



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE

Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico dell'Economia e dell'Ambiente

XXI CICLO

TESI DI DOTTORATO

**«REGOLAZIONE E CONCORRENZA NEI SERVIZI A RETE.
IL MERCATO DEL GAS»**

COORDINATORE

CHIAR.MO PROF. PAOLO LAZZARA

TUTOR

CHIAR.MO PROF. STEFANO D'ALFONSO

CANDIDATO

DOTT. MASSIMO ROMANO

*«Iura non in singulas personas,
sed generaliter constituuntur»*

Ulpiano

REGOLAZIONE E CONCORRENZA NEI SERVIZI A RETE.

IL MERCATO DEL GAS

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Liberalizzazione e concorrenza nei servizi pubblici a rete.
2. Servizi a rete e concorrenza: gli istituti principali della regolazione concorrenziale.
3. Il ruolo delle autorità di regolazione.
4. Il mercato del gas. Ragioni di una scelta e attualità.

CAPITOLO I

I SERVIZI PUBBLICI A RETE

1. Introduzione.
2. Dal servizio pubblico in senso soggettivo al servizio pubblico in senso oggettivo.
3. I servizi pubblici locali. Una breve ricostruzione storico-normativa.
 - 3.1. I servizi pubblici locali, tra rilevanza “industriale” e “rilevanza “economica”.
 - 3.2. Modalità di gestione dei servizi pubblici locali.
 - 3.3. Riflessioni sulle riforme in atto.
 - 3.4. Le novità del decreto legge 9 settembre 2009, n. 135.
4. Inquadramento costituzionale: le regole fondamentali in tema di servizi pubblici essenziali.
5. I servizi pubblici a rete.
 - 5.1. Gli istituti giuridici fondamentali dei servizi a rete.
 - 5.2. Il servizio universale.
 - 5.3. Il diritto di accesso alla rete.
6. I servizi di interesse economico generale.
 - 6.1. Riparto di competenze tra Comunità europea e Stati membri nel settore dei servizi d’interesse economico generale.

- 6.2. Regolazione, servizi d'interesse economico generale e forme di compensazione finanziaria degli oneri di servizio pubblico.
- 6.3. Servizi d'interesse economico generale: uno statuto a livello comunitario.
- 7. *L'in house providing*.
 - 7.1. I requisiti del modello *in house* nell'evoluzione giurisprudenziale.
 - 7.2. L'intervento del legislatore statale e regionale sui confini del modello *in house*.

CAPITOLO II

SERVIZI A RETE E CONCORRENZA. GLI ISTITUTI DELLA REGOLAZIONE PRO- CONCORRENZIALE.

- 1. Liberalizzazioni e politica industriale.
- 2. Mercato e intervento pubblico nei servizi di pubblica utilità.
 - 2.1. Cenni sui principi dell'economia della regolazione.
- 3. Principi e finalità dell'intervento pubblico.
 - 3.1. Le politiche infrastrutturali.
- 4. Servizi a rete e concorrenza.
 - 4.1 La nozione di rete. Una introduzione.
 - 4.2. I servizi a rete.
 - 4.3. L'accesso regolato (*third party access*).
 - 4.4. La dottrina delle *essential facilities*.
 - 4.5. Le tariffe di accesso.
 - 4.6. La separazione (cd. *unbundling*).
 - 4.7. *Governance* delle infrastrutture di rete.
- 5. Le autorità di regolazione.
 - 5.1. Profili generali.
 - 5.2. L'autorità per l'energia elettrica ed il gas.
 - 5.3. Finalità dell'intervento e funzioni dell'autorità.
 - 5.4. Autonomia ed indipendenza delle autorità.

CAPITOLO III
IL MERCATO DEL GAS.

