

LA GOVERNANCE DEI MERCATI ENERGETICI NELL'ATTUAZIONE IN ITALIA DEL TERZO PACCHETTO COMUNITARIO*

Sommario: 1. Le misure contenute nelle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE sul rafforzamento dell'indipendenza e sull'ampliamento dei compiti e poteri delle autorità nazionali di regolamentazione - 2. Le previsioni dettate dal regolamento 713/2009/CE sull'istituzione, sull'organizzazione e sul funzionamento dell'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia - 2.1. La configurazione dell'Acer quale organismo *sui generis* della *governance* dell'energia. - 2.2. La vocazione dell'Acer ad assumere un ruolo da attore protagonista nello scenario della regolazione dei mercati energetici - 2.3. L'attitudine dell'Acer a fungere da soggetto propulsore dello sviluppo della *governance* policentrica nella regolazione multilivello delle reti - 3. L'assetto istituzionale del settore energetico delineato dal d.lgs. n. 93 del 2011 attuativo del Terzo Pacchetto in Italia - 3.1. Profili critici della disciplina sul riparto di competenze tra il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico in ordine alla compatibilità con le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE - 3.1.1 Il carattere dualistico e finalistico della regolazione nazionale del mercato dell'energia - 3.2. Aspetti problematici della normativa in tema di obiettivi, compiti e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico - 3.3. La portata innovativa della disciplina sul rapporto tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché sull'interazione del regolatore di settore con gli organismi di regolazione degli altri Stati membri e con le istituzioni sovranazionali - 4. La necessità di revisionare l'assetto istituzionale preposto alla regolazione dei mercati energetici a livello statale mediante l'adozione di opportuni interventi correttivi - 4.1. L'esigenza di distribuire le competenze tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il Ministero dello sviluppo economico secondo le indicazioni provenienti dalle direttive di terza generazione - 4.2. L'esigenza di definire con maggiore chiarezza e precisione i compiti e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico - 4.3. L'esigenza di assicurare l'autonomia finanziaria e organizzativa dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico allo scopo di adeguare la normativa interna alla disciplina comunitaria - 4.4. L'esigenza di rafforzare la tutela dell'indipendenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico - 4.5. L'esigenza di potenziare le garanzie di *accountability* e trasparenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico - 5. Considerazioni finali alla luce dei recenti sviluppi della regolazione europea dei mercati energetici.

1. Le misure contenute nelle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE sul rafforzamento dell'indipendenza e sull'ampliamento dei compiti e poteri delle autorità nazionali di regolamentazione

Nell'ambito delle misure contenute nel Terzo Pacchetto comunitario¹ assumono particolare rilievo le previsioni concernenti il rafforzamento dell'indipendenza e l'ampliamento dei compiti e poteri

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

* Questo articolo costituisce una versione rielaborata ed aggiornata della relazione dal titolo "*The evolution of the Powers of National Regulators and the Role of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER)*" presentata al convegno "*Multilevel Regulation and Government in Energy Markets*" svoltosi presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" il 29 e 30 novembre 2012, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

¹ Il Terzo Pacchetto è stato approvato il 13 luglio 2009 dal Parlamento europeo e dal Consiglio ed è entrato in vigore il 3 settembre 2009. Tale *corpus* normativo è composto da due direttive e tre regolamenti:

- Direttiva 72/2009/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 54/2003/CE;

- Direttiva 73/2009/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 55/2003/CE;

- Regolamento 713/09/CE che istituisce l'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia;

- Regolamento 714/09/CE relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il Regolamento 1228/03/CE;

- Regolamento 715/09/CE relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il Regolamento 1775/05/CE.

delle autorità nazionali di regolamentazione, dettate dalle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE recanti norme comuni per il mercato interno, rispettivamente, dell'energia elettrica e del gas naturale².

In via preliminare è necessario evidenziare che nel Terzo Pacchetto viene delineato un modello estremamente dettagliato di regolatore del mercato dell'energia, a cui gli Stati membri sono tenuti a conformarsi, avendo a disposizione pochi spazi di manovra per fruire di eventuali deroghe.

Le nuove direttive comunitarie sono assai esplicite nel fissare i requisiti di indipendenza del regolatore di settore in coerenza con il dettato normativo delle previgenti direttive 54/2003/CE e

Per una puntuale ricognizione della disciplina del Terzo Pacchetto e per un'analisi dettagliata dei principali aspetti concernenti la sua attuazione negli Stati membri dell'Unione europea, si veda in dottrina R. Boscheck, *The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality*, in *World Competition*, 2009, pp. 593 ss.; A. De Hauteclocque, V. Rious, *Reconsidering the Regulation of Merchant Transmission Investment in the Light of the Third Energy Package: the Rule of Dominant Generators*, European University Institute, Firenze, 2009; J.E. Soriano García, *The Internal Gas Market According to the Law of Competition. Provisions of the Community's Third Package*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2010, p. 175; E. Ehlers, *Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain, and The Netherland and the Law of the European Union: a Comparison*, Antwerp, 2010; M. Giachetti Fantini, R. Miccù, *El mercado de la energía en Italia*, in *La costruzione del mercato europeo de la energia*, Editorial Comares, 2011, pp. 49-100; M. Marletta, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011.

² Numerose sono state le iniziative comunitarie propedeutiche all'adozione del Terzo Pacchetto, volto a completare la realizzazione di un mercato concorrenziale nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale.

Nella comunicazione del 10 gennaio 2007, recante il titolo "Una politica energetica per l'Europa", la Commissione europea ha sottolineato che una delle cause della frammentazione dei mercati energetici statali era da ricercare nell'eccessiva discrezionalità riconosciuta alle autorità nazionali di regolamentazione nell'interpretazione del diritto comunitario, da cui derivava l'inadeguatezza del controllo effettuato dalle stesse sull'applicazione di tale disciplina.

In data 19 settembre 2007 la Commissione europea ha presentato al Consiglio e al Parlamento europeo alcune proposte legislative finalizzate a rafforzare la sicurezza energetica e a progredire nel processo di liberalizzazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale. Tali provvedimenti si inserivano nel percorso, avviato con la pubblicazione nel marzo 2006 del Libro verde su "Una strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura", diretto a ricollocare l'energia al centro dell'azione comunitaria.

Alla fine degli anni duemila è stata intrapresa un'attività di costante monitoraggio sull'attuazione delle direttive europee vigenti in materia di energia, al fine di evidenziarne problemi e limiti in sede di recepimento sul piano nazionale. Nel giugno 2009 la Commissione europea ha avviato un procedimento di infrazione contro venticinque Stati membri, con riguardo al settore dell'energia elettrica, e contro ventuno Stati membri, con riguardo al settore del gas naturale, nel quale si contestava l'inadempimento delle prescrizioni imposte dalle direttive comunitarie. Una delle principali criticità, emerse in sede di verifica della compatibilità della disciplina statale con la normativa europea è stata individuata nella scarsa autonomia delle autorità nazionali di regolamentazione dai rispettivi governi, nonché nell'assegnazione a queste ultime di poteri non adeguati alle funzioni ad esse attribuite. In particolare si è rilevata la mancata predisposizione nei confronti dei regolatori nazionali di un sistema sanzionatorio idoneo a reprimere le violazioni delle norme comunitarie in tema di energia. Inoltre, nel 2010 la Commissione europea ha pubblicato una relazione sul grado di sviluppo del mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale, denominata *Benchmarking Report*, in cui si riportavano i risultati di una ricerca teorica avviata nel 2005 ed intesa ad evidenziare i progressi compiuti dai vari Paesi europei nella direzione dell'integrazione dei mercati nazionali e della creazione di un mercato unico europeo dell'energia, a seguito dell'istituzione di un'autorità indipendente di regolazione. L'Italia ha ottenuto un buon punteggio a conferma del soddisfacente giudizio formulato a livello europeo sul modello di regolazione indipendente adottato nel nostro Paese fin dal 1995.

Per una ricostruzione dei lavori preparatori all'approvazione del Terzo Pacchetto, in dottrina si veda: A. Canepa, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del "terzo pacchetto" legislativo*, in *Amministrare*, 2009, n. 2, pp. 217 ss.; E. Ciaralli, *I mercati europei dell'elettricità e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, n. 1, p. 188; T. Jamasb M. Pollit, *Electricity Market Reform in the European Union: Review of Progress toward Liberalization and Integration*, in *Energy Journal*, 2005, pp. 11-41; M. Pollit, *Lo stato delle liberalizzazioni nel settore elettrico europeo*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, n. 3, pp. 497 ss.; B. Pozzo, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2009, n. 6, pp. 841 ss.; P. Ranci, *Verso il mercato unico europeo dell'energia*, in *La regolazione dei mercati energetici nel "terzo pacchetto" comunitario*, a cura di E. Bruti Liberati, E. Pontarollo, P. Ranci, O. Torrani, Milano, 2010, p. 20.

55/2003/CE, che qualificavano le autorità nazionali di regolamentazione come “pienamente indipendenti dagli interessi dell’industria”³. Sul punto le direttive del Terzo Pacchetto introducono, però, un’importante novità, sancendo espressamente l’indipendenza del regolatore non solo rispetto alle imprese regolate, ma anche nei confronti del governo. Segnatamente l’art. 35, par. 4, della direttiva 72/2009/CE e l’art. 39, par. 4, della direttiva 73/2009/CE stabiliscono che “gli Stati membri garantiscono l’indipendenza dell’autorità di regolamentazione e provvedono affinché essa eserciti i suoi poteri con imparzialità e trasparenza”. Inoltre le suddette norme dispongono che “[...] gli Stati membri provvedono affinché, nell’esercizio delle competenze ad essa conferite [...], l’autorità di regolamentazione sia giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato” e “garantisca che il suo personale e le persone responsabili della sua gestione agiscano in maniera indipendente da qualsiasi interesse commerciale e non sollecitino, né accettino istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici e privati nell’esercizio delle funzioni di regolamentazione”. Tuttavia nelle suindicate previsioni si precisa che tale regime di indipendenza dell’autorità nazionale di regolamentazione “lascia impregiudicati la stretta cooperazione [...] con altre pertinenti autorità nazionali e gli orientamenti di politica generale elaborati dal governo, non connessi con [...] le competenze di regolamentazione” riservate al regolatore di settore dalle summenzionate direttive.

L’art. 35, par. 5, della direttiva 72/2009/CE e l’art. 39, par. 5, della direttiva 73/2009/CE stabiliscono altresì che “gli Stati membri provvedono affinché l’autorità di regolamentazione possa prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico”. Nelle note interpretative, elaborate dalla Commissione europea con il contributo del Gruppo dei regolatori europei per l’elettricità e il gas e formalmente adottate in data 22 gennaio 2010⁴, si evidenzia che le richiamate disposizioni vietano qualsiasi forma di pressione politica sulle decisioni delle autorità nazionali di regolamentazione ed escludono l’assoggettamento delle stesse ad approvazioni preventive o successive da parte degli organi ministeriali, pur facendo salva la possibilità per i governi di formulare linee guida sulla politica energetica statale.

Allo scopo di rafforzare l’indipendenza dei regolatori nazionali, le nuove direttive dettano poi disposizioni organizzative puntuali. In particolare l’art. 35, par. 5, lett. a), della direttiva 72/2009/CE e l’art. 39, par. 5, lett. a), della direttiva 73/2009/CE stabiliscono che “gli Stati membri provvedono [...] affinché l’autorità di regolamentazione disponga di dotazioni annuali separate, di autonomia di esecuzione del bilancio assegnato e di risorse umane e finanziarie idonee allo svolgimento della sua attività”. Nelle note interpretative della Commissione europea si rileva che l’incremento delle risorse umane e finanziarie a disposizione del regolatore di settore si giustifica in ragione dell’attribuzione a quest’ultimo di un maggior numero di compiti e poteri. Inoltre si sottolinea che il principio di autonomia di esecuzione del bilancio postula che lo Stato membro, pur essendo legittimato ad intervenire sul bilancio complessivamente assegnato all’autorità nazionale di regolamentazione, non possa sindacare sul modo in cui tale bilancio sia concretamente utilizzato dalla stessa.

Nelle nuove direttive comunitarie sono poi previste regole specifiche sulla durata del mandato dei componenti dell’autorità nazionale di regolamentazione, che possono essere riconfermati una sola volta dopo la scadenza dell’incarico, e sulla revoca di tali soggetti, che è ammessa esclusivamente in casi eccezionali. Segnatamente l’art. 35, par. 5, lett. b), della direttiva 72/2009/CE e l’art. 39, par. 5, lett. b), della direttiva 73/2009/CE stabiliscono che i membri del consiglio d’amministrazione

³ In proposito si vedano l’art. 23, par. 1, della direttiva 54/2003/CE e l’art. 25, par. 1, della direttiva 55/2003/CE, che sancivano l’indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione anche dal governo, qualora quest’ultimo fosse stato detentore di partecipazioni azionarie nelle imprese operanti nei settori dell’energia elettrica e del gas naturale.

⁴ Tali note interpretative sono specificamente intese a favorire la corretta trasposizione ad opera degli Stati membri delle intenzioni del legislatore comunitario in sede di attuazione delle direttive del Terzo Pacchetto.

dell'autorità nazionale di regolamentazione o, in assenza di quest'ultimo, i componenti del personale direttivo della medesima autorità, sono nominati per un periodo fisso compreso tra i cinque e i sette anni, rinnovabile un'unica volta⁵. Inoltre si prevede che i componenti dell'autorità di regolamentazione possono essere revocati durante il loro mandato qualora non soddisfino più i requisiti prescritti dalle medesime direttive, ovvero qualora abbiano commesso gravi irregolarità rilevanti sul piano della legislazione nazionale. Al riguardo è necessario evidenziare che, sotto il profilo della garanzia dell'indipendenza del regolatore di settore, se, da un lato, sembra apprezzabile il fatto che le direttive del Terzo Pacchetto individuino esplicitamente le ipotesi in cui è possibile procedere alla revoca dei membri delle autorità nazionali di regolamentazione, dall'altro, appare criticabile la circostanza che nessuna disposizione normativa sia dettata in ordine alla procedura di nomina delle persone fisiche da collocare ai vertici delle medesime autorità, ed al regime di incompatibilità connesso con l'assunzione dell'incarico da parte dei componenti delle stesse.

L'art. 35, par. 1, della direttiva 72/2009/CE e l'art. 39, par. 1, della direttiva 73/2009/CE stabiliscono altresì che ciascuno Stato membro designi un'unica autorità di regolamentazione a livello nazionale⁶. Secondo le note interpretative della Commissione europea la suddetta disposizione impedisce di assegnare ad un organo ministeriale la maggior parte dei compiti spettanti al regolatore di settore. Tuttavia una deroga a tale regola generale è prevista dall'art. 37, par. 2, della direttiva 72/2009/CE e dall'art. 41, par. 2, della direttiva 73/2009/CE che autorizzano gli Stati membri a conferire funzioni di vigilanza ad un soggetto diverso dall'autorità nazionale di regolamentazione, e quindi, anche ad un organo ministeriale⁷. In questo caso, però, le informazioni raccolte dal soggetto politico nell'esercizio della sua competenza di controllo devono essere messe a disposizione del regolatore, il quale non può essere in alcun modo vincolato dai risultati dell'attività di monitoraggio svolta dall'organo ministeriale. Ne consegue che la portata generale dell'affermazione di principio contenuta nelle direttive comunitarie del Terzo Pacchetto, in ordine alla designazione sul piano nazionale di un'unica autorità di regolamentazione, deve essere ridimensionata alla luce della circostanza che, a discrezione degli Stati membri, l'assetto istituzionale preposto alla regolazione dei mercati energetici può assumere una struttura dualistica caratterizzata dalla contestuale presenza del regolatore di settore, al quale sono riservate competenze inderogabili⁸, e dell'organo ministeriale, al quale possono essere attribuite ulteriori funzioni regolatorie. Parimenti, le disposizioni delle direttive di terza generazione in tema di indipendenza dell'autorità nazionale di regolamentazione devono essere reinterpretate in base alla suindicata previsione che riconosce agli Stati membri la facoltà di assegnare ad un altro soggetto pubblico e, quindi, *in primis*, ad un organo ministeriale, alcune rilevanti competenze regolatorie, dalla quale sembra evincersi il carattere non assoluto, bensì relativo dell'autonomia del regolatore di settore dall'esecutivo statale⁹.

⁵ Si dispone poi che gli Stati membri istituiscano un sistema di rotazione adeguato per il comitato o il personale direttivo superiore.

⁶ Nei considerando 34 e 30, rispettivamente della direttiva 2009/72/CE e della direttiva 2009/73/CE, si precisa inoltre che ai fini del buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale "i regolatori dell'energia devono essere in grado di prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione".

⁷ In proposito va precisato che l'inserimento di questa norma nelle nuove direttive comunitarie è stato imposto dai governi nazionali alla Commissione europea nel corso dell'*iter* di approvazione del Terzo Pacchetto. Inoltre occorre rilevare che tale previsione appare in linea con la previgente disciplina recata dalle direttive comunitarie 54/2003/CE e 55/2003/CE, secondo cui gli Stati membri erano tenuti, di regola, ad attribuire le competenze regolatorie all'autorità nazionale di regolamentazione, pur avendo la facoltà di riservare alla stessa un ruolo meramente propositivo e consultivo.

⁸ Si tratta, ad esempio, delle competenze relative alla determinazione delle tariffe e alla vigilanza sui gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas naturale.

⁹ E. Bruti Liberati, *La nuova governance europea dei mercati energetici*, in *La regolazione dei mercati energetici nel "terzo pacchetto" comunitario*, cit., p. 59.

L'art. 36 della direttiva 72/2009/CE e l'art. 40 della direttiva 73/2009/CE individuano esplicitamente gli obiettivi generali dell'autorità nazionale di regolamentazione, che consistono nella promozione di un mercato interno dell'energia elettrica e del gas concorrenziale, sicuro ed ecologicamente sostenibile, nell'accesso trasparente e non discriminatorio alle reti, nella promozione dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili, nello sviluppo dei mercati regionali, nella realizzazione di sistemi affidabili e orientati al consumatore, nella garanzia del servizio universale e nella tutela dei clienti vulnerabili¹⁰.

Le direttive del Terzo Pacchetto elencano poi una serie di compiti e poteri (*core duties*) che gli Stati membri sono obbligati a riconoscere nei confronti delle autorità nazionali di regolamentazione, affinché esse dispongano di strumenti adeguati ad assolvere alle loro funzioni di vigilanza e controllo. In particolare l'art. 37 della direttiva 72/2009/CE e l'art. 41 della direttiva 73/2009/CE individuano le competenze che sono espressamente affidate alle autorità nazionali di regolamentazione, allo scopo di garantire la corretta e uniforme applicazione del diritto comunitario sull'intero territorio europeo. Esse si distinguono in competenze tipiche di regolazione, che sono direttamente attribuite alla responsabilità del regolatore nazionale, ed in competenze di monitoraggio e *reporting*, per le quali, come visto, gli Stati membri possono optare per il conferimento a favore di un organo ministeriale. Segnatamente le competenze tipiche di regolazione riguardano: la determinazione delle tariffe di accesso alle reti di trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale o la definizione di apposite metodologie per la quantificazione delle stesse; la separazione delle reti; la sorveglianza generale delle imprese energetiche; l'elaborazione di norme a tutela dei consumatori. Le competenze specifiche di monitoraggio riguardano: l'accesso alle reti e alle infrastrutture¹¹; i mercati e lo sviluppo della concorrenza¹², la sicurezza dei sistemi energetici nazionali¹³, la protezione degli utenti¹⁴.

Dalla descrizione degli ambiti materiali cui si riferiscono le prime due tipologie di attribuzioni dell'autorità nazionale di regolamentazione si evince come nelle nuove direttive europee la centralità di quest'ultima si giustifichi non solo in ragione delle competenze regolatorie di carattere tecnico che ne connotano l'attività, ma anche in virtù del ruolo di promozione della concorrenza svolto dalla stessa: invero, anche nelle fattispecie in cui sono attribuite al regolatore di settore funzioni "attenuate" di verifica *ex ante*, come ad esempio quelle relative alla certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas naturale, per le quali le direttive comunitarie contemplano un generale potere di supervisione della Commissione europea sulle valutazioni dell'autorità nazionale di regolamentazione¹⁵, è comunque riconosciuto in capo ad essa il compito di effettuare un costante monitoraggio sui comportamenti dei medesimi gestori e degli altri operatori economici che influiscono sulle dinamiche di mercato.

La terza categoria di attribuzioni spettanti al regolatore, che attiene alle competenze di *reporting*, si sostanzia nell'obbligo dell'autorità nazionale di regolamentazione di presentare annualmente una

¹⁰ Secondo il tenore letterale delle suindicate norme comunitarie tali finalità di regolazione economica e sociale, che informano la missione istituzionale del regolatore di settore, devono essere perseguite "in stretta consultazione" con le istituzioni politiche statali competenti.

¹¹ In particolare il controllo sui piani di investimento dei gestori di rete, sugli *standard* di qualità e sugli accessi agli stoccaggi.

¹² In particolare il controllo sulla responsabilità degli operatori di rete, fornitori e consumatori, sul livello di trasparenza e sui prezzi all'ingrosso.

¹³ In particolare il controllo sull'adeguatezza degli investimenti, sulle misure di salvaguardia in caso di crisi ed emergenze comunitarie, sulla cooperazione tecnica fra Comunità europea e Paesi terzi.

¹⁴ In particolare il controllo sui prezzi degli utenti domestici, sui tassi di *switching*, sulle morosità e sulle procedure dei reclami.

¹⁵ Sul punto si veda l'art. 11, par. 1, della direttiva 72/2009/CE e l'art. 11, par. 1, della direttiva 73/2009/CE.

relazione sull'attività svolta alle istituzioni politiche statali ed europee e, cioè, al Parlamento, al Governo, alla Commissione europea e all'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia. Inoltre, al fine di assicurare l'*accountability*, la trasparenza e l'imparzialità dell'azione del regolatore, l'art. 37, par. 16, della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41, par. 16, della direttiva 73/2009/CE stabiliscono che le decisioni delle autorità nazionali di regolamentazione siano pienamente motivate e giustificate al fine di consentire il ricorso giurisdizionale, nonché accessibili pubblicamente.

Le direttive del Terzo Pacchetto attribuiscono poi alle autorità nazionali di regolamentazione una serie di poteri volti a favorire un rapido ed efficace esercizio delle loro competenze, i quali riguardano l'adozione di decisioni vincolanti nei confronti delle imprese che esercitano la propria attività nei comparti dell'energia elettrica e del gas naturale, lo svolgimento di indagini sul funzionamento dei mercati energetici, la richiesta di dati ed informazioni agli operatori di settore, l'irrogazione nei confronti di questi ultimi di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di inottemperanza agli obblighi ad essi imposti dalle norme comunitarie o di inosservanza delle decisioni vincolanti dell'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia o della medesima autorità nazionale di regolamentazione, nonché il diritto di condurre inchieste e di avviare istruttorie per la risoluzione delle controversie tra utenti e gestori dei sistemi di trasmissione¹⁶.

I compiti e i poteri del regolatore nazionale sono dunque assai estesi al punto da incidere su aspetti concernenti l'esercizio dell'attività delle imprese energetiche, la struttura organizzativa e proprietaria delle stesse, la regolamentazione contrattuale dei rapporti tra operatori economici e soggetti terzi¹⁷, nonché da ricomprendere competenze di regolazione "modificativa" nell'ambito delle procedure di gestione delle reti e di definizione delle locali modalità di trasporto dell'energia elettrica e del gas naturale. Peraltro la portata e il contenuto dei suddetti compiti e poteri sembrano dilatarsi ulteriormente qualora essi siano posti in rapporto con i suindicati obiettivi generali dell'autorità nazionale di regolamentazione che sono suscettibili di concretizzarsi in funzioni, il cui raggio di azione si estende al di là dell'attività tipica del regolatore di settore¹⁸. Al riguardo è necessario evidenziare che un limite riscontrabile nella disciplina del Terzo Pacchetto attiene al modo cui vengono definiti i compiti e i poteri dell'autorità nazionale di regolamentazione, dato che la tecnica normativa adottata dal legislatore comunitario appare non rispettosa delle esigenze di chiarezza e precisione sottese al canone della legalità dell'azione amministrativa. Invero le direttive di terza generazione, in un primo momento, fissano gli obiettivi delle autorità nazionali di regolamentazione, in un secondo momento, individuano le competenze ad esse riservate ed attribuiscono a queste ultime non singoli poteri puntualmente definiti, bensì delle mere tipologie di poteri (ad esempio di vigilanza, garanzia e controllo, nonché ispettivi, sanzionatori e paragiurisdizionali), accompagnando le disposizioni, che abilitano il regolatore di settore all'esercizio delle suddette funzioni, con la clausola generale secondo cui questo può adottare ogni misura ragionevole e idonea al perseguimento di tali finalità.

Inoltre occorre sottolineare che le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE sanciscono per la prima volta a livello europeo il principio della reciproca collaborazione tra l'autorità nazionale di regolazione e l'autorità nazionale garante della concorrenza, riconoscendo a ciascuna di esse un ruolo specifico e distinto nell'assetto istituzionale dei mercati energetici. In particolare, ai sensi dell'art. 36, par. 1, della direttiva 72/2009/CE e dell'art. 40, par. 1, della direttiva 73/2009/CE, i regolatori nazionali

¹⁶ Sul punto si veda l'art. 37, par. 4, lett. d), della direttiva 72/2009/CE e l'art. 41, par. 4, lett. d), della direttiva 73/2009/CE.

¹⁷ Essi possono assumere la veste di concorrenti o consumatori.

¹⁸ In tal senso si veda G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Scritti in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, p. 2118.

esercitano le proprie funzioni in stretta consultazione con le autorità preposte alla tutela della concorrenza. Inoltre l'art. 37, par. 1, lett. j), della direttiva comunitaria sull'elettricità e l'art. 41, par. 1, lett. j), della direttiva comunitaria sul gas naturale attribuiscono alle autorità nazionali di regolamentazione il compito di vigilare sul grado e sull'efficacia dell'apertura del mercato sia all'ingrosso che al dettaglio, nonché di monitorare in ordine alla sussistenza di possibili distorsioni della dinamica competitiva, comunicando ogni informazione pertinente alle autorità nazionali garanti della concorrenza e deferendo a queste ultime i casi che esse ritengano di loro competenza¹⁹. Alla lett. k) delle summenzionate norme si prevede altresì che i regolatori nazionali del settore energetico siano tenuti a informare prontamente le autorità nazionali deputate alla tutela della concorrenza, qualora riscontrino la presenza di eventuali pratiche contrattuali restrittive. L'art. 37, par. 4, lett. b), della direttiva 72/2009/CE e l'art. 41, par. 4, della direttiva 73/2009/CE riconoscono poi la possibilità per le autorità nazionali di regolamentazione di cooperare con le autorità nazionali *antitrust* nello svolgimento di un'indagine relativa alla legislazione sulla concorrenza.

In definitiva, rispetto alla normativa dettata dalle direttive di seconda generazione, che si era rivelata insufficiente a definire esattamente l'ambito di competenza delle autorità nazionali di regolamentazione ed a garantire l'effettiva autonomia di queste ultime dai governi degli Stati membri, la disciplina recata dalle direttive di terza generazione segna un decisivo progresso verso l'estensione dei compiti e poteri del regolatore del settore dell'energia e il potenziamento dell'indipendenza dello stesso, i quali appaiono giustificati sia da esigenze connesse alla collaborazione transfrontaliera che alla completa apertura dei mercati nazionali. Le nuove direttive comunitarie pongono, quindi, un limite alla sottrazione delle competenze dell'autorità di regolazione da parte dell'organo ministeriale ed all'ingerenza dell'esecutivo statale nella sfera di attribuzioni riservate al regolatore di settore²⁰.

In sintesi, mediante l'introduzione di un'innovativa disciplina sui profili strutturali e funzionali delle autorità nazionali di regolamentazione, le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE operano un significativo rafforzamento della posizione istituzionale di queste ultime nell'ambito della *governance* europea dei mercati energetici.

2. Le previsioni dettate dal regolamento 713/2009/CE sull'istituzione, sull'organizzazione e sul funzionamento dell'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia

Le novità istituzionali più importanti del Terzo Pacchetto sono contenute nel regolamento 713/2009/CE, che reca disposizioni relative alla costituzione, all'organizzazione ed al funzionamento dell'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia (Agency for the cooperation of energy regulators-Acer).

L'Acer, che ha sede a Lubiana ed è operativa dal 3 marzo 2011, ha sostituito l'Ergeg (European Regulators Group for Electricity and Gas), il quale è stato costituito nel 2003 e si è sciolto definitivamente il 1° luglio 2011²¹. La configurazione dell'Acer quale naturale evoluzione

¹⁹ In particolare nel sessantunesimo *considerando* della direttiva 72/2009/CE e nel cinquantanovesimo *considerando* della direttiva 73/2009/CE è contenuto un esplicito riferimento al dovere delle autorità nazionali di regolamentazione di denunciare alle autorità garanti della concorrenza e alla Commissione europea i casi in cui i prezzi siano in grado di pregiudicare la concorrenza e il corretto funzionamento del mercato, presupponendo l'effettuazione di un'analisi di impatto dei prezzi sulla concorrenza. Sul punto si veda L. Cavallo, E. Morfuni, *La diffusione dell'Air nelle Autorità indipendenti: i condizionamenti europei*, in *L'analisi dell'impatto della regolazione. Il caso delle Autorità indipendenti*, a cura di A. Natalini, F. Sarpi, G. Vesperini, Roma, 2012, p. 66.

²⁰ Al riguardo si veda S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, p. 151.

²¹ Quest'ultimo organismo, composto dai rappresentanti delle autorità nazionali di regolamentazione e da un rappresentante della Commissione europea, era stato appositamente istituito allo scopo di fornire assistenza all'esecutivo comunitario nell'opera di consolidamento del mercato interno dell'energia, nonché al fine di agevolare il

dell'Ergeg appare confermata dal contenuto di un emendamento modificativo della proposta di regolamento istitutivo dell'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia, in cui si rileva che "Il lavoro intrapreso dall'Ergeg dalla sua istituzione ha fornito un contributo positivo al progresso del mercato interno dell'energia elettrica e del gas. È tuttavia auspicio generale del settore [...] che la cooperazione volontaria delle autorità nazionali di regolamentazione si svolga ormai nell'ambito di una struttura comunitaria dotata di competenze precise e del potere di adottare decisioni individuali [...] in una serie di casi specifici"²². Da questa osservazione si evince che la creazione dell'Acer risponde dichiaratamente alla finalità di rafforzare la collaborazione tra i regolatori nazionali dell'energia, in precedenza promossa su base sostanzialmente spontanea e attivata su prevalente iniziativa dell'Ergeg, ed ora, invece, realizzata attraverso l'intermediazione di un soggetto capace di imporsi, non solo nei confronti dei gestori delle infrastrutture di gas e elettricità e delle imprese energetiche, ma anche delle stesse autorità nazionali di regolamentazione²³.

In via preliminare occorre evidenziare che l'Acer, nella misura in cui è inquadrabile nell'ambito della categoria delle agenzie comunitarie di regolazione²⁴, è di per sé un'istituzione intrinsecamente

coordinamento, la cooperazione e la consultazione tra regolatori nazionali. Invero, l'Ergeg era stato ufficialmente investito di tale mandato istituzionale dalla Commissione europea con la decisione n. 796 del 2003, successivamente abrogata dalla decisione n. 280 del 2011, in cui si annunciava la sostituzione del Gruppo dei regolatori europei per l'elettricità e il gas da parte dell'Acer nella prospettiva, appunto, che l'Agenzia proseguisse l'opera avviata dallo stesso nel quadro di una *governance* più effettiva dei mercati energetici.

²² Si veda l'emendamento n. 2 alla proposta di regolamento istitutivo dell'Acer, predisposto dalla Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia del Parlamento europeo nella relazione del 4 giugno 2008 ed, in particolare, il *considerando* n. 3. Il testo della suddetta relazione è reperibile sul sito dell'Europarlamento in www.europarl.europa.eu.it.

²³ In proposito va rilevato che un meccanismo informale di coordinamento e scambio di informazioni tra regolatori nazionali è stato promosso anche dal Ceer (Council of European Energy Regulators o Consiglio europeo dei regolatori dell'energia), che è stato istituito nel 2000 in base a liberi accordi associativi tra i regolatori nazionali dell'energia e che riunisce i rappresentanti delle autorità di regolazione degli Stati membri dell'Unione europea, dell'Islanda e della Norvegia e, in qualità di osservatori, della Svizzera e di Fyrom-Repubblica di Macedonia. Attualmente fanno quindi parte del Ceer anche i regolatori dello Spazio Economico Europeo. Inoltre il Ceer è stato investito dalla Commissione europea di compiti istruttori e propulsivi, quali quelli in materia di accordi per gli scambi transfrontalieri dell'energia. Dal 2012 un componente dell'Autorità italiana per l'energia elettrica e il gas ricopre la carica di vicepresidente del Ceer: il Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, Guido Bortoni, è ora vicepresidente del Ceer. A seguito dell'istituzione dell'Acer, il Ceer ha riorganizzato la propria attività, rendendola complementare a quella dell'Agenzia, attraverso la selezione delle tematiche più rilevanti ai fini dell'integrazione dei mercati energetici nazionali che, ad oggi, non trovano copertura nel mandato istituzionale affidato all'Acer. Tra queste materie rientrano: la promozione di strumenti a favore dei consumatori, la *smart regulation*, lo sviluppo sostenibile, i rapporti con le altre associazioni regionali e internazionali dei regolatori dell'energia, come il Medreg (Association of Mediterranean Energy Regulators) e l'Icer (International Confederation of Energy Regulators). Al riguardo si precisa che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico detiene la vicepresidenza permanente del Medreg. Il Segretariato del Medreg si trova a Milano presso la sede del regolatore italiano dell'energia. Inoltre va rilevato che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico svolge importanti attività all'interno dell'Icer, con cui si propone di dare esecuzione alle intese raggiunte dal G8 dei regolatori dell'energia e dal World Forum of Energy Regulators di Atene. In tale contesto l'impegno dell'Autorità italiana è molto intenso, essendole stata attribuita, in qualità di rappresentante del Medreg, la presidenza del Gruppo di lavoro sulla sicurezza degli approvvigionamenti. L'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico contribuisce poi alla definizione di scelte condivise in ambito internazionale attraverso la conclusione di accordi e gemellaggi, nonché mediante la promozione di iniziative bilaterali con altri regolatori europei ed extraeuropei, nell'ambito delle quali esercita un ruolo di *leadership* o di tutoraggio.

²⁴ In proposito è opportuno ricordare che esistono due categorie di agenzie comunitarie: le agenzie esecutive e le agenzie di regolazione. Le agenzie esecutive, istituite ai sensi del regolamento del Consiglio n. 58 del 19 dicembre 2002 e aventi sede a Bruxelles o Lussemburgo, sono deputate a svolgere compiti di mera gestione, ovvero di assistenza della Commissione europea nell'attuazione dei programmi comunitari di sostegno finanziario, e sono al contempo sottoposte ad un rigoroso controllo da parte di quest'ultima. Le agenzie di regolazione – che sono state individuate dalla Commissione europea, nel Libro Bianco sulla *governance* europea del 5 agosto 2001, (COM 428, pp. 25-26), come un

diversa da un'autorità indipendente di regolazione, dato che essa è, per definizione, un organo ausiliario della Commissione europea nei confronti della quale esercita funzioni propositive, consultive e istruttorie e che solo, eccezionalmente, assume in proprio decisioni vincolanti.

I profili più rilevanti della disciplina dettata dal regolamento 713/2009/CE attengono all'organizzazione interna dell'Acer, ai rapporti dell'Agenzia con la Commissione europea e con le autorità nazionali di regolamentazione, ai compiti e poteri ad essa spettanti²⁵.

L'art. 1 del regolamento 713/2009/CE stabilisce che l'Acer ha lo scopo di assistere le autorità nazionali di regolamentazione nell'esercizio a livello comunitario delle funzioni di regolazione svolte negli Stati membri e, se necessario, di coordinarne l'azione. Dal tenore letterale della disposizione in parola emerge chiaramente come l'Acer sia posta al servizio dei regolatori nazionali al fine di migliorarne sia la capacità di intervento singolo sul piano statale, sia la capacità di intervento congiunto sul piano comunitario²⁶. L'istituzione dell'Acer è funzionalmente preordinata a colmare il "gap" di regolazione esistente a livello transfrontaliero, rimuovendo così uno dei principali ostacoli all'integrazione dei mercati nazionali²⁷. L'idea, che è alla base della creazione dell'Acer e che appare coerente con il disegno istituzionale che caratterizza le agenzie europee di regolazione, è, cioè, quella di centralizzare in capo ad un unico soggetto comunitario compiti originariamente svolti dai regolatori nazionali, allo scopo di superare l'attuale disomogeneità e frammentazione delle regolazioni amministrative proprie degli Stati membri²⁸. Tale scelta compiuta dal legislatore europeo in sede di adozione del Terzo Pacchetto deve essere valutata positivamente alla luce dell'esigenza di rafforzare l'azione comune dell'Unione Europea nel settore dell'energia,

valido strumento per migliorare l'applicazione della normativa europea e l'attuazione delle politiche comunitarie - sono incaricate di partecipare attivamente all'esercizio della funzione esecutiva comunitaria mediante l'adozione di atti che contribuiscono alla regolamentazione di un dato settore. Segnatamente esse raggruppano o riuniscono in rete attività originariamente di competenza nazionale, in modo da rafforzare la coerenza e l'efficacia della regolamentazione. Le agenzie di regolazione sono anche denominate agenzie "tradizionali", in virtù del loro ruolo ormai consolidato in particolari settori nell'ambito dei quali esse svolgono specifici compiti, definiti di volta in volta nella rispettiva base giuridica istitutiva, o agenzie "decentrate", in quanto sono disseminate sull'intero territorio europeo.

In data 11 dicembre 2002, la Commissione europea ha adottato la comunicazione recante il titolo "*Inquadramento delle agenzie europee di regolazione*". Successivamente l'idea di sviluppare un approccio comune delle istituzioni comunitarie al tema delle agenzie di regolazione ha portato all'elaborazione da parte della Commissione europea di un progetto di accordo interistituzionale sul quadro operativo per le agenzie di regolazione europea, (COM 59 del 25 febbraio 2005), che si rendeva necessario per chiarire l'incerta natura giuridica di tali organismi e per ridurre l'eccessiva differenziazione dei modelli organizzativi. Tuttavia questo progetto non si è tradotto in una revisione complessiva dell'assetto delle agenzie europee di regolazione, a causa dell'opposizione del Consiglio manifestata in sede di negoziati politici. Allo scopo di rilanciare il dibattito sulle agenzie di regolazione, la Commissione europea ha presentato la comunicazione n. 135 dell'11 marzo 2008, recante il titolo "*Il futuro delle agenzie europee*", in cui ha proposto di istituire un gruppo di lavoro interistituzionale avente il compito di effettuare una valutazione dell'operato delle suindicate agenzie. In data 21 ottobre 2008, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione su "*una strategia per la futura attuazione degli aspetti istituzionali delle agenzie di regolazione*", con la quale ha dichiarato la propria disponibilità a partecipare all'attività del suddetto gruppo di lavoro interistituzionale, nella prospettiva di razionalizzare le agenzie esistenti e di rafforzare le attribuzioni di queste ultime.

²⁵ Su questi aspetti si è ampiamente dibattuto in sede politica fin dalla presentazione nel 2007 da parte della Commissione europea della proposta di adozione del Terzo Pacchetto, la quale era stata fortemente criticata poichè risultava troppo sbilanciata nel senso di accentuare la dipendenza dell'Acer dall'esecutivo comunitario, riconoscendo all'Agenzia un ruolo assai limitato. Conseguentemente, nel testo finale del regolamento istitutivo dell'Acer, approvato dal Consiglio e dal Parlamento europeo, sono state introdotte opportune modifiche finalizzate a riconoscere all'Agenzia una più marcata autonomia ed una maggiore incisività di azione.

²⁶ Al riguardo si veda G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P. Bilancia, Milano, 2012, p. 171.

²⁷ In proposito si veda S. Costa, *Il mercato europeo del gas naturale: il Terzo pacchetto alla prova della mischia*, in *Economia dei servizi*, 2010, n.1, pp. 135 ss.

²⁸ Sul punto A. Zito, *L'evoluzione del coordinamento europeo dei regolatori: dalle reti alle autorità indipendenti europee*, in *Quaderni regionali*, 2011, n. 1, p. 234.

nonché di realizzare un mercato unico dell'elettricità e del gas²⁹. In definitiva, con la costituzione dell'Acer si è operato un netto spostamento della regolazione dell'energia da un orizzonte nazionale ad un orizzonte comunitario, esaltando così la valenza paradigmatica di tale settore economico in cui, anticipatamente rispetto ad altri, si sono poste le basi per la creazione di una futura *governance* europea.

Ai sensi dell'art. 2, par. 1, del regolamento istitutivo, l'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia è un organismo della Comunità dotato di personalità giuridica. Ciò rappresenta un tratto distintivo dell'Acer dato che proprio il conferimento della personalità giuridica differenzia, nell'organizzazione amministrativa comunitaria, la posizione istituzionale delle agenzie da quella dei comitati.

La struttura interna dell'Acer è articolata secondo il modello organizzativo delle agenzie europee di regolazione. In particolare, l'art. 3 del regolamento 713/2009/CE prevede che l'Agenzia è composta dai seguenti organi: Consiglio di amministrazione; Direttore; Comitato dei regolatori; Commissione dei ricorsi.

Il Consiglio di amministrazione ha la funzione di assicurare che l'Acer adempia alla sua missione istituzionale ed esegua i compiti che le sono espressamente affidati dal regolamento istitutivo. Segnatamente tale organo adotta il programma di lavoro annuale, preventivamente approvato dal Comitato dei regolatori, e il programma pluriennale che può essere anche oggetto di revisione da parte del medesimo Consiglio di amministrazione, in base ai risultati della valutazione effettuata da un esperto esterno indipendente. Inoltre esso prepara la relazione annuale sull'attività svolta dall'Acer, che deve essere inviata alle istituzioni comunitarie. Il Consiglio provvede poi, previo parere favorevole del Comitato dei regolatori, alla nomina del Direttore, scegliendo quest'ultimo nell'ambito di un elenco di almeno tre candidati proposto dalla Commissione europea a seguito di un invito pubblico a manifestare interesse. Il Consiglio di amministrazione rimane in carica per quattro anni con la possibilità di un solo rinnovo e delibera a maggioranza dei due terzi dei membri presenti.

Il Direttore, al quale è attribuita la rappresentanza legale dell'Acer, svolge la funzione di provvedere alla gestione amministrativa dell'Acer e di adottare atti a rilevanza esterna come pareri, raccomandazioni e decisioni, che hanno ricevuto il parere favorevole del Comitato dei regolatori. Inoltre esso redige il progetto preliminare di bilancio dell'Agenzia e dà esecuzione a quest'ultimo. È altresì responsabile dell'esecuzione del programma annuale di lavoro dell'Agenzia, sotto la guida del Comitato dei regolatori e sotto il controllo del Consiglio di amministrazione. La durata del mandato del Direttore è di cinque anni e può essere prorogata, per una sola volta, di ulteriori tre anni. In proposito va ricordato che in data 6 maggio 2010 è stato nominato quale Direttore dell'Acer l'italiano Alberto Pototschnig.

Il Comitato dei regolatori è un organo tecnico che partecipa a vario titolo alle attività connesse all'esercizio dei poteri di regolazione dell'Acer. Esso è composto dai rappresentanti ad alto livello delle autorità nazionali di regolamentazione e da un rappresentante della Commissione europea privo di diritto di voto³⁰. Il comitato, nel quale è ammesso un solo rappresentante dell'autorità indipendente di regolazione per Stato membro, delibera a maggioranza qualificata dei due terzi dei membri presenti. Ciò significa che, in astratto, un eventuale conflitto tra interessi comunitari e

²⁹ In tal senso E. Bruti Liberati, *La nuova governance europea dei mercati energetici*, cit., pp. 65-66.

³⁰ Ai sensi dell'art. 14, par. 2, del regolamento 713/2009/CE, il Comitato dei regolatori elegge fra i suoi membri un presidente e un vicepresidente, il cui mandato è di due anni e mezzo ed è rinnovabile. Sebbene il regolamento istitutivo dell'Acer nulla disponga sul punto, è da ritenere che il presidente e il suo vicepresidente debbano essere scelti tra i membri designati dalle autorità nazionali di regolamentazione, con la conseguenza che non potrebbe essere scelto l'esponente indicato dalla Commissione. In proposito si veda G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 182.

interessi statali potrebbe essere risolto attraverso il bilanciamento che il comitato dei regolatori è in grado di operare anche contro il parere di una minoranza dei regolatori nazionali, attraverso l'adozione di una decisione a maggioranza, che colloca l'Agenzia in una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto a quella delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da consentire ad essa di guidarne l'azione. Tuttavia la principale incognita riguarda proprio l'effettiva capacità decisionale di un organo composto da ventotto membri, quale è il Comitato dei regolatori, tenuto conto che, sebbene il regolamento 713/2009/CE non imponga la regola dell'unanimità, potrebbe risultare in concreto complicato raggiungere la maggioranza qualificata dei due terzi, considerata la difficoltà di lasciare in minoranza autorità di regolamentazione appartenenti a nazioni protagoniste della costruzione europea o titolari di impianti energetici di rilevanza strategica per l'intero continente. Sussiste quindi il rischio che il processo decisionale dell'Acer rimanga bloccato a causa dei lunghi negoziati svolti all'interno del Comitato dei regolatori; paralisi, che potrebbe essere evitata facendo leva sulla capacità di *leadership* di una o più autorità nazionali di regolamentazione e, in particolare, di quelle che vantano una maggiore tradizione storica come quella italiana³¹.

