extramoenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario, in Dir. proc. amm., 2001, 2;

Goisis, Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo, in Dir. dell'economia, 2013, vol. 26, n. 80;

Goisis, La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione, in Dir. proc. amm., 2011, 4;

Mazzamuto, Brevi note su normativa comunitaria e in house providing, in Dir. Ue, 2001;

Merusi, voce Servizio pubblico, in Nuoviss. Dig. ital., 1970, XVII;

Merusi, La nuova disciplina dei servizi pubblici, in Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2001;

Perini, L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedura di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una sentenza regolatrice della giurisdizione)., in Dir. proc. amm., 1997, 1;

Picozza, I pubblici servizi locali e le loro forme di gestione, con riguardo al regime di diritto comunitario, nazionale e regionale, in Nuova rass., 1995;

Piperata, Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali, Milano, 2005;

Piras, Servizi pubblici e società a partecipazione comunale, Milano, 1994;

Police, Le concessioni di servizi pubblici: regole di concorrenza e "privilegi" per l'amministrazione., in Riv. trim. app., 1995;

Racca, I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario, in Dir. amm., 1994, 2, 201 ss.

Rangone, I servizi pubblici, Bologna, Il Mulino, 1999;

Ramajoli, Attività amministrativa e disciplina antitrust, Milano, 1998;

Ramajoli, Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario. Autonomia e responsabilità degli Stati membri nei confronti del disegno liberalizzatore comunitario, in *Dir. amm.*, n. 4, 1993;

Romano Tassone, La società in house e la sua complessa disciplina, in F. Mastragostino, M. Dugato (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissione e gestione*, in *Quaderni della spisa*, 2012;

Roversi Monaco, I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali, in *Munus*, 2013, 1;

Ruotolo, Non “ce la chiede l’Europa” e non “la vogliono i cittadini”. Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali, in www.costituzionalismo.it, 2012;

Satta, Potere regolamentare del governo e servizi pubblici locali a rilevanza economica nell’art. 23-*bis* del D.l. n. 112/2008, in *Il dir. econ.*, 2010, 1;

Scoca, La tutela della concorrenza come contenitore omnibus dell’evidenza pubblica, dell’affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma anche funzionale a garantire la virtuosità degli enti territoriali nell’ambito del patto di stabilità, in *Giur. it.*, 2013, 12;

Sorace, Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1;

Torricelli, Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere, in *Munus*, 2011, 1;

Travi, Note introduttive, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003;

Travi, Note introduttive, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003;

Trimarchi Banfi, Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento, in *Dir. amm.*, 2013;

Vandelli, *Ordinamento delle autonomie locali*, commento alla Legge 8 giugno 1990, n. 142, Rimini, 1991;

Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004.

Vasques, I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza, Torino, 1999;

Villata, Pubblici servizi. Discussioni e problemi, Milano, 2008.

Capitolo III

AA.vv La transizione energetica e il *Winter Package*, politiche pubbliche e regolazione dei mercati, a cura di Travi A., Bruti Liberati E., De Ficatis M., Milano, 2017;

AA.vv, La transizione energetica e il *Winter Package*, politiche pubbliche e regolazione dei mercati, a cura di Travi A., Bruti Liberati E., De Ficatis M., Milano, 2017;

Ammannati, Il ruolo dell’Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell’Energia nella governance e nella regolazione del settore energetico, in *Amministrazioneincammino.it*, 2011.

Antoniazzi, Le prospettive (interrotte) di evoluzione dell’AEEGSI nella regolazione dei servizi pubblici, in *Munus*, 2017, 75 ss.

Aristei, L’Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017;

Artoni , Ascari, I servizi pubblici energetici tra regolamentazione e mercato. Recenti tendenze del pensiero economico ed esperienze concrete, in *Regolamentazione e mercato unico dell’energia*, a cura di L. De Paoli, Milano, 1993;

Avanzini, Il sistema elettrico italiano, in *I servizi a rete in Europa* a cura di E. Ferrari, Milano, 2000, 325 ss;

Baldwin, Cave, *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*, Oxford University Press, 1999;

Balladore Patuzzi, Le comunità europee e gli ordinamenti interni degli Stati membri, in *Dir. int.*, 1961, pp. 3 ss.