1. Inquadramento storico normativo.
 - 1.2. La materia energetica nei trattati comunitari.
 - 1.3. Il quadro ordinamentale del riparto di competenze tra i livelli istituzionali.
2. I processi di privatizzazione e di regolazione.
3. La disciplina del gas.
 - 3.1. Caratteri fondamentali
 - 3.2. L'assetto di mercato.
4. Produzione e importazione.
 - 4.1. Lo sviluppo delle infrastrutture di importazione.
 - 4.2. Il caso Eni-Ttpc al vaglio dell'antitrust: il principio della "speciale responsabilità".
5. Lo stoccaggio.
6. Il trasporto e il dispacciamento.
7. Sviluppo, interconnessione ed interoperabilità delle reti trans europee di energia e regole d'accesso per l'integrazione dei mercati nazionali.
8. La distribuzione e la vendita.
 - 8.1. La disciplina transitoria della distribuzione di gas naturale.
 - 8.2. La fissazione dei prezzi di fornitura del gas naturale: l'imposizione di obblighi di servizio pubblico tra il rischio di ledere la concorrenza e l'esigenza di tutela del consumatore. La delibera AEEG 79/07 al vaglio della Corte di Giustizia.
9. Ipotesi di interventi pro concorrenziali nel mercato del gas.

BIBLIOGRAFIA

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Liberalizzazione e concorrenza nei servizi pubblici a rete.
2. Servizi a rete e concorrenza: gli istituti principali della regolazione concorrenziale.
3. Il ruolo delle autorità di regolazione.
4. Il mercato del gas. Ragioni di una scelta e attualità.

1. Liberalizzazione e concorrenza nei servizi pubblici a rete. Una introduzione.

Le politiche di liberalizzazione dei settori dei servizi pubblici implicano, certamente in una prima fase, “non già una riduzione bensì un potenziamento ed una più complessa articolazione degli interventi di regolazione dei pubblici poteri”.¹

Un assetto di mercato più competitivo ed aperto richiede, infatti, misure di regolazione più sofisticate rispetto a quelle necessarie in sistemi caratterizzati da un monopolio legale dei servizi².

Specifiche regolamentazioni si impongono nel contesto di un mercato concorrenziale permeato dal riconoscimento della libertà d'impresa, innanzitutto per garantire la sicurezza e la continuità nell'erogazione del

¹ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 1.

² Sui servizi pubblici in generale e sui processi di liberalizzazione in particolare, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 7; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. CASSESE, *Le trasformazioni dei servizi pubblici*, in *Economia pubblica*, 1995, 5; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 945 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 945; F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005; A. PREDIERI – M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino 2001; L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005; L. AMMANNATI, (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005; L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001; L. AMMANNATI e P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, Torino, 2008; E. CARDI, *Mercati e regole*, Padova, 2005; AMMANNATI L., *Governance e regolazione attraverso reti*, in L. AMMANNATI - P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, in www.astrid-online.it, 2008.

servizio, nonché per conferire effettività a quei corollari del principio di universalità quali l'accessibilità economica e geografica.

L'eliminazione di monopoli legali sui servizi, dunque, di per sé non rappresenta una condizione sufficiente per superare il problema competitivo di effettiva promozione della concorrenza posto dalla presenza di operatori ex monopolisti detentori di un rilevante potere di mercato, nonché proprietari — anche solo indirettamente- delle infrastrutture necessarie per l'erogazione del servizio.

Occorre, invece, la previsione di apposite misure di regolazione accanto agli strumenti offerti dalla disciplina generale antitrust³.

Tutte le normative di liberalizzazione dei vari mercati dei servizi pubblici⁴ contengono misure dirette a promuovere una concorrenza effettiva tra gli operatori, in quanto la pura e semplice soppressione di diritti esclusivi e/o speciali su cui si fondava il regime monopolistico preesistente non è sufficiente a dar luogo ad un assetto realmente competitivo del mercato considerato.

Le politiche di liberalizzazione perseguono, dunque, obiettivi di efficienza allocativa all'interno di mercati ancora caratterizzati dalla presenza dominante dell'operatore *ex monopolista* (*cd. incumbent*)⁵.