Inoltre è necessario evidenziare che, diversamente da quanto accade per le deliberazioni delle istituzioni politiche comunitarie, per le decisioni dell'Acer non si applica alcun meccanismo ponderato che tenga conto del diverso peso degli Stati membri, dato che ciascun componente o supplente del Comitato dei regolatori dispone di un solo voto. Ciò sembrerebbe confermare che, come espressamente previsto all'art. 14, par. 5, del regolamento 713/2009/CE, i membri del Comitato dei regolatori agiscono esclusivamente in nome e per conto delle rispettive autorità nazionali di regolamentazione, e non anche in nome e per conto degli Stati membri. Infatti essi si qualificano come soggetti portatori di visioni diverse della regolazione del mercato che necessitano di essere armonicamente composte da parte dell'Acer, la quale, quindi, assume al contempo la veste di autrice e referente di orientamenti europei. Al riguardo, la dottrina maggioritaria ha osservato che il Comitato dei regolatori, nella misura in cui deve tener conto delle divergenti condizioni degli Stati con riguardo alla composizione delle fonti di energia, alla dipendenza dalle importazioni, al grado di avanzamento dei processi di liberalizzazione, fornisce un apporto tecnico alla formazione di regole uniformi nel tentativo di superare, tramite la via della convergenza, le strettoie di politiche nazionali differenti³². Peraltro giova rilevare che l'anomalia istituzionale secondo cui, seppur senza diritto di voto, è ammesso a partecipare alle riunioni del Comitato dei regolatori anche un rappresentante della Commissione europea, produce l'effetto benefico di favorire un dialogo costante tra i vari livelli di governo del settore energetico e di consentire una conoscenza approfondita e trasparente delle differenti istanze nazionali, di cui il suindicato organo direttivo dell'Acer è chiamato ad effettuare un'opportuna sintesi in sede di adozione delle sue decisioni. In senso opposto, una parte minoritaria della dottrina, muovendo dalla considerazione che i componenti del Comitato dei regolatori sono designati dalle autorità nazionali di regolamentazione, ha prefigurato l'eventualità che il baricentro delle decisioni dell'Acer divenga "miope e fuori fuoco" a causa del depotenziamento della componente sovranazionale e della pressochè totale prevalenza delle prospettive nazionali, suggerendo come possibile correttivo l'individuazione di un "nucleo europeista" all'interno del Comitato dei regolatori, quale presidio indipendente dell'interesse europeo anche nei confronti dei regolatori nazionali³³.

³¹ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 196.

³² In proposito si veda G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 182; A. Zito, *L'evoluzione del coordinamento europeo dei regolatori: dalle reti alle autorità indipendenti europee*, cit., p. 255; L. Hancher, A. De Hauteclocque, *Manufacturing the Eu Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practise*, in Tilburg University, *TILEC Discussion Paper*, gennaio 2010, p. 6.

³³ Al riguardo si veda E. Chiti, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 1, pp. 57-89; A. Zito, *L'evoluzione del coordinamento europeo dei regolatori: dalle reti alle autorità indipendenti europee*, cit., pp. 255-257.

La presenza del Comitato dei regolatori, cioè di un organo di raccordo interno mediante il quale è assicurato un collegamento tra la Commissione europea e le autorità nazionali di regolamentazione, rappresenta una caratteristica peculiare dell'Acer che la differenzia rispetto al modello organizzativo delle agenzie comunitarie. Tale elemento distintivo della struttura dell'Acer denota come il modello della cooperazione amministrativa assuma in questa sede carattere organico attraverso la costituzione di un comitato paritetico in cui sono direttamente rappresentate le amministrazioni nazionali, le quali, però, presentano una fisionomia particolare, trattandosi, per esplicito vincolo comunitario, non di uffici inseriti nel circuito politico-amministrativo, ma di autorità indipendenti, che non sono, quindi, espressione dell'indirizzo politico-nazionale, ma proiezione locale dell'interesse comunitario alla creazione di un mercato unico dell'energia³⁴. Segnatamente il Comitato dei regolatori dell'Acer, piuttosto che come un organismo propriamente rappresentativo delle autorità nazionali di regolamentazione, sembra configurarsi come una "cinghia di trasmissione" tra queste ultime e la Commissione europea, definendo un perimetro flessibile tra i regolatori statali e l'istituzione politica comunitaria. Ciò dimostra come la costituzione dell'Acer non risponda all'intenzione di istituire un regolatore europeo dell'energia autonomo dall'esecutivo comunitario, né di separare la funzione di regolazione comunitaria dal governo della Commissione europea³⁵. In sostanza con la creazione dell'Acer si consolida nel settore dell'energia un'organizzazione composita in cui convivono organismi nazionali e comunitari che agiscono secondo lo schema cooperativo tipico del modello del "concerto regolamentare europeo"³⁶, il quale riflette efficacemente la complessa interazione esistente tra i vari soggetti che concorrono alla definizione delle regole del gioco. Pertanto, è possibile affermare che, dal momento in cui all'interno dell'Acer è divenuto operativo il Comitato dei regolatori ha assunto progressivamente maggiore rilevanza la cooperazione orizzontale tra le autorità nazionali di regolamentazione, nonché la dimensione verticale che caratterizza il rapporto tra la Commissione europea e i regolatori statali, in vista di un più rapido avanzamento verso la costruzione di un'organizzazione comune del mercato dell'energia. In definitiva con l'adozione del Terzo Pacchetto si è compiuta un'evoluzione della *governance* del settore energetico, che mostra come l'assetto istituzionale su cui si basa la regolazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale sia un "sistema multilivello e policentrico, in cui una pluralità di soggetti nazionali e comunitari è chiamata ad esercitare, o a contribuire all'esercizio di poteri regolatori variamente intrecciati tra loro"³⁷.

Un ulteriore organo che costituisce parte integrante dell'Acer è la Commissione dei ricorsi, la quale, ai sensi dell'art. 18 del regolamento istitutivo, è composta da sei membri e sei supplenti selezionati fra gli alti funzionari in carica o fuori servizio delle autorità nazionali di regolamentazione, delle autorità nazionali garanti della concorrenza e di altre istituzioni statali o comunitarie con

³⁴ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 181.

³⁵ Sul punto si veda E. Bruti Liberati, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n. 2, p. 478.

³⁶ Cfr. S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, pp. 689 ss.; G. Della Cananea, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica ed il gas*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2004, n. 6, pp. 1385 ss.; L. Ammannati, *La regolazione "cooperativa" del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia elettrica e del gas*, in *Monopolio e regolazione concorrenziale nella disciplina dell'energia*, a cura di L. Ammannati, Milano, 2005, pp. 311 ss.; F. Di Porto, *Il coordinamento tra le autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni a livello europeo: spunti da una comparazione*, in *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance reticolare multilivello*, a cura di P. Bilancia, L. Ammannati, Milano, 2008, II, pp. 229 ss.

³⁷ In proposito si veda E. Bruti Liberati, *La governance dei nuovi mercati energetici*, cit., p. 58; R. Miccù, *Profili istituzionali della regolazione multilivello dei mercati energetici*, Relazione tenuta al Seminario di alta formazione specialistica su "L'ordine giuridico del mercato tra regolazione e concorrenza: settore dell'energia, della sanità e dei trasporti a confronto", I sessione Energia, svoltosi presso il Tar Lazio il 26 e 27 novembre 2012.

un'esperienza pertinente nel settore dell'energia. I membri della Commissione dei ricorsi sono formalmente nominati dal Consiglio di amministrazione, su proposta della Commissione europea e previa consultazione del Comitato dei regolatori³⁸. La durata del mandato dei membri della Commissione dei ricorsi è di cinque anni ed è rinnovabile. Le decisioni della Commissione dei ricorsi sono adottate con una maggioranza qualificata di almeno quattro dei sei componenti.

Ai sensi dell'art. 19 del regolamento 713/2009/CE, la Commissione giudica sul ricorso presentato da qualunque persona fisica o giuridica contro una decisione dell'Acer adottata nei suoi confronti o che, seppur apparentemente indirizzata ad un'altra persona, la riguardi direttamente o individualmente³⁹. Ciò significa che l'impugnazione dinanzi alla Commissione dei ricorsi può essere proposta avverso le decisioni adottate dall'Acer su casi individuali e, quindi, idonee ad incidere su situazioni giuridiche di terzi⁴⁰. Inoltre occorre evidenziare che tra i soggetti legittimati ad impugnare le decisioni dell'Acer sono incluse anche le autorità nazionali di regolamentazione, le quali, quindi, possono assumere la posizione di parti ricorrenti nel giudizio instaurato di fronte alla Commissione dei ricorsi che, in questo caso, si qualifica come arbitro delle dispute insorte tra l'Agenzia e i regolatori nazionali. Si prefigura poi una possibile evoluzione del sindacato giurisdizionale in materia di energia che, concentratosi fino ad oggi in una dimensione prettamente statale sulla contrapposizione tra imprese regolate e autorità di regolazione settoriale, si arricchisce ora della dialettica esistente tra l'Acer e i regolatori nazionali, sviluppandosi anche in una prospettiva comunitaria. Tale scenario impone alle autorità amministrative indipendenti ed ai giudici nazionali di divenire organismi componenti di un unico sistema finalizzato ad una maggiore omogeneizzazione delle scelte regolatorie statali e, quindi, ad un'uniforme applicazione del diritto dell'energia, con il risultato che in prospettiva l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico⁴¹ e il giudice italiano non potranno sottrarsi al confronto con le decisioni della Commissione dei ricorsi dell'Acer⁴².

La Commissione è chiamata a valutare l'ammissibilità del ricorso sotto il profilo soggettivo, concernente la legittimazione del ricorrente, e sotto il profilo oggettivo, relativo alla sussistenza di una decisione lesiva dell'Acer nei suoi confronti. Qualora ritenga che il ricorso sia ammissibile, la Commissione ne esamina la fondatezza ed, entro il termine di due mesi decorrente dalla data di presentazione del ricorso, adotta la decisione finale, la quale deve essere oggetto di pubblicazione.

Ai sensi dell'art. 19, par. 5, del regolamento 713/2009/CE, la Commissione dei ricorsi può esercitare le attribuzioni dell'Acer o deferire la causa all'organo competente dell'Agenzia, che è, tuttavia, vincolato dalla decisione della medesima Commissione. Dalla formulazione della suddetta

³⁸ Al riguardo è opportuno precisare che la Commissione dei ricorsi nomina il suo presidente.

³⁹ L'art. 19, par. 2, dispone che il ricorso in parola, insieme alla memoria contenente i motivi, deve essere presentato per iscritto all'Acer entro due mesi dalla notifica alla persona interessata dalla decisione o, in assenza di notifica, entro due mesi dal giorno in cui l'Agenzia ha pubblicato la sua decisione. Inoltre l'art. 19, par. 3, prevede che la proposizione del ricorso non ha effetto sospensivo.

⁴⁰ I pareri e le raccomandazioni dell'Acer, in quanto atti non vincolanti e quindi non immediatamente lesivi di situazioni giuridiche di terzi, non sono impugnabili dinanzi alla Commissione dei ricorsi. Tali atti, nella misura in cui però fungono da presupposto per l'adozione di una misura regolatoria nazionale, possono assumere rilevanza in un giudizio amministrativo che verta sulla decisione di un'autorità nazionale di regolamentazione, che non si sia conformata al parere e alla raccomandazione dell'Acer. In questo caso il giudice amministrativo può considerare la mancata osservanza dei pareri e delle raccomandazioni dell'Acer elemento sintomatico della presenza di un vizio di eccesso di potere dell'atto regolatorio sottoposto al suo esame.

⁴¹ L'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha cambiato la propria denominazione in Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ai sensi dell'art. 13, co. 13, del d.l. n. 145 del 2013, a seguito dell'attribuzione delle funzioni di regolazione in materia di servizio idrico ai sensi dell'art. 21 del d.l. n. 201 del 2011 e del D.P.C.M. 20 luglio 2012.

⁴² In tal senso si veda F. Scalfani, *Scelte regolatorie comunitarie e nazionali e sindacato giurisdizionale*, in *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Milano, 2011, pp. 64-66.

norma sembrerebbe desumersi che la Commissione dei ricorsi sia dotata di un potere decisionale incontrastato, non potendo essere influenzata dagli altri organi dell'Acer che sono legittimati ad intervenire, ma solo su richiesta della stessa Commissione e subordinatamente alla condizione di rispettare la determinazione finale assunta da quest'ultima.

Dal punto di vista della natura giuridica, il giudizio instaurato dinanzi alla Commissione dei ricorsi si configura come un ricorso amministrativo interno⁴³, data la qualificazione della medesima Commissione come organo costitutivo dell'Acer, che è, cioè, appartenente alla stessa istituzione che ha adottato la decisione nei confronti della quale è proposta l'impugnazione⁴⁴. Inoltre la circostanza che tale meccanismo di ricorso amministrativo si configuri come un onere per l'accesso alla tutela giurisdizionale si evince dall'art. 20, par. 1, del regolamento 713/2009/CE, secondo cui le decisioni assunte dalla Commissione dei ricorsi o, qualora questa non ne abbia la competenza, dall'Agenzia, possono essere impugnate dinanzi al Tribunale di primo grado e alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 230 del TCE (ora art. 263 TFUE).

Il regolamento 713/2009/CE prevede anche un meccanismo di tutela avverso l'inadempimento da parte dell'Acer dell'obbligo di provvedere in ottemperanza alla decisione della Commissione dei ricorsi. Infatti, all'art. 20, par. 2, si dispone che, qualora l'Acer si astenga dal pronunciarsi, sia possibile avviare direttamente un procedimento c.d. "per carenza" dinanzi al Tribunale di primo grado o alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 232 del TCE (ora art. 265 TFUE)⁴⁵. Sebbene ciò non sia espressamente stabilito dal regolamento 713/2009/CE, si deve ritenere che il ricorso per carenza possa essere proposto anche da un'autorità nazionale di regolamentazione allo scopo di indurre l'Acer ad adottare una decisione di sua competenza, nell'ipotesi in cui l'Agenzia abbia ommesso di emettere quest'ultima in conformità a quanto stabilito dalla Commissione dei ricorsi⁴⁶.

In dottrina si è rilevato che dalle suindicate disposizioni sembra desumersi che l'azione giurisdizionale possa essere intrapresa esclusivamente dai destinatari di una decisione dell'Acer, il cui ricorso non sia stato accolto, e non dall'Agenzia stessa in caso di pronuncia della Commissione dei ricorsi sfavorevole nei suoi confronti. Inoltre si è sottolineato che la portata giuridica dell'obbligo di conformarsi alla decisione della Commissione dei ricorsi, gravante sull'Acer, appare particolarmente ampia al punto da estendersi fino a ricomprendere anche il vincolo per l'Agenzia di non contestarne la valutazione operata in sede giustiziale, posto che tale interpretazione appare la più coerente con la posizione di autorevolezza istituzionale assegnata alla Commissione dei ricorsi e con l'esigenza di deflazionare il contenzioso pendente presso di essa⁴⁷.

⁴³ Al riguardo in dottrina si è osservato che la circostanza che il ricorso debba essere presentato nei confronti dello stesso soggetto che ha adottato la decisione contestata evidenzia come il ricorso in parola, nella tipologia dei ricorsi amministrativi propria del diritto nazionale, possa definirsi come ricorso in opposizione, piuttosto che come ricorso gerarchico (come sarebbe in astratto quello presentato dinanzi alla Commissione europea). Tuttavia nella fattispecie in questione, la valutazione del caso non è sottoposta allo stesso organo di amministrazione attiva che ha emesso l'atto, ma ad un apposito organo giudicante operante all'interno dell'Acer, seppur collocato in una posizione di autonomia e indipendenza, dato che spetta alla Commissione dei ricorsi decidere in merito alla fondatezza del ricorso. Sul punto si veda G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 191.

⁴⁴ In dottrina si osserva che la Commissione dei ricorsi dell'Acer ha una natura ambigua, dato che, da un lato, è un organo indipendente della relativa Agenzia con il compito di offrire tutela ai ricorrenti; dall'altro, essa si pone in relazione di "continuità funzionale" con la stessa Agenzia, nel senso che la Commissione, quando conferma, modifica o sostituisce la decisione impugnata, esprime la posizione definitiva dell'Agenzia, con la conseguenza che tali decisioni sul ricorso assorbono e sostituiscono la prima misura adottata dall'Agenzia. Sul punto si veda P. Chirulli, L. De Lucia, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle Agenzie europee*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, n. 5, pp. 1312 e 1313.

⁴⁵ A tenore dell'art. 20, par. 3, del regolamento 713/2009/CE, l'Agenzia è tenuta ad adottare i provvedimenti necessari per adeguarsi alla sentenza del Tribunale di primo grado o della Corte di Giustizia.

⁴⁶ F. Scalfani, *Scelte regolatorie comunitarie e nazionali e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 66.

⁴⁷ Al riguardo si veda G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 192.

Nel regolamento 713/2009/CE è assente una specifica disposizione che riassume le molteplici dimensioni in cui il carattere dell'indipendenza dell'Acer si manifesta, riferendole al suddetto organismo collegiale nel suo complesso, mentre tale requisito è singolarmente prescritto per ciascuno degli organi in cui si articola la composizione dell'Agenzia⁴⁸. Sotto questo profilo rileva l'art. 14, par. 5, del regolamento istitutivo che prevede che il Comitato dei regolatori, nello svolgimento dei compiti ad esso conferiti, deve agire in piena autonomia, senza chiedere, né accettare istruzioni da parte dei governi degli Stati membri, della Commissione europea o di un altro soggetto pubblico o privato. Si segnalano poi sul punto l'art. 16, par. 1, in cui si dispone che il Direttore "non sollecita né accetta alcuna istruzione da alcun governo, dalla Commissione e da alcun soggetto pubblico o privato" e l'art. 18, par. 3, in cui si stabilisce che "i membri della Commissione dei ricorsi sono indipendenti nelle loro decisioni" e che "essi non sono vincolati da alcuna istruzione". Meno incisiva in tal senso appare la norma dettata dall'art. 12, par. 7, in cui si prevede genericamente che i membri del Consiglio di amministrazione "si impegnano ad agire in modo indipendente ed obiettivo nell'interesse pubblico, senza sollecitare né accettare alcuna istruzione politica". La minore forza prescrittiva di tale disposizione sembra però essere compensata dal rigoroso regime di incompatibilità previsto al par. 1 del citato art. 12, a tenore del quale un membro del consiglio di amministrazione dell'Acer non può essere anche deputato del Parlamento europeo; norma che persegue lo scopo di evitare l'abuso del potere di nomina dei componenti del Consiglio di amministrazione da parte del Parlamento europeo e lo snaturamento della funzione dei membri dell'organo direttivo dell'Acer⁴⁹. Inoltre, all'art. 12, par. 6, del regolamento istitutivo, si stabilisce che i membri del Consiglio di amministrazione non possono essere componenti del Comitato dei regolatori, al fine di prevenire un conflitto di interessi tra l'organo deputato ad assicurare la buona gestione amministrativa dell'Agenzia e l'organo incaricato di esercitare compiti di regolazione del mercato⁵⁰. In sostanza la ripartizione delle funzioni amministrative e regolatorie tra il Consiglio di amministrazione e il Comitato dei regolatori mira a garantire l'effettiva autonomia decisionale dell'Acer.

Va altresì rilevato che proprio il riconoscimento agli organi dell'Acer, e per il loro tramite, all'intera Agenzia, di un'ampia indipendenza giustifica l'esistenza di una serie di pesi e contrappesi, derivanti da meccanismi di legittimazione procedurale e dalla soggezione dell'Acer al controllo democratico, sia diffuso, sia affidato al Parlamento europeo⁵¹. Al riguardo è necessario evidenziare che, al fine di

⁴⁸ Nel diciottesimo *considerando* del regolamento 713/2009/CE si rileva che l'indipendenza dell'Acer costituisce un principio basilare di corretta *governance*, nonché una condizione fondamentale per assicurare la fiducia nel mercato. Al riguardo occorre sottolineare che l'Acer si pone al centro di una complessa trama di rapporti istituzionali, in cui deve essere assicurata la perfetta equidistanza rispetto a tutti i soggetti operanti nel settore energetico. Infatti l'autonomia dell'Agenzia deve essere garantita nei confronti: delle imprese regolate, cioè dei produttori di energia elettrica e gas e dei gestori dei sistemi di trasmissione siano essi pubblici o privati; dei consumatori; dei governi degli Stati membri; della Commissione europea. In proposito va precisato che le deliberazioni dell'Acer non possono essere sottoposte a condizionamenti da parte degli organi politici nazionali che finirebbero per assumere carattere discriminatorio e per precludere un'effettiva integrazione del mercato unico europeo. Peraltro, la circostanza che le valutazioni tecniche dell'Agenzia non possano essere influenzate dalle direttive della Commissione europea si giustifica in ragione del fatto che, in alcuni casi, l'intervento dell'Acer è specificamente preordinato ad indirizzare il potere decisionale dell'esecutivo comunitario, allo scopo di garantire l'autonomia delle autorità nazionali di regolamentazione. Sul punto si veda G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 170.

⁴⁹ In proposito si veda G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 183.

⁵⁰ Tuttavia va rilevato che la normativa istitutiva dell'Acer nulla prescrive sull'incompatibilità tra i membri del Consiglio di amministrazione ed i rappresentanti delle imprese di settore. Ciò costituisce un vero e proprio vuoto normativo che lascia aperta la possibilità di "cattura" da parte degli interessi privati. Sul punto si veda L. Caianiello, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del momento organizzativo emerso con l'istituzione dell'Acer: alcune riflessioni a margine di una sentenza della Corte di Giustizia e del quadro amministrativo europeo dopo Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, n. 5, p. 1217.

⁵¹ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 170.

assicurare la piena *accountability* dell’Agenzia, ai sensi dell’art. 34 del regolamento 713/2009/CE, è rimesso alla Commissione europea il compito di effettuare, con l’assistenza di un esperto esterno indipendente, la valutazione sull’attività svolta dall’Acer⁵², che interessa non solo i risultati ottenuti, ma anche i metodi di lavoro impiegati in funzione degli obiettivi e dei programmi di lavoro annuali approvati⁵³.

Inoltre giova sottolineare che l’art. 10, par. 2, del regolamento 713/2009/CE sancisce un principio generale di trasparenza dell’attività dell’Acer, stabilendo che l’Agenzia provvede affinché il pubblico disponga di informazioni obiettive, affidabili e facilmente accessibili, ivi comprese quelle riguardanti i risultati del suo lavoro⁵⁴.

In ordine al regime di finanziamento dell’Acer, disciplinato dagli artt. 21-26 del Regolamento 713/2009/CE, occorre evidenziare che le fonti di entrata dell’Agenzia sono in parte derivate ed in parte proprie⁵⁵: le prime sono costituite da sovvenzioni della Commissione europea, tratte dal bilancio generale dell’Unione europea, da contributi volontari degli Stati membri e dei regolatori nazionali, e da altre donazioni; le seconde sono rappresentate dalle tasse dovute dagli operatori di mercato per la richiesta all’Agenzia dell’esenzione dall’obbligo di garantire l’accesso dei terzi a nuove infrastrutture⁵⁶.

Con riguardo al mandato istituzionale dell’Acer è opportuno rilevare che l’Agenzia è chiamata a mettere a disposizione degli organi politici europei il suo patrimonio conoscitivo sul funzionamento dei mercati dell’energia elettrica e del gas naturale, nonché sui problemi fondamentali concernenti la regolazione del settore energetico. Invero, ai sensi dell’art. 5 del regolamento 713/2009/CE, l’Agenzia, su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione o di sua iniziativa, può presentare un parere o una raccomandazione al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione su una qualsiasi questione connessa allo scopo istituzionale da essa perseguito. Sul punto in dottrina si è ritenuto che l’Acer sia formalmente obbligata ad offrire la propria consulenza alle istituzioni comunitarie, sebbene la formulazione della norma in parola lasci intendere che sia attribuita all’Agenzia una mera facoltà in tal senso⁵⁷.

La missione istituzionale dell’Acer si articola in tre tipologie fondamentali di funzioni: la prima è costituita dalle competenze relative alla cooperazione tra gestori dei sistemi di trasmissione

⁵² La valutazione della Commissione europea sull’attività svolta dall’Acer è stata complessivamente positiva. Al riguardo si veda il documento *Recommendations of the Agency’s Board of Regulators following the European Commission’s evaluation of the activities of the Agency for the Cooperation of Energy Regulation*, (22 gennaio 2014 C(2014)242 final), disponibile su www.acer.eu, p. 9.

⁵³ Segnatamente la Commissione, dopo aver sottoposto la relazione contenente la suddetta valutazione alla consultazione dei soggetti interessati, è tenuta a trasmetterla al Comitato dei regolatori, il quale può presentare all’esecutivo comunitario raccomandazioni in merito alle possibili modifiche da apportare al regolamento istitutivo dell’Acer, che possono essere inoltrate dalla stessa Commissione, corredate del suo parere e di proposte appropriate, al Parlamento europeo e al Consiglio. Il periodo temporale, nell’ambito del quale deve essere effettuata la valutazione in parola, è ampio: infatti la prima valutazione è presentata dalla Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio entro tre anni dall’assunzione dell’incarico da parte del primo direttore dell’Acer. Successivamente la Commissione presenta una valutazione ogni quattro anni.

⁵⁴ In particolare l’art. 10, par. 4, del regolamento 713/2009/CE stabilisce che l’Acer è tenuta a pubblicare sul proprio sito *web* gli ordini del giorno, i documenti di riferimento e, se del caso, i verbali delle riunioni del Consiglio di amministrazione, del Comitato dei regolatori e della Commissione dei ricorsi.

⁵⁵ È opportuno poi precisare che nel ventesimo *considerando* del regolamento 713/2009/CE si osserva che “dovrebbero restare a disposizione dell’Agenzia le risorse attualmente centralizzate dalle autorità di regolamentazione per la loro cooperazione a livello comunitario”.

⁵⁶ L’autonomia finanziaria dell’Acer è stata potenziata a seguito del computo nelle entrate dell’ente delle tasse dovute per le decisioni sulla ripartizione transfrontaliera dei costi, adottate a norma dell’art. 12 del regolamento UE n. 347/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2013 sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche europee.

⁵⁷ G. Napolitano, *L’Agenzia dell’energia e l’integrazione regolatoria europea*, cit., p. 172.

dell'energia elettrica e del gas naturale; la seconda è rappresentata dalle competenze volte a favorire il coordinamento e la collaborazione tra autorità nazionali di regolamentazione; la terza riguarda le competenze in materia di accesso alle infrastrutture transfrontaliere.

Con riguardo alla prima tipologia di funzioni, occorre sottolineare che l'Acer contribuisce all'elaborazione dei codici di rete, mediante la formulazione di linee guida (*frameworks guidelines*) alle quali le Entso (European Network of Transmission System Operators ovvero Rete europea dei gestori dei sistemi di trasmissione, rispettivamente, dell'energia elettrica e del gas naturale) sono tenute ad attenersi⁵⁸. Segnatamente, ai sensi dell'art. 6, par. 4, del regolamento 713/2009/CE, l'Acer partecipa allo sviluppo dei codici di rete ed, in conformità all'art. 10, par. 1, del medesimo regolamento istitutivo, l'Agenzia, nella predisposizione delle linee guida per la redazione dei codici di rete e nella formulazione delle proposte di modifica degli stessi, consulta in modo tempestivo, aperto e trasparente gli operatori di mercato, i consumatori, i gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas naturale, gli utenti finali e i consumatori e, se necessario, le autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza. In proposito si evidenzia la tendenza dell'Acer ad uniformare i propri procedimenti di *rule making a standard* minimi di *better regulation*⁵⁹, quali la consultazione pubblica e la valutazione preventiva dell'impatto delle misure regolatorie, nonché a fungere da veicolo di armonizzazione volontaria dei processi decisionali delle autorità nazionali di regolamentazione, attraverso l'incentivo all'uso degli strumenti di qualità normativa derivante dalla loro partecipazione all'Agenzia europea⁶⁰.

Con riguardo alla seconda tipologia di funzioni, giova osservare che l'Acer può, coerentemente con il suo programma di lavoro o su richiesta della Commissione europea, formulare raccomandazioni finalizzate ad assistere le autorità nazionali di regolamentazione nello scambio di buone prassi⁶¹. Inoltre spetta all'Agenzia promuovere la cooperazione tra regolatori a livello nazionale e comunitario, delineando la cornice normativa nell'ambito della quale sia possibile realizzare la suddetta collaborazione e tenendo debitamente conto dei risultati di tale concertazione in sede di formulazione di pareri, raccomandazioni e decisioni. Qualora ritenga necessaria l'adozione di regole vincolanti per la cooperazione delle autorità nazionali di regolamentazione, l'Acer può poi presentare le opportune raccomandazioni alla Commissione europea⁶². L'Agenzia, su richiesta delle autorità nazionali di regolamentazione o della stessa Commissione europea, può altresì formulare un parere sulla conformità di una decisione, adottata da un regolatore nazionale, alle direttive e ai regolamenti del Terzo Pacchetto⁶³. In questo caso, se un'autorità nazionale di regolamentazione non si conforma al parere dell'Agenzia entro quattro mesi dalla ricezione dello stesso, l'Acer informa la

⁵⁸ Durante il primo anno di operatività dell'Acer sono state approvate le prime linee guida per l'elaborazione dei codici di rete, grazie alla collaborazione tra funzionari dell'Autorità italiana per l'energia elettrica e il gas, delle autorità di regolazione degli altri Stati membri e della stessa Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori nazionali, realizzata all'interno dei due gruppi di lavoro appositamente costituiti a marzo 2011 per il settore elettrico e per il settore del gas naturale (*Agency's Electricity Working Group e Agency's Gas Working Group*), nonché grazie all'impegno del Comitato dei regolatori, a cui è affidato il compito di esaminare i documenti di carattere regolatorio e di esprimere nei confronti del Direttore un parere in merito all'approvazione delle suddette linee guida.

⁵⁹ L. Cavallo, E. Morfuni, *La diffusione dell'Air nelle Autorità indipendenti: i condizionamenti europei*, cit., p. 76.

⁶⁰ N. Rangone, *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell'Air*, in *Concorrenza e Mercato*, 2012, pp. 682 ss.

⁶¹ Sul punto si veda l'art. 7, par. 2, del regolamento 713/2009/CE.

⁶² Sul punto si veda l'art. 7, par. 3, del regolamento 713/2009/CE.

⁶³ Al riguardo in dottrina si è osservato che negli ordinamenti interni potrebbe risultare maggiormente problematico annullare gli atti del regolatore nazionale per violazione della normativa comunitaria, qualora sussista un parere dell'Acer in merito alla conformità dei medesimi atti alla disciplina europea, evidenziando così come le valutazioni dell'Agenzia possano esercitare un'influenza significativa in sede di sindacato giurisdizionale degli atti dell'autorità di regolazione del mercato dell'energia. In proposito si veda G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, cit., p. 2118.

Commissione europea o lo Stato membro interessato⁶⁴. L'Agenzia può poi emettere un parere sulle modalità idonee a consentire ad un regolatore nazionale di superare le difficoltà incontrate, con riguardo ad una specifica fattispecie, nell'attuazione della disciplina del Terzo Pacchetto, previa consultazione della Commissione europea, entro il termine di tre mesi dalla richiesta dell'autorità interessata⁶⁵. Al riguardo, in dottrina si è osservato che, attraverso questo meccanismo di *peer review*, l'Acer esercita una pressione informale sulle autorità nazionali di regolamentazione in vista di un miglior coordinamento nell'applicazione del diritto comunitario⁶⁶.

Inoltre occorre evidenziare che le attribuzioni dell'Acer, concernenti i rapporti con i regolatori nazionali, sono emblematiche della funzione di mediazione tra regolatori nazionali e Commissione europea svolta dall'Acer, mediante la quale essa può contribuire ad attrarre maggiormente le autorità nazionali di regolamentazione nell'orbita di tale istituzione europea, rischiando di trasformarsi in una *longa manus* dell'esecutivo comunitario.

È necessario altresì rilevare che all'Agenzia spettano ampi poteri consultivi e di controllo, che possono essere esercitati anche con il coinvolgimento dei regolatori nazionali. In particolare l'Acer, in cooperazione con la Commissione europea, gli Stati membri e le competenti autorità nazionali di regolamentazione, ha il compito di effettuare il monitoraggio sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, nonché di individuare, in sede di pubblicazione della relazione annuale sui risultati di tale attività, gli ostacoli alla realizzazione di un mercato unico dell'energia. L'Agenzia può poi formulare nei confronti del Parlamento europeo e della Commissione europea un parere in ordine all'adozione delle misure necessarie per la rimozione dei suddetti ostacoli⁶⁷.

Con riguardo alla terza tipologia di funzioni dell'Acer, va sottolineato che in ipotesi tassative l'Agenzia può assumere decisioni vincolanti che hanno un impatto diretto sull'assetto concorrenziale del mercato del gas naturale e dell'energia elettrica⁶⁸. In particolare, l'Acer adotta decisioni individuali su questioni tecniche previste nelle direttive e nei regolamenti del Terzo Pacchetto; decide in merito alle questioni di regolamentazione delle infrastrutture transfrontaliere, che sono di competenza della autorità nazionali di regolazione, comprese quelle relative alle condizioni di accesso e di sicurezza operativa delle stesse, in caso di mancato accordo delle suddette autorità o su esplicita richiesta congiunta di queste ultime; decide sulle deroghe alla disciplina che prevede il diritto di accesso dei terzi alle reti per le nuove infrastrutture e in ordine alla conseguente necessità di deliberare la relativa esenzione, qualora i regolatori nazionali non siano pervenuti sul punto ad una comune determinazione. Mediante l'esercizio dei suindicati poteri di natura vincolante, l'Agenzia assicura la corretta attuazione della normativa del Terzo Pacchetto da parte delle autorità nazionali di regolamentazione e garantisce uno sviluppo armonizzato della regolazione europea nel settore dell'energia, minimizzando i rischi di asimmetrie regolatorie⁶⁹.

A seguito dell'adozione del regolamento 1227/2011/UE (Remit), recante disposizioni in materia di tutela della trasparenza e dell'integrità del mercato dell'energia, l'Acer ha assunto l'ulteriore funzione di controllare i mercati dell'energia all'ingrosso in collaborazione con le autorità nazionali di regolamentazione, che sono state dotate di nuovi poteri di indagine allo scopo di individuare e

⁶⁴ Sul punto si veda l'art. 7, par. 4 e 5, del regolamento 713/2009/CE.

⁶⁵ Sul punto si veda l'art. 7, par. 3, del regolamento 713/2009/CE.

⁶⁶ L. Ammannati, *Il ruolo dell'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia nella governance e nella regolazione del settore energetico*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2011, p. 12.

⁶⁷ In proposito si veda l'art. 11 del regolamento 713/2009/CE.

⁶⁸ In proposito si vedano gli artt. 7 ed 8 del regolamento 713/2009/CE.

⁶⁹ Va tuttavia precisato che le summenzionate decisioni costituiscono una tipologia residuale degli atti dell'Agenzia, dato che la tipologia prevalente degli stessi è rappresentata, come visto, da pareri, raccomandazioni e orientamenti quadro, alcuni dei quali hanno carattere endoprocedimentale ed, in quanto tali, sono privi di efficacia esterna, altri, invece, sono solo teoricamente non vincolanti, tenuto conto che nella pratica risulta difficile per i destinatari discostarsene in ragione del loro contenuto altamente specialistico.

prevenire fenomeni di manipolazione del mercato potenzialmente in grado di ledere la fiducia dei consumatori⁷⁰. In dottrina si è evidenziato come con la completa operatività del sistema di monitoraggio previsto dal Remit, avviata nell'ottobre 2015, sia stato compiuto un passo in avanti lungo il cammino verso la creazione di un *network* europeo di vigilanza in campo energetico⁷¹. Inoltre il summenzionato regolamento introduce una visione trasversale della regolazione, evidenziando l'esigenza di una condivisione di responsabilità tra diverse autorità tecniche di controllo e, segnatamente, tra quelle preposte alla vigilanza del settore finanziario⁷², e quelle adibite alla regolazione del settore energetico. L'estensione dell'ambito di intervento dell'Acer, per effetto dell'attribuzione ad essa delle nuove competenze in parola, conferma la natura dinamica dell'Agenzia che le consente di ampliare la sua sfera di attività in relazione alla progressiva emersione di compiti funzionali al raggiungimento della finalità primaria cui essa è preposta, vale a dire la creazione di un mercato integrato ed efficiente dell'energia. Ciò dimostra che l'Acer è destinata ad assumere un ruolo che trascende i confini del disegno normativo per essa prefigurato dal legislatore comunitario nel regolamento istitutivo⁷³.

Giova poi rilevare che l'art. 9, par. 3, del regolamento 713/2009/CE stabilisce che, in condizioni chiaramente definite negli orientamenti quadro della Commissione europea, all'Acer possono essere affidati, in merito a questioni connesse agli scopi cui è preposta la sua istituzione, compiti supplementari che non comportano l'esercizio di poteri decisionali. Si tratta di un meccanismo di flessibilità previsto dal regolamento istitutivo che consente l'adozione da parte dell'Agenzia di atti non tipizzati ai quali, proprio in ragione della loro eccezionalità, non può essere attribuita efficacia vincolante⁷⁴.

Occorre altresì sottolineare che l'Acer è priva di poteri di regolazione *ex post* e di *enforcement*, con la conseguenza che, in ordine alle suddette funzioni, essa deve fare affidamento sulle autorità nazionali di regolamentazione, che fungono da "braccio operativo" per l'applicazione tempestiva ed efficace dei criteri e principi definiti dalla stessa Agenzia⁷⁵. In sostanza l'Acer non si sostituisce ai regolatori nazionali, ma ne completa le competenze per le materie di rilievo comunitario; segnatamente, le autorità nazionali di regolamentazione sono incorporate all'interno dell'agenzia europea e, al contempo, ne costituiscono l'indispensabile terminale locale, titolare di tutte le necessarie attribuzioni prescrittive e di controllo⁷⁶. A seguito dell'istituzione dell'Acer, le autorità nazionali di regolamentazione sono perciò più pienamente coinvolte nell'attuazione delle misure regolatorie europee quali agenti indipendenti deputati alla tutela dell'interesse comunitario alla

⁷⁰ In particolare il suddetto regolamento assegna all'Acer il compito di raccogliere, riesaminare e diffondere dati e informazioni standardizzati sui mercati dell'energia all'ingrosso, monitorare i mercati e le negoziazioni, condurre inchieste sui casi di abuso di mercato e coordinare con gli Stati membri l'applicazione di sanzioni adeguate. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, va precisato che sussiste una precisa ripartizione di competenze nel senso che spetta agli Stati membri determinare le sanzioni applicabili a fronte di violazioni delle norme regolamentari e garantirne l'effettiva irrogazione; all'Acer è, invece, rimessa l'iniziale valutazione di eventi anomali e la loro eventuale successiva notifica alle autorità nazionali di regolamentazione.

⁷¹ F. Luiso, *Il rapporto tra enforcement e regolazione dei mercati energetici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2015, n. 2, p. 134.

⁷² Al riguardo si precisa che l'Acer è tenuta a ricorrere ad idonee forme di consultazione dell'Esma (European Securities and Markets Authority o Autorità europea di vigilanza dei valori mobiliari), nei confronti della quale deve peraltro garantire l'accesso alle informazioni ricevute sulle transazioni nei mercati dell'energia all'ingrosso e predisporre opportuni meccanismi di condivisione delle stesse, allo scopo di assicurare un approccio uniforme e coerente nell'applicazione del regolamento 1227/2011/UE.

⁷³ In tal senso si veda V. Termini, *Dall'armonizzazione al mercato unico: Acer-L'Agenzia europea per la regolazione dell'energia*, in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., p. 44.

⁷⁴ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 180.

⁷⁵ V. Termini, *Dall'armonizzazione al mercato unico: Acer-L'Agenzia europea per la regolazione dell'energia*, cit., p. 147.

⁷⁶ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 168.

realizzazione di un mercato unico e in libera concorrenza⁷⁷. Peraltro il ruolo istituzionale delle autorità nazionali di regolamentazione si rafforza per effetto dell'inserimento di queste ultime all'interno di una rete di regolatori posta sotto la direzione di un'agenzia europea, che ne accresce la credibilità e la coerenza dell'azione regolatoria, ne migliora l'esercizio del potere normativo e ne rinsalda la capacità di interazione con le istituzioni sovranazionali competenti.

Va da ultimo evidenziato che, con esclusione delle ipotesi in cui l'Acer può assumere decisioni vincolanti, le competenze che presuppongono l'adozione di scelte discrezionali rimangono riservate alla Commissione europea. Rispetto a queste ultime l'Agenzia svolge, quindi, una funzione meramente preparatoria e ausiliaria, con il risultato che l'esecutivo comunitario esercita un ruolo di guida nell'azione regolatoria⁷⁸.

In definitiva l'Acer sembra essere accomunata dal medesimo destino delle altre agenzie comunitarie per le quali la Commissione europea ha costituito inevitabilmente un punto di riferimento, a prescindere dalla loro natura e missione. Tuttavia le peculiari modalità di composizione dell'Acer pongono le premesse per l'instaurazione di uno stretto legame tra l'Agenzia e le autorità nazionali di regolamentazione, tenuto conto che l'elevata competenza tecnica e l'alto grado di indipendenza di queste ultime costituiscono un potente fattore di richiamo, più forte di quello esercitato dalle amministrazioni tradizionali che partecipano alle altre agenzie comunitarie⁷⁹.

2.1 La configurazione dell'Acer quale organismo *sui generis* della governance dell'energia

L'organizzazione interna dell'Acer riflette la dualità di un organismo che è espressione contemporaneamente di una riconfigurazione della rete sovranazionale tra autorità indipendenti di regolazione e di una ridefinizione del modello comunitario dell'agenzia, declinato secondo la particolare tipologia dell'agenzia di regolazione. Le due figure organizzative di riferimento per il nuovo soggetto europeo di regolazione dell'energia sono quindi il *network* e l'agenzia, che si inquadrano nell'ambito della generale evoluzione dei modelli di integrazione amministrativa sul piano comunitario⁸⁰.

Infatti, da un lato, l'Acer si presenta come una forma progredita del modulo organizzativo-istituzionale della regolazione cooperativa che ha interessato i servizi a rete, quali ad esempio l'energia e, quindi, si inserisce in un percorso di sviluppo del *network*. Sotto tale profilo occorre sottolineare che il Comitato dei regolatori, nel quale sono rappresentate le autorità nazionali di regolamentazione, costituisce un elemento di forte continuità con la struttura a rete dell'Eregg; un'altra caratteristica che accomuna l'Acer all'Eregg è quella di essere dotata, al pari di quest'ultimo, di poteri prevalentemente consultivi e di monitoraggio. Inoltre va rilevato che la sostituzione dell'Acer all'Eregg è emblematica nel settore dell'energia della capacità delle rete amministrativa europea di influenzare sempre più profondamente i sistemi amministrativi nazionali, da una parte, disaggregandone l'unità organizzativa, accentuando il carattere tecnico e sezionale degli uffici ed allentandone il collegamento con l'esecutivo nazionale, dall'altra, raggruppando i poteri pubblici nazionali in figure nuove di composizione europea ed adeguando le strutture ed i modi di funzionamento delle amministrazioni statali in modo da consentirne una più incisiva partecipazione ai processi di formazione e attuazione delle decisioni ultrastatali⁸¹.

⁷⁷ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., pp. 193-194.

⁷⁸ F. Donati, *La Roadmap 2050 e la governance europea dell'energia*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, n. 1, p. 80.

⁷⁹ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 196.

⁸⁰ L. Ammannati, *Il ruolo dell'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia nella governance e nella regolazione del settore energetico*, cit., p. 4.