Baroncelli, La partecipazione dell’Italia alla governance dell’Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un’analisi delle fonti del diritto nell’ottica della fase ascendente e discendente, Torino, 2008;

Baruffi, *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008;

Benvenuti, Evoluzione giuridica del settore elettrico, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1995;

Benvenuti, La Ceca, ordinamento sovrano, in *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, Padova, 1961;

Bifulco, Cartabia, Celotto, L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Bologna, 2001;

Birnie, Boyle, Redgwell, *International Law And Environment*, Oxford, 2009, 7 ss.

Bosco, Pratiche commerciali scorrette e poteri sanzionatori: la Corte di Giustizia dell'Unione europea sceglie l'antitrust, in *Riv. C. conti*, 2021, n. 1, 67 ss.

Bruti Liberati, Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance in *Dir. pubbl.*, 2021, 102 ss.

Bungener Martine, *Histoire(s) de l'EDF comment se sont prises les décisions de 1946 à nos jours*, Paris, 1985, M. ORMOS, *La Montée : la promotion ouvrière dans une grande entreprise publique*, E.D.F.-G.D.F, Paris, 1982.

Caia, Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia, Milano, 1984;

Carta, Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE, in *Euroius.it*, 2020, pp. 54 ss.

Cassese, Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998;

Cassese, L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3 del 2001, in *Rass. ENEL*, 1998;

Cassese, Regolazione e concorrenza, a cura di G. Tesauro, M. D'Alberti, *Dalla regolazione alla concorrenza*, Bologna, 2000, 13, il quale chiarisce che la regolazione «si esplica con modalità “process oriented”: contraddittorio, partecipazione, trasparenza»

Cattaneo, voce Servizi pubblici, in *Encicl. Dir.*, XLII, 1990;

Clarich, Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998;

Clarich, voce Energia, in Enciclopedia del diritto, i Tematici III, Funzioni Amministrative, 2022;

Clò, Energia e clima. L'altra faccia della medaglia, Bologna, 2017;

Cocconi, La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo, Milano, 2020;

Cocconi, Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione, Profili giuridici e problematiche istituzionali dell'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili, Napoli, 2012, 75;

Colavecchio, Energia elettrica, in Dig. disc. pubbl., Aggiornamento, II, 2005;

Corpini, Marchisio - Foto, Diritto Ambientale. Profili internazionali europei e comparati, Torino, 2017;

Corso, La nuova disciplina dei servizi pubblici, in Riv. quad. serv. pubbl., 12, 2002;

Corso, La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato, in Dir. pubbl., 3, 2002, p. 985;

Cortese, Guella, Postali, La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile, Padova, 2013;

Cossu - Calvisi - Gini - Pisapia, Nozione di servizio pubblico, in I servizi pubblici degli enti locali, La gestione mediante società di capitali, a cura di R. Gracili, in Nuova Rassegna, Firenze, 1997;

Curti, Giacirno, Il Trattato Di Maastricht Sull' Unione Europea, Roma, 1993;

De Lucia, La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità, Torino;

De Paoli, Consumi energetici e obiettivi di risparmio energetico in Italia in Efficienza energetica: governance, strumenti e mercato, Milano, Ediplan, 2014;

Dezi, Il mercato dell'energia elettrica tra profitto e pubblica utilità, Padova;

Di Porto, Il cd. «tetto antitrust» alla generazione di energia elettrica. Nuovi poteri all'Autorità garante della concorrenza e del mercato?, in Concorrenza e mercato, 2001, 367 ss;

Ferrara, Gatto (A Cura Di), *Le Politiche Ambientali, Lo Sviluppo Sostenibile E Il Danno*, Milano, 2014;

Ferrari (a cura di), *I diritti Fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001;

Ferrari, Di Maso, Rizzo, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.

Fitoussi, *Edf Le Marche Et L'europe, L'avenir D'un Service Public*, Paris, 2003, 35 ss.

Flory, *Cooperazione internazionale e sicurezza nucleare*, in *Foreign Policy*, 2011/4, 865 ss.

Francazani, Baroncelli, *Europa: Costituzione O Trattato Per Suo Fondamento? Sul Trattato Di Lisbona E Suoi Sviluppi*, Napoli, 2010;

Gola, *L'organizzazione pubblica nel mercato elettrico*, in *giornale di dir. Amm.* 1999;

Goldschmidt, *Le complexe atomique : histoire politique de l'énergie nucléaire*, Paris, 1980;

Grippo, Manca, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008;

Grito, *Il Mercato Delle Energie Rinnovabili: Aspetti Economici*, In G. Napolitano - A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, pp. 61 ss.