E' opinione ormai condivisa che l'insufficiente crescita dell'economia italiana sia da attribuire alla scarsa crescita della produttività.⁶

In tal senso, imprescindibile appare il ruolo che un corretto funzionamento dei mercati ed una conseguente e coerente regolazione della concorrenza possono avere nel determinare un accrescimento della

³ Sui rapporti tra regolazione *ex ante* e intervento antitrust *ex post*, F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Relazione al convegno "Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza", Firenze, Palazzo Incontri, 5 maggio 2006, Fondazione Cesifin Alberto Predieri.

⁴ Per una indagine esauriente sulle normative di liberalizzazione dei singoli settori dei servizi pubblici, S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma Bari, 2004; F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 27; C. DE VINCENTI - A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Astrid, 2006;

⁵ Uno studio gius-economico degli obiettivi di efficienza allocativa delle misure di regolazione è condotta da A. BIANCARDI e F. FONTINI, *Liberi di scegliere? Mercati e regole nei settori dell'energia*, Bologna - Roma, 2005, 12 ss.

⁶ Ampiamente in A. CATRICALÀ, *Considerazioni e proposte per una regolazione proconcorrenziale dei mercati a sostegno della crescita. Relazione annuale 2008 del Presidente Autorità garante per la concorrenza ed il mercato*, 11 giugno 2008, in www.agcm.it;

produttività. L'attivazione di efficaci dinamiche concorrenziali richiede, dunque, un generale processo di liberalizzazione, una rigorosa applicazione della disciplina della concorrenza e un'altrettanto incisiva attività di tutela del consumatore.⁷

Le questioni di ordine generale cui si è accennato risultano particolarmente decisive nel settore dei servizi pubblici a rete⁸, servizi per la cui fornitura ha un rilievo centrale l'utilizzo di infrastrutture a rete.

Energia, trasporti, telecomunicazioni costituiscono *input* essenziali per la quasi totalità delle attività economiche. L'efficienza e la qualità di tali servizi producono infatti un impatto cruciale sulla competitività e le prospettive di sviluppo dell'intera comunità nazionale.

Il sistema produttivo è fortemente condizionato dagli oneri e dagli svantaggi connessi ai maggiori prezzi e alla minore qualità ed efficienza di servizi e risorse essenziali (quali elettricità, gas, trasporti), diretta conseguenza di una dotazione infrastrutturale complessivamente deficitaria e di un assetto di regolazione oggettivamente inadeguato.

La circostanza che l'ex monopolista sia -di regola- proprietario di larga parte dell'infrastruttura indispensabile per l'erogazione del servizio richiede al legislatore di predisporre misure normative di regolazione da accompagnare all'eliminazione dei monopoli legali⁹.

Il sistema infrastrutturale è, infatti, centrale nell'assetto delle *public utilities*.¹⁰ Per lungo tempo, il monopolio pubblico dei servizi di pubblica utilità è stato giustificato con le condizioni di monopolio naturale delle infrastrutture produttive a rete. Si riteneva che ragioni di efficienza, dettate

⁷ La tutela del consumatore risulta decisiva a garantire il mantenimento di efficaci condizioni di concorrenza, in quanto rafforza gli stimoli alla selezione delle imprese effettivamente più virtuose, promuovendo una maggiore mobilità della domanda. La tutela del consumatore è quindi uno strumento complementare dell'*enforcement* antitrust e fattore essenziale per lo sviluppo di una sostenuta pressione concorrenziale. Sul rapporto tra misure di liberalizzazione e politiche in favore dei consumatori, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 1999.

⁸ La bibliografia sui servizi pubblici a rete è vastissima. Cfr. E. FERRARI (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, Milano, 2000, 86; E. CARDI, *La nozione di rete. Seminario reti europee*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 17; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005; A. PREDIERI - M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino 2001.