⁸¹ Segnatamente la creazione di una rete amministrativa europea accentua la frammentazione e la specializzazione dei sistemi amministrativi nazionali le cui singole componenti vengono appositamente isolate per essere destinate ad

Dall'altro lato, la scelta del legislatore comunitario a favore della qualificazione formale dell'Acer come agenzia deriva dalla constatazione dei difetti di funzionamento e della ridotta capacità di intervento dell'Ergeg⁸², nonché dalla consapevolezza dell'esigenza di non superare i limiti posti alla creazione di vere e proprie autorità europee di regolazione da un risalente orientamento politico delle istituzioni comunitarie. Segnatamente l'Acer ha ereditato i risultati positivi dell'esperienza dell'*agencification*, che ha rappresentato una soluzione ingegnosa in grado di conciliare, nel silenzio dei Trattati, la continua espansione dei poteri comunitari con l'esigenza degli Stati membri a non vedersi privati di rilevanti compiti, anche se svolti in attuazione del diritto europeo. In particolare con l'istituzione delle agenzie comunitarie si è data una risposta a tre esigenze: in primo luogo si è razionalizzato l'esercizio di funzioni pubbliche che richiedono interventi congiunti a livello nazionale e sovranazionale; in secondo luogo si è decentrato lo svolgimento di attività tecniche e specialistiche che non possono essere eseguite direttamente dalla Commissione europea; in terzo luogo si è favorita la collaborazione tra esperti degli Stati membri e funzionari delle amministrazioni nazionali e comunitarie.

Tuttavia, rispetto al modello tradizionale delle agenzie europee l'Acer presenta caratteri di indubbia originalità, il principale dei quali consiste nella sua configurazione come "*network agency*", intesa come punto di arrivo di un percorso che va dalla rete all'agenzia-rete, la quale ricomprende in sé la rete delle autorità nazionali di regolamentazione e segna un progresso nella regolazione settoriale dell'energia, dando spazio ad un unico regolatore comunitario in cui confluiscono le voci dei singoli organismi regolatori statali⁸³. Un ulteriore aspetto di diversità dell'Acer rispetto al modello dell'agenzia e di prossimità, invece, a quello delle autorità indipendenti, è dato dalla sua posizione di qualificata indipendenza, che è declinata al massimo grado per il Comitato dei regolatori nei confronti dei governi degli Stati membri e della Commissione europea e da cui, quindi, deriva anche un rafforzamento dell'autonomia delle autorità nazionali di regolamentazione dagli organi politici statali e comunitari⁸⁴.

Un altro elemento di differenziazione dell'Acer rispetto al modello dell'agenzia attiene alle modalità di designazione dei componenti del Consiglio di amministrazione. Infatti, nella maggior parte delle agenzie comunitarie di regolazione, il consiglio di amministrazione è composto da membri scelti dal Consiglio, cioè dai governi nazionali, cui si aggiunge di solito un componente designato dalla Commissione europea. Nel consiglio di amministrazione dell'Acer il peso delle

operare in sede europea a fianco di istituzioni sovranazionali o di altri Stati membri, alle quali sono accomunate da un'omogeneità sotto il profilo degli interessi tutelati e dell'*expertise* tecnica. Sul punto si veda E. Chiti, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, n. 1, p. 43.

⁸² In proposito va precisato che in dottrina, con riguardo all'Ergeg, si è parlato di un "ordinamento in parte comunitario, in parte comune", osservando come il Gruppo dei regolatori europei per l'elettricità e il gas, restando a metà strada tra diritto comune europeo e diritto comunitario, non disponga di strumenti efficaci per uniformare e coordinare l'azione delle autorità nazionali di regolamentazione. Tale considerazione porta a valutare il rapporto tra l'Ergeg e l'Acer non solo in termini di evoluzione istituzionale di tipo incrementale, ma anche in termini di discontinuità, dato che i due organismi comunitari sembrerebbero al contempo legati da un nesso di complementarità e di rivalità. Sul punto si veda G. Della Cananea, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, n. 6, p. 1390; F. Di Porto, *La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012, p. 2.

⁸³ In tal senso si veda G. Caggiano, *La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n. 1, pp. 41 ss.

⁸⁴ Peraltro tale configurazione dell'Acer appare coerente con gli indirizzi formulati dal Consiglio europeo dell'8 e 9 marzo 2007 che aveva invitato la Commissione a presentare, nella prospettiva dell'adozione di un nuovo pacchetto normativo volto a completare l'integrazione del mercato interno, specifiche misure dirette alla creazione di una struttura centrale indipendente intesa a sviluppare in via stabile e permanente meccanismi di concertazione, cooperazione e partecipazione delle autorità nazionali di regolamentazione.

istituzioni comunitarie è, invece, più forte: invero esso è composto da nove membri⁸⁵, di cui due sono nominati dalla Commissione europea, in modo da riflettere il posizionamento dell’Agenzia nei confronti dell’esecutivo comunitario, cinque dal Consiglio, in qualità di rappresentanti dei governi nazionali, due dal Parlamento europeo⁸⁶. Come osservato in dottrina, questo peculiare meccanismo di designazione dei componenti del consiglio di amministrazione rivela il carattere di “agente multi-principale” dell’Acer e comprova la natura comunitaria di tale organismo deputato alla cooperazione tra i regolatori nazionali dell’energia⁸⁷.

In sostanza l’Acer, pur ponendosi in linea di continuità con il modello dell’agenzia comunitaria, non ne rappresenta un semplice adattamento ma ne segna l’avanzamento verso nuove frontiere: sotto il profilo della trasformazione di questo modello, gli elementi di maggiore innovazione che connotano tale organismo riguardano, come visto, la particolare forza assunta dal requisito dell’indipendenza, l’arricchimento dei poteri e delle prerogative, la maggiore articolazione dell’assetto organizzativo, il complesso sistema di garanzie e controlli volti ad assicurarne la legittimazione, la trasparenza e l’*accountability*⁸⁸. Inoltre l’Acer opera secondo lo schema di funzionamento proprio di un sistema di *governance* multilivello che si basa sulla distribuzione di responsabilità tra la stessa Agenzia, la Commissione europea, gli Stati membri e le autorità nazionali di regolamentazione, le quali acquisiscono maggiori competenze nell’applicazione delle norme comunitarie.

In definitiva, nell’architettura istituzionale del settore dell’energia l’Acer rappresenta una figura peculiare che, da un lato, riproduce i caratteri costitutivi delle agenzie comunitarie e, dall’altro, assume come nucleo centrale della propria struttura la rete dei regolatori nazionali, mostrando così come il confine tra rete e agenzia sia tutt’altro che esattamente segnato. Il carattere ibrido di tale organismo *sui generis* di regolazione dei mercati energetici ne lascia prefigurare una possibile evoluzione in direzioni opposte. In prospettiva, una parte della dottrina ritiene che sarebbe opportuna una più chiara collocazione dell’Acer nell’ambito dell’amministrazione europea in funzione di supporto all’esecutivo comunitario⁸⁹; un’altra parte della dottrina, al contrario, sostiene che sarebbe necessario disciplinare in maniera più compiuta il regime di indipendenza dell’Acer nei confronti degli organi di governo europei ed, in particolare, della Commissione europea, rispetto alla quale l’autonomia dell’Agenzia è sottoposta ad alcuni vincoli, essendo previste nel regolamento 713/2009/CE apposite misure di salvaguardia finalizzate a garantire la posizione istituzionale dell’esecutivo comunitario⁹⁰.

⁸⁵ Il Presidente è eletto tra i componenti designati.

⁸⁶ In particolare la nomina di alcuni membri del consiglio di amministrazione dell’Acer da parte del Parlamento europeo rappresenta un’importante novità posto che la Commissione europea, nella comunicazione n. 718 dell’11 dicembre 2002, aveva rilevato che tale nomina “non appariva opportuna, data la natura dei compiti delle agenzie di regolazione e considerato il fatto che il Parlamento deve essere libero di esercitare un controllo politico esterno sull’azione delle agenzie, senza sentirsi condizionato dalla partecipazione alla loro amministrazione”. Tuttavia occorre sottolineare che, nonostante l’assegnazione al Parlamento europeo di un numero di seggi in ordine alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione dell’Acer, il potere di influenza di questa istituzione comunitaria su tale organo direttivo dell’Agenzia risulta piuttosto scarso, restando quest’ultimo sostanzialmente sottoposto alla preminente influenza del Consiglio e rimanendo, perciò, parzialmente insoddisfatte le esigenze di autonomia ed indipendenza che dovrebbero caratterizzare la sua attività di definizione degli indirizzi strategici e di controllo sulla gestione. Sul punto si veda A. Zito, *L’evoluzione del coordinamento europeo dei regolatori: dalle reti alle autorità indipendenti europee*, cit., p. 255.

⁸⁷ G. Napolitano, *L’Agenzia dell’energia e l’integrazione regolatoria europea*, cit., pp. 183.

⁸⁸ G. Napolitano, *L’Agenzia dell’energia e l’integrazione regolatoria europea*, cit., pp. 165-167.

⁸⁹ L. Hancher, A. De Hauteclocque, *Manufacturing the Eu Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practise*, cit., p. 6.

⁹⁰ V. Termini, *Dall’armonizzazione al mercato unico: Acer-L’Agenzia europea per la regolazione dell’energia*, cit., p. 141.

2.2 La vocazione dell'Acer ad assumere un ruolo da attore protagonista nello scenario della regolazione dei mercati energetici

Come si è in precedenza accennato, la configurazione dell'Acer quale struttura preposta alla *governance* del settore dell'energia trova il proprio fondamento giustificativo nella ricerca di un equilibrio tra la necessità di garantire la rappresentatività delle autorità nazionali di regolamentazione e l'esigenza di assicurare un legame tra l'Agenzia e la Commissione europea. La soluzione mediana accolta in tal senso dal regolamento 713/2009/CE favorisce una tendenziale autonomia di valutazione ed indipendenza di giudizio dell'Agenzia, in attesa di una sua eventuale trasformazione in autorità europea di regolazione. Nell'attuale assetto istituzionale dei mercati energetici il ruolo di vertice del sistema spetta comunque alla Commissione europea, che si configura quale regolatore di ultima istanza, dato che può impartire direttive vincolanti all'Acer, influenzare direttamente o indirettamente le scelte dei regolatori nazionali e perfino orientare l'azione dei ministeri, qualora gli Stati membri abbiano optato a favore dell'attribuzione ad essi di alcune funzioni di vigilanza proprie delle autorità di regolazione di settore. Tali poteri di indirizzo sono assistiti da un'apposita procedura di infrazione comunitaria, diretta ad imporre coattivamente, in particolare alle autorità nazionali di regolamentazione, l'osservanza degli orientamenti contemplati dalle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, nonché dai regolamenti 713/2009/CE e 714/2009/CE del Terzo Pacchetto⁹¹.

Con l'istituzione dell'Acer si è dunque compiuto un ulteriore passo in avanti verso la creazione di uno "spazio regolatorio europeo", che garantisca il corretto funzionamento di un mercato concorrenziale dell'energia, il quale richiede un'omogeneità di disciplina sull'intero territorio europeo, che non potrebbe essere adeguatamente assicurata dalle singole autorità nazionali di regolamentazione, che operano secondo gli schemi della discrezionalità amministrativa e che agiscono per il perseguimento dell'interesse pubblico, quale, di volta in volta, determinato dall'organo politico statale. Segnatamente, con l'adozione del Terzo Pacchetto, il legislatore comunitario ha inteso contemperare l'esigenza di tutelare l'uniformità del quadro regolatorio, connessa all'obiettivo della realizzazione del mercato unico, con la necessità di lasciare agli Stati membri la libertà di effettuare scelte in grado di tenere conto delle specificità di ciascun contesto territoriale nazionale; ciò in conformità ai principi sanciti nel Protocollo sui servizi di interesse generale allegato al Trattato di Lisbona, in cui si riconosce il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità statali, regionali e locali di "fornire, commissionare e organizzare i servizi di interesse economico-generale il più vicino possibile alle esigenze degli utenti". Il compito di garantire l'effettività di tale bilanciamento tra esigenze di uniformità ed istanze di tutela delle peculiarità nazionali è primariamente affidato alle autorità indipendenti di regolazione, chiamate ad esercitare le proprie funzioni secondo criteri di competenza, imparzialità e trasparenza nell'ambito, appunto, di uno spazio regolatorio europeo che trova il suo epicentro istituzionale nell'Acer.

In sostanza l'esperienza dell'Acer mostra, da un lato, come il diritto comunitario nel settore dell'energia abbia promosso la costituzione di un *network* di autorità che hanno posto la Commissione europea quale loro interlocutore diretto, offrendole la possibilità di orientare le dinamiche interne della regolazione endonazionale⁹² e, dall'altro lato, come il modello della regolazione indipendente possa ormai considerarsi parte integrante della dimensione europea dei servizi di interesse economico-generale⁹³.

⁹¹ Sul punto si vedano l'art. 39 della direttiva 72/2009/CE e l'art. 43 della direttiva 73/2009/CE.

⁹² Al riguardo si veda F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in www.federalismi.it, 2012, n. 11, p. 9.

⁹³ G. Pitruzzella, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in www.federalismi.it, 2014, n. 6, pp. 1 ss.

La costituzione dell'Acer offre l'occasione per analizzare le tendenze evolutive della regolazione indipendente nel quadro complessivo dei pubblici poteri: infatti l'emersione nel settore dell'energia di un nuovo soggetto europeo di regolazione, dotato di una struttura complessa, che non coincide con la sola "rete" dei regolatori nazionali, è indicativa del passaggio da una regolazione di carattere "funzionale" ad una regolazione di carattere "istituzionale", che comincia, cioè, ad avvalersi di istituzioni proprie e autonome. In generale sorge allora l'interrogativo se la creazione di organismi europei di regolazione, quali l'Acer, rappresenti il peculiare modo in cui l'ordinamento comunitario inizia a manifestare segni di statualità, seppure nella forma debole di regolatori indipendenti o, se viceversa, essi non siano che un'ulteriore proiezione a livello europeo delle autorità nazionali, che trovano nella dimensione comunitaria un rafforzamento della propria capacità di regolazione nell'ordinamento interno⁹⁴.

Attualmente nel settore dell'energia si riscontra la presenza di un doppio livello di regolazione, data la contemporanea operatività di un regolatore comune, l'Acer, e di un regolatore europeo, la Commissione europea. Il riconoscimento di uno *status* di indipendenza alle autorità nazionali di regolamentazione indica, almeno potenzialmente, l'evoluzione da un sistema di regolazione "composita", in cui i regolatori statali e la Commissione europea interagiscono strettamente, mantenendo però ferma la distinzione di attribuzioni e la divisione di competenze, ad un sistema di regolazione "integrata", nel quale si supera questo sistema duale e si crea un centro di imputazione unitaria della regolazione europea di settore⁹⁵.

Con l'istituzione dell'Acer si è quindi data attuazione ad una nuova strategia di *governance* dei mercati energetici, da cui ha avuto origine un consorzio regolamentare europeo. Invero le autorità nazionali di regolamentazione sono state formalmente inserite nel processo regolatorio europeo attraverso la creazione di un'entità collettiva che le rappresenta a livello comunitario. Nell'ambito di tale assetto organizzativo i regolatori nazionali conferiscono al consorzio europeo le risorse fondamentali acquisite a livello domestico, come il patrimonio di conoscenze, il rapporto con gli operatori economici ed il controllo sull'accesso al mercato. La regolazione europea fa dunque leva sulla delega orizzontale di potere dagli organi di indirizzo politico alle autorità di settore per realizzare, mediante il modello consortile, una più avanzata forma di integrazione sovranazionale⁹⁶. In questo quadro l'Acer sembra quindi destinata a modificare radicalmente i criteri di funzionamento che presiedono alla regolazione europea dei mercati energetici, al punto che in dottrina, con riguardo alla nascita della nuova agenzia comunitaria si è parlato di un cambiamento "dirompente" nel mercato dell'energia dell'Unione europea, la cui portata non è stata ancora interamente percepita⁹⁷. Al riguardo si prospettano due possibili scenari. Il primo attiene al rapporto tra autorità indipendenti di regolazione e governi nazionali. L'istituzionalizzazione del consorzio regolamentare europeo rafforza la posizione di ciascun membro all'interno dello stesso attraverso i meccanismi della mutua assistenza e della competizione virtuosa. In questo contesto si sviluppano molteplici tendenze, talvolta tra loro contraddittorie: infatti, da un lato, un eventuale intervento del legislatore o del governo nazionale inteso a limitare le attribuzioni dell'autorità indipendente di regolazione è destinato a sollecitare un intervento difensivo delle autorità consorelle attraverso un pronunciamento formale dell'Acer e la conseguente attivazione della Commissione europea, quale garante dell'osservanza del diritto comunitario; dall'altro, l'interazione tra le autorità nazionali di regolamentazione all'interno del Comitato dei regolatori dovrebbe incentivare le medesime autorità

⁹⁴ Sul punto si veda L. Torchia, *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, in www.osservatorioair.it, 4 febbraio 2012, p. 4.

⁹⁵ In proposito si veda L. Torchia, *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., p. 7.

⁹⁶ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 194.

⁹⁷ V. Termini, *Sull'energia l'Europa si muove*, in *Documenti Istituto Affari Internazionali*, 2012, n. 7, p. 5.

titolari del potere di nomina dei membri dello stesso a selezionare le personalità più influenti e a dotare gli uffici di adeguate risorse al fine di esaltare la visione nazionale del mercato e di massimizzare l'influenza della regolazione statale sulle scelte che devono essere compiute a livello europeo. Il secondo scenario attiene alla valutazione dell'impatto dell'istituzione dell'Acer sui rapporti tra la Commissione europea e le autorità nazionali di regolamentazione. Con l'adozione del Terzo Pacchetto si è operato un rafforzamento delle prerogative regolamentari della Commissione europea, anche se il suo grado di ingerenza nell'azione dei regolatori nazionali non appare ancora esageratamente penetrante. In prospettiva sarà necessario verificare se l'Agenzia finirà per costituire uno strumento al servizio di un disegno eventualmente egemonico della Commissione europea o se, al contrario, essa fungerà da contrappeso all'ampia discrezionalità di quest'ultima⁹⁸.

Il disegno regolatorio che si è venuto a delineare con la creazione dell'Acer riflette l'orientamento accolto nel Terzo Pacchetto, che persegue la specifica finalità di "comunitarizzare" la regolazione amministrativa dell'energia negli Stati membri, ovvero di elaborare chiari orientamenti unitari allo scopo di armonizzare la disciplina nei singoli ordinamenti interni⁹⁹. L'adesione a tale approccio ha interessato anche la vigilanza sui mercati energetici che tende a qualificarsi come una funzione presieduta dalla normativa dell'Unione europea, dato che gli atti attraverso i quali essa si esplica sono essenzialmente costituiti dalle decisioni, dalle raccomandazioni e dai pareri dell'Acer¹⁰⁰.

Tuttavia tale processo di comunitarizzazione non ha condotto all'istituzione di un'autorità europea di regolazione dell'energia dotata di poteri decisionali vincolanti¹⁰¹, bensì al rafforzamento del ruolo della Commissione europea, che ha ampliato i suoi poteri diretti ed indiretti e che, anche in virtù del supporto fornito dall'Acer, sembra destinata ad attrarre sempre più intensamente nella sua sfera di influenza le autorità nazionali di regolamentazione¹⁰². Peraltro va osservato che la costituzione dell'Acer, vale a dire di un organismo che ha una fisionomia intermedia tra quella di un regolatore europeo e quella di un comitato di coordinamento, ed i cui limitati poteri non le consentono di sostituire completamente le autorità nazionali di regolamentazione¹⁰³, è intesa a colmare l'eccessiva distanza esistente tra la regolazione nazionale e l'azione della Commissione europea e ad instaurare un rapporto di più forte interdipendenza tra queste due forme di intervento.

In sostanza, a seguito dell'approvazione del Terzo Pacchetto si è assistito ad una torsione nel baricentro dei poteri a favore degli organi comunitari e si è realizzato un perfezionamento delle modalità di esercizio del potere normativo europeo, le quali sono ora idonee a definire le regole di funzionamento non solo degli operatori di mercato, ma anche delle autorità indipendenti di regolazione. Ciò dimostra che allo stato attuale la regolazione dei mercati energetici è

⁹⁸ G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., p. 195.

⁹⁹ S. Quadri, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, n. 3-4, pp. 851-852.

¹⁰⁰ In dottrina si è osservato come il diritto comunitario derivato si sia "appropriato" della vigilanza sul settore dell'energia, dovendo questa coniugarsi, ormai, come europea. Sul punto si veda M. Antonioli, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. 3, pp. 698-699.

¹⁰¹ Al riguardo è opportuno ricordare che, nella proposta della Commissione europea n. 530 del 2007 sull'adozione del regolamento istitutivo dell'Acer, si era evidenziato che la creazione di un'autorità europea di regolazione trovava ostacolo nei principi stabiliti dalla Corte di Giustizia nelle sentenze del 13 giugno 1958, relative alla causa 9/56, *Meroni c. Alta Autorità*, e alla causa 10/56, *Meroni c. Alta Autorità*, secondo le quali eventuali deleghe dalla Commissione europea ad organismi autonomi potevano avere ad oggetto soltanto poteri di esecuzione ben definiti, il cui esercizio fosse sottoposto al pieno controllo dell'autorità delegante, e non anche poteri di carattere normativo e discrezionale o di regolazione generale, e secondo cui le suddette deleghe erano ammesse solo a condizione di non alterare l'equilibrio istituzionale previsto dai Trattati. Sul punto in dottrina si veda F. Donati, *Il livello europeo*, in *La "Governance dell'energia"*, a cura di N. Bassi, E. Bruti Liberati, F. Donati, 20 novembre 2012, p. 10.

¹⁰² E. Bruti Liberati, *La nuova governance europea dei mercati energetici*, cit., p. 57.

¹⁰³ P. Ranci, *Le infrastrutture energetiche. L'Italia e il mercato unico europeo*, in *I nodi delle reti, Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, a cura di P. M. Manacorda, Firenze, 2010, p. 186.

comunitariamente conformata sia sotto il profilo della normativa sostanziale, che sotto il profilo dell'assetto organizzativo-istituzionale: la regolazione amministrativa, e non più solo quella legislativa, è dunque il prodotto di scelte operate in sede comunitaria. Tuttavia è necessario prevenire il rischio che l'uropeizzazione della regolazione amministrativa comporti una riduzione delle garanzie riconosciute all'interno dei singoli ordinamenti nazionali nei confronti dei destinatari delle misure regolatorie, con la conseguenza che, se da un lato, si pone l'esigenza di rendere il sistema sempre più marcatamente europeo, accrescendo i poteri dell'Acer, dall'altro, occorre contestualmente rafforzare l'indipendenza e le attribuzioni dei regolatori nazionali¹⁰⁴.

In prospettiva l'Acer, lungi dal rappresentare un ulteriore, costoso e inutile appesantimento burocratico nell'organizzazione amministrativa comunitaria¹⁰⁵, sembra, al contrario, perseguire con determinazione la sua vocazione ad assumere un ruolo da protagonista nella regolazione dei mercati energetici, data la crescente centralità da essa acquisita nella cornice normativa ed istituzionale dell'Unione europea¹⁰⁶.

2.3 L'attitudine dell'Acer a fungere da soggetto propulsore dello sviluppo della *governance* policentrica nella regolazione multilivello delle reti

Dopo aver esaminato il modello organizzativo, il funzionamento ed il ruolo istituzionale dell'Acer, vale la pena di approfondire l'analisi delle competenze dell'Agenzia in materia di codici di rete e di infrastrutture transfrontaliere, poiché esse offrono l'occasione per evidenziare come nel settore dell'energia si combinino elementi propri di due modelli alternativi di regolazione multilivello delle reti, quello basato sulla *governance* gerarchica e quello basato sulla *governance* policentrica, dando luogo a forme di regolazione ibrida¹⁰⁷. In particolare il sistema gerarchico presuppone l'individuazione, in ciascun livello di regolazione, di un'area esclusiva di competenza e, quindi, comporta elevati costi di coordinamento; il sistema policentrico prevede, al contrario, una sovrapposizione di competenze tra tutti i livelli che condividono poteri di intervento¹⁰⁸.

Le disposizioni dettate dall'art. 6 del regolamento 713/2009/CE sulle funzioni dell'Acer relative alla cooperazione tra gestori dei sistemi di trasmissione, dall'art. 6 del regolamento 714/2009/CE, sulle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica, e dall'art. 6 del regolamento 715/2009/CE sulle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale, attribuiscono all'Agenzia un ruolo di guida nella redazione dei codici di rete e nella sorveglianza sull'attuazione di questi ultimi, che si manifesta essenzialmente nella possibilità di sottoporre i codici di rete alla Commissione europea affinché essa li renda vincolanti¹⁰⁹.

¹⁰⁴ In tal senso si veda P. Ranci, *Le infrastrutture energetiche. L'Italia e il mercato unico europeo*, cit., p. 212.

¹⁰⁵ P. Ranci, *Il mercato europeo del gas e la sicurezza degli approvvigionamenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, n. 3, pp. 525 ss.

¹⁰⁶ Peraltro l'importanza dell'Acer è stata sottolineata da parte della stessa Autorità italiana per l'energia elettrica e il gas nella relazione annuale sull'attività svolta, presentata al Parlamento il 6 luglio 2011, in cui si è rilevato come uno dei quattro pilastri del nuovo paradigma energetico elaborato dal Terzo Pacchetto sia proprio costituito dalla dimensione comunitaria della regolazione, intesa a garantire il coordinamento dei sistemi energetici nazionali e ad assicurare che le scelte di investimento le quali, soprattutto nel settore del gas, assumono spesso una rilevanza sovranazionale, siano valutate e disciplinate in coerenza con gli orientamenti e le politiche europee.

¹⁰⁷ In proposito si veda A. Miraglia, *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, n. 3, p. 896.

¹⁰⁸ G. Bellantuono, *I poteri dei regolatori nazionali e il ruolo dell'Agenzia europea*, in *Annuario di Diritto dell'energia* 2012, a cura di G. Napolitano, A. Zoppini, Bologna, pp. 81-82.

¹⁰⁹ In proposito va precisato che la Commissione europea ottiene l'approvazione del codice di rete come atto vincolante attraverso la procedura di regolazione, così come originariamente definita dalla decisione del Consiglio n. 468 del 1999 sull'esercizio delle competenze di esecuzione della Commissione, in cui si prevedeva che quest'ultima fosse assistita da un comitato dei rappresentanti degli Stati membri. Secondo la procedura di regolazione disciplinata all'art. 5 della

In particolare, nell'ambito della procedura di redazione dei codici di rete, si prevede che la Commissione europea chieda all'Acer di presentarle, entro un termine ragionevole non superiore a sei mesi, un orientamento quadro non vincolante con il quale vengono fissati i principi e gli obiettivi per l'elaborazione dei codici di rete specifici di settore. Nei due mesi successivi alla presentazione alla Commissione del suddetto orientamento quadro, l'Agenzia procede formalmente alla consultazione delle Regst, ovvero della Rete europea dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e della Rete europea dei gestori dei sistemi di trasporto del gas, nonché delle altre parti interessate. Entro un termine ragionevole non superiore a dodici mesi, la Commissione chiede alle Regst dell'energia elettrica e del gas di presentare all'Acer un codice di rete conforme al pertinente orientamento quadro. Nei tre mesi successivi alla data di ricezione del suddetto codice di rete, durante i quali l'Agenzia può ancora una volta procedere alla consultazione dei soggetti interessati, l'Acer è tenuta ad emettere un parere motivato sul codice di rete nei confronti delle Regst dell'energia elettrica e del gas, le quali possono modificare lo stesso in base al suddetto parere e ripresentarlo all'Agenzia. L'Acer, qualora ritenga che il codice di rete sia conforme al pertinente orientamento quadro, lo presenta alla Commissione e può raccomandarne l'adozione in un periodo di tempo ragionevole. Nel caso in cui la Commissione non adotti il codice di rete, essa è tenuta ad esplicitare i motivi della propria decisione. Qualora le Regst dell'energia elettrica e del gas non abbiano redatto un codice di rete entro il termine stabilito dalla Commissione, quest'ultima può chiedere all'Acer di elaborare un progetto di codice di rete in base al pertinente orientamento quadro. L'Agenzia, dopo aver avviato un'ulteriore consultazione durante la fase di elaborazione di tale progetto di codice di rete, lo presenta alla Commissione e può raccomandarne l'adozione. Inoltre la Commissione può adottare di sua iniziativa uno o più codici di rete nell'ipotesi in cui le

suindicata decisione la Commissione europea doveva presentare la proposta al Consiglio solo in caso di disaccordo del Comitato. In questo caso il Parlamento europeo, dopo essere stato previamente informato, era tenuto ad emettere un parere nei confronti del Consiglio, il quale decideva a maggioranza qualificata sulla proposta. In ogni caso il Comitato degli Stati membri non poteva modificare la sostanza della proposta e necessitava di una maggioranza di due terzi per rigettarla. Una volta approvato dal Comitato il codice di rete era allegato alla regolazione. Successivamente la procedura di regolamentazione con controllo, introdotta con la decisione n. 512 del 2006, interveniva a modificare la procedura di comitologia nel senso di consentire al legislatore europeo (Parlamento e Consiglio) di controllare le scelte operate dalla Commissione nell'esercizio delle competenze ad essa conferite. In particolare, prima dell'adozione finale di un progetto normativo da parte della Commissione, veniva riconosciuta al Parlamento e al Consiglio la possibilità di opporsi, qualora essi avessero ritenuto che quest'ultimo eccedesse le competenze di esecuzione previste dal conferimento, non fosse compatibile con lo scopo del conferimento o non rispettasse i principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Con l'adozione del Trattato di Lisbona si è proceduto ad un adeguamento delle competenze delegate (art. 290 TFUE) e di esecuzione della Commissione (art. 291 TFUE). La comitologia viene estromessa dalla sfera quasi legislativa degli atti delegati ed è ora confinata nell'ambito degli atti di esecuzione, in cui opera secondo le nuove regole stabilite dal regolamento UE n. 182 del 16 febbraio 2011, che è entrato in vigore il successivo 1° marzo e che ha abrogato la decisione n. 468 del 1999. In particolare all'art. 5, rubricato "Procedura di esame", si prevede che, in caso di parere negativo (maggioranza qualificata contraria) del Comitato degli Stati membri o nel caso in cui la maggioranza semplice dei componenti del comitato sia contraria (a prescindere della ponderazione dei voti), la Commissione non può adottare il progetto di atto di esecuzione. Tuttavia, qualora ritenga comunque necessario adottare l'atto, la Commissione ha due alternative: sottoporre una versione modificata dell'atto entro due mesi dalla formulazione del parere negativo allo stesso comitato, oppure presentare il medesimo atto entro un mese dalla suddetta formulazione al c.d. Comitato di appello. A differenza del Consiglio il Comitato di appello è un collegio amministrativo che, al pari di altri comitati, è composto da funzionari nazionali e presieduto da un funzionario della Commissione. Il Comitato di appello e, non più il Consiglio, si configura, dunque, come organo di chiusura del sistema. In questo modo la componente transgovernativa (il Comitato) non opera più all'ombra di quella intergovernativa (il Consiglio) ma, anzi, ne prende il posto. Al riguardo si veda M. Savino, *La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 10, pp. 1041 ss.

Regst dell'energia elettrica e del gas non abbiano redatto un codice di rete o l'Acer non abbia elaborato un progetto di codice di rete¹¹⁰.

La suindicata procedura di elaborazione dei codici di rete mostra come alcuni elementi che connotano l'attività consultiva dell'Acer, quali, ad esempio, gli orientamenti quadro per la predisposizione dei codici di rete da parte dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas naturale, possano trasformarsi in strumenti di natura coercitiva grazie ad una stretta collaborazione dell'Agenzia con la Commissione europea. Nell'ambito della procedura di redazione dei codici di rete è così possibile riscontrare la presenza di alcuni caratteri tipici di un modello di *governance* gerarchica anche in assenza del conferimento all'Acer di poteri vincolanti, dato che i gestori dei sistemi di trasmissione tendono a non divergere in modo significativo dalle indicazioni fornite dall'Acer negli orientamenti quadro. Inoltre occorre evidenziare che i poteri di intervento della Commissione, sebbene piuttosto incisivi, lasciano comunque spazio ad un'elaborazione su base consensuale dei codici di rete, dato che le proposte di codici di rete sono sottoposte a consultazione sia presso l'Acer che presso i gestori dei sistemi di trasmissione e sono ampiamente discusse nei *Fora* di Firenze per l'elettricità e di Madrid per il gas, i quali sono stati costituiti su impulso della stessa Commissione europea proprio per ricercare soluzioni concordate tra le istituzioni comunitarie e gli operatori di settore e che, quindi, si configurano come "processi informali di costruzione del consenso" aperti alla partecipazione di tutti i soggetti interessati e finalizzati all'adozione di atti di *soft law*, quali *guidelines* e *benchmark*¹¹¹.

Con riguardo alle infrastrutture energetiche va evidenziato che la disciplina del Terzo Pacchetto non assegna un ruolo significativo alla Commissione europea, mentre attribuisce una rilevanza centrale all'azione dell'Acer sia nella fase di preparazione dei piani di sviluppo delle reti a livello comunitario, che nella fase di attuazione degli stessi. In particolare, in ordine alla prima fase, è necessario rilevare che il compito di procedere all'elaborazione dei suddetti piani è affidato alle Reti europee dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas. Invero, l'art. 6, par. 3 e 4, del regolamento 713/2009/CE, l'art. 9, par. 2, del regolamento 714/2009/CE e l'art. 9, par. 2, del regolamento 715/2009/CE stabiliscono che le Regst, dopo una fase iniziale di consultazione con i soggetti partecipanti al mercato, hanno l'obbligo di presentare un progetto del piano europeo di sviluppo delle reti all'Acer, la quale, entro due mesi dal ricevimento dello stesso, è tenuta a trasmettere alle Regst e alla Commissione europea un parere debitamente motivato, nonchè opportune raccomandazioni, qualora ritenga che il piano non contribuisca ad evitare comportamenti discriminatori, a realizzare una concorrenza effettiva o a garantire il funzionamento efficiente del mercato e un livello sufficiente di interconnessioni transfrontaliere aperte all'accesso di terzi. Nella normativa del Terzo Pacchetto non è presente alcun riferimento all'ipotesi concernente la sussistenza di un eventuale disaccordo tra l'Acer e le Regst sui contenuti del suddetto piano. Tuttavia si deve ritenere che, in assenza di strumenti coercitivi di intervento a disposizione dell'Acer, l'elaborazione dei piani europei di sviluppo delle reti sia guidata da un interesse condiviso alla gestione dei fattori di elevata incertezza finanziaria, tecnologica e regolatoria. La materia delle infrastrutture energetiche rappresenta dunque un ottimo banco di prova per verificare la capacità dell'Acer di favorire il coordinamento tra i diversi attori pubblici e privati, stante l'impossibilità di configurare poteri di controllo di tipo gerarchico in capo all'Agenzia.

Anche nella successiva fase di attuazione dei piani europei di sviluppo delle reti l'Acer svolge un ruolo primario. Sebbene i suddetti piani siano esplicitamente qualificati come non vincolanti, in quanto non obbligano i gestori a realizzare gli investimenti programmati, all'Agenzia spetta, ai

¹¹⁰ In tali casi la Commissione procede, per un periodo non inferiore a due mesi, alla consultazione dell'Agenzia, delle Regst dell'energia elettrica e del gas, nonchè di tutte le parti interessate in ordine al progetto del codice di rete.

¹¹¹ Al riguardo in dottrina si veda F. Scuto, *La governance del settore energia e gas attraverso la "rete" europea delle autorità indipendenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, n. 1, p. 288.

sensi dell'art. 6, par. 8, del regolamento 713/2009/CE, un potere di monitoraggio consistente nel controllo sull'attuazione dei piani di sviluppo della rete a livello comunitario. Qualora rilevi incongruenze fra il piano e la sua attuazione in termini di infrastrutture realizzate, l'Acer individua i motivi di tali divergenze e formula raccomandazioni ai gestori dei sistemi di trasmissione interessati, alle autorità nazionali di regolamentazione e alle altre istituzioni competenti, al fine di attuare gli investimenti in conformità ai suindicati piani europei di sviluppo delle reti. Si tratta di poteri deboli dell'Acer che non sono in grado di superare i molteplici ostacoli che potrebbero indurre i gestori delle reti a ritardare o a rinunciare alla realizzazione degli investimenti programmati. Tuttavia la scarsa incisività di tali poteri dell'Agenzia può essere compensata dalla sussistenza in capo alle autorità nazionali di regolamentazione di poteri decisionali di natura vincolante nei confronti dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas. Infatti, ai sensi dell'art. 22, par. 7 e 8, della direttiva 72/2009/CE e dell'art. 22, par. 7 ed 8, della direttiva 73/2009/CE, nei casi in cui il gestore del sistema di trasmissione dell'energia elettrica o del gas, per ragioni che non costituiscono motivi prioritari che sfuggono al suo controllo, non realizza un investimento che in base al piano decennale di sviluppo della rete sarebbe dovuto essere realizzato nel triennio successivo, gli Stati membri provvedono affinché sia imposto all'autorità di regolamentazione di adottare alternativamente uno dei seguenti provvedimenti: a) imporre al gestore del sistema di trasmissione dell'energia elettrica o del gas di realizzare l'investimento in causa; b) indire una gara di appalto per l'investimento in questione aperta a tutti gli investitori; c) imporre al gestore del sistema di trasmissione dell'energia elettrica o del gas di accettare un aumento di capitale, per finanziare gli investimenti necessari e permettere la partecipazione al capitale di investitori terzi e indipendenti dal medesimo gestore.

Dalla suesposta disciplina si evince che, in mancanza del trasferimento di maggiori competenze all'Acer, il sistema europeo di governo delle infrastrutture energetiche potrebbe far affidamento sui poteri vincolanti assegnati ai regolatori nazionali.

Inoltre è necessario rilevare che, ai sensi dell'art. 6, par. 9, del regolamento 713/2009/CE, l'Acer controlla l'attività di cooperazione regionale dei gestori dei sistemi di trasmissione nell'ambito delle Regst dell'elettricità e del gas e tiene debitamente conto dei risultati di tale cooperazione in sede di formulazione di pareri, raccomandazioni e decisioni. L'art. 12 del regolamento 714/CE/2009 e l'art. 12 del regolamento 715/2009/CE chiariscono poi che, nel quadro di tale regime di cooperazione con le Regst dell'elettricità e del gas, i gestori dei sistemi trasmissione sono tenuti a pubblicare un piano regionale di investimenti ogni due anni e possono assumere decisioni sulla base del suddetto piano. La Commissione europea può altresì consultare l'Acer e le Regst dell'elettricità e del gas ai fini della definizione dell'area geografica di competenza di ciascuna struttura di cooperazione regionale. Alla luce di quanto precede emerge che il nodo cruciale della nuova *governance* in materia di infrastrutture energetiche è rappresentato, da un lato, dalle relazioni fra l'Acer e la Commissione europea e, dall'altro, dai rapporti fra l'Agenzia, le Regst e le autorità nazionali di regolamentazione. Segnatamente il processo decisionale in materia di elaborazione ed attuazione dei codici di rete e di governo delle infrastrutture energetiche è caratterizzato dalla compartecipazione dell'Acer, della Commissione europea e delle nuove istituzioni comunitarie che rappresentano i gestori nazionali delle reti elettriche e del gas. In questo senso rileva la particolare funzione svolta dall'Agenzia quale centro di collegamento tra regolatori nazionali, *stakeholders* e istituzioni di governo europeo. In sostanza la disciplina del Terzo Pacchetto, se da un lato sembra essere in grado di assicurare un'efficiente gestione del funzionamento di un sistema di regolazione multilivello dell'energia, dipendente dalle capacità e dalle risorse di cui ciascun livello di governo è dotato, dall'altro appare carente sotto il profilo della costruzione di adeguati meccanismi di coordinamento tra i vari livelli. L'Acer, sebbene sprovvista di ampi poteri, è in grado di esercitare un'influenza non secondaria in virtù della sua attitudine a fungere da soggetto propulsore dello sviluppo della *governance*

policentrica grazie alla cooperazione con la Commissione europea e le autorità nazionali di regolamentazione. Ciò dimostra che, anche se numerosi vincoli istituzionali hanno impedito di estendere ulteriormente gli strumenti di intervento a disposizione dell'Acer, l'azione posta in essere dall'Agenzia merita una valutazione complessivamente positiva dal punto di vista del suo rendimento istituzionale.

In definitiva, con l'adozione del Terzo Pacchetto si è compiuto il passaggio da una regolazione statica ad un governo dinamico delle reti energetiche¹¹², essenzialmente fondato sull'iniziativa privata delle imprese e sul ruolo delle autorità tecniche di controllo preposte al corretto funzionamento del mercato. Tale mutamento di paradigma del modello di regolazione comunitaria spiega il motivo per cui l'accento sia principalmente posto sulla responsabilità dei gestori delle reti di trasmissione e del loro *network* a livello europeo. In particolare le Regst esprimono il tentativo di superare una visione puramente nazionale da parte dei gestori di rete, dato che le loro strutture di governo potrebbero risultare determinanti per il conseguimento dell'obiettivo di realizzare reti paneuropee. Gli adempimenti posti a carico dei gestori di rete devono poi essere sottoposti alla vigilanza dell'Acer e delle autorità nazionali di regolamentazione. La programmazione dello sviluppo infrastrutturale si svolge in una logica essenzialmente bilaterale di rapporti tra gestori di rete e regolatori nazionali. In sostanza, con l'approvazione del Terzo Pacchetto si è predisposto un assetto organizzativo-istituzionale nel quale l'Acer, le Regst, le autorità nazionali di regolamentazione e i gestori di rete interagiscono tra loro, nel rispetto delle reciproche competenze, in modo da assicurare che gli obiettivi di sicurezza degli approvvigionamenti, adeguatezza delle infrastrutture ed efficienza nell'erogazione del servizio siano contestualmente perseguiti ed armonicamente bilanciati¹¹³.

3. L'assetto istituzionale del settore energetico delineato dal d.lgs. n. 93 del 2011 attuativo del Terzo Pacchetto in Italia

3.1 Profili critici della disciplina sul riparto di competenze tra il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico in ordine alla compatibilità con le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE

Con il d.lgs. n. 93 del 2011, adottato dal Governo sulla base della legge delega del Parlamento n. 96 del 2010 (legge comunitaria 2009), è stata data attuazione in Italia alle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE del Terzo Pacchetto¹¹⁴.

Il d.lgs. n. 93 del 2011 non sembra aver colto pienamente il significato della trasformazione del ruolo dell'autorità nazionale di regolamentazione prefigurata nel Terzo Pacchetto, che si sarebbe dovuta tradurre in un rafforzamento dell'indipendenza e delle attribuzioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. Infatti, in controtendenza rispetto alle direttive

¹¹² Sul punto si veda G. Napolitano, *Dalla regolazione statica al governo dinamico delle reti*, in *Annuario di Diritto dell'energia*, 2012, a cura di G. Napolitano, A. Zoppini, Bologna, pp. 266 ss.

¹¹³ Al riguardo va rilevato che, in sede di emendamento della proposta di regolamento istitutivo dell'Acer, il Parlamento europeo ha sottolineato l'importanza di realizzare una cooperazione rafforzata tra l'Acer, le autorità nazionali di regolamentazione ed i gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas, osservando che, qualora le competenze dell'Agenzia e delle Regst si rivelino insufficienti a favorire lo sviluppo delle reti e, quindi, a realizzare un mercato dell'energia più integrato, potrebbe essere necessario procedere ad una modifica del loro mandato.

¹¹⁴ Il decreto in parola è stato emanato il 1° giugno 2011, in ritardo rispetto al termine di recepimento delle suindicate direttive comunitarie, fissato per gli Stati membri al 3 marzo 2011. Con specifico riguardo al recepimento del Terzo Pacchetto in Italia si veda Assolombarda Gruppo Energia, *Paper sulla liberalizzazione del mercato gas*, 2012, p. 14, disponibile sul sito www.assolombarda.it; Federconsumatori Nazionale, *Politiche, mercato dell'energia e produzione diffusa: problemi e prospettive*, 10 ottobre 2012, disponibile sul sito www.federconsumatori.it.

72/2009/CE e 73/2009/CE, è stata conferita una posizione di preminenza sul piano istituzionale al Governo, dato che in numerosi casi i poteri già assegnati dalla precedente legislazione al Ministero dello sviluppo economico sono stati confermati e al medesimo organo ministeriale sono stati attribuiti compiti di attuazione della politica energetica nazionale e di realizzazione dei necessari investimenti di potenziamento infrastrutturale, nonché funzioni di sorveglianza sui gestori delle reti di trasmissione dell'energia elettrica e del gas.

In particolare l'art. 1 del d.lgs. n. 93 stabilisce che il Ministero dello sviluppo economico, al fine di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti per il sistema del gas naturale e dell'energia elettrica, emana atti di indirizzo e adotta provvedimenti opportuni in funzione dell'esigenza di equilibrio tra domanda e offerta sul mercato nazionale, del livello della domanda attesa in futuro, della capacità addizionale in corso di programmazione o costruzione, della qualità e dello stato di manutenzione delle reti, nonché delle misure necessarie a far fronte a picchi della domanda e alle carenze della fornitura di uno o più fornitori. Al riguardo assume rilevanza centrale il potere del Ministero di adottare i c.d. "provvedimenti opportuni", cioè atti atipici che, avendo carattere eccezionale, devono essere sottoposti ad un rigoroso scrutinio di necessità e proporzionalità¹¹⁵. Tuttavia occorre evidenziare che la suindicata disposizione recata dall'art. 1 del d.lgs. n. 93 del 2011 appare conforme all'art. 4 della direttiva 72/2009/CE e all'art. 5 della direttiva 73/2009/CE, i quali stabiliscono che gli Stati membri garantiscono il controllo sulla sicurezza degli approvvigionamenti e che, se lo ritengono opportuno, hanno la facoltà di delegare questo compito all'autorità nazionale di regolamentazione, lasciando intendere che lo stesso possa rimanere affidato all'organo politico, cioè al ministero.