Guarino, *Ratificare Lisbona?* Firenze, 2008;

Hecht, *Le Rayonnement de la france: energie nucleaire et identité nationale apres la second guerre mondiale*, Parigi, 2014;

Irti, *Privatizzazione dell'ENEL e luoghi dell'interesse pubblico*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1995;

Joskow, *Deregulation And Regulatory Reform in Us Electric Power Sector*. 17 febbraio 2000, 14;

Kappous, Brrar, *Les Compétences De L'union Européenne En Matière D'énergie Après Lisbonne* In D. Buscile, S. Hirsbrunner , C. Kabdus, *European Energy Law*, Bale, 2011;

- Landi, L'espropriazione delle imprese elettriche, RS, 1963;
- Le Guelte, Histoire de la menace nucléaire, Paris, 1997;
- Lucarelli, Patroni Griffi (a cura di), Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona, nuovi studi sulla Costituzione europea, Napoli, 2009;
- Manfredi, I poteri del gestore dei servizi energetici tra annullamento, misure ripristinatorie e sanzioni, in *Urbanistica e Appalti*, 2020, 121 ss;
- Marcou, Gouvernance et innovations dans le système énergétique: de nouveaux défis pour les collectivités territoriales : [actes du colloque du GRALE – EDF R&D qui s'est tenu à Paris les 26 et 27 novembre 2014], Paris, 2015;
- Marverra, Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale, 2011, pp. 55 ss.;
- Massa, L'applicazione del Protocollo di Kyoto e il dibattito sulla fase post-Kyoto, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 769 ss.
- Mencozzi, Il diritto comunitario e dell'Unione europea, Padova, 1997;
- Mencozzi, L'agenzia Di Approvvigionamento Dell'euratom, Milano, 1964; A. Tizzano, Peculiarità del Trattato Euratom e competenze della Corte di Giustizia, in *Studi in onore di Gaetano Morelli*, Milano, 1975, 903 ss;
- Mezzanotte, Aspetti giuridici dell'organizzazione e delle funzioni dell'Ente nazionale per l'energia elettr., FA, 1964, III, 273.
- Migliazza, Le Comunità europee in rapporto al diritto internazionale e al diritto degli Stati membri, Milano, 1964;
- Moliterni, Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, 4ss.
- Monaco, Caratteri istituzionali della Comunità economica europea, in *Riv. dir. int.*, 1958;
- Montini, Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, in *Riv. dir. int.*, 2017;
- Morbidelli, Regolazione e concorrenza nel mercato energetico, in *Munus*, 2011;
- Musolino, Il sistema elettrico nazionale fra disciplina statale e regionale, commento a Corte cost. 383 del 2005, in *Urb. app.*, 2006;

- Napolitano, L'energia elettrica ed il gas, in *Merc. Conc. Reg.*, 2002;
- Nazaret, Une histoire de l'écologie politique de René Dumont à Nicolas Hulot, Parigi, 2019, 231 ss;
- Nigro, Energia e servizio pubblico, Atti del convegno di studi sul tema. Atti del Convegno di studi sul tema 'I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritto dell'utente', in *Quad. Rass. giur. en elettr.*, Milano, 1989;
- Paris, Fumagalli Meraviglia, Ruinoipt, Santini (a cura di), Il Trattato di Lisbona e l'energia, in *Studi in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011;
- Perr, La solidarité énergétique entre les Etats membres de Union européenne: une chimère?, in *Rae-Lea*, 2010;
- Pozzo (a cura di), Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili, Milano, 2009;
- Quadri Monaco, Trabucchi (a cura di), Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario, Milano, 1965;
- Raco, Il Trattato istitutive della Comunità europea per l'energia atomica (Euratom), in *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961;
- Robinson, Competition and regulation in utility markets, London, 2005;
- Rossi, Pubblico e privato nell'economia di fine secolo, in *AA.VV., Le trasformazioni del diritto amministrativo, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1995;
- Rouyere, Les personnes publiques spécialisées, in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (a cura di), *Traité de droit administratif*, Parigi, 2011;
- Scalia, L'efficienza energetica nell'ambito del «Clean energy Jor all europeans package» e della Strategia energetica nazionale, in *www.rivistadga.it*, 6, 2017;
- Scarpa, chi ha paura della concorrenza nel settore elettrico? Note a margine del decreto Bersani, in *Mercato e concorrenza, regole*, 1999;
- Strozzi, Diritto istituzionale del' Unione europea (dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam), Torino, 1998;
- Tamburelli, Gli atti internazionali sulla protezione dell'ozono e la loro esecuzione in Italia, in *Riv. dir. int.*, 1994;