⁹ Ampiamente, in R. CAFFERATA - M. MARTELLINI - D. VELO, (a cura di), *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione Europea*, Bologna, 2007;

¹⁰ M. GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in A. VIGNERI e C. DE VINCENTI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 197;

dalla tecnologia prevalente, rendessero necessario estendere il monopolio a tutta la filiera verticale. Nel caso di molti servizi, era inoltre connessa al monopolio naturale della rete la necessità di assicurare l'offerta universale, evitando il rischio che la concorrenza inducesse le imprese a investire nell'infrastruttura di rete con l'obiettivo di servire soltanto la parte più lucrativa della domanda, lasciando prive del servizio le parti meno redditizie¹¹.

Negli anni Ottanta, gli sviluppi della tecnologia hanno reso possibile la separazione verticale tra le diverse fasi della filiera e, con questo, l'enucleazione delle fasi produttive in monopolio naturale da quelle che potevano essere operate in concorrenza.

Questo ha dato l'avvio alle politiche di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità che sono in corso di attuazione in tutta Europa¹².

La “chiave” per il loro successo sta, pertanto, nella capacità di regolare in modo efficiente l'interazione tra il monopolio delle infrastrutture a rete e le fasi in concorrenza.

A causa del monopolio naturale, le decisioni imprenditoriali relative alle reti hanno una dimensione “pubblica”: non possono essere delegate *tout court* al mercato, ma devono essere informate al perseguimento di obiettivi collettivi.

A ciò si può far fronte in due modi: mantenendo direttamente l'infrastruttura in mano pubblica; oppure attribuendo l'infrastruttura a un operatore privato e “regolando” le sue decisioni.

La scelta tra le due modalità dipende da diversi fattori; tra questi, assume rilievo la specifica individuazione dei diversi obiettivi che deve porsi una “politica” per le infrastrutture.

In generale, il disegno di liberalizzazione europeo ha dato risalto, tanto nell'analisi teorica quanto nelle scelte di *policy* e dell'intervento regolativo, alla parità delle condizioni di accesso alla rete per tutti gli operatori tra loro

¹¹ Un'ampia trattazione della dogmatica afferente il servizio universale, in G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002.

¹² Per una ricostruzione delle politiche di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa, L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2007, 1793.

in concorrenza nelle fasi a monte e a valle. Questo è, ovviamente, un obiettivo fondamentale.

Un assetto normativo e di regolazione connesso all'utilizzo dell'infrastruttura in monopolio è essenziale per l'interazione concorrenziale tra tutti gli operatori del servizio. Assicurare condizioni di imparzialità diventa, in particolare, cogente quando, anche dopo la liberalizzazione, l'ex monopolista detiene, sia pure in parte, il controllo della rete: la regolazione è finalizzata, in questo caso, a vanificarne gli incentivi a porre in atto, nell'offerta dei servizi di rete, comportamenti opportunistici a danno dei concorrenti a monte e a valle.

Le condizioni imparziali di accesso¹³ non esauriscono tuttavia il novero delle preoccupazioni che attengono al monopolio della rete.

Ugualmente rilevanti sono le decisioni di investimento nelle infrastrutture e questo è un aspetto che, nel caso italiano, merita particolare attenzione. In Italia, infatti, all'avvio dei processi di liberalizzazione, la dotazione dell'infrastruttura a rete appariva inadeguata e insufficiente per molti servizi di pubblica utilità, come l'energia, i trasporti ferroviari, l'acqua.

Le carenze infrastrutturali, siano esse di natura tecnologica o economica, non consentono di riporre eccessiva fiducia su riduzioni dei prezzi che possono essere indotte da un intensificarsi della concorrenza "a infrastruttura data".

In attuazione delle direttive europee di liberalizzazione (i casi dell'elettricità e del gas sono emblematici¹⁴) si è cercato di stimolare l'interazione nel mercato di una pluralità di produttori, imponendo "tetti" di

¹³ In generale, sulle misure di regolazione nell'accesso alle reti, M. CARASSITI – D. LANZI, *Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 2002, n. 5, 93. Nello specifico, sulle peculiarità tecnologiche e normative che caratterizzano la normativa sul principio di accesso alla rete dell'energia, A. CAVALIERE, *La rete dell'energia*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/2005, 5.