L'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 93 attribuisce al Ministero dello sviluppo economico il compito di definire ed elaborare, previa consultazione delle Regioni e delle parti interessate ed in coerenza con gli obiettivi della strategia energetica nazionale, gli scenari decennali relativi allo sviluppo del mercato dell'energia elettrica e del gas naturale¹¹⁶.

Inoltre l'art. 2 del d.lgs. n. 93 prevede che, nel caso in cui gli impianti di generazione in costruzione e le altre misure adottate non siano sufficienti a garantire la sicurezza del sistema elettrico, il Ministro dello sviluppo economico, sentita la Conferenza Stato-Regioni, individua, con proprio decreto, una procedura trasparente e non discriminatoria per la realizzazione di nuova capacità di produzione elettrica oppure per l'introduzione di misure di efficienza energetica o gestione della domanda di elettricità¹¹⁷.

L'art. 3 del d.lgs. n. 93 affida poi ad un apposito decreto governativo il compito di definire gli interventi di potenziamento infrastrutturale¹¹⁸ necessari per il raggiungimento delle finalità indicate nella strategia energetica nazionale¹¹⁹, nonché quello di individuare, in rapporto a tali obiettivi, gli

¹¹⁵ Sul carattere procedurale del principio di precauzione, che informa il trattamento giuridico della gestione del rischio nel governo dell'energia e che si sostanzia nell'adozione di provvedimenti aventi natura provvisoria e caratterizzati da una continua rivedibilità, si veda A. Barone, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in *www.federalismi.it*, 2013, pp. 1 ss.

¹¹⁶ Il decreto assegna al Ministero per lo svolgimento di tale compito un termine di sei mesi, decorrente dalla data di entrata in vigore dello stesso e scadente il 29 dicembre 2011.

¹¹⁷ Il decreto attribuisce al Ministero per l'esercizio di tale funzione un termine di diciotto mesi, decorrente dalla data di entrata in vigore dello stesso.

¹¹⁸ In dottrina sulle questioni relative al potenziamento delle infrastrutture energetiche si veda M. Grillo, A. Noce, *Infrastrutture energetiche ed integrazione dei mercati in Europea*, in *Idee per l'Italia. Mercato e Stato*, a cura di E. Barucci, C. De Vincenti, M. Grillo, Milano, 2010.

¹¹⁹ In particolare si dispone che, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e d'intesa con la Conferenza Unificata Stato-Regioni-Città-Autonomie Locali, siano individuate, le necessità minime di realizzazione o ampliamento degli impianti di produzione di energia elettrica, di rigassificazione del gas naturale liquefatto, di stoccaggio in sotterraneo di gas naturale e di stoccaggio di prodotti petroliferi, nonché le

impianti di produzione e le reti di trasmissione considerati “prioritari”, per i quali viene, cioè, previsto un regime speciale e privilegiato dal punto di vista procedimentale e tariffario¹²⁰, essendo disposta l’adozione di specifiche misure di agevolazione in ordine alla regolazione tariffaria, alla procedura di autorizzazione amministrativa¹²¹ e alla concessione di un’eventuale esenzione dall’obbligo di garantire il diritto di accesso dei terzi¹²².

In dottrina si è evidenziato che il decreto attuativo del Terzo Pacchetto, nella misura in cui rimette al Governo la qualificazione dei progetti come strategici, in quanto coerenti con gli obiettivi di politica energetica nazionale, nonché la definizione delle misure di agevolazione per questi ultimi e, al contrario, contempla un disfavore procedimentale e tariffario per gli impianti e le infrastrutture non individuati come prioritari dall’esecutivo, si pone in contrasto con le direttive comunitarie 72/2009/CE e 73/2009/CE, in cui si affida all’autorità nazionale di regolamentazione il compito di garantire che gli investimenti nelle reti siano sufficienti e adeguati rispetto al fabbisogno del sistema e non si introduce nessun disincentivo a svantaggio degli operatori che, sulla base di proprie valutazioni, intendano realizzarne ulteriori¹²³.

Nell’art. 3, co. 7, del d.lgs. n. 93 si stabilisce altresì che l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico esercita le proprie competenze in materia tariffaria in conformità con le finalità di politica energetica nazionale, tra le quali sono ricomprese quelle che attengono alla previsione di un regime agevolato per gli impianti e le infrastrutture di carattere strategico, e di un aggravio economico e procedimentale per gli impianti e le infrastrutture di carattere non strategico. Come visto, tali obiettivi sono specificamente perseguiti dal Governo mediante la formulazione di appositi indirizzi, che sembrerebbero, quindi, volti ad orientare la potestà tariffaria del regolatore di settore¹²⁴. Al riguardo si pone la questione relativa al rapporto esistente fra la funzione di indirizzo

relative infrastrutture di trasporto, anche di interconnessione con l’estero, allo scopo di conseguire gli obiettivi di politica energetica nazionale e di garantire sicurezza, economicità e concorrenza nelle forniture di energia.

¹²⁰ Segnatamente, al co. 7 del citato art. 3 del d.lgs. n. 93 si stabilisce che, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, siano formulati indirizzi al fine di mantenere in via prioritaria per le infrastrutture e gli impianti individuati come strategici dal medesimo decreto le misure esistenti volte a facilitarne la realizzazione, e che, invece, siano attribuiti agli impianti e alle infrastrutture non identificati come tali i maggiori costi dei relativi potenziamenti delle reti di trasporto necessari alla realizzazione degli stessi.

¹²¹ Le amministrazioni interessate a qualunque titolo nelle procedure amministrative di autorizzazione devono attribuire a tali impianti e infrastrutture priorità e urgenza. I medesimi impianti sono dichiarati di pubblica utilità, nonché urgenti e indifferibili.

¹²² Tale disciplina di impostazione marcatamente dirigista è stata censurata per i suoi effetti potenzialmente discriminatori dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato la quale, nella segnalazione al Parlamento e al Governo AS821 del 5 aprile 2011, ha affermato che “qualsiasi scelta di tipo amministrativo finalizzata ad individuare esogenamente un sottogruppo di progetti destinati ad avere una sorta di “corsia preferenziale” rispetto agli altri sia con riferimento all’iter autorizzativo sia all’incentivazione tariffaria appare critica sotto il profilo concorrenziale”. Ciò, ad avviso dell’Antitrust, risulta tanto più grave qualora si consideri che il d.lgs. n. 93 del 2011 affida il compito di individuare i progetti prioritari, ai quali, cioè, sono riservate le misure asimmetriche di maggior favore, al Governo, che attualmente si qualifica come l’azionista di controllo dei due *incumbent* Eni ed Enel, mantenendo nelle due imprese *ex monopoliste* del settore dell’energia elettrica e del gas naturale una quota azionaria del trenta per cento, cioè di maggioranza relativa.

¹²³ E. Bruti Liberati, *Mercati dell’energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo pacchetto energia*, in *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell’energia*, a cura di M. De Focatiis, A. Maestroni, Milano, 2011, p. 46.

¹²⁴ La *ratio* della disposizione di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 93 del 2011, intesa a far prevalere l’interesse al conseguimento degli obiettivi strategici fissati dal Governo sulla tutela degli interessi degli altri soggetti istituzionali coinvolti, si spinge fino al punto di prevedere che, in caso di inerzia delle amministrazioni regionali in ordine all’espressione di pareri o all’emanazione di atti di propria competenza nei procedimenti autorizzativi, è previsto il ricorso al potere sostitutivo del Governo in tema di decisioni su investimenti infrastrutturali, con l’assegnazione da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministero dello sviluppo economico, alla Regione interessata di un congruo termine (non inferiore a due mesi) per provvedere, decorso inutilmente il quale viene nominato un

politico-governativo e l'esercizio delle competenze tariffarie proprie del regolatore di settore e sorge il quesito se l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico sia o meno vincolata dagli orientamenti elaborati sul punto dal Governo. In proposito in dottrina si è evidenziato che la formulazione dell'art. 3, co. 7, del d.lgs. n. 93 appare piuttosto ambigua, nel senso che se, da un lato, tale disposizione prevede l'adozione di indirizzi governativi il cui oggetto sembrerebbe includere anche le agevolazioni tariffarie da riconoscere o non riconoscere ai progetti infrastrutturali, senza tuttavia stabilire ciò in modo espresso ed inequivoco, d'altro, essa impone al regolatore di settore di tenere conto in sede di determinazione delle tariffe non direttamente di tali indirizzi, bensì delle finalità di strategia energetica nazionale individuate dal medesimo decreto¹²⁵. Peraltro risulta evidente che gli orientamenti governativi dovrebbero specificare proprio le suindicate finalità ed appare, quindi, corretto chiedersi se ed in quale misura l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico sia vincolata anche dai primi e non solo dalle seconde. La risposta a tale interrogativo è offerta dalla disciplina contenuta nelle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, in cui, come visto, viene sancito il principio secondo cui l'autorità nazionale di regolamentazione non può ricevere istruzioni dall'organo ministeriale nell'esercizio delle proprie funzioni di regolazione, fatti salvi gli orientamenti di politica generale elaborati dal Governo non connessi con le suddette competenze regolatorie. Ora, posto che è indubbio che la definizione delle tariffe di accesso alle reti e alle altre infrastrutture energetiche rientra tra le competenze spettanti al regolatore di settore, si deve ritenere che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, mentre è rigidamente vincolata al rispetto delle finalità di politica energetica nazionale individuate dal d.lgs. n. 93 del 2011, non può, invece, essere condizionata dagli indirizzi formulati dall'esecutivo sul modo in cui essa dovrebbe incentivare o non incentivare in via tariffaria la realizzazione di determinate infrastrutture, con la conseguenza che al Governo sarebbe precluso contestare all'Autorità l'eventuale deviazione dagli stessi¹²⁶.

In sostanza, dall'esame della fattispecie normativa recata dall'art. 3, co. 7, del d.lgs. n. 93 del 2011 si evince come il legislatore italiano, in sede di recepimento del Terzo Pacchetto, si sia avvalso della facoltà dello Stato membro di derogare al principio secondo cui l'autorità nazionale di regolamentazione non può essere sottoposta alle direttive dell'organo ministeriale, riconoscendo al Governo la possibilità di formulare indirizzi di politica generale non direttamente connessi con le competenze regolatorie tipiche, assai più ampiamente di quanto sembrerebbe concesso dalla normativa comunitaria. Infatti il d.lgs. n. 93 attribuisce al Ministero dello sviluppo economico funzioni regolatorie che si qualificano come ben più che meramente eccezionali rispetto a quelle espressamente assegnate all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, per le quali non è ammessa la suddetta deroga alla generale competenza dell'autorità nazionale di regolamentazione ed opera, quindi, la preclusione di impartire ad essa in qualsiasi forma istruzioni politiche, configurandosi, nell'ipotesi di inosservanza di tale divieto, una violazione delle direttive

commissario che interviene ad adottare gli atti in luogo delle amministrazioni inadempienti. Sul punto si veda C. Viviani, *L'autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione dell'energia elettrica*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, n. 12, pp. 1420 ss.

¹²⁵ E. Bruti Liberati, *Il livello nazionale*, in *La "Governance dell'energia"*, a cura di N. Bassi, E. Bruti Liberati, F. Donati, 20 novembre 2012, pp. 38-39.

¹²⁶ Una conclusione differente sembra evincersi dalla normativa europea, con riguardo a quelle competenze non esplicitamente riservate alle autorità nazionali di regolamentazione e, quindi, rispetto alle quali la disciplina legislativa di attuazione del Terzo Pacchetto può autorizzare il Governo ad elaborare indirizzi specifici sul contenuto da assegnare a determinati atti regolatori, ai quali anche il regolatore di settore dovrebbe attenersi. Invero sembra logico ritenere che, laddove il legislatore italiano eserciti legittimamente la facoltà di attribuire una funzione regolatoria al Ministero dello sviluppo economico, quest'ultimo possa poi esercitare tale competenza, anche delegando in parte la stessa all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e fissando i criteri e i principi per l'esercizio della suddetta delega. Sul punto si veda E. Bruti Liberati, *Il livello nazionale*, cit., pp. 38-39.

72/2009/CE e 73/2009/CE¹²⁷. In definitiva nella disciplina nazionale viene di fatto conferito al Ministero dello sviluppo economico un ruolo di co-regolatore di settore che si giustappone a quello svolto dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico¹²⁸.

Gli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 93 del 2011 attribuiscono al Ministero dello sviluppo economico importanti prerogative, quali i poteri di esecuzione diretta delle misure di salvaguardia che possono essere temporaneamente adottate in caso di crisi improvvisa sul mercato dell'energia¹²⁹ e che sono rimesse alla piena discrezionalità politica in ordine alla loro determinazione, ed i poteri di consultazione sui dati concernenti le transazioni riguardanti i contratti stipulati con grossisti e gestori, che le imprese di fornitura di gas naturale ed energia elettrica hanno l'obbligo di tenere a disposizione dell'organo governativo.

In materia di piani di potenziamento delle reti, il d.lgs. 93 del 2011 delinea un assetto organizzativo-istituzionale basato sulla ripartizione di competenze tra il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. In particolare, con riguardo al settore del gas, l'art. 16 prevede l'emanazione da parte del Ministero, sentita l'Autorità e la Conferenza Stato-Regioni, di un decreto in cui si stabiliscono le modalità di redazione del piano decennale di sviluppo della rete. Il Gestore, dopo aver consultato i soggetti interessati, ha l'obbligo di trasmettere annualmente il suindicato piano, contenente misure efficaci a garantire l'adeguatezza del sistema e la sicurezza degli approvvigionamenti, al Ministero, all'Autorità e alle Regioni. Al riguardo va evidenziato che nel decreto nazionale attuativo del Terzo Pacchetto il piano decennale di sviluppo della rete si configura come un atto amministrativo generale il cui procedimento di formazione è determinato con decreto ministeriale e la cui emanazione è subordinata all'osservanza di un apposito schema procedimentale. Ciò comporta un mutamento dell'originaria funzione dell'atto pianificatorio in parola, così come concepita nelle intenzioni del legislatore comunitario, il quale attribuisce rilievo alla fase di avvio del processo di programmazione energetica, strumentalmente preordinata all'individuazione delle infrastrutture necessarie per realizzare l'obiettivo del potenziamento della rete, e affida l'esecuzione di tale fase all'intervento propulsivo del Gestore che, ai sensi dell'art. 22, par. 1, della direttiva 73/2009/CE, è tenuto a trasmettere annualmente, previa consultazione dei soggetti interessati, il piano decennale di sviluppo della rete all'autorità nazionale di regolamentazione. Al contrario, il legislatore italiano assegna il ruolo di protagonista al Ministero dello sviluppo economico, al quale è rimesso il compito di determinare i criteri di redazione del piano ed a cui quest'ultimo deve essere debitamente trasmesso da parte del Gestore, che è quindi sottoposto a forti limitazioni nella libertà di esercizio della sua attività di pianificazione strategica¹³⁰.

Ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 93 del 2011, la funzione di valutazione del piano è diversamente distribuita tra il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico a seconda dell'oggetto della verifica. In particolare, la valutazione della compatibilità con la strategia energetica nazionale e con i programmi infrastrutturali derivanti da accordi internazionali è effettuata dal Ministero dello sviluppo economico e dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nell'ambito delle rispettive competenze. Al Ministero, sentita l'Autorità, è invece riservato il compito di valutare se il piano decennale contempra tutti i fabbisogni in materia di investimenti individuati nel corso della procedura consultiva e se esso sia coerente con

¹²⁷ In tal senso si veda E. Bruti Liberati, *Il livello nazionale*, cit., pp. 42 ss.

¹²⁸ E. Bruti Liberati, *Il livello nazionale*, cit., pp. 17 ss.

¹²⁹ Con riguardo alla disciplina emergenziale connessa a fenomeni di crisi nel mercato dell'energia si veda L. Ammannati, A. Canepa, *Il governo dell'"emergenza energetica": paure, incertezze, regole*, in *Amministrare*, 2010, n. 2, pp. 247 ss.

¹³⁰ R. Miccù, *L'ordine del mercato energetico e l'attuazione delle direttive di terza generazione in Italia*, in *Gazzetta amministrativa*, 2013, n. 1, p. 27; A. Police, *Il programma di adempimento ed il piano decennale di sviluppo della rete*, in *Annuario di Diritto dell'energia*, a cura di G. Napolitano, A. Zoppini, Bologna, 2012, pp. 94 ss.

il piano decennale di sviluppo della rete a livello comunitario, nonché con i piani di sicurezza dell'approvvigionamento. In caso di dubbio sui profili concernenti la compatibilità con il piano europeo, il Ministero può chiedere un parere all'Autorità che, a sua volta, può consultare l'Acer. Il potere di chiedere al Gestore modifiche del piano decennale di sviluppo della rete, sulla base delle osservazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e dell'Acer, spetta comunque al Ministero dello sviluppo economico.

In ordine alla valutazione della conformità del piano nazionale di sviluppo della rete con il piano comunitario, emerge un profilo di incompatibilità della disciplina recata dal d.lgs. n. 93 del 2011 con la normativa dettata dal Terzo Pacchetto. Infatti, contrariamente a quanto espressamente previsto dall'art. 22 della direttiva 73/2009/CE, l'art. 16 del richiamato decreto attribuisce al Ministero dello Sviluppo economico, piuttosto che all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, il compito di valutare la coerenza del piano decennale di sviluppo della rete nazionale con quello predisposto a livello comunitario, riconoscendo al regolatore di settore la mera possibilità di esprimere un parere sul punto ed escludendo la facoltà di quest'ultimo di richiedere la modifica del piano in esito a tale valutazione. Va inoltre sottolineato che, con la disposizione nazionale in parola, si è operato un incompleto recepimento della norma comunitaria, dato che l'art. 16 del d.lgs. 93 del 2011 non contiene alcun riferimento all'obbligo imposto dall'art. 22, par. 4, della direttiva 73/2009/CE all'autorità nazionale di regolamentazione di effettuare, secondo modalità aperte e trasparenti, una consultazione di tutti gli utenti di sistema effettivi o potenziali sul piano decennale di sviluppo della rete e di pubblicarne i risultati; attività, quest'ultima, necessaria affinché il regolatore effettui la valutazione e richieda un'eventuale modifica dello stesso piano. In particolare, la sottrazione all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico della facoltà di richiedere al Gestore una modifica del piano di sviluppo della rete limita il potere di intervento che il legislatore comunitario ha, invece, attribuito al regolatore nazionale nella fase di predisposizione del medesimo piano, al fine di dotarlo di strumenti efficaci per il perseguimento dell'obiettivo di promuovere l'integrazione dei mercati nazionali e di agevolare la circolazione del gas naturale sul territorio dell'Unione europea.

Parimenti, con riguardo al controllo sull'attuazione del piano decennale di sviluppo della rete nazionale, l'art. 16 del d.lgs. n. 93 del 2011 configura un assetto istituzionale fondato sulla condivisione di competenze tra il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, che sacrifica a vantaggio dell'organo ministeriale la posizione del regolatore di settore quale unico soggetto titolare della competenza di verifica del suddetto piano, riconosciuta dall'art. 22, par. 7 e 8, della direttiva comunitaria 73/2009/CE¹³¹. In particolare all'art. 16, co. 7, del citato d.lgs. n. 93 si stabilisce che il Ministero e l'Autorità, ciascuno secondo le proprie competenze, effettuano il monitoraggio sull'attuazione del piano. Inoltre, al co. 8, si prevede che, nell'ipotesi di mancata realizzazione da parte del gestore, per cause ad esso non imputabili, di un investimento che, in base al piano di sviluppo della rete, doveva essere realizzato nel triennio successivo, il Ministero può imporre l'esecuzione entro un determinato termine, qualora la mancata realizzazione dell'investimento incida sulla sicurezza del sistema del gas naturale, sul rispetto degli accordi internazionali sottoscritti dall'Italia o sull'attuazione della strategia energetica nazionale; il medesimo potere è, invece, attribuito all'Autorità, nel caso in cui la mancata realizzazione dell'investimento costituisca ostacolo all'accesso al sistema o allo sviluppo concorrenziale del mercato del gas naturale.

Con riguardo al settore dell'energia elettrica, la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 93 del 2011 in materia di redazione ed attuazione del piano decennale di sviluppo della rete nazionale si presenta parzialmente diversa rispetto a quella dettata per il settore del gas. L'art. 36, co. 12 e 13, del

¹³¹ G. Buonomo, *I poteri regolatori dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Servizio Studi del Senato, nota breve del 23 maggio 2011, p. 4.

summenzionato decreto stabilisce che il piano è predisposto da Terna entro il 31 gennaio di ciascun anno. Successivamente esso è sottoposto alla valutazione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico che, secondo propri autonomi regolamenti, effettua una consultazione di cui rende pubblici i risultati e trasmette l'esito della propria verifica al Ministro dello sviluppo economico. Sulla base di tale valutazione dell'Autorità, nonché del parere delle Regioni territorialmente interessate, il Ministero poi approva il piano. In proposito è necessario rilevare che un profilo di incompatibilità del citato art. 36 del d.lgs. n. 93 del 2011 con l'art. 22 della direttiva 72/2009/CE si riscontra nella previsione secondo cui l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico si limita a compiere una valutazione del piano decennale di sviluppo della rete, senza avere la possibilità di incidere direttamente sul contenuto dello stesso, essendo ad essa sottratto il potere di approvare quest'ultimo, contrariamente a quanto stabilito nella normativa comunitaria del Terzo Pacchetto.

L'art. 36, co. 14, del d.lgs. n. 93 dispone che il controllo sull'attuazione del piano decennale di sviluppo della rete nazionale è affidato all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico la quale, nel caso in cui Terna non esegua un investimento, che in base al suddetto piano sarebbe dovuto essere realizzato nel triennio successivo, provvede ad imporre alla società la realizzazione dell'investimento, tranne nel caso in cui la mancata effettuazione di quest'ultimo non sia determinata da motivi indipendenti dal controllo della società stessa¹³².

In ordine al controllo sull'attuazione del piano decennale di sviluppo della rete, va sottolineato che il decreto attuativo del Terzo Pacchetto detta una disciplina analoga per il settore dell'energia elettrica e per quello del gas naturale, prevedendo, come visto, nell'ipotesi in cui il gestore non realizzi per cause a lui non imputabili un investimento programmato, la sola possibilità per l'Autorità di regolazione di settore, con riferimento al comparto dell'elettricità, ovvero per l'Autorità e il Ministero dello sviluppo economico, con riferimento al comparto del gas, di obbligare i gestori a realizzare il suddetto investimento. Con riguardo ad entrambi i settori è esplicitamente esclusa la possibilità di imporre ulteriori misure coercitive, come l'indizione di gare di appalto aperte a tutti gli investitori e l'adozione di aumenti di capitale con la partecipazione di investitori indipendenti che, invece, le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE contemplano quali ulteriori opzioni a disposizione del regolatore nazionale. Ulteriori dubbi sulla compatibilità del d.lgs. n. 93 del 2011 con la disciplina europea derivano perciò dall'incompleta trasposizione ad opera del decreto nazionale delle norme di cui all'art. 22, parr. 7 e 8, della direttiva 72/2009/CE e dell'art. 22, parr. 7 ed 8, della direttiva 73/2009/CE le quali, appunto, prevedono che, in caso di inerzia dei gestori nella realizzazione di un investimento programmato nel piano decennale di sviluppo della rete, sia possibile, allo scopo di evitare eventuali comportamenti opportunistici di questi ultimi, ricorrere all'intervento di altri investitori, mediante l'adozione di appositi provvedimenti che, a riprova del ruolo particolarmente incisivo attribuito dalla normativa comunitaria al regolatore di settore in tema di potenziamento delle reti, è demandata all'autorità nazionale di regolamentazione. Al contrario, gli artt. 16, co. 8, e 36, co. 14, del d.lgs. n. 93 non contengono alcun riferimento in ordine all'intervento di investitori diversi dai gestori delle reti di trasmissione dell'energia elettrica e del gas, ma prevedono solamente la possibilità di imporre agli stessi gestori l'esecuzione degli investimenti non realizzati tempestivamente, distinguendo il caso in

¹³² Nel decreto attuativo del Terzo Pacchetto si chiarisce che restano ferme le disposizioni in materia di verifica, inadempimenti e sanzioni, contenute nella convenzione stipulata tra il Ministero dello sviluppo economico e Terna, per la disciplina della concessione per l'attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, e aggiornata alla versione più recente di cui al d.m. 15 dicembre 2010. Sul punto si evidenzia l'esigenza di operare un raccordo normativo, dato che l'art. 18 della suindicata convenzione, nella misura in cui riconosce esclusivamente in capo al Ministero dello sviluppo economico il potere di far eseguire, a spese del Gestore, le prestazioni non adempiute, presenta un elemento di difformità rispetto alla disciplina dettata dall'art. 36 del d.lgs. n. 93 del 2011 che, al contrario, riconduce il suddetto potere alla titolarità dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico.

cui, con riguardo al settore del gas naturale, tale potere coercitivo sia esercitato dal Ministero dello sviluppo economico ovvero dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico a seconda degli effetti derivanti dalla mancata attuazione dell'investimento programmato, dal caso in cui, con riguardo al settore dell'energia elettrica, esso sia esercitato solo dall'Autorità.

La suesposta disciplina in materia di piani di sviluppo delle reti di trasporto per l'energia elettrica e il gas naturale mostra che nel d.lgs. n. 93 del 2011 permangono elementi dell'assetto previgente delineato dall'art. 1-ter, co. 2, della l. n. 290 del 2003, secondo cui spettava al Ministero delle attività produttive (ora Ministero dello sviluppo economico) l'emanazione degli indirizzi per il potenziamento delle reti nazionali e l'approvazione dei relativi piani. Inoltre occorre rilevare che la normativa dettata dagli artt. 16, co. 7 e 8, e 36, co. 12-14, del d.lgs. n. 93, concernente la distribuzione di competenze tra il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico in ordine alla procedura di elaborazione ed attuazione dei piani decennali di sviluppo delle reti, risulta in contrasto con le previsioni di cui all'art. 22 della direttiva 72/2009/CE e all'art. 22 della direttiva 73/2009/CE, che affidano la valutazione e il controllo sull'esecuzione dei suddetti piani esclusivamente al regolatore di settore, non contemplando la possibilità di una condivisione di tali funzioni tra l'autorità di regolazione e il governo o di un conferimento di questi compiti ad un ministero¹³³. Conseguentemente, come rilevato in dottrina, si configura una violazione ad opera del d.lgs. n. 93 del 2011 dei principi sanciti dalle direttive europee del Terzo Pacchetto, relativi all'unicità del regolatore di settore e all'indipendenza dell'autorità nazionale di regolamentazione dall'organo politico, profilandosi il rischio dell'apertura nei confronti dell'Italia di una procedura di infrazione comunitaria, attivabile dalla Commissione europea o da un altro Stato membro ai sensi degli artt. 258 e 259 del TFUE¹³⁴.

Da questa iniziale ricognizione della normativa nazionale di recepimento del Terzo Pacchetto si evince che nel d.lgs. n. 93 del 2011 il legislatore delegato ha attribuito una rilevanza centrale alla funzione pubblica di programmazione energetica e di garanzia degli approvvigionamenti, primariamente esercitata attraverso la definizione di interventi di sviluppo delle reti di trasporto e di promozione di investimenti nelle infrastrutture energetiche. Tale funzione spetta inevitabilmente allo Stato e, in particolare, al Governo, cui viene riconosciuta un potere di guida nei confronti degli operatori di settore. Sul piano nazionale la regolazione proconcorrenziale viene quindi inquadrata all'interno di un disegno complessivo di governo pubblico delle reti che, a differenza della cornice

¹³³ Al riguardo è necessario evidenziare che nella stesura finale degli artt. 16 e 36 del d.lgs. n. 93 del 2011 non sono state accolte le osservazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, formulate, sullo schema di decreto attuativo del Terzo Pacchetto, durante l'audizione presso la X Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati svoltasi il 5 aprile 2011. In tale sede l'Autorità aveva rilevato che una delle principali criticità presenti nel suddetto schema di decreto atteneva alla circostanza che, con riguardo al settore del gas, contrariamente a quanto previsto nella direttiva 73/2009/CE, esso non assegnava al regolatore di settore, bensì al Ministero dello sviluppo economico, il compito di approvare il piano decennale di sviluppo della rete, di verificarne l'attuazione e di adottare i provvedimenti finalizzati all'implementazione degli investimenti non realizzati tempestivamente. In particolare l'Autorità aveva sottolineato che, se da un lato, era ragionevole che fosse affidato al Ministero il compito di valutare la coerenza del piano decennale di sviluppo della rete con l'esigenza di sicurezza del sistema e con la strategia energetica nazionale, di cui il Governo era responsabile, ciò non avrebbe dovuto, tuttavia, indurre a depotenziare il ruolo che la direttiva europea espressamente affidava al regolatore nell'ottica della creazione di un mercato competitivo, considerato l'impatto degli investimenti infrastrutturali sul grado di concorrenza nel mercato.

Nel corso della medesima audizione dinanzi alla Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico aveva evidenziato che un ulteriore elemento di criticità dello schema di decreto attuativo del Terzo Pacchetto riguardava la circostanza che, con riguardo al settore dell'energia elettrica, contrariamente a quanto previsto nella direttiva 72/2009/CE, esso non assegnava al regolatore di settore il compito di approvare il piano decennale di sviluppo della rete che doveva essere predisposto e realizzato da Terna; l'approvazione dello stesso era, invece, rimessa ad un decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, cui spettava anche il compito di controllarne l'attuazione.

¹³⁴ G. Napolitano, *Dalla regolazione statica al governo dinamico delle reti*, cit., pp. 271-272.

giuridico-istituzionale delineata a livello europeo, in cui si riconosce un ruolo principale all'autorità nazionale di regolamentazione, pone al suo vertice l'organo politico-ministeriale, riservando a quest'ultimo rilevanti poteri di indirizzo e decisione.

Tuttavia appare indubbio che il modello di regolazione delle infrastrutture energetiche accolto nel d.lgs. n. 93 del 2011 sia sostanzialmente assimilabile, per il suo carattere di forte pervasività, a quello fatto proprio dalle direttive comunitarie del Terzo Pacchetto, il quale mostra chiaramente la scelta di assoggettare a vincoli regolatori stringenti e ad un controllo pubblico penetrante le decisioni dei gestori, nonché la volontà di attrarre a livello europeo una parte consistente di tale regolazione e controllo¹³⁵.

Al pari della disciplina dettata dal Terzo Pacchetto, la normativa nazionale di recepimento, ben lungi dal limitarsi a fissare le condizioni per lo svolgimento delle relative attività di impresa, individua i fini pubblici a cui le medesime attività devono conformarsi e ne persegue l'osservanza da parte degli operatori sia attraverso meccanismi di incentivazione, sia mediante prescrizioni riconducibili al canone del "command and control"¹³⁶. Infatti i gestori delle infrastrutture energetiche sono chiamati a definire le proprie scelte di investimento sulla base degli obiettivi di sistema quali emergono in sede di pianificazione partecipata, e sono non solo agevolati in via tariffaria ma anche sottoposti ad un controllo autoritativo da parte del Ministero dello sviluppo economico e dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. Con il risultato che le scelte concernenti la realizzazione degli interventi infrastrutturali sono di fatto orientate al soddisfacimento di interessi generali e affidate in larga misura ai pubblici poteri e, più esattamente, ad organi di carattere politico¹³⁷.

Inoltre occorre evidenziare che, con riguardo ai mercati energetici italiani, il pendolo della regolazione sembra oscillare dalla regolazione proconcorrenziale verso la regolazione pro-infrastrutturale, che configura la concorrenza come un obiettivo complementare alla sicurezza energetica, funzionalmente preordinato a garantire l'interesse nazionale alla realizzazione di investimenti infrastrutturali. Invero, la previsione nel decreto attuativo del Terzo Pacchetto di misure incentivanti la costruzione di nuove infrastrutture, derogatorie rispetto alla regola della libera concorrenza, costituisce una leva fondamentale per consentire lo sviluppo infrastrutturale, il quale viene declinato come un elemento essenziale della politica energetica nazionale e considerato un prerequisito per il successo di una strategia di crescita del settore dell'energia¹³⁸. Tuttavia, sul punto in dottrina si osserva che, anziché far capo al Ministero dello sviluppo economico, a cui è conferito, come visto, un ampio margine di manovra sulle decisioni relative agli investimenti per il potenziamento delle reti e per la realizzazione delle infrastrutture energetiche, dovrebbe essere attribuito all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico il compito di predisporre strumenti, tecniche e metodologie adeguate per una regolazione incentivante, che si dia carico, cioè, di tutelare la concorrenza ma che, nel contempo, si preoccupi di temperare questa finalità con la

¹³⁵ Peralto è necessario sottolineare come questo modello di iperregolazione amministrativa si esponga a due rischi: il primo attiene alla possibilità che il regolatore si intrometta in scelte propriamente gestionali, assoggettandole a logiche di carattere politico, la quale appare tanto meno remota quanto più le relative competenze siano attribuite ad un organo ministeriale e non solo ad un'autorità indipendente; il secondo consiste nel pericolo della cattura del regolatore da parte dei gestori, che sembra particolarmente elevato laddove questi ultimi siano soggetti pubblici e svolgano anche compiti di regolazione tecnica in stretta collaborazione con l'autorità di vigilanza settoriale. In proposito si veda E. Bruti Liberati, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo pacchetto energia*, cit., p. 47.

¹³⁶ Sul punto si veda E. Bruti Liberati, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo pacchetto energia*, cit., p. 45.

¹³⁷ E. Bruti Liberati, *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, p. 1135 ss.

¹³⁸ C. Iaione, *La regolazione delle infrastrutture di trasporto e la nuova autorità indipendente*, in *Scritti in onore di Claudio Rossano*, cit., p. 1635.

necessità di creare le condizioni per favorire un adeguamento del patrimonio infrastrutturale del Paese¹³⁹.

In proposito è necessario rilevare che il decreto attuativo del Terzo Pacchetto presenta alcuni limiti sotto il profilo della carenza di misure proconcorrenziali¹⁴⁰. Infatti dall'esame della disciplina recata dal d.lgs. n. 93 del 2011 si ricava l'impressione che il legislatore delegato tenda a frenare il dispiegarsi della contendibilità nei mercati energetici, ponendo l'obiettivo della concorrenzialità degli assetti economici in netta subordinazione rispetto a quello concernente la sicurezza delle reti e la garanzia degli approvvigionamenti, che costituisce il perno attorno al quale ruotano le norme programmatiche del decreto governativo, finalizzate all'attuazione della politica energetica

¹³⁹ R. Malaman, E. Putzu, *Regolazione incentivante per incrementare la qualità del servizio elettrico: l'esperienza italiana*, in *Economia e Politica industriale*, 2007, n. 2, pp. 201 ss.

¹⁴⁰ In proposito occorre evidenziare che il legislatore delegato si è uniformato solo parzialmente alle indicazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato formulate nella segnalazione al Parlamento e al Governo AS821 del 5 aprile 2011, in cui si era auspicata una revisione dello schema di decreto attuativo del Terzo Pacchetto in linea con l'obiettivo di accrescere il grado di concorrenzialità dei mercati energetici, che aveva ispirato la disciplina comunitaria oggetto di recepimento. Le osservazioni dell'Antitrust sono state accolte in ipotesi limitate, riguardanti le fattispecie previste all'art. 27 e all'art. 41 del d.lgs. n. 93.

In particolare l'art. 27, co. 2, del citato d.lgs. n. 93 nel modificare la vigente disciplina in materia di stoccaggio del gas naturale e, conseguentemente, nel sostituire il co. 7 dell'art. 12 del d.lgs. n.164 del 2000, ha previsto che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico fissi le modalità atte a garantire a tutti gli utenti la libertà di accesso a parità di condizioni, la massima imparzialità e la neutralità del servizio di stoccaggio, nonchè gli obblighi dei soggetti che svolgono le attività di stoccaggio, sulla base di criteri determinati: le capacità di stoccaggio sono assegnate prioritariamente per le esigenze di fornitura dei clienti civili, nonchè dei clienti non civili con consumi non superiori a cinquantamila metri cubi, per un volume calcolato annualmente e pari al fabbisogno di modulazione stagionale degli stessi previsto in ipotesi di inverni rigidi. Per tale stoccaggio di modulazione vige un regime di accesso regolato. Inoltre si stabilisce che il rimanente stoccaggio sia assegnato secondo le modalità stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, anche per i servizi diversi da quelli di modulazione. Occorre precisare che sul punto è stata recepita l'osservazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, con la richiamata segnalazione AS821 del 2011, aveva suggerito di apportare una correzione allo schema del decreto attuativo del Terzo Pacchetto laddove si disponeva che il rimanente stoccaggio di modulazione fosse assegnato "per i clienti industriali e termoelettrici, in regime di accesso negoziato, anche per i servizi diversi da quelli di modulazione", ritenendo che fosse opportuno mantenere un regime di accesso regolato "per tutta la capacità di stoccaggio disponibile e per ogni tipo di utilizzo". In proposito va evidenziato che la scelta a favore della conservazione di un regime di accesso regolato, nell'ambito del quale spetta appunto all'Autorità, in veste di regolatore di settore, definire le condizioni economiche di accesso allo stoccaggio, è apprezzabile in un contesto normativo quale quello italiano, caratterizzato dalla presenza di un operatore monopolista (Stogit S.p.A), che detiene quasi la totalità della capacità di stoccaggio. Inoltre tale opzione del legislatore nazionale appare conforme con l'art. 33, par.1, della direttiva 73/2009/CE, il quale dispone che gli Stati membri, o per essi le autorità nazionali di regolamentazione, possano scegliere se applicare alla totalità o a parte degli impianti di stoccaggio un regime di accesso regolato, basato sulle tariffe, o un regime di accesso negoziato, basato sulle condizioni economiche di mercato, e debbano pubblicare i criteri in base ai quali è possibile determinare quale regime di accesso, regolato o negoziato, sia applicabile agli impianti di stoccaggio.

Inoltre va rilevato che l'art. 41 del d.lgs. n. 93 del 2011 stabilisce che, nel caso in cui la stessa società eserciti attività di vendita al mercato libero e al mercato tutelato, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico adotta i provvedimenti necessari affinché la stessa società non possa trarre vantaggio competitivo sia nei confronti dei clienti finali, sia sotto il profilo delle valutazioni che lo stesso regolatore di settore effettua in materia di qualità del servizio, rispetto ad un assetto societario in cui le due attività siano attribuite a società distinte appartenenti ad uno stesso gruppo. Nella suindicata segnalazione AS821 del 5 aprile 2011, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha valutato positivamente l'inserimento di tale norma nello schema del decreto attuativo del Terzo Pacchetto, ritenendo che, allo scopo di assicurare la parità di trattamento tra le differenti forme organizzative dell'attività di vendita al dettaglio di energia elettrica, sia necessario evitare che le imprese, le quali, a differenza di Enel s.p.a, non hanno separato societariamente le due attività di vendita di energia elettrica, possano godere di ingiustificati vantaggi competitivi in ordine all'accesso alle informazioni commerciali privilegiate e al rapporto con il cliente finale.

nazionale. Segnatamente la tutela della sicurezza del sistema elettrico viene considerata un'esigenza prioritaria rispetto all'instaurazione di dinamiche pienamente concorrenziali¹⁴¹.

Da questo punto di vista, nel d.lgs. n. 93 del 2011 si riscontra una "controtendenza" rispetto alle direttive di terza generazione, dato che il legislatore nazionale depotenzia la "versione europea" di promozione della concorrenza nei mercati energetici¹⁴², rivelando le sue vere intenzioni che sono volte più a garantire la sicurezza energetica, che a definire misure proconcorrenziali asimmetriche¹⁴³. A causa della scarsa presenza di misure proconcorrenziali si prospetta quindi il rischio che nella normativa nazionale di recepimento del Terzo Pacchetto la regolazione economica smarrisca il suo fine primario e specifico, consistente nel simulare la concorrenza o creare artificialmente un mercato concorrenziale mediante la costruzione di regole giuridiche, e finisca per imporre una disciplina amministrativa dell'economia¹⁴⁴.

Allo scopo di completare l'analisi della normativa nazionale di recepimento del Terzo Pacchetto, intesa a valutarne la conformità con le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE sotto il profilo del riparto di competenze tra il Ministero dello Sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, è necessario fare ora riferimento all'art. 32, co. 1, del d.lgs. n. 93 del 2011, il quale prevede che l'Autorità sia tenuta ad osservare le linee guida del Ministero nella definizione delle regole per il bilanciamento di merito economico nel settore del gas¹⁴⁵. Sul punto si evidenzia un profilo di incompatibilità con l'art. 37, par. 6, della direttiva 72/2009/CE e l'art. 41, par. 6, della direttiva 73/2009/CE che attribuiscono esclusivamente all'autorità nazionale di regolamentazione il compito di fissare o approvare le metodologie per la definizione dei termini e delle condizioni per la prestazione dei servizi di bilanciamento, in modo tale che essi siano svolti secondo criteri di economicità e forniscano incentivi adeguati agli utenti della rete per bilanciare l'immissione e il prelievo di energia.

Inoltre va rilevato che l'art. 33, co. 1, del d.lgs. n. 93 del 2011, nel riformulare l'art. 1, co. 17, della l. n. 239 del 2004, prevede che i soggetti che investono nella realizzazione di nuove infrastrutture di interconnessione tra le reti nazionali di trasporto del gas, di nuovi terminali di rigassificazione, di nuovi stoccaggi o in significativi potenziamenti della capacità delle infrastrutture esistenti, possono richiedere un'esenzione dalla disciplina che prevede il diritto di accesso dei terzi, ovvero dall'applicazione delle rispettive tariffe regolamentate, e da entrambe le fattispecie, nonché l'esenzione dalla disciplina relativa alla separazione dei sistemi di trasporto e certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione. Ai sensi del citato art. 33 del d.lgs. n. 93, tale potere di rilasciare esenzioni dalla disciplina del *Third Party Access* per le nuove infrastrutture spetta al Ministero dello sviluppo economico, previa acquisizione da parte di quest'ultimo del parere dell'Autorità per

¹⁴¹ Sul punto si veda R. Miccù, *L'ordine del mercato energetico e l'attuazione delle direttive di terza generazione in Italia*, cit., p. 26.

¹⁴² R. Miccù, *L'ordine del mercato energetico e l'attuazione delle direttive di terza generazione in Italia*, cit., p. 19.

¹⁴³ In particolare ciò si pone in contrasto con il riconoscimento ad opera delle richiamate direttive comunitarie del libero mercato concorrenziale quale principio cardine che permea la normativa sovranazionale del settore dell'energia: sul punto appare centrale il riferimento, contenuto nei *considerando* nn. 33, 44, e 22 della direttiva 73/2009/CE e nei *considerando* nn. 25, 37 e 46 della direttiva 72/2009/CE, alla "concorrenza effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato" e all'introduzione di "livelli equivalenti di concorrenza in tutti gli Stati membri", nonché l'affermazione secondo cui i "mercati aperti sono fondamentali per la sicurezza pubblica, la competitività dell'economia e il benessere dei cittadini".

¹⁴⁴ Al riguardo si veda F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Diritto amministrativo*, 2010, n. 2, pp. 313 ss.

¹⁴⁵ Peraltro ciò appare conforme con l'art. 17, co. 4, lett. q), della l. n. 96 del 2010, a tenore del quale, il Governo, nella predisposizione del decreto legislativo di attuazione della direttiva 73/2009/CE, è tenuto a osservare il criterio direttivo secondo cui è necessario "promuovere l'efficienza e la concorrenza nel settore del gas naturale, anche demandando all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas la definizione, sulla base di appositi indirizzi del Ministero dello sviluppo economico, della disciplina del bilanciamento di merito economico".

l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. Al riguardo è necessario sottolineare che la disposizione in parola si pone in contrasto con l'art. 17 del regolamento 714/2009/CE del Terzo Pacchetto, il quale prevede che la suddetta funzione di concedere esenzioni dall'obbligo di garantire il diritto di accesso a terzi sia assegnata preferibilmente al regolatore indipendente e, qualora lo Stato membro decida di attribuire tale compito ad un soggetto diverso dallo stesso, impone l'obbligo di pubblicare, insieme alla decisione in questione, il parere favorevole della medesima autorità nazionale di regolamentazione¹⁴⁶.