Termini, Il mondo rinnovabile: come un'energia pulita può cambiare l'economia, la politica e la società, Roma, 2018;

Tixier, EDF-GDF Une Entreprise Publique En Mutation, Paris, 2000;

Tizzano, Caratteristiche Generali Dell'unione Europea, Padova, 1995; Lauria, L'unione Europea, Torino, 1996;

Verde, Clò, 20-20-20: il teorema della politica energetica europea, in Energia, 4/2007;

Vetro, Sviluppo Sostenibile, Transizione Energetica e Neutralità Climatica Profili di Governance: Efficienza Energetica Ed Energie Rinnovabili Nel “Nuovo Ordinamento” Dell'energia, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario;

Zermati, Informatique et approvisionnement à E.D.F.-G.D.F, Paris, 1977;

Ziller, Il nuovo trattato europeo, Bologna, 2007.

ABSTRACT

La disciplina pubblicistica dell'energia elettrica presenta specificità rilevanti rispetto ad altri settori della regolazione economica. Il settore energetico si caratterizza infatti per una complessa regolazione, dovuta sia alle specificità dell'oggetto della disciplina, cioè l'energia elettrica come bene immateriale, sia alla molteplicità degli interessi pubblici coinvolti, che si innestano su fallimenti di mercato (*i.e.* il sistema a rete non duplicabile), sia agli obiettivi di politica internazionale e di sicurezza nazionale, che intercettano delicate interrelazioni con l'ambiente e il clima, come tutelati nel *Green Deal*, nelle normative europee e nazionali e negli accordi internazionali sulla decarbonizzazione e sullo sviluppo sostenibile. Inoltre, la filiera elettrica è “verticalmente integrata”, cioè suddivisa in attività diverse, cioè la produzione, il dispacciamento, la trasmissione, la distribuzione, la vendita all'ingrosso e al dettaglio di energia. Queste sono esercitate in regimi di mercato differenti: monopolio naturale (dovuto al carattere sub-additivo dei costi) per il dispacciamento, la trasmissione e la distribuzione di energia; libera concorrenza per la produzione e la vendita. L'esigenza di assicurare la concorrenza nel mercato energetico si contempera con la necessità di rispettare gli obblighi di servizio pubblico, in un delicato bilanciamento tra esigenze contrapposte. La Direttiva U.E. del 13 luglio 2009 n. 2009/72/Cee, all'art. 3, qualifica infatti la fornitura di energia elettrica come un servizio universale, attribuendo agli utenti il diritto di ricevere la fornitura e di mantenere prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori.

ENGLISH

The public regulation of electricity has significant specificities compared to other sectors of economic regulation. In fact, the energy sector is characterised by a complex regulation, due both to the specificity of the object of the discipline, *i.e.* electricity as an intangible asset, and to the multiplicity of public interests involved, which are grafted onto market failures (*i.e.* the non-duplicable grid system), and to international policy and national security objectives, which intercept delicate interrelations with the environment and climate, as protected in the *Green Deal*, in European and national

regulations and in international agreements on decarbonisation and sustainable development. Moreover, the electricity supply chain is characterised by being 'vertically integrated', i.e. divided into different activities: production, dispatching, transmission, distribution, wholesale and retail, carried out under different market regimes: natural monopoly regime (given the sub-additive nature of the costs) for dispatching, transmission and distribution; free competition for production and sale. The need to ensure competition in the energy market is reconciled with the need to respect public service obligations, in a delicate balancing between opposing requirements. In fact, the Article 3 of EU Directive of 13 July 2009 No. 2009/72/EC qualifies the supply of electricity as a universal service, giving users the right to receive the supply and to maintain reasonable, easily and clearly comparable, transparent and non-discriminatory prices.