¹⁴ Sulle politiche energetiche, in particolare dei settori dell'energia elettrica e del gas, F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2189-2221; L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali: il caso del gas*, in L. AMMANNATI, (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 311.. Per un inquadramento complessivo a livello comunitario, N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI - G. GREGO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

varia natura a Enel ed Eni -ex monopolisti tutt'ora operatori dominanti, come peraltro confermato nelle relazioni annuali del Presidente dell'Autorità per l'Energia elettrica ed il gas¹⁵ - per forzare una distribuzione più "simmetrica", e quindi meno concentrata, dell'offerta.

Ciò è stato opportuno, ma non può ritenersi sufficiente. Occorrono nuovi attori, che allarghino l'offerta sul mercato; ma questo richiede, innanzitutto, una modifica strutturale del contesto di interazione concorrenziale nel mercato, che può realizzarsi solamente con un ampliamento della capacità di rete.

Premesso, dunque, che la pura e semplice soppressione di diritti esclusivi e/o speciali su cui si fondava il regime monopolistico preesistente non è sufficiente a dar luogo ad un assetto realmente competitivo del mercato, l'analisi della regolazione dei settori in questione, con particolare riferimento a quello del gas, deve essere affrontato a partire dalle peculiari condizioni date per individuare quelle misure indispensabili per rendere effettivo il confronto concorrenziale.

Occorre rilevare che l'operatore ex monopolista è ancora proprietario di larga parte delle infrastrutture indispensabili per l'erogazione del servizio.

Ciò impedisce quelle economie di scala che normalmente una presenza consolidata nel settore riesce a realizzare, con la conseguenza che l'*incumbent* trae beneficio dai sussidi incrociati tra attività liberalizzate e segmenti di attività ancora gestiti in monopolio.

Sono, questi, soltanto alcuni degli elementi da cui occorre partire per rimuovere quegli ostacoli che si frappongono tra le politiche di liberalizzazione e la realizzazione di una effettiva concorrenza nel mercato considerato, ivi compresi gli obiettivi di efficienza allocativa in direzione della tutela del consumatore.

¹⁵ Cfr. A. ORTIS, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta. Presentazione del Presidente*, Roma, (anni 2007-2008-2009), in www.autorita.energia.it.

2. *Servizi a rete e concorrenza: le ragioni e gli istituti principali della regolazione concorrenziale.*

Il servizio pubblico a rete si configura dogmaticamente come “una *species* del *genus* servizio pubblico”¹⁶, perimetrata per l’appunto attraverso il riconoscimento di tratti essenziali comuni riconducibili alla presenza di una rete attraverso cui erogare un servizio¹⁷.

Il termine “rete”¹⁸ evoca l’esistenza di una infrastruttura fisica, sebbene la letteratura — non solo giuridica- faccia spesso riferimento a tale nozione anche prescindendo dalla materialità della stessa.¹⁹

In tali casi, evidentemente la nozione di rete richiama piuttosto una peculiare modalità operativa e non un elemento essenziale per l’erogazione del servizio, al contrario di quanto avviene invece nel caso delle telecomunicazioni, delle poste, dei mercati energetici, ovvero dell’acqua o dei trasporti, settori, questi ultimi, nei quali, a prescindere dalle peculiarità tecnologiche e fisiche, la presenza di reti fisiche risultano strutturalmente e fisiologicamente indispensabili al servizio.

“Servizi di interesse economico generale”, “servizi di pubblica utilità”, “servizi pubblici essenziali”, sono tutte formule utilizzate dal legislatore, nazionale e comunitario, per individuare il medesimo gruppo di attività economiche caratterizzate tendenzialmente dalla presenza di una rete, fisicamente intesa oppure no, fortemente connotate teleologicamente verso il soddisfacimento di interessi pubblici.