Occorre altresì rilevare che l'art. 35, co.1, del d.lgs. n. 93 del 2011 prevede che il Ministro dello sviluppo economico effettui monitoraggi biennali sull'andamento del mercato al dettaglio dell'energia elettrica e sulla sussistenza di effettive condizioni di concorrenza e adegui, con propri provvedimenti, sulla base dei risultati di tali indagini e mediante indirizzi rivolti alle imprese che erogano il servizio di maggior tutela, le forme e le modalità del suddetto regime di tutela di cui al d.l. n. 73 del 2007, convertito con modificazioni nella l. n. 125 del 2007, che garantisce prezzi sostanzialmente amministrati, definiti dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico per i clienti civili e le piccole-medie imprese che non vogliono optare per il mercato libero. La scelta del legislatore nazionale di affidare all'organo ministeriale, e non al regolatore di settore, il compito di effettuare i monitoraggi e le indagini periodiche sul grado di concorrenzialità del mercato al dettaglio dell'energia elettrica, nonché di adeguare conseguentemente il regime di tutela del prezzo, appare censurabile sotto tre profili. In primo luogo essa non sembra coerente con l'impianto normativo della l. n. 481 del 1995, secondo cui la tutela della concorrenza costituisce una finalità primaria dell'attività istituzionale dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. In secondo luogo, tale scelta risulta incompatibile con l'art. 37, par. 6, della direttiva 72/2009/CE e l'art. 41, par. 6, della direttiva 73/2009/CE, che assegnano tutte le competenze in tema di monitoraggio dei mercati al regolatore indipendente e non al governo nazionale¹⁴⁷. In terzo luogo, come osservato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione al Parlamento e al Governo AS821 del 5 aprile 2011, il trasferimento delle suddette funzioni a favore dell'organo ministeriale si traduce in una grave violazione del principio di fissazione delle tariffe elettriche da parte dell'autorità di regolazione settoriale.

¹⁴⁶ In proposito va osservato che, nella stesura finale del citato art. 33, co. 1, del d.lgs. n. 93 non sono state accolte le osservazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico formulate sullo schema del decreto attuativo del Terzo Pacchetto, durante l'audizione presso la X Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei Deputati svoltasi il 5 aprile 2011. Infatti in tale sede l'Autorità aveva evidenziato l'incompatibilità della disposizione in parola con la direttiva 73/2009/CE, rilevando come la normativa europea, ai fini della concessione dell'esenzione dall'obbligo di garantire l'accesso di terzi, dettasse criteri riguardanti valutazioni che - nella misura in cui si sostanziano nella verifica degli effetti proconcorrenziali degli investimenti infrastrutturali e richiedevano, in ragione del loro carattere sovranazionale, uno stretto coordinamento tra le autorità di regolamentazione dei singoli Paesi europei - erano opportunamente da ricondurre alle competenze proprie del regolatore di settore, e non a quelle dell'organo politico, come arbitrariamente stabilito dal legislatore nazionale in sede di recepimento del Terzo Pacchetto. Peraltro in quell'occasione l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico aveva sottolineato come l'art. 40, lett. c), della richiamata direttiva comunitaria indicasse tra gli obiettivi generali del regolatore dell'energia proprio quello di "eliminare le restrizioni agli scambi di gas naturale tra gli Stati membri e sviluppare adeguate capacità di trasporto transfrontaliere per soddisfare la domanda e migliorare l'integrazione dei mercati nazionali". Conseguentemente l'Autorità, allo scopo di garantire una piena ed efficace implementazione della suindicata direttiva europea, aveva rilevato la necessità di attribuire al regolatore di settore indipendente, e non al Ministero dello sviluppo economico, il compito di rilasciare le esenzioni dalla disciplina che prevede il diritto di accesso dei terzi o dall'applicazione delle rispettive tariffe, o da entrambe le fattispecie, nonché l'esenzione dalla disciplina relativa alla separazione dei sistemi di trasporto e alla certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas.

¹⁴⁷ Sul punto si vedano l'art. 37, par. 1, lett. j), della direttiva 72/2009/CE e l'art. 41, par. 1, lett. j), della direttiva 73/2009/CE.

Va altresì evidenziato che l'art. 37, co. 1, del d.lgs. n. 93 del 2011 stabilisce che, al fine di promuovere gli scambi transfrontalieri ed assicurare la sicurezza degli approvvigionamenti di energia elettrica e lo sviluppo sostenibile, nonché di conseguire prezzi competitivi, Terna, in qualità di gestore della rete di trasmissione nazionale, e il Gestore dei mercati energetici, in qualità di gestore del mercato, operano con i rispettivi gestori dei Paesi membri, assicurando il coordinamento delle proprie azioni, informando preventivamente il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. Ai sensi del co. 2, Terna e il Gestore dei mercati energetici sono tenuti a redigere congiuntamente un rapporto con cadenza semestrale, allo scopo di informare il Ministero e l'Autorità sulle iniziative assunte in materia e sullo stato dei relativi progetti. Al co. 3 si prevede poi che il Ministero e l'Autorità, ciascuno secondo le proprie competenze, in coerenza con gli obiettivi nazionali e comunitari di politica energetica, adottano le misure necessarie affinché il gestore della rete di trasmissione nazionale e il gestore del mercato svolgano una gestione efficiente delle piattaforme di contrattazione, una gestione efficace di eventuali criticità ed assicurino l'interoperabilità, la sicurezza e l'affidabilità dei sistemi interconnessi. Questa simmetrica distribuzione di competenze tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il Ministero dello sviluppo economico in materia di cooperazione regionale mostra come la legislazione nazionale attuativa del Terzo Pacchetto non attribuisca al regolatore di settore un ruolo di guida dell'attività dei gestori, la quale risulta controllabile da quest'ultimo, e comunque anche dall'organo ministeriale, esclusivamente in virtù delle informazioni ottenute per il tramite dei rapporti semestrali, redatti dai medesimi gestori e ad essi trasmessi¹⁴⁸. Sul punto si rileva poi l'incompatibilità della normativa italiana con le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, che individuano tra i principali obiettivi dell'autorità nazionale di regolamentazione proprio la creazione di mercati transnazionali su basi regionali¹⁴⁹.

Un ulteriore elemento di disallineamento del d.lgs. n. 93 del 2011 rispetto alla disciplina del Terzo Pacchetto riguarda le condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere per il trasporto dell'energia elettrica ed, in particolare, il profilo concernente la titolarità del potere di determinare le modalità e le condizioni per le importazioni e le esportazioni di elettricità. Invero l'art. 37, co. 3, del d.lgs. n. 93 attribuisce al Ministero dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, il compito di individuare, con proprio decreto, le modalità e le condizioni delle importazioni ed esportazioni di energia elettrica a mezzo della rete di trasmissione nazionale¹⁵⁰, diversamente da quanto previsto dall'art. 37, par. 6, della direttiva 72/2009/CE, che riserva al regolatore nazionale il compito di fissare o approvare quantomeno le metodologie

¹⁴⁸ Nella stesura finale del citato art. 37, co. 1, del d.lgs. n. 93 non è stata recepita l'osservazione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, formulata durante l'audizione presso la X Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati svoltasi il 5 aprile 2011, che aveva suggerito di riconoscere al regolatore nazionale una funzione proattiva in ordine alla definizione delle modalità e degli scopi dell'azione di coordinamento dei gestori.

¹⁴⁹ In proposito si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio n. 721 del 7 dicembre 2010, recante il titolo "Il ruolo futuro delle iniziative regionali", in cui si sottolinea come le iniziative regionali, con il sostegno della Commissione europea e dell'Acer, possano fungere da "facilitatore", in quanto forniscono la piattaforma di discussione aperta ad autorità nazionali di regolamentazione, gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas, utenti di rete e Stati membri. Nella comunicazione in parola la Commissione ha reputato opportuno che l'Acer, fin dalla sua entrata in funzione, esercitasse il ruolo di coordinatore delle iniziative regionali, precedentemente svolto dell'Ergeg, allo scopo di assicurare efficacia e coerenza al lavoro svolto dalle varie regioni.

¹⁵⁰ In data 11 novembre 2011 è stato adottato il decreto del Ministero dello sviluppo economico sulle modalità e condizioni dell'importazione di energia elettrica per l'anno 2012 a mezzo della rete di trasmissione nazionale.

utilizzate per garantire l'accesso alle infrastrutture transfrontaliere, comprese le procedure di assegnazione della capacità e di gestione delle congestioni¹⁵¹.

3.1.1 Il carattere dualistico e finalistico della regolazione nazionale del mercato dell'energia

Dall'esame della disciplina del d.lgs. n. 93 del 2011 emerge che la portata innovativa delle norme organizzative delle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE è stata fortemente ridimensionata a seguito dell'attuazione del Terzo Pacchetto nell'ordinamento italiano¹⁵². In particolare la scelta del legislatore nazionale di ampliare le attribuzioni del Ministero dello sviluppo economico a discapito dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico appare censurabile sia sotto il profilo della legittimità che dell'opportunità. Infatti l'attuale assetto istituzionale preposto a livello statale alla *governance* del settore dell'energia non valorizza adeguatamente il ruolo del regolatore indipendente e i vantaggi derivanti dalla sua azione, che attengono alla maggiore tecnicità, affidabilità e credibilità delle scelte regolatorie dell'autorità di controllo rispetto a quelle degli organi ministeriali, più esposti ai condizionamenti della politica. Invero il ministero, essendo maggiormente influenzato da esigenze di consenso, dalla pressione delle *lobbies* e dall'andamento del ciclo politico-elettorale, non sembra idoneo a svolgere funzioni di regolazione economica nel settore energetico che richiedono stabilità nel medio-lungo periodo¹⁵³. Al contrario, il regolatore indipendente, essendo meno esposto all'estemporaneità delle preferenze politiche, ha la possibilità di assicurare al mercato un quadro di regole certo e ponderato¹⁵⁴ e si rivela meglio in grado di garantire una posizione di neutralità nei confronti sia dei gestori della rete, che delle diverse categorie di operatori interessati alla sua utilizzazione. Inoltre il regolatore di settore possiede maggiori incentivi rispetto all'organo ministeriale ad assumere le proprie scelte regolatorie in modo coerente con le dinamiche dei mercati concorrenziali e tende, quindi, ad operare sulla base di parametri tecnico-economici e mediante istruttorie approfondite aperte alla partecipazione paritaria di imprese e utenti¹⁵⁵. Ne consegue che un sistema di riparto, quale quello delineato dal d.lgs. n. 93 del 2011, che distribuisce più o meno equamente le competenze regolatorie in materia di energia tra l'apparato governativo e il regolatore indipendente, non apporta benefici significativi sul piano dell'efficacia della regolazione, nè conduce a risultati apprezzabili dal punto di vista della qualità del prodotto regolatorio.

Nel d.lgs. n. 93 del 2011 è stato riprodotto un modello dualistico di regolazione basato su una suddivisione di compiti regolatori tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ed il Ministero dello sviluppo economico, che appare incompatibile con la normativa del Terzo

¹⁵¹ Sul punto va osservato che la determinazione delle condizioni e delle modalità delle importazioni ed esportazioni di energia elettrica rappresenta un competenza tipica dell'autorità indipendente di regolazione, volta ad assicurare agli operatori condizioni di accesso certe e trasparenti. Ciò è confermato anche dall'art. 37, par. 1, lett. c), della direttiva 72/2009/CE e dall'art. 41, par. 1, lett. c), della direttiva 73/2009/CE, che assegnano al regolatore nazionale la funzione di cooperare con l'Acer e con le istituzioni politiche statali, allo scopo di definire regole armonizzate tra i vari Paesi in merito alle questioni transfrontaliere.

¹⁵² E. Bruti Liberati, *La nuova governance europea dei mercati energetici*, cit., p. 60.

¹⁵³ AA.VV., *Assetto istituzionale e regolativo della governance dell'energia in Italia e in rapporto con l'Unione europea: proposte per una sua complessiva razionalizzazione*, in Italiadecide, Rapporto 2011-2012, *Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese*, Bologna, 2012, pp. 84-86.

¹⁵⁴ Vale la pena di evidenziare come in dottrina si sia osservato che "nello Stato del mercato la Pubblica amministrazione è una componente del mercato. Non solo deve essere efficiente come gli operatori privati per partecipare allo sviluppo economico ma, soprattutto, deve dare certezze temporali ai privati per non creare asimmetrie nel contraddittorio paritario nel quale si sostanzia, giuridicamente, la concorrenza". In proposito si veda F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa tra spazio e tempo*, in *Diritto amministrativo*, 2002, n. 4, pp. 532 ss.

¹⁵⁵ E. Bruti Liberati, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, in *Annuario di diritto dell'energia*, 2013, a cura di G. Napolitano, A. Zoppini, 2013, pp. 53-54.

Pacchetto, nella misura in cui comporta uno svuotamento indebito delle competenze del regolatore di settore. Al riguardo si è rilevato come, sotto questo aspetto, la normativa nazionale di recepimento si ponga in diretto ed immediato contrasto con le direttive comunitarie alle quali dovrebbe, invece, dare puntuale e compiuta attuazione, e come il legislatore italiano abbia operato al di fuori del perimetro giuridico disegnato dalle norme europee in ordine ai compiti e poteri del regolatore nazionale¹⁵⁶. Ciò dimostra che, in sede di recepimento del Terzo Pacchetto nell'ordinamento nazionale, non si è dato seguito alle indicazioni della dottrina, la quale aveva evidenziato come l'impianto normativo delle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE prefigurasse la necessità di modificare l'assetto istituzionale che si era consolidato fino ad allora in Italia in materia di energia, mediante l'adozione di misure finalizzate a restituire all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico una posizione di centralità e ad inserire stabilmente la stessa all'interno del sistema comunitario, in modo da attenuare l'incidenza dei poteri regolatori e di indirizzo attribuiti al Ministero dello sviluppo economico¹⁵⁷.

Allo stato attuale sussistono dunque notevoli profili problematici in ordine alla distribuzione dei poteri regolatori tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il Ministero dello sviluppo economico, risultante dal decreto attuativo del Terzo Pacchetto. Segnatamente nel d.lgs. n. 93 del 2011 non si assiste ad un'inversione bensì ad un'accentuazione della tendenza, già manifestatasi nei c.d. decreti "Bersani"¹⁵⁸ e "Letta"¹⁵⁹ e consolidatasi con la c.d. legge "Marzano"¹⁶⁰, concernente la progressiva "erosione" dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il corrispondente trasferimento degli stessi al Governo. Tale tendenza si è ulteriormente intensificata sotto la spinta del fattore congiunturale della crisi economica-finanziaria, durante la quale, soprattutto nell'ambito dei settori liberalizzati dei servizi a rete, si è riscontrata la centralità degli organi di indirizzo politico ed, in particolare, l'invasione del Governo nelle sfere di competenza riservate alle autorità di regolazione di settore¹⁶¹. Con specifico riguardo al settore energetico si è quindi realizzata una netta prevalenza dell'attività di indirizzo politico sulla funzione di regolazione tecnica, con la conseguente sottrazione delle competenze dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e la correlativa espansione del ruolo del Ministero dello sviluppo economico, in relazione ad esigenze ritenute strategiche per l'economia nazionale¹⁶². La crisi

¹⁵⁶ Peraltro gli elementi di criticità del d.lgs. n. 93 del 2011 in ordine all'incompatibilità con il Terzo Pacchetto derivano dalla circostanza che, come visto, nella stesura finale del medesimo decreto il legislatore delegato ha tenuto conto solo in maniera episodica ed incidentale delle osservazioni e proposte formulate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico durante l'audizione presso la X Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati svoltasi il 5 aprile 2011, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione al Parlamento e al Governo AS821 del 5 aprile 2011, nonché da Confindustria durante l'audizione presso la Commissione Industria, commercio e turismo del Senato svoltasi il 13 aprile 2011. Invero, in tali sedi si era rilevato come la disciplina contenuta nello schema del suindicato decreto conferisse in capo al Ministero dello sviluppo economico attribuzioni che le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE riservavano espressamente all'autorità nazionale di regolamentazione e come, quindi, la suddetta normativa, anziché assicurare primaria rilevanza all'azione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e rafforzare l'indipendenza dal Governo, sembrasse ridimensionare la portata dei suoi poteri regolatori a favore dell'organo ministeriale. Conseguentemente, allo scopo di adeguare lo schema di decreto legislativo in parola alle richiamate direttive comunitarie, si era suggerito di apportare alcune modifiche allo stesso volte a potenziare la funzione regolatoria dell'Autorità.

¹⁵⁷ In proposito si veda E. Bruti Liberati, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, cit., p. 478.

¹⁵⁸ D.lgs. n. 79 del 1999.

¹⁵⁹ D.lgs. n. 164 del 2000.

¹⁶⁰ L. n. 239 del 2004.

¹⁶¹ G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009, p. 26.

¹⁶² Va precisato che tale prevalenza dell'attività di indirizzo politico sulla regolazione tecnica indipendente si è realizzata anche in ambiti non direttamente riconducibili alla politica energetica in senso stretto, quali, ad esempio, la

sembra dunque aver favorito uno sbilanciamento della funzione di regolazione, che è transitata da un modello regolatorio di tipo monistico e condizionale, in cui la regolazione del mercato è principalmente affidata all'autorità di settore e si attua secondo modalità di svolgimento oggettive ed imparziali, ad un modello di tipo dualistico e finalistico¹⁶³, in cui l'organo ministeriale e l'autorità di settore coesistono e concorrono nella regolazione del mercato, la quale si caratterizza per una forte connotazione politica, lasciando spazio a forme di ingerenza governativa che consentono di misurare l'ampiezza e l'incidenza dell'intervento pubblico¹⁶⁴.

Pertanto ad oggi l'assetto organizzativo-istituzionale del settore dell'energia si fonda sulla presenza di due regolatori, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il Ministero dello sviluppo economico, ognuno dei quali titolari di poteri di regolazione propri, oltre che di molteplici competenze congiunte variamente connesse tra loro. Infatti, accanto all'Autorità, anche il Ministero svolge compiti che, almeno in parte, hanno carattere propriamente regolatorio, essendo finalizzati all'introduzione di prescrizioni generali rivolte agli operatori di settore, e non solo all'adozione di provvedimenti puntuali. Vi sono comunque alcune materie per le quali la competenza è rimasta attribuita all'Autorità, come, ad esempio, quelle in tema di definizione delle condizioni di accesso alle infrastrutture, di determinazione delle tariffe, di *unbundling* ma, anche con riguardo a queste ultime, sussistono alcune funzioni che sono state, viceversa, assegnate al Ministero, come quella che attiene all'accesso alle infrastrutture di interconnessione elettrica nell'ambito della disciplina delle importazioni elettriche, o come quella relativa alla concessione delle esenzioni dal *Third Party Access*¹⁶⁵. Vi sono poi materie nelle quali la competenza regolatoria del Ministero ha carattere generale e il ruolo dell'Autorità risulta marginale o comunque subordinato: tipico è il caso delle misure finalizzate all'incentivazione delle fonti rinnovabili di energia e di quelle preordinate alla sicurezza del sistema, sia elettrico che del gas, in cui le funzioni più significative sono conferite al Ministero, e non all'Autorità¹⁶⁶. Sussistono altresì ipotesi in cui la competenza è concorrente e,

vendita al dettaglio. In proposito si veda F. Di Cristina, *L'attuazione del "terzo pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 9, pp. 925 ss.

¹⁶³ La regolazione condizionale si limita unicamente a definire le condizioni di esercizio di un'iniziativa economica diretta alla produzione, alla distribuzione e alla vendita di energia elettrica e gas naturale e, come tale, è per definizione indifferente rispetto alle scelte di merito degli operatori attivi nel settore (in ordine, ad esempio, al come, dove, quanto e quando produrre). La regolazione finalistica, invece, è volta ad indirizzare in parte e in spazi ben definiti le scelte degli operatori per garantire la realizzazione di fondamentali interessi pubblici sottesi alla disciplina di settore, relativi alla sicurezza dell'approvvigionamento e alla tutela ambientale, oltre che al miglioramento della concorrenza. Sulla distinzione tra regolazione condizionale e finalistica si veda S. Cassese, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, pp. 46 ss.; L. Turchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, pp. 418 ss.; G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova, 1993; A. Maestroni, M. De Focatiis (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato: il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali*, Milano, 2012.

¹⁶⁴ Al riguardo si veda E. Bruti Liberati, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, n. 1, pp. 81 ss.; Id., *La governance in tema di esenzioni nel quadro della regolazione e della politica infrastrutturale*, disponibile su www.aeegsi.it; A. Altieri et al., *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale*, 2011, pp. 77 ss., disponibile su www.unisi.it.

¹⁶⁵ Per il settore elettrico si veda l'art. 1-*quinquies*, co. 6, del d.l. n. 239 del 2003, per quello del gas si veda l'art. 1, co. 17, della l. n. 239 del 2004, come modificato dall'art. 33 del d.lgs. n. 93 del 2011.

¹⁶⁶ Le norme del d.lgs. n. 28 del 2011 attribuiscono all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico una sola competenza regolatoria di rilievo, relativa alla definizione delle condizioni per la connessione degli impianti alle reti di trasporto o di distribuzione. Spettano invece al Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, le altre competenze più significative, quali quelle concernenti la regolamentazione del regime di sostegno per le diverse tipologie di fonti rinnovabili. Tutti i segmenti di tale regime di sostegno - dagli obiettivi da conseguire, ai tempi in cui raggiungerli, dalle risorse da utilizzare ai sistemi di incentivazione da impiegare, dall'entità degli incentivi, alla durata delle relative assegnazioni - sono sostanzialmente definiti in sede politica dal Parlamento e dal Governo, mentre all'Autorità è attribuita solo una funzione consultiva o la

quindi, o l’Autorità propone e il Ministero decide; o il Ministero decide, sentita l’Autorità; o il Ministero e il Governo dettano i principi generali ai quali l’Autorità si deve attenere nella disciplina di dettaglio.

Ciò dimostra come nel settore dell’energia il riparto di competenze tra l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il Ministero dello sviluppo economico si ispiri ad un criterio non facilmente decifrabile e non univocamente determinato. In prima istanza, si potrebbe ipotizzare che il criterio allocativo seguito dal legislatore sia stato quello di imputare all’organo di governo le funzioni decisionali che implicano valutazioni politico-discrezionali, sulla base dell’assunto che esse mal si conciliano con la sottrazione al circuito politico-rappresentativo del regolatore di settore, data la natura giuridica di quest’ultimo di autorità amministrativa indipendente. Tuttavia l’attuale distribuzione delle competenze tra il Ministero dello sviluppo economico e l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico non sembra integralmente riconducibile alla logica di conferire in capo al Ministero tutte le decisioni regolatorie aventi un contenuto politico-discrezionale. Infatti, come visto, vi sono alcune funzioni, come quelle in materia di determinazione delle tariffe che, sebbene comportino, accanto ad apprezzamenti tecnico-economici, una ponderazione tra vari interessi, sono comunque pacificamente assegnate all’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico; sussistono, invece, competenze che, seppur non facilmente riconducibili al *genus* delle ponderazioni propriamente discrezionali, sono comunque attribuite al Ministero, come quelle concernenti la definizione delle regole sulle importazioni e esportazioni di elettricità, e quelle relative al rilascio delle esenzioni dal *Thirdy Party Access* e dall’*unbundling* per le nuove infrastrutture¹⁶⁷.

In sostanza rimane ancora incerto il meccanismo secondo cui funzionano gli assetti istituzionali dualistici, o c.d. a “doppio regolatore”, come quello che si è concretizzato in Italia con l’adozione del d.lgs. n. 93 del 2011, in base, cioè, a quali criteri le differenti funzioni regolatorie dovrebbero essere allocate presso il regolatore indipendente, ovvero presso l’organo ministeriale. Segnatamente, con riguardo al settore dell’energia, non è chiaro se le disposizioni legislative, che nel corso degli anni hanno condotto alla formazione di un sistema bipolare, alterando il modello tendenzialmente monistico, originariamente accolto dalla l. n. 481 del 1985, si siano ispirate ad uno, ovvero a più criteri allocativi¹⁶⁸. In sintesi, il risultato finale della circostanza che l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico sia stata progressivamente esautorata delle proprie competenze per effetto dell’attribuzione agli organi di governo di funzioni generali di indirizzo e di specifici poteri di intervento è la decostruzione di quell’organico sistema di regolazione concepito nella legge istitutiva, senza che però ad esso si siano sostituiti criteri diversi, ma altrettanto chiari e razionali, di riparto tra prerogative politiche e competenze tecniche¹⁶⁹.

3.2 Aspetti problematici della normativa in tema di obiettivi, compiti e poteri dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico

definizione di aspetti di secondaria importanza, indicati dalla legge o dai decreti attuativi della stessa. In sostanza il ruolo dell’Autorità di regolazione è stato ridisegnato sul modello di un’Agenzia dotata di competenze prevalentemente amministrative e non più in grado di effettuare scelte di natura politica. Sul punto si veda E. Bruti Liberati, *Governo e Autorità per l’energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, cit., pp. 51-52; M. Cocconi, *La regolazione dell’energia rinnovabile*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, ottobre 2013, p. 18. Sul contesto regolatorio in materia di energie rinnovabili si veda anche L. Ammannati, *L’incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, cit., pp. 969 ss.

¹⁶⁷ In particolare si tratta di fattispecie che attengono a scelte regolatorie di grande rilievo economico, in cui risulta evidente l’incidenza di tali decisioni sull’assetto del mercato e sugli interessi delle imprese direttamente o indirettamente coinvolte.

¹⁶⁸ E. Bruti Liberati, *Governo e Autorità per l’energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, cit., pp. 49-50.

¹⁶⁹ In tal senso si veda G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, pp. 101 ss.

Con l'adozione da parte del legislatore italiano del decreto attuativo del Terzo Pacchetto si è operata una significativa estensione degli obiettivi, compiti e poteri assegnati all'autorità nazionale di regolamentazione, i quali sono specificamente disciplinati agli artt. 42, 43, 44 e 45 del d.lgs. n. 93 del 2011. In particolare l'art. 42 del d.lgs. n. 93 stabilisce che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico adotta tutte le misure ragionevoli e idonee al perseguimento della finalità di promuovere, in stretta cooperazione con l'Acer, con le autorità di regolazione degli altri Stati membri e con la Commissione europea, mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale concorrenziali, sicuri ed ecologicamente sostenibili, nonché l'efficace apertura del mercato per tutti i clienti e i fornitori dell'Unione europea. Inoltre l'art. 42 dispone che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico persegua i seguenti scopi: garantire condizioni regolatorie appropriate per il funzionamento efficace ed affidabile delle reti dell'elettricità e del gas in una prospettiva di lungo termine; sviluppare sistemi non discriminatori, sicuri, affidabili ed efficienti orientati al consumatore; promuovere l'efficienza energetica e l'integrazione della produzione da fonti rinnovabili; favorire l'accesso alla rete di nuova capacità di generazione; assicurare la concorrenza effettiva e la tutela dei consumatori; garantire un servizio pubblico di elevata qualità nei settori dell'energia elettrica e del gas; tutelare i clienti vulnerabili. I suindicati obiettivi integrano le finalità previste all'art. 1 della l. n. 481 del 1995, che hanno costituito i principi guida dell'attività regolatoria dell'Autorità fin dalla sua istituzione¹⁷⁰.

Occorre altresì rilevare che nell'art. 42 del d.lgs. n. 93 del 2011, con il quale è stata data attuazione nell'ordinamento italiano all'art. 36 della direttiva 72/2009/CE e all'art. 40 della direttiva 73/2009/CE, recanti disposizioni concernenti gli obiettivi generali dell'autorità nazionale di regolamentazione, non è stata riprodotta la finalità indicata alla lett. f) di entrambe le norme comunitarie, secondo cui l'azione del regolatore di settore mira ad "assicurare che ai gestori... e agli utenti del sistema siano offerti incentivi adeguati, sia a breve che a lungo termine, per migliorare l'efficienza delle prestazioni del sistema e promuovere l'integrazione del mercato". Sul punto si evidenzia, quindi, l'incompleta trasposizione delle richiamate direttive europee ad opera della normativa nazionale di recepimento del Terzo Pacchetto.

Il legislatore delegato ha conferito all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico nuovi compiti e poteri, che si aggiungono alle funzioni ad essa già attribuite dalla normativa vigente. Essi, da un lato, risultano strumentali alla mera esecuzione delle decisioni di politica energetica e, dall'altro, a causa della genericità della loro definizione normativa, non si distinguono significativamente da quelli che il regolatore già possiede.

Sotto il primo aspetto, rileva il compito attribuito all'Autorità, ai sensi dell'art. 43, co. 3, lett. a) e c), del d.lgs. n. 93 del 2011, di vigilare sui programmi di investimento dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas, nonché di vigilare sull'applicazione, da parte degli operatori di mercato, delle misure di salvaguardia adottate dal Ministero dello sviluppo economico¹⁷¹. In ordine a quest'ultima fattispecie, non risulta chiaro se dall'esercizio di tale funzione di controllo discendano in capo all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico poteri conformativi nei confronti degli operatori economici in caso di eventuale deviazione dagli obiettivi fissati dal Ministero, nel senso, cioè, che il regolatore di settore potrebbe imporre l'adeguamento dei comportamenti di tali soggetti alle finalità individuate dal Governo, ovvero se, più verosimilmente, esso debba limitarsi a sanzionare gli operatori inadempienti.

¹⁷⁰ A. Leone, *L'attuazione del terzo pacchetto energia – d.lgs. n. 93/2011: sintesi del provvedimento e focus dei poteri dell'Autorità per l'energia*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2011, n. 1, p. 272.

¹⁷¹ Al riguardo va precisato che la disposizione recata dall'art. 43 del d.lgs. n. 93 del 2011 ha dato applicazione all'art. 42 della direttiva 72/2009/CE e all'art. 46 della direttiva 73/2009/CE.

Sotto il secondo profilo, si segnalano in particolare le competenze dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico riguardanti: la funzione di garantire, ai sensi dell'art. 43, co. 2, lett. a), del d.lgs. n. 93, l'applicazione effettiva, da parte degli esercenti i servizi, delle misure di tutela dei consumatori; la possibilità, riconosciuta all'art. 43, co. 5, del d.lgs. n. 93, di avviare indagini sul funzionamento dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale ai fini dell'efficace svolgimento dei propri compiti, ivi compresi quelli operativi, ispettivi, di vigilanza e di monitoraggio, nonché di adottare provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva ed assicurare il buon funzionamento del mercato, comprese misure temporanee di regolazione asimmetrica¹⁷².

Particolare rilevanza assume poi l'art. 43, co. 4, lett. b), del d.lgs. n. 93 del 2011, che conferisce all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico il compito di monitorare sulla sussistenza di pratiche contrattuali restrittive, comprese le clausole di esclusiva, che possono impedire ai grandi clienti non civili di impegnarsi simultaneamente con più di un fornitore e limitare la loro scelta in tal senso¹⁷³.

Inoltre vale la pena di menzionare l'art. 43, co. 2, lett. c), del d.lgs. n. 93 del 2011 che attribuisce all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico la funzione di garantire l'adempimento da parte dei gestori dei sistemi di trasmissione e, se necessario, dei proprietari dei sistemi, nonché di qualsiasi impresa elettrica e di gas naturale, degli obblighi derivanti dalle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, dai regolamenti 713/2009/CE, 714/2009/CE e 715/2009/CE, nonché da altre norme

¹⁷² Nella stesura finale di quest'ultima norma non sono state accolte le osservazioni sullo schema del decreto attuativo del Terzo Pacchetto formulate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, durante l'audizione presso la X Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati svoltasi il 5 aprile 2011. In tale sede l'Autorità aveva evidenziato la necessità di specificare meglio la portata della disposizione in parola, chiarendo che le finalità dell'intervento del regolatore di settore non si limitavano a garantire la promozione della concorrenza, ma miravano anche ad assicurare la corretta attuazione di tutte le prescrizioni imposte dalla normativa vigente, e precisando che i provvedimenti opportuni richiamati dalla suindicata previsione potevano essere sia di natura regolatoria, che prescrittiva e sanzionatoria. Ad avviso dell'Autorità, tali puntualizzazioni si rendevano necessarie da parte del legislatore allo scopo di evitare incertezze nell'interpretazione della richiamata disposizione di cui all'art. 43, co. 5, del d.lgs. n. 93, dalle quali sarebbe potuto scaturire un eventuale contenzioso.

L'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico intendeva implicitamente fare riferimento al caso della c.d. Robin Hood Tax, che è stata introdotta dall'art. 81, co. 16 e 17, del d.l. n. 112 del 2008 e che attiene alla funzione ad essa spettante di vigilare sull'osservanza del divieto di traslazione sui prezzi al consumo dell'onere derivante dalla maggiorazione dell'Ires, mediante l'esercizio di un potere di segnalazione al Parlamento con la presentazione ogni anno di una relazione sugli esiti dell'attività svolta in tal senso. In ordine a tale fattispecie occorre evidenziare che sono stati attribuiti all'Autorità poteri di vigilanza, senza però accompagnarli con espliciti poteri regolatori, prescrittivi e sanzionatori. Infatti il Tar Lombardia, con le sentenze nn. 2138/2012, 2139/2012, 2140/2012, 2141/2012, 2142/2012, 2143/2012, 2144/2012, 2145/2012, ha affermato che "restano estranei alle funzioni di vigilanza i poteri sanzionatori e prescrittivi, che sono tipici della funzione regolatoria e funzionali al suo svolgimento, ma del tutto estranei al mero controllo con finalità referente sul divieto di traslazione del tributo".

¹⁷³ In occasione dell'audizione svoltasi il 5 aprile 2011 presso la X Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati sullo schema del decreto attuativo del Terzo Pacchetto, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha definito tale disposizione "innovativa e di grande impatto", poiché essa assegna al regolatore di settore la funzione di vigilare sull'osservanza, da parte degli operatori economici, delle misure adottate da un'altra autorità amministrativa indipendente ed, in particolare, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, alla quale spetta appunto garantire l'*enforcement*, ovvero l'effettiva applicazione della normativa volta a reprimere il fenomeno delle pratiche contrattuali restrittive. Infatti l'Antitrust, in caso di accertamento di una pratica commerciale scorretta, al termine dello svolgimento di un'istruttoria, può diffidare i responsabili dal continuare a porla in essere ed infliggere una sanzione pecuniaria, il cui ammontare varia in relazione alla durata e alla gravità della violazione.

Tuttavia, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha sottolineato come la norma recata dall'art. 43, co. 4, lett. b), del d.lgs. n. 93 - comportando l'attribuzione nei suoi confronti di compiti di controllo sull'ottemperanza delle imprese private ai provvedimenti adottati da un altro soggetto pubblico - implichi la necessità di riorganizzare il proprio assetto operativo, nonché di disporre di ulteriori risorse, tenuto conto che fino ad oggi si è sostanzialmente assicurato solo il rispetto delle deliberazioni emanate dallo stesso regolatore di settore.

comunitarie, ivi comprese quelle in materia di questioni transfrontaliere¹⁷⁴. In dottrina si è osservato che, in virtù del riconoscimento di tale competenza generale di controllo, l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico potrebbe invocare la suindicata norma di cui all’art. 43, co. 2, lett. c), per adottare misure sostitutive in caso di inadempimento da parte degli operatori economici agli obblighi ad essi imposti dalla disciplina comunitaria e per assicurarne in tal modo l’osservanza¹⁷⁵.

Tra gli ulteriori compiti attribuiti all’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico e finalizzati al raggiungimento degli obiettivi generali da essa perseguiti si segnalano poi quello di garantire l’accesso ai dati del consumo da parte dei clienti, nonché quello di vigilare affinché siano applicate le norme che disciplinano funzioni e responsabilità dei gestori dei sistemi di trasmissione, dei fornitori, dei clienti e di altri soggetti partecipanti al mercato¹⁷⁶, di monitorare sul grado e sull’efficacia di apertura dei mercati all’ingrosso e al dettaglio, comprese le borse dell’energia elettrica e del gas naturale¹⁷⁷, e sulla cooperazione tecnica tra operatori dei sistemi di trasmissione degli Stati membri dell’Unione europea, nonché dei Paesi terzi¹⁷⁸.

L’art. 44 del d.lgs. n. 93 del 2011 detta una dettagliata disciplina in materia di reclami. In particolare, ai sensi del co. 1, l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico è tenuta a decidere sui reclami presentati contro il gestore di un sistema di trasmissione, trasporto e stoccaggio, o avverso il gestore di un sistema di gnl o di distribuzione, in relazione agli obblighi imposti a tali gestori dallo stesso decreto attuativo del Terzo Pacchetto. Inoltre, al co. 2, sono stabiliti i tempi massimi per l’adozione della decisione da parte dell’Autorità, che deve essere assunta entro due mesi dalla ricezione del suddetto reclamo, salvo la proroga di due mesi nel caso in cui il regolatore di settore richieda ulteriori informazioni alle parti interessate¹⁷⁹. In proposito è necessario evidenziare che la disposizione in parola, da un lato, interviene positivamente, estendendo l’ambito di applicazione dei principi comunitari relativi ai meccanismi di risoluzione delle controversie in sede estragiudiziale a tutta la filiera del mercato elettrico e del gas naturale, dall’altro, non risulta in grado di assicurare una rapida ed efficace risoluzione delle suddette controversie, limitandosi ad affidare alla sola Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico il gravoso onere di definire e gestire i relativi reclami¹⁸⁰. Al riguardo va sottolineato che l’Autorità, pur essendo l’organismo più idoneo a trattare *ratione materiae* i reclami in questione,

¹⁷⁴ Nella stesura finale della suddetta disposizione è stata accolta l’osservazione sulla necessità di conformarsi all’obbligo imposto dal legislatore europeo di assegnare al regolatore di settore il compito di assicurare l’ottemperanza alla normativa comunitaria da parte degli operatori di mercato, formulata dall’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico durante l’audizione presso la X Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati svoltasi il 5 aprile 2011. In questa sede l’Autorità, dopo aver censurato la mancata previsione di una norma di tal genere nello schema del decreto attuativo del Terzo Pacchetto, ne aveva fortemente raccomandato l’inserimento tramite un’integrazione *ad hoc*, sottolineando come essa fosse specificamente preordinata a dare applicazione ad un principio generale di *enforcement* della disciplina comunitaria, che non sembrava trovare un’intera copertura legislativa nell’art. 2, co. 20, lett. c), della l. n. 481 del 1995, con il rischio che interventi della medesima Autorità volti a garantire l’adempimento dei privati ai precetti europei potevano considerarsi privi di un’adeguata base normativa nell’ipotesi di insorgenza di una controversia.

¹⁷⁵ G. Bellantuono, *I poteri dei regolatori nazionali e il ruolo dell’Agenzia europea*, cit., pp. 71-72.

¹⁷⁶ Sul punto si veda l’art. 43, co. 3, lett. b), del d.lgs. n. 93 del 2011.

¹⁷⁷ Sul punto si veda l’art. 43, co. 4, lett. a), del d.lgs. n. 93 del 2011.

¹⁷⁸ Sul punto si veda l’art. 43, co. 4, lett. c), del d.lgs. n. 93 del 2011.

¹⁷⁹ Il differimento del suindicato termine di adozione della decisione può giungere fino ad un massimo complessivo di quattro mesi se sussiste il consenso del soggetto che ha presentato il reclamo.

¹⁸⁰ Occorre segnalare l’incompleta trasposizione operata sul punto dal d.lgs. n. 93 del 2011 della direttiva 72/2009/CE che, all’art. 3, parr. 12 e 13, prevede sia l’istituzione di sportelli unici allo scopo di fornire ai consumatori le informazioni concernenti i loro diritti, la legislazione in vigore e le modalità di ricorso a loro disposizione nell’ipotesi di insorgenza di una controversia, sia la predisposizione di un meccanismo indipendente quale un mediatore dell’energia o un organismo di consumatori ai fini del trattamento efficiente dei reclami e della risoluzione extragiudiziale delle controversie.

non sembra essere capace di far fronte all'elevato numero di questioni sottoposte alla sua attenzione, a causa dell'inadeguato dimensionamento della sua struttura e del suo organico. Sussiste quindi il rischio di un mancato conseguimento degli obiettivi indicati dalla richiamata direttiva comunitaria del Terzo Pacchetto in materia di gestione dei reclami, il quale potrebbe essere evitato solo promuovendo un significativo sviluppo delle procedure di conciliazione, mediante appositi protocolli di intesa stipulati tra imprese e associazioni rappresentative dei clienti finali¹⁸¹.

L'art. 44 del d.lgs. n. 93 stabilisce, al co. 3, che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico emana specifiche direttive per la disciplina, ai sensi dell'art. 2, co. 24, lett. b), della l. n. 481 del 1995, delle procedure di risoluzione delle controversie attivate con la presentazione dei suddetti reclami¹⁸² e prevede, al co. 4, che l'Autorità assicura il trattamento efficace dei medesimi reclami e delle procedure di conciliazione presentati contro i venditori ed i distributori di gas naturale ed energia elettrica dai clienti finali, anche avvalendosi dell'Acquirente Unico S.p.A.

Va altresì reso noto che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico gestisce con l'ausilio dell'Acquirente Unico lo Sportello per il consumatore di energia¹⁸³, che è operativo dal 1° dicembre 2009 ed ha la funzione di dare informazioni, assistenza e tutela ai clienti finali di energia elettrica e gas naturale, mettendo a disposizione degli stessi un canale di comunicazione diretto, in grado di assicurare una tempestiva risposta a reclami, istanze e segnalazioni, e orientandoli nella valutazione degli effettivi benefici derivanti dalla liberalizzazione dei mercati energetici¹⁸⁴.

¹⁸¹ M. Panattoni, *Concorrenza e regolazione nel mercato dell'energia elettrica: gli obblighi di servizio pubblico nell'attuale quadro comunitario delineato dalla direttiva 2009/72/CE*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2012, n. 1, pp. 205-206.

¹⁸² In proposito occorre rilevare che il Consiglio di Stato, con il parere n. 3465 del 3 agosto 2012, emesso su esplicita richiesta dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, ha confermato il potere di quest'ultima di disciplinare, mediante l'emanazione di apposite direttive, le procedure di risoluzione delle controversie tra operatori insorte a seguito della presentazione dei reclami, previsti dal summenzionato art. 44 del d.lgs. n. 93 del 2011, a prescindere dall'adozione dei regolamenti governativi di cui all'art. 2, co. 24, lett. b), della l. n. 481 del 1995, che sarebbero dovuti essere emanati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della suddetta legge e che, invece, non sono stati ancora adottati. Ciò nel presupposto che il rinvio contenuto nell'art. 44, co. 3, del d.lgs. n. 93 del 2011 debba essere inteso, non già quale rinvio all'atto regolamentare al quale lo stesso art. 2, co. 24, della l. n. 481 del 1995 demanda la definizione dei criteri, delle condizioni, dei termini e delle modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso l'Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, bensì unicamente quale rinvio all'oggetto della disciplina che l'art. 2 rimette alla fonte regolamentare. Peraltro, a supporto di tale tesi interpretativa giova l'argomentazione relativa all'ontologica diversità delle procedure contenziose disciplinate dalle due citate disposizioni legislative, da cui consegue che la riserva regolamentare di cui all'art. 2, co. 24, lett. b), della l. n. 481 del 1995 debba essere riferita esclusivamente alle suddette procedure conciliative ed arbitrali, per le quali essa continua quindi a perdurare, e non alle controversie insorte tra operatori a seguito della presentazione di reclami all'Autorità, oggetto delle direttive da adottarsi ai sensi dell'art. 44, co. 3, del d.lgs. n. 93 del 2011.

¹⁸³ In proposito occorre precisare che la titolarità dello Sportello del consumatore di energia spetta all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e la gestione dello stesso è esercitata in regime di avvalimento dall'Acquirente Unico. Inoltre va puntualizzato che nel diritto amministrativo l'istituto dell'avvalimento si riferisce alla possibilità per un organo della pubblica amministrazione di utilizzare l'apparato organizzativo di un'altra pubblica amministrazione, avvalendosi della relativa capacità organizzativa e tecnica ma conservando, al contempo, la titolarità e l'esercizio della propria funzione.

¹⁸⁴ Lo Sportello per il consumatore di energia è stato definito uno dei più importanti centri di tutela all'interno del sistema della pubblica amministrazione. In proposito si veda l'articolo recante il titolo "*Paolo Vigevano: Terzo pacchetto energia, riflettori puntati sul consumatore*", del 4 gennaio 2012, pubblicato su www.specchioeconomico.com. Inoltre va segnalato che sono già attivi e saranno ulteriormente potenziati due strumenti costituenti parte integrante del portale dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico rappresentati dalla "Finestra del consumatore" e dalla Guida "Energia semplice", di cui il consumatore può avvalersi per conoscere le opportunità rese disponibili dalla liberalizzazione del settore energetico ed il complesso dei diritti ad esso riconosciuti a seguito della completa apertura del mercato alla concorrenza, nonché per comprendere quale sia la scelta più conveniente del fornitore in base al proprio profilo di consumo. Inoltre va rilevato che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha

L'art. 45 del d.lgs. n. 93 del 2011 prevede un ampliamento dei poteri sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, allo scopo di rafforzare la sua funzione di vigilanza e, conseguentemente, di migliorare il grado di contendibilità dei mercati energetici. Tali poteri sanzionatori, individuati al co.1 della richiamata disposizione, sono di due tipi: alcuni attengono alle infrazioni derivanti alla mancata osservanza delle disposizioni recate dai regolamenti comunitari del Terzo Pacchetto; altri riguardano la violazione di norme interne, la maggior parte delle quali è contenuta nello stesso decreto attuativo delle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE¹⁸⁵.