Negli ultimi anni l’obiettivo perseguito dai poteri pubblici, tanto dal legislatore quanto dalle autorità di regolazione, sia nazionali che

¹⁶ Cfr. F. VETRO’, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell’energia elettrica*, Torino, 2005, 15.

¹⁷ La bibliografia sui servizi pubblici a rete è vastissima. V. E. FERRARI, *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000; E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, 86; E. CARDI, *La nozione di rete. Seminario reti europee*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 17; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; F. VETRO’, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell’energia elettrica*, Torino, 2005; A. PREDIERI – M. MORISI (a cura di), *L’Europa delle reti*, Torino 2001.

¹⁸ Sulla polisemia del termine “rete”, A. PREDIERI – M. MORISI (a cura di), *L’Europa delle reti*, Torino 2001.

¹⁹ E’ il caso della “rete degli interventi e dei servizi sociali” (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, artt. 129 e 131); della “rete scolastica” (*ibidem* artt. 136 e 139) e della “rete delle banche dati dei beni culturali” (*ibidem*, art. 149).

comunitarie, è stato appunto quello di realizzare il più ampio grado di concorrenza tra gli operatori economici privati, subentrati in settori fino ad allora caratterizzati dallo stretto controllo della mano pubblica, attraverso l'abbattimento di barriere e protezioni ovvero mediante la rimozione di ostacoli al libero svolgimento delle attività economiche ad esse connesse, un tempo gestite direttamente dal pubblico.

Incisive politiche di regolazione si rendono tanto più necessarie nell'ambito di tali servizi in quanto le reti risultano strutturalmente caratterizzate da condizioni di monopolio naturale che rendono sconsigliabile e diseconomico, sia in termini di investimenti che di impatto ambientale sul territorio, la duplicazione dell'infrastruttura.

Le discipline normative effettuano così una prima distinzione tra reti, connotate appunto dalla sussistenza di condizioni di monopolio naturale, e gestione del servizio²⁰. Per le prime, dunque, il legislatore comunitario stabilisce, in via generale, il diritto d'accesso come condizione per garantirne l'utilizzazione da parte di più operatori, così neutralizzando le criticità connesse al monopolio naturale; per il secondo, una volta fissato il diritto di accesso, la previsione di livelli minimi di qualità nell'erogazione dei servizi e nel livello dei prezzi in modo da garantire il rispetto del principio di universalità del servizio.

Gli interventi normativi proconcorrenziali hanno assunto differenti gradazioni sia in relazione al servizio considerato, in particolare per quanto concerne le caratteristiche tecnologiche dello stesso, nonché in ordine al livello istituzionale afferente, comunitario, nazionale ovvero locale²¹.

²⁰ Recentemente, cfr. M. SEBASTIANI (a cura di), *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza* (bozza provvisoria), in www.astrid-online.it, giugno 2008;

²¹ Per quanto concerne la disciplina legislativa relativa al livello locale, si pensi alle norme del d.lgs. 267/2000 (Tuel), a più riprese modificato e ben lungi dal ritenersi esaurito. Tra le modifiche più significative, si veda l'art. 35 legge finanziaria per il 2002 (l. 448/2001), art. 14 l. 326/2003, art. 4, c. 234, l. 350/2003. L'art. 113 del Tuel dispone, inoltre, la separazione della proprietà delle reti e degli impianti dalla relativa gestione. Sulla ricostruzione delle evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di servizi pubblici locali, per tutti M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2001; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2581; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1219 ss.; A. GRAZIANO, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24.11.2003 n. 326 e alla l. 24.12.2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia (Sentenze Stadt Halle del 11.1.2005; Parking Brixen del 25.10.2005 e Modling del 10.11.2005)*, dicembre 2005, www.giustizia-amministrativa.it.