Particolare importanza assume la disposizione contenuta nell'art. 45, co. 2, del d.lgs. n. 93 del 2011, la quale stabilisce che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico irroga sanzioni amministrative pecuniarie non solo nell'ipotesi di inosservanza delle sue decisioni, ma anche nell'ipotesi di inottemperanza alle decisioni giuridicamente vincolanti dell'Acer. Al riguardo in dottrina si è evidenziato come la forza espansiva dei principi che informano la regolazione dei mercati energetici si manifesti proprio nella possibilità che il mancato rispetto degli atti di regolazione adottati a livello europeo sia sanzionato sul piano nazionale¹⁸⁶. Infatti la norma di cui al citato art. 45, co. 2, del decreto attuativo del Terzo Pacchetto delinea un percorso *top-down* che stringe il nodo della cooperazione tra l'Acer e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico: il legame giuridico che si instaura tra l'agenzia europea e l'autorità nazionale di controllo appare idoneo a ribilanciare la funzione di regolazione rispetto all'attività di indirizzo politico, dato che il regolatore di settore può affrancarsi più agevolmente dai condizionamenti dell'organo politico, veicolando parte della propria attività attraverso l'Acer¹⁸⁷.

predisposto un opuscolo cartaceo rivolto agli utenti domestici e alle associazioni dei consumatori, denominato "Atlante dei diritti del consumatore di energia e gas". L'introduzione di questi strumenti di comunicazione istituzionale, volti a ridurre il *deficit* informativo del consumatore ed a rendere quest'ultimo un attore dinamico del mercato capace di compiere scelte consapevoli, è espressione di un nuovo modo di intendere la tutela del consumatore concepita come "empowerment" e "raising awareness". In questa ottica il regolatore diviene produttore di informazione nel presupposto che, solo rafforzando la conoscenza da parte dei clienti finali dei meccanismi di funzionamento del mercato, sia possibile aumentare la fiducia nel mercato stesso. Sul punto si veda F. Di Porto, *L'informazione come "oggetto" e come "strumento" di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, n. 4, pp. 993-995.

¹⁸⁵ Con specifico riguardo al settore dell'energia elettrica, la potestà dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie è estesa alle seguenti fattispecie: 1) violazione degli obblighi imposti ai gestori delle reti di trasmissione elettrica dagli artt. 13, 14, 15 e 16 del regolamento 714/2009/CE in materia di corrispettivi di accesso alla rete, comunicazione di informazioni, gestione delle congestioni; 2) violazione delle condizioni prescritte dall'art. 36, co. 3, del d.lgs. n. 93 per il rilascio della certificazione del gestore del sistema di trasmissione nazionale; 3) violazione degli obblighi imposti dall'art. 38, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 93 ai gestori dei sistemi di distribuzione; 4) violazione degli obblighi imposti dall'art. 41 del d.lgs. n. 93 per le politiche di comunicazione e di marchio delle imprese che esercitano attività di vendita nel mercato libero e tutelato. Con riguardo al settore del gas naturale la potestà sanzionatoria dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico è estesa alle seguenti fattispecie: 1) violazione degli obblighi imposti ai gestori dei sistemi di trasporto dagli artt. 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 22 del regolamento 715/2009/CE riguardo all'accesso dei terzi, all'assegnazione della capacità, allo scambio dei diritti di capacità e alla trasparenza in tema di infrastrutture (reti, impianti di stoccaggio e di Gnl); 2) violazione degli obblighi imposti con le misure di salvataggio adottate dal Ministero dello sviluppo economico; 3) violazione dell'obbligo di conservare per cinque anni tutti i dati relativi alle transazioni riguardanti contratti di fornitura o strumenti derivati; 4) violazione degli obblighi di separazione e di sviluppo della rete imposti ai proprietari e ai gestori dei sistemi di trasporto dagli artt. 11, 12, 13, 14, 15, 16, co. 8, del d.lgs. n. 93; 5) violazione degli obblighi di separazione e di accesso imposti al gestore di un sistema indipendente, al proprietario di un sistema di trasporto, al gestore di un sistema di trasporto e al gestore di un sistema di stoccaggio dagli artt. 17, co. 4 e 5, 18, e 19 del d.lgs. n. 93; 6) violazione degli obblighi di separazione imposti ai gestori dei sistemi di distribuzione dall'art. 23 del d.lgs. n. 93; 7) violazione degli obblighi in materia di trasparenza della contabilità imposti dall'art. 26 del d.lgs. n. 93; 8) violazione degli obblighi di informazione imposti dall'art. 20, co. 5 *bis* e 5 *ter*, del d.lgs. n. 164 del 2000.

¹⁸⁶ F. Di Cristina, *L'attuazione del "terzo pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, cit., pp. 925 ss.

¹⁸⁷ F. Di Cristina, *L'attuazione del "terzo pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, cit., pp. 925 ss.

Rispetto al modello di *enforcement* accolto nella l. n. 481 del 1985, secondo cui l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico esercita funzioni regolatorie e applica sanzioni solo nell'ipotesi di mancata osservanza dei propri atti, il sistema sanzionatorio disciplinato dall'art. 45, co. 1 e co. 2, del d.lgs. n. 93 del 2011 presenta significative differenze. Invero, ai sensi dell'art. 2, co. 20, lett. c), della legge istitutiva, l'Autorità può irrogare sanzioni pecuniarie in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o di inottemperanza a richiesta di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione di controlli, ovvero in caso di produzione di documenti o informazioni falsi. La norma in parola rimette la definizione della tipologia di illecito alla determinazione della stessa Autorità che applica la sanzione, con la conseguenza che la politica sanzionatoria è integralmente affidata al regolatore di settore. Il d.lgs. n. 93 del 2011, nel dare attuazione al Terzo Pacchetto comunitario, ridefinisce gli illeciti sanzionabili dall'autorità nazionale di regolamentazione, ricomprendendo tra questi non soltanto quelli derivanti dalla inosservanza dei propri provvedimenti, ma anche quelli derivanti dall'inottemperanza alle decisioni giuridicamente vincolanti dell'Acer e dalla violazione di norme contenute nei regolamenti 714/2009/CE e 715/2009/CE, nonché di disposizioni nazionali di trasposizione nell'ordinamento interno delle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE: esso introduce, così, una deroga alla regola secondo cui l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico perimetra l'illecito sanzionabile, con il risultato che la politica sanzionatoria non viene più determinata dal regolatore ma direttamente dal legislatore, e che l'Autorità esercita il proprio potere sanzionatorio solo qualora l'illecito sia espressamente qualificato come sanzionabile da parte del legislatore¹⁸⁸. Ciò implica, da un lato, che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico non sarà più in grado di disegnare l'illecito sanzionabile mediante la sua attività di regolazione e che essa si configurerà come terminale sanzionatorio nell'ambito di fattispecie legislative che la privano di competenze regolatorie; dall'altro lato, che la categoria dell'illecito sanzionabile si arricchirà di nuovi contenuti, certamente eterodeterminati, ma funzionali all'integrazione europea dei mercati energetici statali¹⁸⁹.

L'art. 45, co. 3, del d.lgs. n. 93 prevede che, entro trenta giorni dalla notifica dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio, l'impresa destinataria può presentare all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni o dai provvedimenti violati¹⁹⁰. L'Autorità, dopo aver valutato l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per l'impresa proponente e concludere il procedimento sanzionatorio senza accertare l'infrazione. Nella richiamata norma si precisa che, qualora il procedimento sia stato avviato per accertare violazioni di decisioni vincolanti dell'Acer, al fine di valutare l'idoneità dei suddetti impegni, l'Autorità è tenuta ad acquisire preventivamente il parere

¹⁸⁸ In proposito si veda l'intervento di Michele Passaro in Atti del Convegno "La disciplina del settore energetico: integrazione di interessi e competenze", svoltosi presso l'Università di Milano Bicocca il 14 settembre 2010 e organizzato dal Criet (Centro di ricerca interuniversitario in Economia del Territorio).

¹⁸⁹ M. Passaro, *Le strategie dell'incertezza: regole ed enforcement nella regolazione energetica*, in R. Zaccaria (a cura di), *Fuga dalla legge*, Brescia, 2011, pp. 324 ss.

¹⁹⁰ In proposito occorre rilevare che, nella segnalazione al Parlamento e al Governo n. 461 del 2012, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha ritenuto che fosse opportuno estendere da trenta a novanta giorni il termine decorrente dalla notifica dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio, entro il quale le imprese destinatarie possono presentare impegni alla stessa Autorità. Ad avviso di quest'ultima, l'esigenza di tale modifica normativa si giustificerebbe alla luce della constatazione, riscontrata in via di prassi, dell'eccessiva brevità del suddetto termine che incide negativamente sulla completezza e sulla consistenza della proposta di impegni, impedendo un'adeguata interlocuzione tra le imprese e il regolatore di settore. Peraltro il più ampio termine di novanta giorni coinciderebbe con quello previsto all'art. 14 *ter* della l. n. 287 del 1990 nell'ambito dell'analogia disciplina sugli impegni in materia di illeciti *antitrust*, con la conseguenza che la ridefinizione dello stesso permetterebbe di assimilare la procedura di decisione con accettazione degli impegni da parte dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico alla procedura di decisione con accettazione degli impegni da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

dell'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori nazionali¹⁹¹. L'Autorità può riavviare il procedimento sanzionatorio nell'ipotesi in cui l'impresa contravvenga agli impegni assunti e la decisione si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti. In questi casi l'Autorità può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria aumentata fino al doppio di quella che sarebbe stata irrogata in assenza della presentazione di impegni.

Alla luce di quanto precede emerge che il d.lgs. n. 93 del 2011 ha significativamente innovato il quadro preesistente con l'introduzione dell'istituto degli impegni i quali, da un lato, si inseriscono nell'ambito dei procedimenti sanzionatori avviati dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico senza attenuare la deterrenza connessa alla comminazione di multe regolatorie e, dall'altro, in qualità di atti di *self regulation*, costituiscono il momento finale del procedimento istruttorio, consentendo all'Autorità di pervenire, con il concorso degli operatori economici, ad una soluzione "patteggiata" della problematica energetica. Inoltre l'adozione degli impegni, in quanto finalizzata a garantire l'effettiva osservanza delle norme da parte delle imprese ai fini del corretto funzionamento del mercato, rappresenta una tappa centrale nell'evoluzione del sistema di *enforcement*, fino ad ora incentrato unicamente su strumenti di controllo e di repressione (sanzioni e provvedimenti inibitori), nonché di *moral suasion*¹⁹².

L'art. 45, co. 4, del d.lgs. n. 93 prevede poi una ridefinizione nel minimo e nel massimo degli importi delle sanzioni applicabili dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, stabilendo che essi non possono essere inferiori a € 2.500 e superiori a € 154.937.069,73¹⁹³.

L'art. 45, co. 6, del d.lgs. n. 93 del 2011 dispone che, entro novanta giorni dall'entrata in vigore dello stesso decreto attuativo del Terzo Pacchetto, cioè entro il 29 settembre 2011, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico adotti un regolamento volto a disciplinare i procedimenti sanzionatori di sua competenza, nonché il procedimento di valutazione degli impegni, ispirato ai

¹⁹¹ In dottrina si è osservato che la portata innovativa delle disposizioni dettate dal d.lgs. n. 93 del 2011 in ordine al legame funzionale esistente tra l'Acer e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico sul piano sanzionatorio ed, in particolare, in materia di impegni, andrà attentamente valutata nel corso del tempo e dipenderà dalla forza dell'Agenzia rispetto agli operatori dominanti e dalla sua resistenza nei confronti delle scelte di *high politics*. Sul punto si veda R. Miccù, *L'ordine del mercato energetico e l'attuazione delle direttive di terza generazione in Italia*, cit., p. 26.

¹⁹² Nella relazione tecnica, allegata allo schema del decreto attuativo del Terzo Pacchetto, presentato alle Camere ai fini dell'emissione del loro parere, si evidenzia che gli impegni, configurandosi come strumenti alternativi alla sanzione, consentono un risultato immediato legato alle preoccupazioni concorrenziali, chiaramente spendibile nei confronti dell'opinione pubblica e dei consumatori e che tale meccanismo produce un notevole risparmio di risorse dal momento che riduce sensibilmente la durata del procedimento. Nella medesima relazione si puntualizza che il ricorso agli impegni permette all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico di deflazionare il proprio contenzioso, dato che assai raramente un procedimento concluso con l'adozione degli stessi innesca un ricorso dinanzi al giudice amministrativo con la conseguente revisione della sua decisione. Nella summenzionata relazione tecnica si precisa poi che, come espressamente previsto dall'art. 49 del d.lgs. 93 del 2011 recante disposizioni di carattere finanziario, i nuovi compiti assegnati all'Autorità concernenti l'assunzione di decisioni con impegni sono svolti nell'ambito delle risorse finanziarie derivanti dal meccanismo di autofinanziamento, di cui all'art. 2, co. 38, della l. n. 481 del 1995 e, quindi, senza oneri a carico della finanza pubblica. In proposito va segnalato che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico - ritenendo opportuno potenziare il complessivo presidio organizzativo posto a garanzia dello svolgimento delle attività connesse ai procedimenti sanzionatori individuali, ivi inclusa la valutazione degli impegni - con la delibera n. 571 del 28 dicembre 2012, recante modifiche al proprio regolamento di organizzazione e funzionamento, ha istituito un ufficio speciale "Sanzioni e impegni" nell'ambito dell'Area strategica denominata "Affari dei Consumatori e Enforcement".

¹⁹³ Sul punto si evidenzia l'osservanza da parte del Governo del criterio direttivo di cui alla lett. c) dell'art. 17, co. 3, e di cui alla lett. o) dell'art. 17, co. 4, della legge delega n. 96 del 2010, secondo il quale è appunto necessario prevedere che "le sanzioni amministrative pecuniarie applicabili in caso di mancato rispetto delle disposizioni del regolamento 714/2009/CE, nonché di mancato rispetto degli obblighi imposti alle imprese elettriche dalla direttiva 2009/72/CE, nelle fattispecie assegnate alla competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, siano non inferiori nel minimo a € 2.500 e non superiori ad € 154.937.069,73".

principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio in forma scritta ed orale e della separazione tra funzione istruttoria e decisoria. Al riguardo va rilevato che, in data 14 giugno 2012 e, quindi, in ritardo rispetto al termine stabilito dalla suindicata disposizione, è stato approvato il nuovo regolamento recante la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni che modifica i criteri di quantificazione delle sanzioni, stabilendo che esse siano determinate in base alla gravità della violazione, alla natura dell'interesse leso, all'offensività della condotta e all'attitudine della stessa a ledere più interessi, alla durata del numero dei clienti coinvolti, agli eventuali indebiti vantaggi conseguiti e al grado di consapevolezza dell'agente. È opportuno precisare che il suddetto regolamento tiene conto delle novità introdotte nel citato art. 45 del d.lgs. n. 93 dall'art. 58, co. 1, lett. a), del d.l. n. 5 del 2012, convertito in l. n. 35 del 2012, che ha previsto la possibilità per l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico di adottare una procedura semplificata di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, nonché la possibilità, in caso di urgenza, di deliberare, con atto motivato, l'adozione di misure cautelari, anche prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio.

Dall'esame della disciplina del d.lgs. n. 93 del 2011 si evince che il legislatore delegato ha attribuito all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico incisivi poteri di impulso e sanzionatori in vista del più efficace perseguimento dell'obiettivo relativo alla completa apertura alla concorrenza dei mercati energetici nazionali, operando un riassetto generale delle sue competenze mediante l'introduzione di specifiche misure di intervento che si affiancano a quelle già previste nella legge istitutiva¹⁹⁴. Tuttavia il decreto attuativo del Terzo Pacchetto ha assegnato all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico nuove funzioni di vigilanza senza indicare in maniera esplicita le modalità di esercizio delle stesse e, soprattutto, senza adeguare la dotazione di risorse umane e finanziarie a disposizione del regolatore di settore, rendendo così, di fatto, incerta la possibilità che gli ulteriori compiti ad esso affidati siano proficuamente adempiuti. Si prospetta, dunque, il rischio, da un lato, che l'attività di vigilanza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico si riveli inefficace per l'incertezza sui poteri concretamente esercitabili o per carenza di risorse da destinarvi, e dall'altro lato, che si creino zone d'ombra caratterizzate dall'assenza di controlli, all'interno delle quali è possibile che si sviluppino forme di abuso¹⁹⁵.

3.3 La portata innovativa della disciplina sul rapporto tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché sull'interazione del regolatore di settore con gli organismi di regolazione degli altri Stati membri e con le istituzioni sovranazionali

Nella definizione dello statuto normativo del regolatore di settore assume un rilievo centrale per il carattere innovativo del suo contenuto l'art. 46 del d.lgs. n. 93 del 2011 che disciplina le relazioni istituzionali tra Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁹⁶. Al riguardo va preliminarmente rilevato che, con l'inserimento di tale

¹⁹⁴ A. Leone, *L'attuazione del terzo pacchetto energia – d.lgs. n. 93/2011: sintesi del provvedimento e focus dei poteri dell'Autorità per l'energia*, cit., p. 274.

¹⁹⁵ AA.VV., *Assetto istituzionale e regolativo della governance dell'energia in Italia e in rapporto con l'Unione europea: proposte per una sua complessiva razionalizzazione*, cit., pp. 97-98.

¹⁹⁶ Ciò mostra come il settore dell'energia si riveli un banco di prova ideale per esaminare il rapporto tra regolazione e concorrenza. Al riguardo si veda S. Lanza, S. Lucattini, *L'Autorità per l'energia tra competizione e cooperazione*, in

disposizione nella normativa nazionale di recepimento del Terzo Pacchetto, il Governo ha conformato la sua azione al criterio direttivo indicato all'art. 17, co. 3, lett. h), e co. 4, lett. z), della legge delega n. 96 del 2010, secondo cui occorre prevedere che, nell'osservanza delle rispettive competenze, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si prestino reciproca assistenza, agiscano in modo coordinato, stipulando a tal fine appositi protocolli di intesa e collaborino tra loro anche mediante lo scambio di informazioni.

In particolare l'art. 46, co. 1, del d.lgs. n. 93 stabilisce che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato cooperano tra loro al fine di assicurare la più efficace regolazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale in funzione della promozione della competitività e della tutela dei consumatori. Segnatamente, al co. 2, si dispone che i rapporti tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato siano informati al principio della leale collaborazione¹⁹⁷.

Inoltre è necessario evidenziare che, in applicazione del citato art. 46 del d.lgs. n. 93, in data 13 settembre 2012 è stato emanato il Protocollo quadro di intesa tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In particolare all'art. 1, co. 1, e all'art. 2, co.1, del suddetto Protocollo si indicano, rispettivamente, le forme¹⁹⁸ e gli strumenti¹⁹⁹ attraverso i quali si attua la cooperazione istituzionale tra le summenzionate autorità.

Rivista della Regolazione dei mercati, 2014, n. 2, p. 188; S. Massimiliano Sambri, A. Muollo, *Le Autorità di regolazione e di regolamentazione nel settore delle energie*, in *Il Diritto dell'Energia*, a cura di E. Picozza, S.M. Sambri, Padova, 2015, pp. 152-155 ss.

¹⁹⁷ In proposito vale la pena di sottolineare, come peraltro già osservato dalla IX Commissione permanente (trasporti, poste e telecomunicazioni) della Camera dei deputati nella Memoria complementare sull'ipotesi di istituzione di un'Autorità di regolazione delle reti del 6 ottobre 2011, che l'instaurazione di un regime di cooperazione tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico si configura quale logica conseguenza della circostanza che il rapporto tra le due suindicate autorità amministrative indipendenti si è contraddistinto nel tempo per l'assenza di conflitti di competenze insorti tra le stesse.

¹⁹⁸ In particolare tali forme sono le seguenti:

- coordinamento degli interventi istituzionali sui settori di comune interesse;
- segnalazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di casi in cui, nell'ambito di procedimenti di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, della l. n. 287 del 1990, delle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza, del d.lgs. n. 206 del 2005 e del d.lgs. n. 145 del 2007;
- segnalazioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di casi in cui, nell'ambito di procedimenti di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, delle disposizioni contenute nel Terzo Pacchetto, nonché della legislazione nazionale e dei provvedimenti di regolazione relativi ai settori dell'energia elettrica, del gas e dei servizi idrici;
- reciproco scambio di pareri e avvisi su questioni di interesse comune;
- collaborazione reciproca nell'ambito di indagini conoscitive su materie di comune interesse;
- collaborazione reciproca per l'invio di segnalazioni al Parlamento o al Governo su materie di comune interesse;
- iniziative congiunte in materia di *enforcement*, vigilanza e controllo dei mercati;
- collaborazione scientifica, formazione e scambio del personale;
- collaborazione reciproca nelle iniziative internazionali;
- collaborazione reciproca nelle iniziative a tutela del consumatore.

¹⁹⁹ Tali strumenti sono i seguenti:

- costituzione dei gruppi di lavoro anche al fine di pervenire ad un'interpretazione condivisa in ordine ai rispettivi ambiti di competenza in materia di tutela del consumatore;
- scambio reciproco, con modalità concordate, di documenti, dati e informazioni utili allo svolgimento delle rispettive funzioni;
- svolgimento di incontri periodici e di riunioni tra gli uffici;
- consultazione su iniziative procedurali e non di comune interesse;

Ai sensi dell'art. 2 del suindicato Protocollo, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono tenute a scambiarsi reciprocamente e periodicamente informazioni sulle linee generali di intervento, sui procedimenti avviati e sui relativi esiti, sia in materia di concorrenza che in materia di pratiche commerciali scorrette, con particolare riguardo alle procedure per l'accettazione degli impegni nei settori dell'energia elettrica, del gas naturale e dei servizi idrici²⁰⁰.

L'art. 3 del richiamato Protocollo attribuisce all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la facoltà, nei limiti di legge, di effettuare ispezioni congiunte su fattispecie di comune interesse, eventualmente anche avvalendosi della Guardia di Finanza²⁰¹. Inoltre l'art. 6 riconosce in capo all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la possibilità di definire, mediante successivi protocolli di intesa, le modalità per la reciproca collaborazione nello svolgimento di specifiche funzioni, eventualmente anche con riferimento a singole tipologie procedurali. Al riguardo in dottrina si è osservato come, nell'ambito dei suddetti protocolli di intesa, sia necessario definire chiaramente le relazioni intercorrenti tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sia in ordine alle misure di tutela della concorrenza, sia in ordine alle misure di tutela dei consumatori, allo scopo di evitare ogni forma di sovrapposizione di competenze. Si è altresì sottolineato come, una volta delimitato l'ambito di intervento di ciascun soggetto pubblico, la codificazione di un principio di cooperazione nei rapporti interistituzionali rappresenti uno strumento validamente estensibile anche ad altre fattispecie ed, in particolare, alle relazioni esistenti tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il Ministero dello sviluppo economico e tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e le altre autorità amministrative indipendenti²⁰².

La necessità di intensificare la collaborazione tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si giustifica in ragione dell'esigenza di favorire un avanzamento verso la frontiera efficiente della regolazione proconcorrenziale²⁰³.

- ogni altra attività di collaborazione anche informale utile al raggiungimento delle finalità del presente accordo.

²⁰⁰ In proposito va precisato che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la delibera n. 153 del 2012, ha approvato un insieme di disposizioni finalizzate ad evitare la diffusione di pratiche commerciali scorrette dei venditori di energia elettrica e gas naturale, consistenti nell'indurre i clienti finali a concludere contratti di fornitura in realtà non voluti. In particolare l'Autorità ha imposto agli operatori di settore l'adozione di misure preventive, consistenti in un rafforzamento degli adempimenti a carico dei venditori in sede di conclusione del contratto con i clienti finali, al fine di contrastare il fenomeno dei c.d. "contratti non richiesti", e di misure ripristinatorie, consistenti nella definizione di una specifica procedura di gestione delle relative controversie, intese a minimizzare gli oneri per i soggetti che ne siano involontariamente coinvolti. Inoltre, in un'ottica di repressione delle pratiche commerciali scorrette, merita apprezzamento l'azione intrapresa dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico per favorire l'armonizzazione e il miglioramento delle condizioni contrattuali minime di vendita di energia elettrica e gas, attraverso la promozione di contratti tipo ed il costante aggiornamento dei codici di condotta commerciale.

²⁰¹ L'art. 5 dispone poi che la divulgazione ai terzi di documenti, informazioni e dati acquisiti in forza del summenzionato Protocollo sia soggetta al regime di tutela del segreto di ufficio e della riservatezza vigente per l'Autorità, presso la quale è avvenuta l'acquisizione.

²⁰² AA.VV., *Assetto istituzionale e regolativo della governance dell'energia in Italia e in rapporto con l'Unione europea: proposte per una sua complessiva razionalizzazione*, cit., pp. 114 e 115.

²⁰³ In proposito giova rilevare che il successo della formula che affida alla cooperazione tra l'autorità di regolazione settoriale e l'autorità *antitrust* il compito di assicurare la coesistenza tra regolazione e concorrenza, nella consapevolezza che il principio del libero mercato concorrenziale permea l'intera normativa interna e sovranazionale in materia di energia, è stato riconosciuto anche dal Direttore della Direzione generale "Energia e Trasporti" della Commissione europea, Philip Lowe, il quale ha espressamente riconosciuto "*al regolatore italiano ed all'autorità sulla concorrenza di aver fatto un grande lavoro per stimolare la competizione in Italia e per aprire la strada a nuovi market players*". Sul punto si veda il comunicato stampa del 10 giugno 2010 disponibile sul sito <http://www.mercatoelettrico.org/Newsletter/20100610newsletter.pdf>.

Segnatamente lo svolgimento da parte dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico della sua attività istituzionale costituisce un'esternalità positiva sotto forma di conoscenze settoriali di cui l'Antitrust può beneficiare: invero, la presenza nel mercato dell'energia di un regolatore con cui è possibile cooperare e condividere le informazioni permette all'Antitrust di ridurre l'asimmetria informativa esistente tra le imprese che presentano impegni e la medesima Autorità garante della concorrenza e del mercato, anticipando, proprio tramite l'accettazione di impegni, l'adozione di misure proconcorrenziali, successivamente rese cogenti *erga omnes* dallo stesso regolatore di settore²⁰⁴.

Occorre altresì evidenziare che la riflessione della dottrina si sta attualmente concentrando sull'ipotesi che le competenze di regolazione e le competenze di tutela della concorrenza, non più inquadrare in un'ottica di separazione, bensì di integrazione, possano essere più efficacemente perseguite da un'unica autorità, piuttosto che da due autorità distinte. Peraltro un'indicazione in tal senso è offerta dal confronto con i modelli di autorità unica esistenti nell'ordinamento di altri Paesi europei, quali l'Olanda, con riguardo alla NMA (Netherland Competition Authority o Nederlandse Mededingingsautoriteit), e la Gran Bretagna, in cui la GEMA (Gas and Electricity Markets Authority), che si trova al vertice dell'OFGEM (Office of the Gas and Electricity Markets), ha sia poteri regolatori, sia poteri generali di tutela della concorrenza²⁰⁵.

Degna di nota per la sua portata innovativa è poi la normativa dettata dal d.lgs. n. 93 del 2011 in ordine all'interazione dell'Autorità italiana per l'energia elettrica e il gas con gli organismi di regolazione degli altri Stati membri e con le istituzioni sovranazionali competenti, che mostra come, con riguardo all'assetto strutturale e funzionale del regolatore di settore, si manifesti una tendenza al consolidamento non solo della dimensione organizzativa interna, ma anche delle relazioni esterne. In proposito giova evidenziare che l'art. 46, co. 4, del citato d.lgs. n. 93 prevede che i rapporti tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, l'Acer, le autorità di regolamentazione degli altri Stati membri e la Commissione europea siano orientati al canone della reciproca collaborazione, al fine di promuovere mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale concorrenziali, sicuri ed ecologicamente sostenibili, nonché di favorire l'efficace apertura dei mercati per tutti i clienti e fornitori ed assicurare condizioni appropriate per il funzionamento efficace ed affidabile delle reti energetiche. Viene quindi promossa la cooperazione tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, gli organismi di regolazione degli altri Stati membri e le istituzioni sovranazionali competenti, allo scopo di garantire il più agevole raggiungimento delle finalità che informano l'attività del regolatore di settore, ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 93 del 2011.

Inoltre, al co. 5, del summenzionato art. 46 del d.lgs. n. 93 del 2011 si sancisce il principio della collaborazione tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, l'Acer, le autorità di regolamentazione e le amministrazioni competenti degli altri Stati membri con specifico riguardo alle questioni transfrontaliere. Al co. 7, si attribuisce poi all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico il compito di promuovere la stipulazione di accordi di collaborazione con le altre autorità nazionali di regolamentazione allo scopo di sviluppare la cooperazione in ambito regolamentare.

È necessario da ultimo evidenziare che l'art. 43, co. 6, del d.lgs. n. 93 del 2011, nel dare espressa attuazione all'art. 37 della direttiva 72/2009/CE e all'art. 41 della direttiva 73/2009/CE, stabilisce

²⁰⁴ Peraltro ciò spiega il motivo per cui il ricorso agli impegni sia particolarmente frequente nei settori regolati, come quello dell'energia. Al riguardo si veda G. Mazzantini, P. Bertoli, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n.1, pp. 177-178.

²⁰⁵ A. Noce, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, n. 2, pp. 333 ss.

che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha l'obbligo di trasmettere la relazione annuale sull'attività svolta, di cui all'art. 2, co. 12, lett. i), della l. n. 481 del 1985, alle autorità di regolamentazione competenti degli altri Stati membri, all'Acer e alla Commissione europea. Tale forma di reportistica, di cui si avvale l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico per rendere conto delle iniziative assunte e dei risultati conseguiti, si configura come uno strumento di interlocuzione istituzionale volto a garantire l'*accountability* dell'autorità nazionale di regolamentazione e ad assicurare che essa sia stabilmente inserita nella rete delle istituzioni europee di settore²⁰⁶.

4. La necessità di revisionare l'assetto istituzionale preposto alla regolazione dei mercati energetici a livello statale mediante l'adozione di opportuni interventi correttivi

Le criticità emerse in sede di attuazione del Terzo Pacchetto mostrano la necessità di adottare opportuni interventi correttivi del d.lgs. n. 93 del 2011 allo scopo di revisionare l'assetto istituzionale preposto alla regolazione dei mercati energetici a livello statale, che presenta i tratti tipici di una regolazione politica non indipendente, attraverso una maggiore valorizzazione del ruolo dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ed un potenziamento delle sue attribuzioni in termini di indipendenza, autonomia economico-finanziaria, trasparenza ed *accountability*.

4.1 L'esigenza di distribuire le competenze tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il Ministero dello sviluppo economico secondo le indicazioni provenienti dalle direttive di terza generazione

Come visto nel d.lgs. n. 93 del 2011 si riscontrano alcuni profili di incompatibilità con le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, in ordine al riparto di competenze tra Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ed il Ministero dello sviluppo economico.

Orbene, alla luce della circostanza che la disciplina comunitaria del Terzo Pacchetto impone agli Stati membri di affidare all'autorità nazionale di regolamentazione i poteri necessari a svolgere con efficacia il proprio ruolo istituzionale nel mercato energetico, in Italia appare necessario ritornare al modello originario della l. n. 481 del 1985, restituendo al regolatore di settore la "pienezza" dei suoi poteri ed eliminando la continua interferenza dell'esecutivo nelle prerogative tecniche del regolatore di settore, che si è tradotta in una vera e propria "espropriazione" da parte del Governo dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico.

In particolare si manifesta l'esigenza di "ribilanciare" il riparto di competenze tra il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ampliando in una certa misura i compiti della seconda rispetto al primo. Conseguentemente, occorre effettuare un inventario completo delle singole competenze regolatorie e sottoporre queste ultime ad uno scrutinio sistematico al fine di verificare se la loro eventuale assegnazione al Ministero dello sviluppo economico trovi giustificazione in scelte di carattere propriamente politico, o in altre specifiche motivazioni di carattere istituzionale. Ciò nella consapevolezza che attribuire *ex novo* o

²⁰⁶ In proposito occorre precisare che l'art 43, co. 6, del d.lgs. n. 93 del 2011, in conformità alle direttive del Terzo Pacchetto, amplia il novero dei soggetti destinatari della relazione annuale dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico individuati dalla legge istitutiva, che si limita ad indicare solo il Parlamento e il Governo, includendo, come visto, all'interno di esso anche l'Acer, la Commissione europea e le autorità di regolamentazione degli altri Paesi europei. In applicazione della suddetta norma, in data 31 luglio 2012 l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha pubblicato la relazione annuale indirizzata appunto, oltre che al Parlamento e al Governo, all'Acer e alla Commissione europea.

riattribuire le funzioni all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico risulta coerente sia con esigenze di funzionalità della distribuzione delle competenze tra organi politici elettivi e autorità amministrative indipendenti, sia con esigenze di qualità della regolazione.

L'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la segnalazione al Parlamento e al Governo n. 461 dell'8 novembre 2012, concernente l'assetto dei mercati energetici conseguente all'attuazione in Italia del Terzo Pacchetto, ha formulato alcune proposte di miglioramento normativo del testo del d.lgs. n. 93 del 2011, richiamando quale base giuridica delle modifiche in parola l'art. 5 della legge delega n. 96 del 2010, in cui si dispone che "entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo possa adottare [...] disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi emanati ai sensi del citato comma 1 [...]". Segnatamente l'adozione di tali interventi integrativi e correttivi è finalizzata al perseguimento dei seguenti obiettivi: a) perfezionare l'adeguamento del quadro normativo nazionale a quello comunitario allo scopo di evitare ritardi e criticità nel processo di integrazione dei mercati energetici dei singoli Stati membri, di prevenire i costi derivanti da una regolazione mancante, insufficiente o non conforme alle direttive europee e connesse ad eventuali procedure di infrazione dell'Unione europea, nonché di definire un sistema completo di regole che allineino l'Italia ai più elevati *standard* internazionali e alle migliori soluzioni istituzionali operanti nei Paesi continentali; b) accrescere le garanzie di buon funzionamento dei mercati nazionali e le opportunità di sviluppo di un'effettiva concorrenza; c) migliorare l'attuale modello di *governance* dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale, mediante una più chiara attribuzione di competenze, specializzazione dei ruoli e ripartizione delle responsabilità, nonché attraverso il rafforzamento della neutralità e dell'indipendenza del regolatore di settore.

In particolare, con riguardo al settore del gas naturale, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha proposto di modificare l'art. 16 del d.lgs. n. 93 del 2011 in modo da riconoscere al regolatore di settore la possibilità di richiedere modifiche del piano di sviluppo decennale della rete nazionale, lasciando impregiudicati i poteri del Ministero dello sviluppo economico in merito alla verifica della coerenza del piano con la strategia energetica nazionale e le esigenze di sicurezza del sistema.

Inoltre, con riguardo al settore dell'energia elettrica, l'Autorità ha suggerito di inserire nell'art. 36 del d.lgs. n. 93 del 2011 l'espressa previsione secondo cui è attribuita al regolatore di settore la facoltà di richiedere modifiche al piano di sviluppo della rete nazionale in esito alla valutazione di quest'ultimo da parte dello stesso.

L'Autorità ha poi proposto di operare la revisione dell'art. 37, co. 3, del d.lgs. n. 93 del 2011 in modo da trasferire, in conformità alle direttive del Terzo Pacchetto, le competenze in materia di scambi transfrontalieri dell'energia dal Ministero dello sviluppo economico al regolatore di settore, attribuendogli, in particolare, il compito di determinare le modalità e le condizioni per le importazioni e le esportazioni di energia elettrica.

L'Autorità ha altresì suggerito di inserire nell'art. 7, co. 2, del d.lgs. n. 93 una disposizione volta a conferire al regolatore di settore il compito di rivedere periodicamente l'attuale sistema dei prezzi di riferimento del gas naturale, attraverso un sistematico monitoraggio del mercato al dettaglio, al fine di valutare l'opportunità di adottare un intervento regolatorio sui prezzi di fornitura, alla luce del grado di concorrenzialità esistente nel mercato, della conoscenza acquisita sulle condizioni di mercato, nonché dei reali bisogni di tutela di specifiche categorie di clienti finali. Inoltre, l'Autorità ha sottolineato l'esigenza di garantire una simmetria dispositiva tra il settore del gas naturale e quello dell'energia elettrica, modificando l'art. 35, co. 2, del d.lgs. n. 93 nel senso di attribuire la funzione di monitoraggio sul mercato al dettaglio dell'energia elettrica, attualmente riconosciuta in capo al Ministero dello sviluppo economico, al regolatore di settore, al quale deve peraltro essere

assegnato anche il compito di modificare o adeguare le condizioni di applicazione del regime di tutela dei prezzi per i clienti finali, qualora ciò sia imposto da esigenze di mercato.

In dottrina si è evidenziata la necessità di apportare ulteriori modifiche al d.lgs. n. 93 del 2011 in modo da adeguare la normativa interna alle indicazioni provenienti dalle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, che consistono in particolare:

- nell'eliminare gli indirizzi governativi in materia tariffaria previsti dalla normativa nazionale di recepimento, riservando la materia tariffaria al regolatore indipendente in conformità alla disciplina europea;
- nell'attribuire all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, e non al Ministero dello sviluppo economico, il potere di approvare il piano di sviluppo delle rete nazionale di trasporto del gas e nel dotarla dei necessari poteri di *enforcement* con riguardo alle ipotesi in cui il gestore di rete (Snam rete gas) non realizzi un investimento previsto nel piano;
- nell'eliminare gli indirizzi governativi in materia di bilanciamento del sistema del gas, previsti dalla normativa nazionale di recepimento del Terzo Pacchetto, riservando tali funzioni al regolatore di settore in linea con le prescrizioni imposte dalla disciplina europea²⁰⁷.

Dalle misure di correzione ed integrazione del d.lgs. n. 93 del 2011, proposte dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e dalla dottrina, si evince che il giusto equilibrio tra indirizzo politico e regolazione indipendente dovrebbe essere individuato in una suddivisione di ruoli tra il Ministero dello sviluppo economico e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico tale da affidare al Governo il compito di fissare gli obiettivi di politica energetica e al regolatore di settore il compito di garantirne il raggiungimento al minor costo per il sistema, mediante l'individuazione degli strumenti tecnici più idonei per il perseguimento degli stessi²⁰⁸.

In particolare l'ordinamento interno dovrebbe predisporre soluzioni giuridiche ed organizzative idonee ad assicurare il mantenimento di un sistema di regolazione in cui non sussista una sovrapposizione di ruoli tra decisore politico e regolatore di settore: in quest'ottica, al primo spetterebbe il compito di stabilire il livello di tutela di interessi generali, che non può essere appannaggio di una decisione tecnica indipendente, ma che deve essere ricondotto alle scelte degli organi elettivi investiti di legittimazione democratica; al secondo spetterebbe, invece, il compito di definire le modalità concrete di attuazione della suddetta tutela²⁰⁹.

Attualmente nel dibattito pubblico appare centrale la questione relativa all'opportunità e alla legittimità di una politica energetica pubblica, dato che si discute sulla spettanza in capo al Governo e al Parlamento della funzione non solo di delineare un strategia energetica complessiva ma anche di attuarla in una certa misura, con strumenti diversi dalla pura e semplice definizione delle condizioni di esercizio delle attività di produzione e vendita²¹⁰.

²⁰⁷ AA.VV., *Assetto istituzionale e regolativo della governance dell'energia in Italia e in rapporto con l'Unione europea: proposte per una sua complessiva razionalizzazione*, cit., pp. 110-111.

²⁰⁸ In proposito giova rilevare che il modello di *governance* del meccanismo dei titoli di efficienza energetica ha rappresentato fin dall'origine un esempio di come l'attribuzione all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico dei compiti di regolazione attuativa, gestione e monitoraggio del sistema abbia contribuito al conseguimento degli obiettivi indicati dal Parlamento e dal Governo a costi assai contenuti per il Paese. Ciò spiega il motivo per cui l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nella segnalazione n. 461 del 2012 contenente proposte di miglioramento normativo del d.lgs. n. 93 del 2011, ha ritenuto auspicabile delegare al regolatore di settore la funzione di regolazione complessiva e di monitoraggio del meccanismo dei titoli di efficienza energetica, al fine di evitare inefficienze e costi non necessari a carico dei consumatori, derivanti da un'eccessiva frammentazione dei soggetti pubblici coinvolti o dal trasferimento di competenze da soggetti con esperienza quasi decennale nella regolazione e gestione del sistema ad altre istituzioni.

²⁰⁹ Sul punto si veda Camera dei deputati, Commissione I Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, *Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, 16 febbraio 2012, p. 48.

²¹⁰ E. Bruti Liberati, *Il livello nazionale*, cit., p. 31.

In proposito va segnalato che in data 14 marzo 2013 il Ministro dello sviluppo economico, Corrado Passera, e il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Corrado Clini, hanno approvato, tramite un apposito decreto interministeriale, il documento contenente la Strategia energetica nazionale (Sen) nel quale sono indicati gli obiettivi e le priorità d'azione che l'Italia è chiamata a perseguire nel settore dell'energia²¹¹. Il processo di elaborazione di tale documento è stato caratterizzato da un'ampia consultazione pubblica, che è stata avviata a metà ottobre 2012 con l'approvazione in Consiglio dei Ministri della proposta recante il titolo "La nuova strategia energetica nazionale per un'energia più competitiva e sostenibile", e che è proseguita fino a dicembre del medesimo anno con la partecipazione di tutte le istituzioni interessate²¹².

In particolare l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico è stata invitata ad esprimere il proprio contributo all'indagine conoscitiva sulla strategia energetica nazionale condotta dalla X Commissione Industria, commercio e turismo del Senato della Repubblica, in occasione delle tre audizioni parlamentari che si sono svolte rispettivamente il 20 ottobre 2010, il 9 novembre 2011 ed il 24 ottobre 2012. In tali sedi l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, dopo aver puntualizzato che la definizione della strategia di politica energetica nazionale è rimessa all'esclusiva competenza del Parlamento e del Governo, ha affermato che è doveroso compito del regolatore di settore mettere a disposizione le proprie competenze tecniche ed ogni elemento conoscitivo o propositivo utile alle decisioni di politica energetica²¹³. Inoltre l'Autorità ha espresso la propria valutazione positiva in ordine alla scelta operata dal Governo di utilizzare lo strumento della consultazione, peraltro già da tempo introdotto nel settore dell'energia ed ampiamente impiegato dal regolatore di settore, nel processo di definizione della nuova Sen. L'Autorità ha altresì rilevato che la complessità del modello di *governance* dei mercati energetici - che si caratterizza per un'accentuata frammentazione di competenze, determinata da una ripartizione di funzioni su più livelli territoriali e da una compresenza di attribuzioni del Ministero dello sviluppo economico e del regolatore di settore - può costituire un elemento di criticità nell'attuazione di una strategia energetica nazionale di medio-lungo periodo e, conseguentemente, ha sottolineato l'esigenza di definire un chiaro percorso attuativo e di fornire apposite linee guida ai soggetti coinvolti in ordine all'applicazione della Sen, allo scopo di evitare che essa si risolva in un mero documento programmatico.

Alla luce del quadro normativo ed istituzionale esistente l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha poi evidenziato la necessità che la funzione di regolazione, la quale è affidata ad un organismo tecnicamente qualificato e ad eminente specializzazione settoriale, nonché indipendente dalle spinte di breve termine connesse ai cicli politici e dagli interessi di parte, comprenda in sé l'attuazione delle scelte di politica energetica del Governo. Pertanto l'Autorità ha ritenuto che, per la sua collocazione istituzionale al centro del sistema della regolazione energetica, sancita dalla l. n. 481 del 1985 ed oggi definitivamente consacrata nelle direttive del Terzo Pacchetto, nonché per la sua funzione di collegamento con gli organi di governo europeo, assicurata grazie alla presenza di un suo rappresentante all'interno dell'Acer, spetti ad essa il compito di trasformare gli indirizzi di politica energetica in misure concrete di regolazione²¹⁴.

²¹¹ Con riguardo alla consultazione pubblica del Ministero dello sviluppo economico sulla strategia energetica nazionale si veda S. Cassese, *La qualità delle politiche pubbliche ovvero del metodo di governare*, Lezione tenuta in occasione della presentazione del Rapporto 2012-2013 di Italiadecide presso la Camera dei Deputati in data 11 febbraio 2013.

²¹² Si fa riferimento a Parlamento, Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, Conferenza Unificata Stato-Regioni-Città-Autonomie locali, Cnel e Commissione europea.

²¹³ Autorità per l'energia elettrica e il gas, *Indagine conoscitiva sulla strategia energetica nazionale*, 20 ottobre 2010, p. 5.

²¹⁴ Autorità per l'energia elettrica e il gas, *Indagine conoscitiva sulla strategia energetica nazionale: ulteriore contributo dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, 24 ottobre 2012, pp. 3-4.

Anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione al Parlamento e al Governo AS1006 del 12 dicembre 2012, ha manifestato il suo apprezzamento in merito alla scelta del Ministero dello sviluppo economico di predisporre, per la prima volta dopo l'approvazione del piano energetico nazionale del 1988²¹⁵, un documento programmatico relativo al comparto dell'energia, quale è la Strategia energetica nazionale, inaugurando così l'atteso ritorno dello Stato all'esercizio di una funzione di indirizzo generale. In proposito va rilevato che la rinnovata necessità di un'attività di programmazione da parte dei pubblici poteri in materia di energia scaturisce dalla convinzione che i meccanismi di mercato in tale settore non possono garantire il raggiungimento dei fondamentali obiettivi generali di autosufficienza dell'approvvigionamento e di sostenibilità ambientale indicati dal diritto europeo, nè definire le misure operative per soddisfare concretamente i suddetti interessi.

Nella sezione della Sen, dedicata alla modernizzazione del sistema di *governance*, si sottolinea l'esigenza di semplificare e migliorare il coordinamento "orizzontale" a livello nazionale, cioè le modalità di interazione tra i diversi Ministeri ed i rapporti tra l'esecutivo e il regolatore di settore. Inoltre si evidenzia la necessità di realizzare un'azione sinergica tra Parlamento, Governo e Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nell'osservanza delle rispettive competenze²¹⁶. In particolare si sostiene che la funzione di indirizzo generale e di programmazione dell'uso delle risorse e la funzione di regolazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale debbano essere esercitate in condizioni di reciproca indipendenza dagli organi titolari delle stesse. Si reputa cioè indispensabile che la definizione degli obiettivi strategici, degli indirizzi d'azione e delle norme generali di funzionamento dei mercati, come pure le scelte allocative, riguardanti l'assegnazione di risorse pubbliche a carico dei contribuenti e degli utenti, rimangano prerogativa del Governo e Parlamento, cioè di organi che rispondono direttamente ai cittadini delle decisioni assunte nel quadro più ampio delle linee di politica economica. Al contrario, si ritiene necessario affidare alla responsabilità dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico l'attività di regolazione, la quale svolge un ruolo fondamentale nell'attuazione della normativa primaria e nella definizione delle condizioni e dei vincoli cui devono attenersi le imprese che agiscono in mercati regolati allo scopo di promuovere la concorrenza, laddove possibile, o di favorire la costruzione di assetti di mercato efficienti, approssimando i risultati della concorrenza nei segmenti di servizio in cui essa non può operare.

Sulla base di tali considerazioni nella Sen si rileva l'opportunità di adottare alcuni interventi normativi, volti ad ottimizzare e razionalizzare l'azione dei diversi soggetti pubblici attivi nel settore dell'energia, al fine di aumentare l'efficienza complessiva del sistema, mediante una più chiara delimitazione degli ambiti di competenza delle amministrazioni pubbliche e dell'autorità indipendente di regolazione, e dei criteri che regolano la loro interazione, nonché attraverso l'eliminazione delle sovrapposizioni o duplicazioni e la riduzione della frammentazione dei processi decisionali²¹⁷. Inoltre si evidenzia la necessità di chiarire quale rapporto debba intercorrere tra atti propriamente regolatori e scelte di programmazione energetica, dato che tra regolazione e politica energetica può essere operata una distinzione sufficientemente nitida dal punto di vista concettuale,

²¹⁵ Il piano energetico nazionale (Pen) si configura come uno strumento giuridico unitario di programmazione nel campo dell'energia e, seppure con i limiti della sua natura di atto non legislativo dotato quindi di forza cogente limitata, consente di evidenziare le interconnessioni esistenti fra i diversi comparti e di rimarcare la necessità di una politica energetica che tenga conto dell'intero quadro dei fabbisogni e delle risorse. In virtù di tali caratteristiche, il Pen ha rappresentato la soluzione idonea a favorire il perseguimento dell'obiettivo di una gestione integrata dell'energia. Sul punto si veda G. G. Gentile, *Lezioni di diritto dell'energia*, Milano, 1987, p. 16.

²¹⁶ Ministero dello Sviluppo Economico, *Strategia energetica nazionale: per un'energia più competitiva e sostenibile*, marzo 2013, pp. 116-117.

²¹⁷ Ministero dello Sviluppo Economico, *Strategia energetica nazionale: per un'energia più competitiva e sostenibile*, marzo 2013, p. 116 e pp. 120-121.

ma non sussiste una differenziazione netta sul piano pratico-operativo: infatti gli interventi regolatori possono essere considerati attuativi rispetto a determinate scelte di politica energetica, dando luogo sia al problema dell'allocazione delle relative competenze tra l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e il Ministero dello sviluppo economico, che a quello dell'indirizzabilità o meno da parte del Governo dell'azione del regolatore indipendente²¹⁸.

Nell'ottica di garantire una più efficace attuazione della Sen, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la summenzionata segnalazione al Parlamento e al Governo n. 461 del 2012, ha sottolineato l'esigenza che il regolatore di settore, con una propria deliberazione, sentito il Ministero dello sviluppo economico, adotti un piano operativo-attuativo delle linee di politica energetica delineate nella strategia energetica nazionale nei comparti di propria competenza. Inoltre, in sede di presentazione al Parlamento della relazione annuale sull'attività svolta per il 2012, il Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, Guido Bortoni, ha evidenziato la necessità di ricercare un nuovo equilibrio tra politica energetica, regolazione e tutela del mercato, mediante la coesione interistituzionale e la responsabilizzazione di ciascun soggetto pubblico in vista del raggiungimento delle finalità generali²¹⁹. Peraltro la posizione assunta sul punto dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico è stata condivisa anche dalla dottrina che ha individuato nell'energia uno dei settori economici in cui coesistono politiche pubbliche selettive e regolazione dei mercati e in ordine ai quali "è impensabile che non vi siano indirizzi e programmi di politica energetica che determinano allocazione di risorse e scelte di merito" e in cui "le *agencies di supervision* sono chiamate ad attuare gli specifici indirizzi politici cristallizzati a monte, ad esempio in tema di liberalizzazione del mercato elettrico²²⁰".

In prospettiva sarebbe quindi auspicabile che il Ministero dello sviluppo economico si focalizzasse maggiormente sulle scelte di politica energetica finalizzate ad orientare il sistema energetico liberalizzato e le sue dinamiche di mercato verso esiti coerenti con l'interesse generale, lasciando all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico più ampi spazi di intervento regolatorio.

In attesa che il legislatore intervenga a rivedere l'attuale distribuzione di competenze e, conseguentemente, provveda a valorizzare maggiormente il ruolo dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, trasferendo a quest'ultima le funzioni propriamente regolatorie che sono ora conferite in capo al Ministero dello sviluppo economico, è opportuno valutare con attenzione la possibilità di introdurre nell'assetto regolatorio vigente alcuni correttivi più circoscritti che, senza modificare il riparto di competenze tra regolatore di settore e organo ministeriale, garantiscano la manutenzione del sistema e conducano ad un miglioramento della qualità della regolazione. In particolare sarebbe corretto estendere anche nei confronti del Ministero dello sviluppo economico, in quanto titolare di competenze regolatorie, l'applicazione dei vincoli procedurali relativi alla consultazione e all'analisi di impatto della regolazione a cui è sottoposta l'attività dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, e ai quali, peraltro, già lo stesso Ministero sembra aver conformato la propria azione in sede di elaborazione della strategia energetica nazionale. Invero ciò risponde ad esigenze oggettive di imparzialità ed efficienza della

²¹⁸ Al riguardo va precisato che non necessariamente la circostanza che un determinato ambito del mercato dell'energia sia oggetto di scelte di politica energetica ne comporta la totale attrazione nella sfera di competenza del Governo, dato che l'attività di regolazione deputata a dare attuazione a tali scelte può, almeno in parte, essere utilmente affidata all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. Tuttavia si pone la questione delicata concernente l'individuazione dell'effettivo margine di autonomia da riconoscere al regolatore di settore rispetto alle decisioni dell'organo politico.

²¹⁹ Autorità per l'energia elettrica e il gas, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, 26 giugno 2013, p. 10.

²²⁰ S. Amoroso, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2009.

funzione di regolazione, che ricorrono indipendentemente dalla circostanza che il regolatore sia un'autorità amministrativa indipendente o un ministero²²¹.

4.2 L'esigenza di definire con maggiore chiarezza e precisione i compiti e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico

L'insoddisfacente ed incompleta attuazione nell'ordinamento interno delle direttive comunitarie del Terzo Pacchetto ha determinato una mancanza di chiarezza sulla sfera di azione riservata al regolatore di settore. In proposito va sottolineato che, in vista dell'approvazione del d.lgs. n. 93 del 2011, durante l'audizione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico presso la X Commissione Industria, Commercio e Turismo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica svoltasi il 5 e il 20 aprile 2011, si era evidenziata la necessità, in sede di trasposizione nell'ordinamento nazionale delle disposizioni sulle funzioni dell'autorità nazionale di regolamentazione dettate dalle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, di provvedere ad una puntuale riformulazione del contenuto delle stesse, nel presupposto che le norme comunitarie ricorressero a previsioni tipicamente finalistiche ed a concetti indeterminati, senza chiarire la natura dei poteri e specificare le tipologie di atti mediante i quali i compiti del regolatore di settore dovevano essere adempiuti. Tuttavia tali osservazioni non sono state recepite nella stesura finale del d.lgs. n. 93 del 2011 che, come visto, soprattutto agli artt. 42 e 43, contiene clausole normative del medesimo tenore di quelle recate dalle direttive europee sia con riguardo all'attività di regolazione *ex ante*, sia con riguardo all'attività procedimentale dell'autorità nazionale di regolamentazione. A causa della eccessiva ampiezza e vaghezza della loro formulazione, tali disposizioni appaiono generiche e imprecise, con il rischio di non riuscire ad eliminare i dubbi sulla tipologia di poteri esercitabili e di atti adottabili dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ed essere considerate perciò insufficienti dalla giurisprudenza amministrativa ai fini della garanzia dell'osservanza del principio di legalità cui è vincolata l'attività del regolatore di settore. Ad avviso della dottrina, i poteri dell'Autorità, i quali sono sovente definiti per obiettivi o comunque si risolvono in attribuzioni non puntuali²²², sarebbero quindi caratterizzati da una "ridotta tassatività"²²³.

Alla luce della circostanza che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, a causa delle lacune o delle inesattezze presenti nel d.lgs. n. 93 del 2011 in ordine alla qualificazione dei suoi poteri, appare continuamente esposta alle censure del giudice amministrativo, ed in considerazione della reviviscenza del dibattito giurisprudenziale sulla questione dei poteri impliciti²²⁴ che ne discende, appare necessario ed improrogabile realizzare un intervento di

²²¹ Sul punto si veda E. Bruti Liberati, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, cit., pp. 54-56.

²²² Al riguardo si è osservato che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico dispone di un insieme di poteri incerto e instabile: ciò dipende da alcuni vizi di *drafting* normativo, riconducibili all'eccessiva genericità delle formule contenute nella legge generale istitutiva dell'autorità ed ai difetti di coordinamento di quest'ultima con la successiva disciplina di settore. Sul punto si veda G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., pp. 130-131.

²²³ In proposito si veda G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, cit., p. 2118.

²²⁴ Sul tema relativo ai poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico si veda F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, pp. 31 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, pp. 419 ss.; E. Bruti Liberati, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 137; E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, intervento al Convegno Cesifin, "Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza", Firenze, Palazzo Incontri, 5 marzo 2006; G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, n. 4, pp. 703 ss.; D. Simeoli, *Poteri impliciti nell'attività di regolazione energetica*, Relazione tenuta al Seminario di alta formazione specialistica su "L'ordine giuridico del mercato tra regolazione e concorrenza: settore dell'energia, della sanità e dei trasporti a confronto", I sessione Energia, svoltosi

semplificazione e razionalizzazione delle fonti normative che disciplinano la regolazione dei mercati energetici, volto a definire con maggiore chiarezza e precisione i compiti e i poteri dell'Autorità. In particolare, con riguardo a tale opera di riordino normativo si prospetta l'ipotesi di adottare un vero e proprio Codice dell'energia ricognitivo della normativa vigente, nel quale sarebbe opportuno procedere ad una puntuale individuazione delle attribuzioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico²²⁵. Sul punto giova evidenziare che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con la segnalazione al Parlamento e al Governo AS821 del 5 aprile 2011, aveva osservato come il recepimento del Terzo Pacchetto nell'ordinamento italiano avrebbe potuto rappresentare l'occasione per predisporre un Testo Unico in materia di energia elettrica e gas naturale in risposta ad un'esigenza di buona pratica legislativa²²⁶. Tuttavia l'opportunità di elaborare un Codice dell'energia e di definire con chiarezza e precisione i poteri del regolatore di settore all'interno di una fonte unitaria e, conseguentemente, di spostare il fulcro del dibattito giurisprudenziale dall'esistenza del potere dell'autorità amministrativa indipendente al suo corretto esercizio²²⁷, non è stata colta in sede di emanazione del d.lgs. n. 93 del 2011, che si è limitato a delineare un quadro normativo completo per i settori dell'energia elettrica e del gas naturale.

Allo stato attuale si prefigurano quindi tre possibili soluzioni. In primo luogo, risulta necessario rilanciare con vigore il progetto relativo all'elaborazione di un Codice dell'energia, inserendo all'interno di esso alcune norme di rango primario che indichino in modo puntuale i poteri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. In secondo luogo, sembra opportuno che il legislatore, mediante la formulazione di apposite disposizioni normative, autorizzi l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ad adottare una serie definita di provvedimenti regolatori, senza che sussista l'esigenza di predeterminarne in via legislativa il contenuto e le modalità di esercizio. In terzo luogo, appare ragionevole che la legge si limiti a riconoscere all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico la possibilità di adottare ogni provvedimento compatibile con il perseguimento dei suoi scopi istituzionali e strumentale all'adempimento dei suoi compiti tipici, individuando il fondamento legittimante degli atti regolatori dell'Autorità negli obiettivi legali della sua attività.

In definitiva la soluzione maggiormente in linea con i principi costituzionali di garanzia e funzionalità dell'azione amministrativa è quella che accoglie il principio di legalità nella sua accezione formale e che, dunque, richiede che, non ogni singola misura regolatoria, ma il potere regolatorio nel complesso esercitato in relazione ad un dato oggetto abbia una sua espressa base legislativa e che, però, esige che i provvedimenti regolatori siano univocamente conformi all'insieme delle disposizioni legislative che definiscono le finalità dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e le situazioni soggettive dei privati interessati²²⁸.

4.3 L'esigenza di assicurare l'autonomia finanziaria e organizzativa dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico allo scopo di adeguare la normativa interna alla disciplina comunitaria

presso il Tar Lazio il 26 e 27 novembre 2012; A. Cordasco, *Atto amministrativo implicito e compatibilità con la l. 241/90. La peculiare figura dell'Authority*, in *Gazzetta amministrativa*, 2013, n. 1, p. 71.

²²⁵ AA.VV., *Assetto istituzionale e regolativo della governance dell'energia in Italia e in rapporto con l'Unione europea: proposte per una sua complessiva razionalizzazione*, cit., pp. 108-109.

²²⁶ Peraltro in dottrina si era sottolineato come in questo caso lo sforzo di riordino normativo per il legislatore nazionale sarebbe stato inferiore rispetto al passato per effetto delle numerose abrogazioni sancite dalle direttive europee e in ragione dell'ordine giuridico che ne era derivato. Sul punto si veda R. Miccù, *L'ordine del mercato energetico e l'attuazione delle direttive di terza generazione in Italia*, cit., p. 20.

²²⁷ In tal senso si veda F. Scalfani, *Scelte regolatorie comunitarie e nazionali e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 61.

²²⁸ Al riguardo si veda E. Bruti Liberati, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 137.

Il d.lgs. 93 del 2011, sebbene attribuisca nuovi compiti e poteri all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, non prevede un incremento delle risorse umane ed economiche a disposizione del regolatore di settore. Ciò risulta confermato dalla disposizione recata dall'art. 49 del citato d.lgs. n. 93, in cui si stabilisce che "all'attuazione delle disposizioni contenute nel presente decreto, le amministrazioni interessate, ivi compresa l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente". In proposito è necessario rilevare che non è stato osservato da parte del legislatore delegato il criterio direttivo di cui all'art. 17, co. 3, lett. g), e co. 4, lett. v), della l. n. 96 del 2010, secondo cui occorre "prevedere che l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas disponga di risorse finanziarie idonee allo svolgimento della propria attività, attraverso il sistema di totale autofinanziamento previsto dall'art. 2, co. 38, della l. n. 481 del 1995, mediante il contributo versato dai soggetti operanti nei settori di competenza, da utilizzarsi esclusivamente per gli oneri di funzionamento della stessa"²²⁹.

Al riguardo occorre rilevare che il sistema di finanziamento dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, così come concepito nella l. n. 481 del 1995 e, cioè, incentrato sull'autofinanziamento inteso quale fattore di autonomia economico-organizzativa e di indipendenza istituzionale del regolatore di settore²³⁰, risponde pienamente ai principi sanciti dalla normativa comunitaria. Tuttavia alcuni provvedimenti successivi al 2008, tra i quali è ricompreso il d.lgs. n. 93 del 2011, hanno alterato i tratti distintivi di questo modello. Inizialmente l'autonomia finanziaria dell'Autorità è stata messa in discussione dalla disposizione contenuta nell'art. 2, co. 241, della l. n. 191 del 2009, che ha imposto, per tre anni, il parziale trasferimento delle risorse dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico²³¹ ad altre autorità amministrative indipendenti²³². In proposito è opportuno rilevare che, a fronte dell'imposizione per legge del suddetto versamento nei confronti di altre autorità, che ammonta a circa nove milioni di euro all'anno, non è stato aumentato l'importo del contributo pari allo 0,3 per mille che gli operatori del settore pagano per il finanziamento dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico;

²²⁹ Sul punto va evidenziato che nella stesura finale del decreto attuativo del Terzo Pacchetto non sono state accolte le osservazioni formulate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico durante l'audizione presso la X Commissione Attività produttive, commercio e turismo della Camera dei deputati svoltasi il 5 aprile 2011. In tale sede l'Autorità aveva sottolineato la necessità di adeguare la dotazione di personale in relazione all'ampliamento delle funzioni ad essa assegnate, rilevando l'opportunità di far fronte alla suddetta esigenza senza nuovi o maggiori oneri sul bilancio dello Stato, anche in ragione del sistema di totale autofinanziamento su cui si fonda il funzionamento della sua struttura, secondo cui è possibile far fronte interamente alle spese di gestione con i contributi provenienti dal relativo mercato regolamentato.

²³⁰ Il ricorso all'istituto dell'autofinanziamento rende il regolatore più sicuro dei propri introiti e, quindi, meno dipendente dalle oscillazioni degli orientamenti politici, consentendo di superare la classica obiezione avanzata contro l'istituzione delle autorità amministrative indipendenti, in quanto ritenute troppo costose per l'erario pubblico. Sul punto si veda A. La Spina, S. Cavatorto, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Le Autorità indipendenti*, a cura di A. La Spina, S. Cavatorto, Bologna, 2008, pp. 191 ss.

²³¹ La norma in parola, che impone all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico il trasferimento di una quota delle proprie entrate ad altre autorità amministrative indipendenti, si applica anche nei confronti dell'Isvap, dell'Autorità garante per le comunicazioni e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

²³² In particolare tale sorta di prestito è stato disposto a favore dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, del Garante per la protezione dei dati personali, della Commissione di vigilanza sull'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, la l. n. 146 del 1990. La *ratio* della disposizione di cui al citato art. 2, co. 241, della l. n. 191 del 2009 è quella di creare una perequazione tra le autorità che per finanziarsi possono attingere al mercato di riferimento e quelle autorità che non possono fare altrettanto, essendo dotate di competenze di natura trasversale. Inoltre si prevede che, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le autorità interessate, siano stabilite, senza maggiori oneri per la finanza pubblica, misure reintegrative in favore delle autorità contribuenti, nei limiti del contributo versato, a partire dal decimo anno successivo all'erogazione del contributo a carico delle autorità indipendenti percipienti che a tale data presentino un avanzo di amministrazione.

importo quest'ultimo che la stessa Autorità, in un'ottica di efficiente gestione delle risorse, ha ridotto nel 2003, mantenendolo poi inalterato per dieci anni e che, quindi, ad oggi, risulta ben inferiore rispetto all'1 per mille pur consentito per legge. Con la conseguenza che allo stato attuale l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico è sostanzialmente l'unica amministrazione chiamata a versare fondi allo Stato e non "semplicemente" a riceverne meno.

Inoltre è necessario evidenziare che l'art. 1, co. 523, della l. n. 228 del 2012 (legge di stabilità 2013) ha stabilito che le disposizioni recate dal citato art. 2, co. 241, secondo e terzo periodo, della l. n. 191 del 2009 - le quali prevedono trasferimenti di risorse finanziarie dal bilancio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico a favore del Garante per la protezione dei dati personali e della Commissione di vigilanza sull'attuazione della l. n. 146 del 1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali- si applicano anche per gli anni 2013, 2014, 2015²³³.

Successivamente, con la norma recata dall'art. 6 del d.l. n. 78 del 2010, il legislatore ha imposto l'effettuazione di un "taglio" di spesa per specifiche voci del bilancio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, stabilendo che l'ammontare risparmiato fosse versato nelle casse dello Stato²³⁴. Con le previsioni di cui all'art. 6, co. 7, 8, 9, 12, 13, e 14, della l. n. 122 del 2010, l'Autorità è stata poi sottoposta a pesanti limitazioni nella capacità di utilizzo delle proprie risorse per ragioni di contenimento della spesa pubblica²³⁵.

²³³ Al riguardo occorre rilevare che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nella segnalazione al Parlamento e al Governo n. 446 del 2012, avente ad oggetto il disegno di legge recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2013)" (AC 5534-bis), aveva osservato come l'art. 12, co. 35, dello schema di atto normativo in parola - il quale stabiliva l'applicazione anche per gli anni 2013, 2014, 2015 delle disposizioni di cui al secondo e terzo periodo del co. 241 dell'art. 2 della l. n. 191 del 2009 - si ponesse in contrasto sia con in principi di separazione delle dotazioni finanziarie e di autonomia di esecuzione del bilancio dell'autorità nazionale di regolamentazione, sanciti dalle direttive comunitarie del Terzo Pacchetto, sia con il criterio direttivo fissato dall'art. 17 della legge delega n. 96 del 2010, che poneva un vincolo di destinazione per il contributo degli esercenti il servizio di pubblica utilità nei settori energetici, da utilizzarsi esclusivamente per la copertura degli oneri di funzionamento del regolatore di settore.

Segnatamente, in tale sede si evidenziava come la norma recata dal summenzionato art. 12, co. 35, del d.d.l. 5534-bis - nel sancire il prolungamento di ulteriori tre anni del periodo di applicazione della regola che imponeva il trasferimento di risorse dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ad altre autorità amministrative indipendenti - determinasse: in primo luogo, una violazione del principio di stretta pertinenza tra entrate private e funzioni regolatorie, ovvero di corrispondenza tra oneri imposti agli operatori di settore e costi amministrativi per l'esercizio dei compiti del regolatore del mercato dell'energia; in secondo luogo, una violazione del principio, espresso dal Consiglio di Stato nel parere n. 385 del 26 gennaio 2012, secondo cui era precluso al legislatore prevedere prelievi tributari impropri a carico delle autorità amministrative indipendenti sotto forma di contribuzione alla finanza pubblica, e che assumeva maggiore pregnanza nella fattispecie in esame, considerato che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico fin dalla sua istituzione non aveva ricevuto alcun contributo statale. In terzo luogo, si sottolineava come la disposizione in parola introducesse un principio di dipendenza del funzionamento dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico dal Governo, stante il riconoscimento all'amministrazione statale della facoltà di attingere in maniera discrezionale alle risorse finanziarie del regolatore di settore che non rientravano in alcun modo nel bilancio statale, sul quale, come anticipato, l'Autorità non aveva gravato fin dalla sua costituzione.

²³⁴ In particolare è stata prevista una riduzione delle spese per consulenze, studi e collaborazioni, nonché delle spese per missioni, conferenze e seminari, rendendo così residuale il ricorso all'esterno di figure professionali altamente specializzate, il quale dovrebbe, al contrario, configurarsi come uno strumento fisiologico per l'attività di un organismo di regolazione, quale è l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, che opera in settori caratterizzati da una elevata complessità e da una continua evoluzione tecnologica e giuridica, nonché da un ricorrente mutamento della struttura dei mercati.

²³⁵ In proposito occorre evidenziare come ancora una volta il legislatore nazionale abbia omesso di recepire le osservazioni formulate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico nella segnalazione n. 12 del 25 giugno 2010, indirizzata al Parlamento e al Governo e riguardante il disegno di legge di conversione del d.l. n. 78 del 2010, recante "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica" (AS 2228). Infatti in tale sede l'Autorità aveva evidenziato come alcune delle misure previste dallo schema di provvedimento in parola limitassero fortemente la sua autonomia economica-finanziaria, gestionale, organizzativa ed operativa, mettendo a

Nel contributo del 20 ottobre 2010 all'indagine conoscitiva sulla strategia energetica nazionale, condotta dalla X Commissione Industria, Commercio e Turismo del Senato della Repubblica, e nella segnalazione al Parlamento e al Governo n. 29 del 30 novembre 2010, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico aveva sottolineato come la sua autonomia fosse stata pregiudicata dai vincoli economico-finanziari imposti dalla manovra disciplinata dall'art. 6 del d.l. n. 78 del 2010, convertito in l. n. 125 del 2010. Conseguentemente l'Autorità aveva richiesto che, a parità di partecipazione alle esigenze del pubblico bilancio, fosse autonomamente definito il dimensionamento delle proprie poste di bilancio secondo gli impegni istituzionali ad essa affidati. Inoltre l'Autorità aveva auspicato l'adozione di un intervento legislativo volto a incrementare la sua dotazione di personale rimasta ferma negli anni, dopo l'ultimo adeguamento operato con la l. n. 239 del 2004, a centottanta unità, di cui centoventi di ruolo e sessanta a tempo determinato²³⁶, mediante un'integrazione di ulteriori trenta unità e una previsione a regime di centocinquanta unità a tempo indeterminato e sessanta unità a tempo determinato.

Per effetto della suesposta disciplina ispirata ad una logica di riduzione della spesa pubblica ed a causa del mancato seguito delle osservazioni e delle proposte dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nell'ordinamento italiano l'autonomia economico-finanziaria dell'autorità nazionale di regolamentazione non è stata adeguatamente garantita, in violazione delle direttive comunitarie 72/2009/CE e 73/2009/CE. Con l'emanazione del d.lgs. n. 93 del 2011, il Governo non ha colto l'occasione per eliminare i suindicati vincoli all'indipendenza del regolatore di settore e, conseguentemente, per adeguare la normativa interna alla disciplina europea del Terzo Pacchetto.

La situazione si è peraltro aggravata con l'adozione del decreto c.d. "Salva Italia" del Governo Monti che, da un lato, ha ulteriormente esteso le funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e, dall'altro, ne ha contratto le risorse a disposizione in termini di bilancio e di personale. In particolare, con riguardo al primo aspetto, va rilevato che l'art. 21, co. 19, del d.l. n. 201 del 2011, come modificato in sede di conversione nella l. n. 214 del 2011, ha previsto il trasferimento all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico delle funzioni concernenti la regolazione e il controllo dei servizi idrici, ed il contestuale scioglimento dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza sulle risorse idriche istituita con il d.l. n. 70 del 2011²³⁷. Con riguardo al secondo aspetto è necessario rilevare che l'art. 23 del d.l. n. 201 del 2011 ha introdotto una misura a carattere orizzontale che si applica, cioè, nei confronti di tutte le autorità amministrative indipendenti, con la quale si stabilisce la riduzione del numero dei componenti dei collegi delle autorità di regolazione e vigilanza, allo scopo di diminuire la spesa complessiva di funzionamento di tali organismi. La soluzione prescelta per la maggior parte delle autorità, tra le quali l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico - che è attualmente formata da cinque membri²³⁸ dopo che la sua composizione "storica" di tre membri è stata modificata in applicazione di quanto disposto dall'art. 1, co. 15, della l. n. 239 del 2004 - è il passaggio ad un

rischio la possibilità per il regolatore di settore di adempiere ai compiti ad esso assegnati dalle direttive comunitarie del Terzo Pacchetto e costringendo quest'ultimo a contrarre sostanzialmente le attività di regolazione e controllo, finalizzate alla tutela dei consumatori e allo sviluppo della competitività del sistema energetico.

²³⁶Al riguardo va precisato che si tratta di un rapporto tra personale di ruolo e personale a tempo determinato che costituisce un *unicum* nel panorama pubblico italiano.

²³⁷ Il trasferimento delle funzioni, tuttavia, non è immediato, ma è subordinato all'adozione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto c.d. "Salva Italia", e su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, a cui è affidato il compito di individuare puntualmente le suddette funzioni. Il dPCM, recante "Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici", è stato emanato in data 20 luglio 2012. È stata poi disposta la soppressione della Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche.

²³⁸ Dal 16 febbraio 2011 i componenti in carica sono Guido Pier Paolo Bortoni (Presidente), Alberto Biancardi, Luigi Carbone, Rocco Colicchio e Valeria Termini.

collegio di tre membri. Sul punto si è osservato che un'ulteriore modifica dell'assetto organizzativo del collegio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico potrebbe generare una fase di incertezza del processo regolatorio che non gioverebbe ai mercati energetici²³⁹.

In ordine al coinvolgimento delle autorità amministrative indipendenti nel programma generale di contenimento della finanza pubblica è necessario altresì sottolineare che, in attuazione dell'art. 1 del d.l. n. 98 del 2011, convertito nella l. n. 111 del 2011, che ha fissato un limite massimo alle remunerazioni dei presidenti e dei componenti dei collegi delle autorità amministrative di regolazione e vigilanza in modo da allinearli agli *standard* retributivi dei Paesi dell'Unione europea, l'art. 7 del d.P.C.m. n. 89 del 2012 ha espressamente stabilito che il trattamento economico annuale del Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico è determinato in relazione al trattamento economico annuale complessivo spettante per la carica a Primo Presidente della Corte di Cassazione nell'anno 2011 in € 293.658,95, e che il trattamento economico annuale dei componenti della medesima autorità è determinato in misura inferiore del dieci per cento rispetto a quello spettante al Presidente²⁴⁰. Occorre poi segnalare che l'art. 5, co. 2, del summenzionato d.l. n. 98 del 2011, convertito nella l. n. 111 del 2011, ha disposto che, a decorrere dall'anno 2012, le dotazioni delle autorità amministrative indipendenti siano ridotte del venti per cento rispetto all'anno 2011. Inoltre l'art. 22, co. 5, del d.l. n. 90 del 2014, convertito con modificazioni nella l. n. 114 del 2014, ha stabilito che a decorrere dal 1° luglio 2014, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico provvede ad una riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti. Al co. 6 della medesima disposizione è previsto che a decorrere dal 1° ottobre 2014, l'Autorità è tenuta a ridurre in misura non inferiore al cinquanta per cento, rispetto a quella complessivamente sostenuta nel 2013, la spesa per incarichi di consulenza, studio e ricerca.

L'esigenza di rafforzare l'autonomia economica e organizzativa dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, allo scopo di eliminare i profili di incompatibilità della normativa italiana con la disciplina comunitaria del Terzo Pacchetto, è stata evidenziata nel documento conclusivo del 16 febbraio 2012 relativo all'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti condotta dalla Commissione I Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, della Camera dei Deputati. In particolare in tale sede si è osservato come nel sistema di *governance* multilivello si assista al consolidamento di orientamenti contrapposti: a livello nazionale è fortemente avvertita l'esigenza di abbattere i costi delle autorità amministrative indipendenti e, soprattutto, di ridurre la pressione sul bilancio dello Stato; a livello comunitario, al contrario, è radicata la convinzione che l'affidabilità della regolazione e della vigilanza indipendente possa essere garantita solo tramite la predisposizione di adeguate risorse umane e strumentali²⁴¹. Con specifico riguardo all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, dopo aver riscontrato l'esiguità del personale a sua disposizione in relazione alla quantità dei compiti ad essa assegnati, si è sottolineata l'esigenza di operarne un dimensionamento idoneo del personale in termini numerici, con flessibilità di gestione, tenuto conto delle specifiche competenze professionali necessarie per l'espletamento efficiente delle sue funzioni²⁴².

²³⁹ Camera dei deputati, IX Commissione permanente (trasporti, poste e telecomunicazione), *Memoria complementare sull'ipotesi di istituzione di un'Autorità di regolazione delle reti*, 6 ottobre 2011, p. 2.

²⁴⁰ Al riguardo vale la pena di sottolineare che la retribuzione del Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico è parametrata sulla retribuzione riconosciuta nei confronti della persona fisica preposta al vertice delle magistrature civili superiori, vale a dire sulla retribuzione spettante al Presidente di un organo dello Stato che deve godere di un grado massimo di indipendenza, analogo a quella delle autorità amministrative di regolazione e vigilanza.

²⁴¹ Camera dei Deputati, Commissione I Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, *Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, 16 febbraio 2012, p. 51.

²⁴² Camera dei deputati, Commissione I Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, *Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, 16 febbraio 2012, pp. 23-24.

Al fine di assicurare la tutela della sua indipendenza sotto il profilo economico-finanziario, la stessa Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la segnalazione al Parlamento e al Governo n. 461 del 2012, ha evidenziato la necessità di prevedere espressamente che essa sia obbligata a tener conto, nell'ambito del proprio ordinamento, dei principi di razionalizzazione e di contenimento della spesa pubblica e, conseguentemente, ha reputato opportuno demandare ad un proprio regolamento la definizione dei meccanismi di controllo contabile volti a garantirne l'applicazione.

In dottrina si è osservato come, pur mantenendo fermo il dovuto contributo al bilancio dello Stato, qualora esso sia giustificato da esigenze di riduzione della spesa pubblica, il legislatore dovrebbe intervenire in modo da lasciare libera l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico di scegliere le modalità secondo cui ripartire gli effetti delle misure contenitive della spesa, anche tramite la compensazione delle diverse voci di spesa. Tale autonomia economico-finanziaria consentirebbe all'Autorità di assolvere ai numerosi compiti aggiuntivi ad essa attribuiti dalle direttive comunitarie del Terzo Pacchetto, salvaguardando, a saldi invariati, gli obiettivi di finanza pubblica. Inoltre, ad avviso della dottrina, appare necessario assicurare al regolatore di settore anche un'autonomia gestionale in ordine alla determinazione della propria dotazione di personale, così da permetterle di valutare l'esigenza di provvedere all'adeguamento del suo organico.

In proposito occorre rilevare che l'art. 24 *bis* del d.l. n. 1 del 2012, c.d. Cresci Italia, convertito nella l. n. 27 del 2012, nell'introdurre il co. 19 *ter* dell'art. 21 del d.l. n. 201 del 2012, convertito in l. n. 214 del 2011, ha previsto che, in ragione delle nuove competenze attribuite all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico in materia di servizi idrici, la pianta organica della stessa sia incrementata di quaranta unità. Al riguardo si segnala che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la delibera n. 109 del 30 marzo 2012, recante modifiche al regolamento di organizzazione e funzionamento²⁴³, ha proceduto alla costituzione, nell'ambito della sua struttura, di un'area di coordinamento strategico dedicata alla regolazione dei servizi idrici e di due uffici speciali, il primo relativo agli assetti dei servizi idrici e il secondo concernente le tariffe e la qualità dei servizi idrici, nonché di un'unità denominata "Rapporti istituzionali per i servizi idrici" presso il Dipartimento Affari legislativi e Relazioni istituzionali²⁴⁴.

In sintesi, si ribadisce la necessità di ritornare al modello di autonomia "forte" sia dal punto di vista economico-finanziario, che dal punto di vista organizzativo, originariamente concepito dalla legge istitutiva per l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, introducendo, quali elementi compensativi, due correttivi: il primo consiste nell'aumentare la trasparenza del contributo di settore, eventualmente prevedendo una procedura di consultazione pubblica anche per la delibera di quantificazione del contributo annuale, al pari di quanto previsto per gli atti di regolazione; il secondo è costituito dalla predisposizione di strumenti e forme di controllo *ex post*, a disposizione degli operatori di mercato, sull'efficienza della gestione, al fine di migliorare la trasparenza sui dati di bilancio e sulle scelte gestionali e di spesa del regolatore di settore²⁴⁵.

²⁴³ Al riguardo si segnala che in data 1° giugno 2013 è entrato in vigore il nuovo regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, così come integrato con le suindicate modifiche.

²⁴⁴ Va poi segnalato che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la successiva delibera n. 571 del 28 dicembre 2012, recante ulteriori modifiche al regolamento di organizzazione e funzionamento, ha istituito un nuovo Dipartimento con funzione di coordinamento, allo scopo di rafforzare le funzioni di controllo sulle attività degli uffici di diretta collaborazione del Collegio, in modo da garantire lo svolgimento efficiente ed efficace dei nuovi compiti assunti dal regolatore di settore per effetto della normativa di recepimento del Terzo Pacchetto.

²⁴⁵ AA.VV., *Assetto istituzionale e regolativo della governance dell'energia in Italia e in rapporto con l'Unione europea: proposte per una sua complessiva razionalizzazione*, cit., pp. 118-119.

4.4 L'esigenza di rafforzare la tutela dell'indipendenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico

Le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE del Terzo Pacchetto, nel sancire definitivamente l'indipendenza del regolatore di settore dal governo nazionale, hanno confermato la scelta originariamente compiuta dal legislatore italiano di attribuire le funzioni di regolazione del settore dell'energia ad un'autorità amministrativa indipendente, mediante l'istituzione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ad opera della l. n. 481 del 1995 e la sua entrata in funzione nel 1997²⁴⁶. Peraltro la validità di tale scelta legislativa è stata ribadita dalla stessa Autorità nel contributo del 20 ottobre 2010 all'indagine conoscitiva sulla Strategia energetica nazionale, condotta dalla X Commissione Industria, Commercio e Turismo del Senato della Repubblica, in cui si è osservato come la circostanza che le direttive del Terzo Pacchetto disegnano un regolatore del mercato dell'energia del tipo già da anni funzionante ed attivo in Italia, oltre a costituire un motivo di apprezzamento per il nostro Paese, conferma che la direzione intrapresa è quella giusta. Nel corso dell'evoluzione della normativa comunitaria, scandita dal passaggio dalle direttive di prima generazione alle direttive di terza generazione, l'Autorità italiana per l'energia elettrica e il gas si è trovata quindi nell'invidiabile posizione di precursore del modello di regolazione indipendente, collocandosi all'avanguardia nel panorama europeo. Allo stato attuale l'Autorità, in virtù del grado di consolidamento istituzionale raggiunto e della vasta esperienza regolatoria maturata, è in grado di esercitare una notevole influenza all'interno dell'Acer nei confronti delle autorità consorelle.

Dalle suesposte considerazioni si evince come, all'epoca dell'approvazione del Terzo Pacchetto, sussistevano valide ragioni per non attentare a questo patrimonio di capacità amministrative con interventi legislativi attuativi non adeguatamente ponderati, quali quelli posti in essere con il d.lgs. n. 93 del 2011, che hanno ridotto le garanzie di indipendenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, modificando nei suoi caratteri essenziali l'innovativo modello italiano di regolazione indipendente prefigurato nella l. n. 481 del 1995, così da renderlo non più perfettamente conforme con il paradigma europeo²⁴⁷.

In proposito è necessario rilevare che l'art. 2, co. 5, della l. n. 481 del 1995 prevede che le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità “operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione”. La medesima legge stabilisce, all'art. 2, co. 14, che “sono fatte salve le funzioni di indirizzo nel settore spettanti al Governo” e, all'art. 2, co. 21, che “il Governo, nel documento di programmazione economico-finanziaria, indica alle Autorità il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese”. La legge istitutiva, pur riconoscendo all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico una posizione di reale autonomia dall'esecutivo, ben diversa da quella spettante alle agenzie tecniche che operano al servizio e sotto la vigilanza del Governo, non garantisce al regolatore di settore un'indipendenza assoluta. Il modello istituzionale delineato dalla citata l. n. 481 non è, quindi, fondato su una completa separazione tra Governo e Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, bensì su una limitata e ben controllata integrazione tra politica e regolazione: al regolatore di settore si assicura, cioè, una certa distanza ed impermeabilità dall'organo politico, ma

²⁴⁶ Vale la pena di sottolineare che in Italia l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è stata creata significativamente prima della Commission de Régulation de l'Electricité (Cre), istituita in Francia nel 2000, e della Bundesnetzagentur, l'Agenzia federale per le reti (elettricità, gas, comunicazioni e poste) di natura intersettoriale, costituita in Germania nel 2005.

²⁴⁷ In tal senso si veda G. Napolitano, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in www.federalismi.it, n. 4, 2012, pp. 1 ss.; R. Miccù, *L'ordine del mercato energetico e l'attuazione delle direttive di terza generazione in Italia*, cit., p. 13.

si richiede anche di tener conto, nelle sue scelte, in una misura non puntualmente definita, degli indirizzi governativi.

Occorre poi evidenziare che l'art. 1, co. 11, della l. n. 239 del 2004, recante norme sul riordino del settore energetico, dispone che “ai fini del perseguimento degli obiettivi generali di politica energetica del Paese [...], il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle attività produttive, può definire, sentite le Commissioni parlamentari competenti, indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas”.

Sulla scorta della suesposta disciplina contenuta nella legge istitutiva e nella l. n. 239 del 2004 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è stata definita da una parte della dottrina come autorità “semindipendente” o “ad autonomia vincolata”, nel presupposto che essa non raggiungesse il medesimo livello di “purezza” dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, essendo la sua azione regolatoria subordinata agli indirizzi generali di politica energetica del Governo²⁴⁸. Al riguardo occorre precisare che la competenza governativa prevista dal citato art. 1, co. 11, della l. n. 239 del 2004 deve essere intesa in senso restrittivo, con la conseguenza che non viene meno l'indipendenza tipica dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, la quale non è ovviamente sovranità, ma è un'indipendenza funzionalizzata anche all'attuazione degli indirizzi governativi di politica energetica per ragioni di interesse nazionale²⁴⁹.

Ne discende che il *vulnus* all'indipendenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico non risiede tanto nelle menzionate disposizioni recate dalla l. n. 481 del 1995 e dalla l. n. 239 del 2004, che attribuiscono al Governo il potere di impartire direttive nei confronti del regolatore di settore, quanto nelle successive norme, tra le quali sono ricomprese quelle dettate dal d.lgs. n. 93 del 2011, che conferiscono al Ministero dello sviluppo economico alcune competenze regolatorie concorrenti con quelle riservate all'Autorità. In dottrina si ritiene che queste previsioni, le quali riconoscono poteri di indirizzo e guida in capo al Governo si pongano in contrasto con le direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, secondo cui l'autorità nazionale di regolamentazione deve poter assumere decisioni al riparo dall'influenza di qualsiasi organo politico, con il risultato che le suddette competenze regolatorie ministeriali dovrebbero ritenersi venute meno in quanto illegittime per incompatibilità sopravvenuta delle relative disposizioni, che ne stabiliscono l'attribuzione al Governo, con la normativa comunitaria che sancisce l'indipendenza del regolatore di settore²⁵⁰. Invero, a seguito dell'approvazione del Terzo Pacchetto le autorità nazionali di regolamentazione sono state inserite in un sistema normativo e istituzionale di carattere sovranazionale, con la conseguenza che gli atti adottati dai governi degli Stati membri che siano suscettibili di porsi in contrasto con la regolazione di fonte comunitaria non dovrebbero essere ammissibili²⁵¹. Ciò significa che, per effetto del recepimento della disciplina europea nell'ordinamento italiano, sarebbe vietato al Governo di incidere direttamente sul contenuto degli atti regolatori rientranti nella competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico.

Al riguardo giova richiamare la sentenza del 3 dicembre 2009, relativa alla causa C-424/07 “Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania”, in cui la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in merito ai poteri delle autorità nazionali di regolamentazione in materia di comunicazioni elettroniche, ha affermato che il compito di ricercare l'equilibrio tra gli interessi in gioco spetta al regolatore nazionale e non al legislatore nazionale ed, in particolare, ha

²⁴⁸ In proposito si veda A. La Spina, S. Cavatorto, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., p. 185.

²⁴⁹ Al riguardo si veda G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, cit., p. 2116.

²⁵⁰ Sul punto si veda G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, cit., p. 2117.

²⁵¹ Tranne nel caso in cui essi non trovino tutela in interessi preminenti, non affidati alla cura del diritto comunitario, in relazione al quale si può ritenere che la direttiva governativa costituisca esplicitazione di controlimiti posti a garanzia di interessi riservati allo Stato, quali la sicurezza, l'ordine pubblico e la tutela ambientale, che influiscono sulla politica energetica. In proposito si veda G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, cit., p. 2116.

statuito che è attribuito al regolatore di settore un potere discrezionale. In sostanza la Corte di Giustizia ha sostenuto che le autorità nazionali di regolamentazione sono titolari di un'area di competenza riservata, tutelata dal diritto comunitario, nell'ambito della quale i legislatori nazionali non possono limitare la loro discrezionalità. Dall'interpretazione della suindicata sentenza discende che le direttive comunitarie, laddove espressamente attribuiscono poteri e compiti alle autorità nazionali di regolamentazione, come avviene nel caso delle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE del Terzo Pacchetto in materia di energia, creano una riserva di competenza a favore delle stesse, con la conseguente attrazione della regolazione nell'orbita delle istituzioni europee. Segnatamente dalla pronuncia in parola si evince non solo l'esistenza di un'area riservata dal diritto comunitario all'autorità nazionale di regolamentazione, che pone una barriera nei confronti del legislatore nazionale, ma anche l'esigenza di un esercizio congiunto delle funzioni di regolazione, cioè condiviso con gli altri regolatori nazionali. In sostanza, riconoscendo il divieto per il legislatore nazionale di adottare interventi normativi che potrebbero limitare la sfera delle valutazioni che il diritto comunitario rimette esplicitamente all'autorità nazionale di regolamentazione e, quindi, escludendo di fatto il legislatore nazionale dall'esercizio dell'attività regolatoria, si stabilisce la prevalenza delle prescrizioni di fonte comunitaria, al punto da configurare i regolatori nazionali come parte di un'amministrazione europea articolata in amministrazioni statali sotto la guida della Commissione europea, confermando la qualificazione delle autorità nazionali di regolamentazione come "enti autarchici della Comunità europea"²⁵².

Nella giurisprudenza comunitaria viene dunque ribadita l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione dai governi degli Stati membri, già affermata nelle direttive del Terzo Pacchetto, da cui deriva la definitiva compressione del ruolo degli esecutivi nazionali nel settore strategico dell'energia.

Alla luce delle suesposte riflessioni si impone l'esigenza di rafforzare l'indipendenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, affinché essa possa effettivamente rivestire il ruolo di attore terzo in grado di garantire un *credible commitment* agli investitori e un *level playing field* agli operatori economici, e di accrescere in tal modo la fiducia dei *policy makers* nazionali nella concorrenza dei mercati energetici²⁵³.

La stessa Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la segnalazione al Parlamento e al Governo n. 461 del 2012, ha rilevato l'esigenza di apportare alcune integrazioni e correzioni alla normativa vigente, dirette ad assicurare la piena conformità della normativa interna al modello di regolazione indipendente imposto dalle direttive comunitarie del Terzo Pacchetto. In primo luogo l'Autorità ha evidenziato la necessità, allo scopo di garantire al regolatore di settore la possibilità di assumere decisioni autonome dall'influenza di qualsiasi organo politico, fermi restando "gli orientamenti di politica generale" elaborati dal Governo, di abrogare l'art. 1, co. 14, della l. n. 239 del 2004, che prevede il potere sostitutivo del Governo, in caso di inerzia dell'Autorità nell'adozione di atti e provvedimenti di propria competenza. In secondo luogo, l'Autorità ha osservato che dovrebbero essere esclusi i settori dell'energia elettrica e del gas dall'applicazione del d.l. n. 193 del 2002, convertito nella l. n. 238 del 2002, laddove in particolare si prevede la definizione da parte del Governo di criteri generali integrativi per la determinazione delle tariffe dei servizi pubblici, di cui alla l. n. 481 del 1995. In terzo luogo, l'Autorità ha sottolineato la necessità di abrogare l'art. 1-*quinquies*, co. 5, del d.l. n. 239 del 2003, convertito, con modificazioni nella l. n. 290 del 2003, che attribuisce al Ministero dello sviluppo economico, sentito il regolatore di settore, il compito di definire le modalità e le condizioni di importazione dell'energia elettrica in caso di insufficiente capacità di trasporto.

²⁵² Sul punto si veda G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, cit., pp. 2116-2118.

²⁵³ In tal senso si veda B. Rangoni, *Spiegando l'incompleta liberalizzazione dei mercati energetici italiani*, in *L'Industria*, 2011, n. 4, pp. 693 ss.

Inoltre è necessario rilevare che alcune regole poste a presidio dell'indipendenza dell'autorità nazionale di regolamentazione, concernenti le ipotesi eccezionali di revoca dall'incarico dei componenti del collegio, sebbene fissate dalle direttive europee di terza generazione, non sono state recepite nell'ordinamento italiano ad opera del d.lgs. n. 93 del 2011. Con la suindicata segnalazione al Parlamento e al Governo n. 461 del 2012, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha formulato alcune osservazioni e proposte intese a rafforzare le garanzie di autonomia dei suoi componenti ai fini di una più compiuta definizione del modello di regolazione indipendente. In particolare l'Autorità ha sottolineato l'esigenza di prevedere che l'incarico del Presidente e degli altri membri del collegio possa essere revocato esclusivamente in caso di sopravvenuta insussistenza dei requisiti di indipendenza previsti dalla legge o per gravi violazioni della normativa nazionale, con un procedimento analogo a quello previsto per la nomina dei componenti della stessa Autorità nell'art. 2, co. 7, della l. n. 481 del 1995²⁵⁴. Inoltre l'Autorità ha proposto che la durata del regime di incompatibilità successivo alla scadenza del mandato dei membri del collegio, che attualmente è fissata in un periodo di almeno due anni dalla cessazione dell'incarico²⁵⁵, sia adeguata in relazione alla disciplina vigente per le autorità di regolazione degli altri Stati membri²⁵⁶. È opportuno altresì segnalare che l'art. 23, co. 3, del d.l. n. 201 del 2011, c.d. "Salva Italia", convertito nella l. n. 214 del 2011, ha stabilito per i presidenti e i componenti delle autorità amministrative indipendenti l'esclusione della possibilità di conferma alla scadenza dell'incarico, sancendo il divieto di rinnovo consecutivo del mandato, allo scopo di rafforzarne la posizione di indipendenza²⁵⁷. Inoltre l'art. 22, co. 1, del d.l. n. 90 del 2014, convertito con modificazioni nella l. n. 114 del 2014, ha disposto che i componenti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico non possono essere nuovamente nominati componenti di un'autorità indipendente, a pena di decadenza, per un periodo pari a cinque anni.

4.5 L'esigenza di potenziare le garanzie di *accountability* e trasparenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico

Nel d.lgs. n. 93 del 2011 non sono state riprodotte le norme in tema di obbligo di motivazione e di giustificazione delle decisioni dell'autorità nazionale di regolamentazione, dettate dall'art. 37, par. 16, della direttiva 72/2009/CE e dall'art. 41, par. 16, della direttiva 73/2009/CE, con il risultato che sul punto si riscontra un incompleto recepimento della disciplina comunitaria ad opera della normativa italiana. Tuttavia va osservato che, con la delibera n. 46 del 30 ottobre 2009, recante la disciplina sulla partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti di regolazione, l'Autorità per

²⁵⁴ In particolare tale procedimento, che è caratterizzato da un dialogo trasparente e da una comune assunzione di responsabilità tra Parlamento e Governo, si articola nella successione dei seguenti atti: proposta del Ministro dello sviluppo economico sui componenti designati, parere favorevole obbligatorio e vincolante delle Commissioni parlamentari competenti, emesso a maggioranza dei due terzi dei componenti, deliberazione del Consiglio dei Ministri, decreto del Presidente della Repubblica.

²⁵⁵ Nel corso di tale periodo i componenti dell'Autorità non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o impiego con le imprese operanti nel settore di competenza. Sul punto si veda l'art. 2, co. 9, della l. n. 481 del 1995, come modificato dall'art. 22 del d.l. n. 90 del 2014 convertito in l. n. 114 del 2014, che ha esteso il suddetto regime di incompatibilità anche ai dirigenti dell'Autorità e che ha stabilito che questa disciplina non si applica ai dirigenti che negli ultimi quattro anni di servizio sono stati responsabili esclusivamente di uffici di supporto.

²⁵⁶ Al riguardo l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha suggerito di assumere come parametro di riferimento esperienze simili a quella dell'autorità italiana di regolazione, quali ad esempio quelle che interessano autorità di regolazione appartenenti a Paesi europei caratterizzati da sistemi economici comparabili a quello italiano e dotate di attribuzioni regolatorie di tipo multisettoriale (energia, altri servizi a rete).

²⁵⁷ Va peraltro precisato che tale divieto era già previsto per i membri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, dall'art. 2, co. 8, della l. n. 481 del 1995, a riprova del carattere particolarmente avanzato della disciplina recata dalla suddetta legge istitutiva.

l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha inteso tradurre a livello normativo e recepire sul piano della prassi le previsioni contenute nelle suindicate direttive del Terzo Pacchetto che impongono alle autorità nazionali di regolamentazione di motivare e giustificare le proprie decisioni²⁵⁸. In deroga all'art. 13 della l. n. 241 del 1990, che esclude l'applicabilità delle norme sulla partecipazione all'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi e amministrativi generali, l'Autorità ha disciplinato una procedura per la formazione degli atti regolatori più avanzata di quella tradizionale, sotto il profilo delle garanzie della partecipazione e del contraddittorio, prevedendo meccanismi di consultazione preventiva obbligatoria con i soggetti interessati, richiedendo di indicare nella delibera di avvio del procedimento se la proposta di atto normativo sia stata sottoposta all'analisi di impatto della regolazione²⁵⁹, e stabilendo che la modalità di trasmissione ordinaria delle osservazioni da parte dei soggetti coinvolti sia quella telematica e che il termine per la comunicazione delle stesse non sia inferiore a trenta giorni.

Inoltre va sottolineato che, in tema di motivazione dei provvedimenti regolatori dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, la giurisprudenza amministrativa ha anticipato l'intervento del legislatore. In proposito si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7972 del 2006, in cui si è rilevato che "la previsione di una fase di consultazione e della facoltà della presentazione delle osservazioni vincola l'Autorità al rispetto di alcune basilari regole procedurali, non essendo corretto ritenere che la partecipazione degli interessati ha una mera funzione collaborativa e non impone all'Autorità un conseguente obbligo motivazionale". Ad avviso del giudice amministrativo, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico è, invece, tenuta a indicare le finalità dell'intervento regolatorio ed a motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate, al fine di compensare la caduta del valore della legalità sostanziale con un rafforzamento della legalità procedurale.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1215 del 2010, ha riaffermato il diritto al contraddittorio nei procedimenti di regolazione dinanzi alle autorità amministrative indipendenti, pronunciandosi nel senso che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nell'adozione di provvedimenti regolatori, è tenuta al rispetto dei principi contenuti nella legge sul procedimento amministrativo e, dunque, all'obbligo di motivazione dei propri atti, nonostante la formale esclusione prevista dall'art. 13 della l. n. 241 del 1990, a tenore del quale la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. In particolare il Consiglio di Stato ha evidenziato che la motivazione, attraverso la quale può essere assicurata l'effettività della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, è necessaria, poiché, da un lato, permette agli interessati di incidere concretamente sulle decisioni dell'Autorità e, dall'altro, consente un più intenso sindacato giurisdizionale, in quanto offre al giudice la possibilità di comprendere l'*iter* logico seguito dall'Autorità e le ragioni giustificative dell'atto, nonché di valutare il reale rilievo attribuito alle osservazioni dei privati intervenuti nel procedimento. Inoltre il Consiglio di Stato ha precisato che con riguardo ai regolamenti delle autorità amministrative indipendenti non può pretendersi che la motivazione debba dare conto in maniera puntuale di tutti gli argomenti dedotti da ogni operatore di mercato, fornendo replica puntuale a ciascuna osservazione; al contrario è sufficiente che siano indicati i

²⁵⁸ A. Flori, *L'Air nell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico*, in www.osservatorioair.it, dicembre 2012, p. 12.

²⁵⁹ In proposito va rilevato che, in conformità all'art. 12 della l. n. 229 del 2003, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha applicato per prima tra le autorità amministrative indipendenti la metodologia di Air, che ha dimostrato negli anni di aver contribuito al miglioramento della qualità complessiva dei suoi provvedimenti regolatori. Pertanto, con la delibera n. 308 del 26 luglio 2012, recante "Adozione del piano strategico per il triennio 2012-2014", l'Autorità ha individuato quale obiettivo da perseguire nel medio-lungo periodo, l'ampliamento del ricorso all'analisi di impatto della regolazione.

presupposti di fatto e di diritto e che sia rinvenibile una giustificazione sostanziale alla decisione assunta.

Occorre altresì rilevare che, al fine di garantire la trasparenza dell'azione del regolatore di settore, è assicurata la pubblicità legale degli atti regolatori e dei provvedimenti di carattere normativo ed a contenuto generale attraverso la pubblicazione degli stessi sul sito *internet* dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, disciplinata dall'art. 32, co. 1, della l. n. 69 del 2009²⁶⁰.

Il Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, Guido Bortoni, in occasione della presentazione della relazione annuale al Parlamento il 26 giugno 2013, ha affermato che, allo scopo di assicurare che la discrezionalità tecnica del regolatore di settore non degeneri in una spirale regressiva di autoreferenzialità che ne comporti l'avulsione rispetto al resto dell'apparato statale, è necessario che esso si doti di nuove forme di *accountability*²⁶¹. In quest'ottica il Presidente ha annunciato la predisposizione da parte dell'Autorità di un innovativo strumento consistente nell'organizzazione di *focus groups* e sessioni *ad hoc*, a carattere periodico e tematico, per i quali è prevista la partecipazione di una qualificata rappresentanza delle categorie degli *stakeholders* di cui la medesima Autorità è sia portatrice degli interessi che organismo di tutela, vale a dire dei consumatori ed utenti domestici di energia e acqua, delle associazioni delle piccole medie-imprese, nonché dei centri esponenziali dei medi e grandi clienti finali dell'energia.

5. Considerazioni finali alla luce dei recenti sviluppi della regolazione europea dei mercati energetici

Dall'analisi delle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE e del d.lgs. n. 93 del 2011 attuativo del Terzo Pacchetto in Italia risultano confermati i principali tratti caratterizzanti che informano il diritto dell'energia e, cioè, il marcato interesse pubblico che ad esso si riconnette e che si traduce in un penetrante intervento dei pubblici poteri, e la progressiva accentuazione del carattere transnazionale della regolazione dei mercati energetici, il cui ambito spaziale travalica i confini statali²⁶². Manifestazione evidente di quest'ultima dinamica strutturale è sia l'entrata in scena di un nuovo regolatore europeo costituito dall'Acer, sia la diffusione e lo sviluppo di esperienze di *transnational networking* tra autorità omologhe dei diversi Paesi. In particolare, con riguardo al primo aspetto, è necessario sottolineare che l'Acer, all'interno della quale i regolatori nazionali fungono, al contempo, da interfaccia con gli Stati membri e da componenti degli organi direttivi della medesima agenzia, esprime il tentativo di rimodulare una regolazione europea del settore energetico, spesso avulsa o lontana dai contesti nazionali, mediante la centralizzazione delle scelte cooperative in sede comunitaria sotto l'ombrello di un'armonizzazione proconcorrenziale voluta dall'Unione europea²⁶³. Con l'istituzione dell'Acer il legislatore comunitario ha quindi compiuto un passo deciso verso l'accentramento, integrando le autorità nazionali di regolamentazione in un'agenzia europea indipendente, che rappresenta un avamposto per la sperimentazione di una futura politica

²⁶⁰ Va peraltro segnalato che il d.lgs. n. 33 del 2013 recante "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", modificato dall'art. 24 *bis*, co. 1, del d.l. n. 90 del 2014, convertito nella l. n. 114 del 2014, si applica a tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, comprese le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione e, quindi, anche all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico.

²⁶¹ Autorità per l'energia elettrica e il gas, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, 26 giugno 2013, p. 28.

²⁶² In proposito si veda G. G. Gentile, *Lezioni di diritto dell'energia*, cit., p. 15 e p. 18.

²⁶³ Sul punto si veda P. Bilancia, *Autorità indipendenti nazionali e organismi europei nella regolazione dei mercati di settore*, in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., p. 15.

energetica europea²⁶⁴. In proposito in dottrina si è osservato che, se da un lato, questa scelta accentratrice appare comprensibile nell'ottica del rafforzamento dell'Unione europea verso l'esterno, cioè sul versante internazionale, dall'altro, non sembra altrettanto convincente sul fronte interno, ovvero comunitario, dato che i mercati energetici nazionali si contraddistinguono ancora per un basso livello di concorrenzialità, per una marcata disomogeneità della loro disciplina e per l'inesistenza di meccanismi di coregolazione²⁶⁵. Inoltre, la medesima dottrina ha sottolineato che la previsione secondo cui l'Acer può "fare" regolazione mediante l'adozione di decisioni vincolanti appare non realistica e avventata: non realistica, per la prevedibile opposizione degli Stati membri, notoriamente restii a "delegare" tali decisioni ad un organismo comunitario, ancorché composto dalle autorità nazionali di regolamentazione e dai rappresentanti dei governi nazionali; avventata, perché nel settore energetico manca un sostrato collaudato di cooperazione tra la Commissione europea e le autorità nazionali di regolamentazione indispensabile per condurre a scelte di regolazione accettabili anche da parte degli Stati membri²⁶⁶.

In sostanza, in dottrina - muovendo dalla constatazione che l'Acer tende ad interpretare la propria missione istituzionale in senso ampio, ponendosi quale regolatore guida del settore energetico in ragione dell'essenzialità del contributo da essa fornito in ordine all'elaborazione e all'attuazione delle norme comunitarie relative al mercato dell'elettricità e del gas – ci si chiede se un'evoluzione del ruolo dell'Agenzia in questa direzione, che implica un progressivo ampliamento della sua orbita di intervento a detrimento di quella dei regolatori nazionali, sia davvero auspicabile, ovvero se sia consigliabile, in assenza di una politica energetica condivisa a livello europeo, mantenere la titolarità delle decisioni fondamentali in capo alle istituzioni nazionali²⁶⁷. In definitiva, nell'ambito della riflessione teorica sussiste un certo scetticismo sulla possibilità che la ridefinizione della *governance* dell'energia, compiuta dal legislatore comunitario mediante la creazione dell'Acer, la quale dovrebbe fungere da strumento di "condizionamento" e di "adattamento" dei comportamenti delle autorità nazionali di regolamentazione, riesca di fatto a produrre una maggiore omogeneità tra le regolazioni proprie degli Stati membri.

Con riguardo al secondo aspetto occorre evidenziare che, come rilevato nel documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti, condotta dalla I Commissione Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni della Camera dei deputati nel febbraio 2012, con l'approvazione del Terzo Pacchetto si è operato un rafforzamento del fondamento giuridico comunitario delle autorità nazionali di regolamentazione del settore dell'energia: infatti non solo la loro esistenza è prescritta dall'ordinamento europeo, ma nell'ambito della disciplina comunitaria di liberalizzazione dei mercati energetici è stato elaborato un vero e proprio *status* di indipendenza del regolatore di settore²⁶⁸, che mostra come l'indirizzo accolto dal legislatore comunitario si muova nel senso di un forte sostegno nei confronti dei regolatori nazionali, sebbene

²⁶⁴ F. Donati, *La governance europea dell'energia*, in *Il Governo dell'energia dopo Fukushima. Indirizzi europei ed evoluzione delle politiche nazionali*, a cura di L. Chieffi, F. Pinto, Atti del Convegno, Napoli 7-8 giugno 2012, Napoli, p. 5.

²⁶⁵ Al riguardo si veda F. Di Porto, *La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, cit., p. 24.

²⁶⁶ In tal senso si veda F. Di Porto, *La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, cit., p. 24.

²⁶⁷ AA. VV., *Assetto istituzionale e regolativo della governance dell'energia in Italia e in rapporto con l'Unione europea: proposte per una sua complessiva razionalizzazione*, cit., p. 94.

²⁶⁸ In sostanza le scelte tecniche, nella misura in cui vengano assunte dalle autorità nazionali di regolamentazione senza ricevere istruzioni da parte dei governi degli Stati membri, sono ormai diventate di piena pertinenza europea. Sul punto si veda Camera dei deputati, Commissione I Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, *Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, 16 febbraio 2012, pp. 46-47.

in Italia l'attuazione delle direttive 72/2009/CE e 73/2009/ ad opera del d.lgs. n. 93 del 2011 sia stata, sotto questo profilo, assai deludente.

Va peraltro sottolineato che l'ancoraggio comunitario è un fattore originario delle autorità amministrative indipendenti che garantisce lo sviluppo della *regulatory governance* in un contesto multilivello e che rende ancora più pregnante la questione attinente alla responsabilità politica degli organismi di regolazione e vigilanza inserendoli in una dimensione metastatale, come quella europea²⁶⁹. Al riguardo giova precisare che la dottrina ha individuato in una nuova comunione regolamentare tra le autorità nazionali di regolamentazione e i *network* europei da essi costituite il fattore in grado di imprimere una svolta nei processi di liberalizzazione dei servizi a rete, quali, ad esempio, l'energia²⁷⁰. Ciò comporta che gli Stati membri dovrebbero avere un interesse strategico ad esaltare, piuttosto che a deprimere, la competitività delle autorità nazionali di regolamentazione sul piano del rendimento istituzionale.

Inoltre è necessario rilevare che la tipicizzazione dell'esercizio del potere delle autorità nazionali di regolamentazione ad opera delle direttive comunitarie del Terzo Pacchetto rappresenta un modo per edificare l'ordinamento europeo dell'energia dal basso²⁷¹, dato che la produzione di norme giuridiche nei sistemi a rete è manifestazione dell'esercizio a livello orizzontale della sovranità.

Dalle susposte considerazioni si evince che con l'adozione del Terzo Pacchetto si afferma la tendenza verso una maggiore regolazione dei mercati energetici, di cui è dimostrazione la circostanza che le misure intese a costruire un ordine del mercato energetico sono cresciute di numero e intensità²⁷². Nel settore dell'energia non si assiste, quindi, ad un arretramento, bensì ad un consolidamento della regolazione che da modalità provvisoria e temporanea si è trasformata in modalità stabile e permanente di intervento pubblico nell'economia, configurandosi come un processo istituzionale volto a realizzare il coordinamento e l'adattamento reciproco tra soggetti pubblici e attori economici ai fini dell'apertura e dell'integrazione del mercato²⁷³. All'interno di questo scenario evolutivo si è compiuto il passaggio dagli "strumenti", che hanno caratterizzato la prima fase di integrazione del mercato dell'energia, alle "istituzioni" di coordinamento che rappresentano il *proprium* della più recente fase di completamento del mercato interno dell'energia²⁷⁴. Tra le suddette istituzioni di coordinamento rileva la figura della "rete istituzionale"²⁷⁵ o "*network governance*", che si qualifica come un modello alternativo a quello gerarchico e che risulta maggiormente idoneo rispetto a quest'ultimo a conseguire i *policy goals* in contesti complessi come quello dell'Unione europea²⁷⁶. Segnatamente il ricorso a tale formula

²⁶⁹ F. Zatti, *Il problema della responsabilità politica nelle "reti di regolatori" indipendenti del mercato*, in www.apertacontrada.it, 9 novembre 2012, pp. 1 ss.

²⁷⁰ A. La Spina, S. Cavatorto, *Conclusioni*, in A. La Spina, S. Cavatorto (a cura di), *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2008, pp. 351 ss.

²⁷¹ F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 313 ss.

²⁷² M. Clarich, F. Sclafani, *La regolazione dei mercati energetici*, in *Italiadecide*, Rapporto 2011-2012, *Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese*, Bologna, 2012, pp. 273 ss.

²⁷³ G. Caggiano, *La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 63.

²⁷⁴ F. Di Porto, *La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, cit., p. 2 e p. 6. L'autrice suggerisce di utilizzare quale griglia di indagine la distinzione tra strumenti e istituzioni di coordinamento operata a seconda dell'ordine di apparizione ed in base al carattere più o meno stabile del modello. Alla luce di questa impostazione per "strumento" si intende qualunque meccanismo normativo (legislativo, regolatorio e autoregolatorio) di coordinamento delle attività dei decisori pubblici (comunitari, nazionali e infranazionali) su un determinato tema, che non si traduce nella creazione di una sede permanente a ciò preposta; per "istituzione" si intende, invece, a prescindere dal grado di formalizzazione, un luogo stabile deputato al coordinamento tra i vari soggetti su specifici ambiti settoriali.

²⁷⁵ Al riguardo si veda S. Cassese, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in Id. (a cura di), *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 21 ss.

²⁷⁶ Sull'argomento si veda M. Maggetti, *The Politics of Network Governance in Europe: The Case of Energy Regulation*, West European Politics, 2013.

organizzativa consente di affrontare il problema del coordinamento tra i vari livelli di governo sia nella fase di elaborazione delle politiche, sia nella fase di attuazione delle stesse. In particolare la nuova *governance* europea, di cui l'assetto organizzativo-istituzionale disegnato nel Terzo Pacchetto costituisce espressione concreta, si configura, per le sue peculiari caratteristiche, come una sorta di "terza via" nell'ambito delle tecniche di integrazione dato che essa appare più strutturata della semplice "cooperazione", ma allo stesso tempo più leggera, aperta e flessibile della tradizionale "integrazione comunitaria"²⁷⁷. In quest'ottica l'Acer non rappresenta una cesura nel quadro regolatorio dell'energia, quanto piuttosto una positiva evoluzione degli obiettivi di cooperazione ed integrazione perseguiti dal *network* Ergeg, in virtù della sua istituzionalizzazione e del riconoscimento nella normativa comunitaria di una base legale che legittimi l'esercizio della sua attività²⁷⁸.

Inoltre occorre evidenziare che il Terzo Pacchetto è stato l'ultimo ad essere stato approvato nel contesto istituzionale precedente all'entrata in vigore in data 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, il quale segna un salto di qualità sotto il profilo delle politiche dell'Unione europea nel settore dell'energia. Infatti l'art. 194 del TFUE introduce una base giuridica *ad hoc* per la realizzazione di una politica europea nel comparto dell'energia; materia quest'ultima che, ai sensi dell'art. 4, lett. I), del TFUE, rientra tra quelle affidate alla competenza concorrente per le quali gli Stati membri possono adottare atti giuridicamente vincolanti in assenza di interventi normativi dell'Unione Europea. Al riguardo va rilevato che il riconoscimento dell'esistenza di una politica energetica europea ad opera dell'art. 194 del TFUE e l'esplicitazione della natura concorrente di tale competenza in materia, ai sensi dell'art. 4, lett. I), del TFUE, contribuiscono a rafforzare la legittimazione dell'azione dell'Unione nel settore dell'energia ed a chiarire la ripartizione delle funzioni tra l'Unione e gli Stati membri²⁷⁹.

Nel Trattato di Lisbona l'armonizzazione delle legislazioni nazionali dei mercati energetici trova, quindi, uno specifico fondamento nella politica europea dell'energia disciplinata dal richiamato art. 194 del TFUE. In particolare, al par. 1, si prevede che, nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, la politica europea nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, a garantire il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, nonché a promuovere il risparmio energetico e l'efficienza energetica, lo sviluppo di energie rinnovabili e l'interconnessione delle reti energetiche. In proposito occorre evidenziare che l'ascensione a livello comunitario della politica energetica è dovuta essenzialmente alla sua esplicita riconduzione a fini di rilievo europeo, quali la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e la sostenibilità ambientale. In particolare si assiste ad uno spostamento dell'asse di riferimento della sicurezza energetica da una dimensione nazionale ad una più propriamente europea²⁸⁰. Inoltre va rilevato che la previsione contenuta nel citato art. 194 del TFUE, secondo cui la politica energetica comunitaria mira a garantire il funzionamento del mercato dell'energia, costituisce una forte copertura giuridica per l'adozione di norme volte a conformare l'assetto dei mercati dell'elettricità e del gas, la gestione delle reti e delle infrastrutture

²⁷⁷ In tal senso si veda F. Di Porto, *La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, cit., p. 5.

²⁷⁸ P. Craig, *Shared Administration and Networks: Global and Eu Perspectives*, in *Legal Research Paper Series*, University of Oxford, n. 6, 2009.

²⁷⁹ R. Miccù, *L'ordine del mercato energetico e l'attuazione delle direttive di terza generazione in Italia*, cit., p. 7; M. A. Scino, *La politica energetica europea: dalle origini alle più recenti evoluzioni*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2012, n. 3, pp. 80 ss.; M. Lombardo, *L'impatto del Trattato di Lisbona sulla politica energetica europea*, in *Diario Europeo*, 2009, n. 1-2, p. 53.

²⁸⁰ M. Lombardo, *I contratti di fornitura a lungo termine nel diritto europeo dell'energia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, n. 1, p. 115; T.M. Moschetta, *Gli investimenti nel mercato interno dell'energia: questioni di compatibilità con gli obblighi internazionali degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, n. 1, p. 168.

ed i profili istituzionali degli organismi di regolazione nazionali ed europei deputati ad assicurare la tutela della concorrenza e dei consumatori.

L'art. 194 del TFUE dispone, al par. 2, che le misure necessarie per conseguire i suindicati obiettivi²⁸¹ non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra le varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico²⁸². Tale previsione sembra rafforzare la possibilità degli Stati membri di definire automaticamente aspetti cruciali come quello della sicurezza degli approvvigionamenti²⁸³; elemento quest'ultimo che, esprimendo il principio di sovranità nazionale, può limitare il potere dell'Unione sugli Stati e minare in modo rilevante le fondamenta della costruzione di una politica energetica comune nello spazio europeo²⁸⁴. Ciò dimostra che, nella cornice normativa del mercato unico dell'energia, rimane persistente la centralità del ruolo degli Stati membri nella determinazione della politica energetica, nonostante il riconoscimento a livello europeo di importanti funzioni assegnate alle autorità nazionali di regolamentazione. Al riguardo in dottrina si è rilevato che, per effetto del recepimento del Terzo Pacchetto negli ordinamenti statali, le autorità nazionali di regolamentazione risultano maggiormente impegnate in attività di coordinamento, monitoraggio e supporto consultivo, anche in materie nelle quali la loro competenza è debole e differenziata nei vari Stati membri, come, ad esempio, quella concernente appunto la sicurezza degli approvvigionamenti²⁸⁵.

Alla luce di quanto precede emerge che l'ordine economico del mercato energetico riflette la dialettica esistente tra la costruzione di un mercato unico, integrato a livello europeo, ispirato al principio di concorrenza e orientato ad una strategia di liberalizzazione, e la disciplina interventistica adottata dagli Stati membri, intesa prevalentemente ad assicurare la sicurezza degli approvvigionamenti, rivelando contraddizioni e paradossi connaturati al modello europeo di regolazione dell'energia²⁸⁶. Peraltro elemento sintomatico di tale dialettica è la continua tensione nel bilanciamento dei poteri tra Stati membri e Unione europea che si riscontra nella disciplina del Trattato di Lisbona, al pari di quanto si registra nella normativa del Terzo Pacchetto.

Allo scopo di accrescere la coesione comunitaria nel settore energetico, la Commissione europea ha promosso numerose iniziative volte a realizzare un'effettiva politica europea dell'energia. In particolare, in alcune recenti comunicazioni e documenti di riflessione, l'esecutivo comunitario ha sottolineato la necessità di adottare una politica comunitaria per le infrastrutture energetiche e di elaborare una nuova legislazione europea che favorisca la costruzione di una rete unificata ed

²⁸¹ Tali misure sono adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio, mediante una deliberazione approvata secondo la procedura legislativa ordinaria.

²⁸² Ciò significa che ogni intervento riguardante l'ambito di applicazione dell'art. 194, par. 2, richiede l'unanimità, ovvero può essere paralizzato dall'insorgere di un potere di veto di ogni Stato membro. In sostanza la residua competenza normativa spettante agli Stati membri nel comparto dell'energia ai sensi dell'art. 194 TFUE si gioca nello spazio di discrezionalità relativo alle concrete strategie da porre in essere a livello nazionale.

²⁸³ In proposito si è parlato di persistente "nazionalismo energetico". Sul punto si veda G. Rossi, *Il settore dell'energia nel contesto europeo. Problemi giuridici ed istituzionali*, in D. Velo (a cura di), *La cooperazione rafforzata e l'Unione economica. La politica europea dell'energia*, Milano, 2007, p. 139; L. Chieffi, *Sviluppi e prospettive della politica comune europea per l'energia. Lo specchio dei ritardi e delle contraddizioni del processo di integrazione*, in L. Chieffi, F. Pinto (a cura di), *Il Governo dell'energia dopo Fukushima. Indirizzi europei ed evoluzione delle politiche nazionali*, Atti del Convegno, Napoli 7-8 giugno 2012, Napoli, pp. XIV-XV.

²⁸⁴ L. Ammannati, *L' "Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia" e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, nn. 3 -4, p. 678; Id., *Le politiche di efficienza energetica nel quadro del pacchetto europeo clima-energia*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2013, p. 2.

²⁸⁵ Sul punto si veda P. Ranci, *Verso il mercato unico europeo dell'energia, La regolazione dei mercati energetici nel "terzo pacchetto" comunitario*, cit., p. 12.

²⁸⁶ In tal senso si veda R. Miccù, *L'ordine del mercato energetico e l'attuazione delle direttive di terza generazione in Italia*, cit., p. 7.

intelligente²⁸⁷. Inoltre la Commissione europea ha evidenziato l'esigenza di realizzare uno stretto coordinamento a livello comunitario tra le politiche energetiche e le politiche industriali²⁸⁸.

Con la decisione n. 353 del 15 novembre 2012 la Commissione europea ha istituito il Gruppo di coordinamento per l'energia elettrica, che è composto dai rappresentanti delle istituzioni degli Stati membri, in particolare dai ministeri competenti dell'energia, dalle autorità nazionali di regolamentazione dell'energia, dall'Acer e dalla Regst per l'elettricità, ed ha un ruolo consultivo nei confronti dell'esecutivo comunitario in materia di sicurezza degli approvvigionamenti dell'Unione europea.

Inoltre è stato emanato il Regolamento 347/2013/CE sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee, in cui si prevede la definizione da parte della Commissione europea di dodici priorità strategiche a fronte delle quali sono individuati, con il supporto consultivo dell'Acer, progetti di interesse comune (pic)²⁸⁹. In caso di mancato accordo tra le autorità nazionali di regolamentazione, l'Agenzia decide anche in ordine alla richiesta di approvazione del progetto di investimento presentato in esecuzione di un pic, alla ripartizione dei costi tra i paesi interessati all'infrastruttura e al modo in cui gli stessi debbano essere trasferiti in tariffa. Al riguardo occorre rilevare che la necessità per i regolatori nazionali di trovare una copertura tariffaria ai progetti di interesse comune e la possibilità da parte dell'Acer di imporre il riconoscimento dei costi di una infrastruttura rappresentano una novità importante nella normativa europea, dato che allo stato attuale la titolarità delle scelte tariffarie e della selezione delle opere, per le quali è ammesso il riconoscimento dei costi, è esclusivamente nazionale.

Nell'audizione svoltasi il 28 marzo 2012 presso la Commissione industria commercio e turismo del Senato della Repubblica, in merito alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha osservato che l'aspetto più rilevante della suddetta proposta di regolamento, che assume il ruolo di "strumento principe" per lo sviluppo delle infrastrutture energetiche, è costituito dalla definizione di una nuova *governance* per l'individuazione e la realizzazione di progetti infrastrutturali strategici, nonché per l'attribuzione dei relativi costi ai diversi Paesi interessati. Inoltre l'Autorità ha richiamato l'attenzione su un punto potenzialmente critico concernente l'impatto che il regolamento potrebbe avere sulle scelte nazionali di regolazione. In particolare, con riguardo all'intervento sostitutivo dell'Acer in caso di mancato accordo tra le autorità nazionali di regolamentazione sulla distribuzione dei costi tra gli Stati membri interessati alla realizzazione dell'infrastruttura, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha affermato che, considerata anche la necessità di dare trasparenza al processo decisionale in tempi congrui, sarebbe opportuno prevedere che il subentro dell'Acer non avvenga in via automatica, bensì in caso di ingiustificata inerzia dei regolatori nazionali. Inoltre, l'Autorità ha sottolineato l'esigenza di favorire un maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali di

²⁸⁷ Al riguardo si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, recante il titolo "*Priorità per le infrastrutture energetiche per il 2020 e oltre. Piano per una rete energetica europea integrata*" del 2 settembre 2011 e la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, recante il titolo "*L'atto per il mercato unico. Dodici leve, per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. Insieme per una nuova crescita*" del 24 aprile 2011. In proposito si veda anche il Libro Verde della Commissione europea, rubricato "*Un quadro per le politiche dell'energia e del clima all'orizzonte 2030*" del 27 marzo 2013.

²⁸⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, n. 582 del 2013, recante il titolo "*Un'industria più forte per la crescita e la ripresa economica. Aggiornamento della comunicazione sulla politica industriale*"; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, n. 202 del 2011, recante il titolo "*Reti intelligenti: dall'innovazione all'introduzione*".

²⁸⁹ In proposito si veda E. Picozza, S. Oggianu, *La politica in materia di sviluppo delle reti transeuropee*, in *Il Diritto dell'Energia*, cit., pp. 61 ss.

regolamentazione nella definizione della metodologia sviluppata a livello europeo per la valutazione dei benefici attesi dalla realizzazione dei vari progetti, anche nelle fasi preliminari di individuazione ed elaborazione della proposta, che nel suindicato progetto di regolamento sono affidate alle associazioni dei gestori di rete²⁹⁰.

In conclusione occorre rilevare che il Terzo Pacchetto non è ancora stato attuato pienamente in numerosi Stati membri. Le modalità di recepimento nei vari ordinamenti nazionali delle nuove direttive comunitarie sul mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale rappresentano un passaggio cruciale per il successo del progetto volto a realizzare un mercato unico dell'energia²⁹¹. La permanenza di differenti modelli strutturali nei Paesi dell'area europea comporta il mantenimento della segmentazione dei mercati energetici nazionali e impedisce di sfruttare le potenzialità dell'integrazione geografica delle reti²⁹². Al riguardo va rilevato che, in data 16 dicembre 2011, la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione relativa alla tabella di marcia per l'energia 2050, ovvero la c.d. "road map 2050", che potrebbe offrire l'occasione per affrontare il nodo del coordinamento delle politiche energetiche nazionali. Inoltre, nel corso del 2011 la Commissione europea, tenuto conto del ritardo di alcuni Stati membri nel dare attuazione al Terzo Pacchetto, ha avviato diciassette procedimenti di infrazione riguardanti il settore dell'energia elettrica e diciotto riguardanti il settore del gas naturale²⁹³.

Il Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012 -confermando gli orientamenti del dibattito interistituzionale sulla politica energetica comunitaria²⁹⁴ del Consiglio europeo del 4 febbraio 2011- ha evidenziato la necessità di completare l'edificazione del mercato interno dell'energia attraverso l'implementazione del Terzo Pacchetto. In particolare la Commissione, nella comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni n. 663 del 15 novembre 2012, recante il titolo "Rendere efficace il mercato interno dell'energia", ha rilevato l'esigenza di assicurare un'effettiva attuazione da parte degli Stati membri del Terzo Pacchetto, mediante l'attribuzione alle autorità nazionali di regolamentazione di risorse e poteri adeguati a garantirne la corretta applicazione, allo scopo di realizzare il mercato interno dell'energia entro la fine del 2014. Il Consiglio europeo del 22 Maggio 2013 ha sottolineato l'importanza di assegnare una particolare priorità alla linea di azione consistente nell'attuazione coerente del Terzo Pacchetto negli ordinamenti interni dei singoli Paesi europei, osservando, peraltro, come allo stato attuale l'ambito in cui si registra un avanzamento più marcato nella direzione del coordinamento delle politiche energetiche nazionali sia rappresentato proprio dall'integrazione del mercato interno. Infine occorre segnalare che nel secondo semestre del 2014 l'Italia è stata chiamata ad assumere la presidenza del Consiglio dell'Unione europea. Il governo italiano, avvalendosi dei riconoscimenti ottenuti sul piano internazionale dalla strategia energetica nazionale pubblicata dal Ministero dello

²⁹⁰ Autorità per l'energia elettrica e il gas, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee che abroga la decisione n. 1364/2006/CE (n. Com. (2011) 658)*, memoria del 22 marzo 2012, p. 4.

²⁹¹ Al riguardo si veda E. Pontarollo, *Presentazione*, in *La regolazione dei mercati energetici nel "Terzo pacchetto" comunitario*, cit., 2010, p. 9.

²⁹² S. Rebecchini, *La concorrenza nelle reti di trasmissione dell'energia: Italia ed Europa di fronte ad un crocevia*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, Torino, 2010, pp. 881 ss.

²⁹³ Durante il 2012, la Commissione europea ha poi esaminato il livello di attuazione delle norme sul mercato interno dell'energia, formulando valutazioni per singolo Paese ed elaborando analisi comparative e relazioni sulle buone pratiche, al fine di prestare assistenza agli Stati membri nel recepimento del Terzo Pacchetto. In data 26 febbraio 2015 la Commissione Europea ha avviato una procedura d'infrazione contro l'Italia per il non corretto recepimento delle Direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, e in data 2 marzo 2015 ha notificato un atto di messa in mora nei confronti del nostro Paese.

²⁹⁴ Sul tema della politica energetica europea si veda Senato della Repubblica, Servizio studi, Servizio affari internazionali, *La politica energetica dell'Unione europea*, gennaio 2009.

sviluppo economico, ha lanciato un messaggio in favore di una concreta accelerazione del processo di integrazione comunitaria delle politiche energetiche nazionali, ponendo l'agenda energetica al centro del dibattito europeo e individuando nel settore dell'energia una leva strategica per il superamento della crisi finanziaria ed il rilancio della crescita economica.

Nella riunione del 19 marzo 2015 il Consiglio europeo ha rilevato come sia in corso di costruzione un'Unione dell'Energia²⁹⁵ le cui cinque dimensioni - che sono strettamente interrelate e si rafforzano reciprocamente - sono individuate nella "sicurezza energetica", nella "solidarietà e fiducia", nella "piena integrazione del mercato europeo dell'energia", nell'"efficienza energetica", nella "decarbonizzazione dell'economia", nella "ricerca, innovazione e competitività".

Il nucleo duro della politica energetica europea sembra dunque essere imperniato su tre cardini: il primo, costituito dal mercato sovranazionale dell'energia; il secondo, rappresentato dai suoi attori, cittadini-consumatori e imprese, il terzo basato sui fattori strategici per la crescita economica.

In tale occasione il Consiglio europeo ha evidenziato come lo sviluppo efficace e flessibile del mercato dell'energia elettrica e del gas naturale debba garantire "la compatibilità dell'intervento pubblico con il mercato interno e il rispetto del diritto degli Stati membri di decidere sul proprio *mix* energetico", nella consapevolezza che soltanto questo approccio "contribuirà a fornire energia a prezzi accessibili alle famiglie e all'industria"²⁹⁶. Parimenti la promozione della sicurezza energetica, anche attraverso il ricorso all'istituzione di "partenariati strategici in materia di energia con i paesi produttori e di transito di importanza crescente", deve assicurare "la salvaguardia della sovranità e dei diritti sovrani degli Stati membri a esplorare e sviluppare le proprie risorse naturali"²⁹⁷.

Per funzionare in maniera ottimale il mercato sovranazionale richiede quindi l'intervento della mano pubblica nazionale, in modo da applicare nel settore la logica posta a fondamento del c.d. "servizio universale", ossia l'accesso sicuro e sostenibile al "bene" energia a prezzi accessibili. La novità della prospettiva accolta dal Consiglio europeo consiste perciò nel sostenere la necessità di far veicolare il servizio universale attraverso il livello periferico nazionale²⁹⁸.

In quest'ottica il mercato dell'energia elettrica e del gas naturale potrebbe configurarsi come un laboratorio sperimentale in cui le nozioni di servizio universale e di sussidiarietà sono coniugate in modo nuovo: solo il livello di governo più vicino al cittadino-consumatore/imprenditore può realizzare al meglio il servizio universale di settore nel quadro della normativa europea²⁹⁹.

²⁹⁵ Confindustria, *Stato dell'Unione dell'Energia 2015, Lente sull'UE*, n. 39, Novembre 2015, pp. 1 ss.; V. Termini, *Lectio Magistralis "Energy Union: una nuova sfida per l'Unione Europea"*, Scuola Nazionale dell'Amministrazione, Roma, 10 settembre 2015.

²⁹⁶ Conclusioni del Consiglio europeo, 19-20 Marzo 2015, punto 2, lett. f), disponibile su <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11-2015-INIT/it/pdf>.

²⁹⁷ Conclusioni del Consiglio europeo, 19-20 Marzo 2015, punto 2, lett. i), disponibile su <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11-2015-INIT/it/pdf>.

²⁹⁸ Peraltro questa apertura all'intervento pubblico statale è possibile in quanto la guida del mercato complessivo è comunque affidata alla catena decisionale e operativa del sistema istituzionale europeo.

²⁹⁹ In proposito si veda M. Bonini, *Verso l'"Unione dell'Energia": la natura "strategica" della politica energetica, al crocevia fra relazioni internazionali e approvvigionamento universale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, n. 2, pp. 685 ss.; C. Buzzacchi, *Il prima energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010.