Nell'ambito dell'indagine sui servizi a rete e, in particolare, sulla tipologia e sulle caratteristiche delle infrastrutture di rete, e su come tali tratti peculiari incidono sulle politiche di regolazione sottese a ciascun servizio singolarmente considerato, può essere utile tratteggiare alcuni elementi comuni, per così dire unificanti della trattazione.

Gli elementi unificanti le infrastrutture a rete — che ne giustificano la denominazione di capitale sociale - sono sostanzialmente gli stessi che chiamano in campo la responsabilità pubblica. Indipendentemente dai settori, infatti:

a) le infrastrutture costituiscono fattore di sviluppo economico e condizione essenziale per la coesione territoriale, sociale, economica e politica di una collettività;

b) il carattere “essenziale” di esse — seppure con diverse accentuazioni, come si vedrà, e al di là del ricadere o meno, a seconda dei casi, nel regime di riserva *ex* articolo 43 della Costituzione - assegna allo Stato il ruolo di garante di un'adeguata dotazione di base di infrastrutture e del pieno esercizio del diritto di accesso ad esse;

c) la localizzazione è vincolata da un insieme di fattori, inclusa la circostanza che “le reti non tollerano interruzioni”; la realizzazione richiede pertanto l'intervento dei pubblici poteri, che soli possono rendere coattivamente disponibili le aree e soli possono gestire le complesse problematiche legate alle esternalità;

d) il ruolo delle infrastrutture (delle reti transeuropee) è stato “costituzionalizzato” nel diritto comunitario dal Trattato di Maastricht, con il riconoscimento della loro funzione nell'integrazione economica e sociale della Comunità.

A questa base comune si accompagnano elementi fortemente distintivi — fra settori e nei settori — sia di carattere fisico che discendenti dalle diverse caratteristiche dei mercati.

In primo luogo vanno menzionate le diverse combinazioni fra “opere” e tecnologie, da un lato, e parallelamente la diversa invasività o materialità.

Sotto questo profilo, le infrastrutture di trasporto si collocano al massimo livello sotto il profilo del contenuto di opere e di invasività, mentre

all'estremo opposto sono le reti postali. Fra i due estremi troviamo le reti del gas, oggetto della presente ricerca, quelle elettriche e, dunque quelle di trasmissione delle comunicazioni.

In secondo luogo, il fondamento della regolazione dell'accesso alle reti sta nella loro natura di *essential facilities*²², vale a dire, nella compresenza di una serie di condizioni, in vario grado presenti a seconda dei settori e dei comparti al loro interno, le quali evolvono nel tempo in misura differenziata da caso a caso.

Mentre in alcuni settori e comparti il carattere di *essential facilities* delle reti è permanente, in altri può progressivamente attenuarsi o venire meno a causa dello sviluppo della domanda, dei processi di liberalizzazione, del progresso tecnico. Di conseguenza, i modelli regolatori dovrebbero evolvere nel tempo di pari passo con i cambiamenti descritti (e se possibile promuoverli).

In terzo luogo, quello delle infrastrutture è un mercato intermedio rispetto al mercato dei servizi. Una delle caratteristiche distintive dei mercati dei servizi finali è il diverso potenziale di redditività, in parte derivante dai differenziali nei costi di realizzazione e di gestione delle infrastrutture, in parte derivante dalla diversità dei costi di offerta dei servizi rispetto alla sostenibilità dei prezzi per la collettività.

Le conseguenze dei processi di liberalizzazione possono essere molto diverse allorché riguardano mercati "ricchi" o mercati strutturalmente "poveri". Nel primo caso, l'effetto è di redistribuire alla collettività gli extra-profitti degli ex monopolisti; nel secondo, il rischio è di accrescerne le perdite a causa di fenomeni di *cream skinning* da parte dei nuovi entranti, mantenendo sui primi — in Italia spesso in forma implicita - l'onere dell'universalità dei servizi.

Non a caso i processi di liberalizzazione hanno seguito un passo diverso fra i settori e nei settori. Considerazioni analoghe riguardano le opportunità e le potenzialità dei processi di privatizzazione di servizi e delle infrastrutture.²³

²² M. CARASSITI – D. LANZI, *Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 2002, n. 5, 93.

²³ Diffusamente in M. SEBASTIANI (a cura di), *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza* (bozza provvisoria), in www.astrid-online.it, giugno 2008.

I tratti principali delle politiche di regolazione variano, dunque, in funzione di molteplici fattori, quali la tipologia del settore, la struttura del mercato, le caratteristiche tecnologiche del servizio e delle reti infrastrutturali, l'assetto istituzionale del paese considerato, per quel che concerne sia la reale inclinazione pro-concorrenziale dei regolatori sia la forza politica degli ex monopolisti rispetto ai potenziali concorrenti.

Affianco alle specifiche misure settoriali, la dottrina giuridica individua un nucleo di misure di promozione della concorrenza pressoché comuni a tutti i servizi infrastrutturali, che si affianca alla disciplina generale antitrust. Si tratta, essenzialmente, di tre ordini di prescrizioni.

Il cd. *third party access*, ossia il diritto di accedere alle infrastrutture necessarie per fornire la prestazione all'utenza, da chiunque detenute. Come si chiarirà ampiamente nel corso della trattazione, strettamente connesso all'istituto dell'accesso è lo sviluppo della dottrina cd. *essential facilities*.

L'*essential facilities doctrine* (EFD), di origine nordamericana, è una teoria giuridica che può essere racchiusa nel concetto per cui, a certe condizioni, il rifiuto di concedere ad altri il diritto di uso di un bene è qualificato alla stregua di un abuso di posizione dominante.²⁴

Finalità della dottrina in questione è quella di coniugare l'interesse privato -del monopolista proprietario dell'infrastruttura- con quello pubblico connesso al cd. *third party access*, ossia al diritto di altri imprenditori di concorrere in un mercato, quale quello dei servizi a rete, per i quali la disponibilità della stessa è condizione indispensabile.

Il rischio, ravvisato puntualmente dalla dottrina, è che tale sforzo possa tradursi nel disincentivo per gli operatori a massimizzare la propria posizione per non incorrere nella limitazione all'utilizzo dell'infrastruttura.

In estrema sintesi, il carattere dell'essenzialità della rete si ravvisa allorché, prescindendo del tutto dall'indagine soggettiva sulle intenzioni

²⁴ Sull'argomento, il precedente giurisprudenziale più significativo (*leading case*) è il caso *Terminal Railroad Association* del 1912, nel quale la Corte Suprema dichiarò contrario alla Sezione Seconda dello Sherman Act (che proibisce l'abuso sotto qualsiasi forma della posizione dominante acquisita legalmente o in via di fatto su un mercato) il rifiuto da parte di imprese ferroviarie proprietarie della rete e di alcune stazioni di concedere ad altri imprenditori il diritto di utilizzare quella rete per fornire servizi di trasporto merci e persone. A seguire, il caso *Otter Tail*, relativo al rifiuto di una società di distribuzione di energia elettrica di rivenderla ad una municipalizzata che l'avrebbe a sua volta fornita ai clienti finali, così facendo concorrenza alla monopolista nel mercato a valle. Ampiamente in R. ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle essential facilities*, in *Dir. Amm.*, 4/2006, 953 ss.

del monopolista, il controllo sulla rete renda di fatto impossibile l'accesso di altri concorrenti nel mercato, ossia quando il controllo sulla stessa rechi con sé il potere di eliminare la concorrenza.

Si tratta, quindi, di individuare il mercato — sia dal punto di vista merceologico che geografico- per accedere al quale si riveli indispensabile accedere all'infrastruttura.

Caso emblematico, quello dei mercati verticalmente integrati in uno dei quali l'*incumbent* detenga una posizione di monopolio sulla quale può fare leva (effetto cd. *leverage*) per mantenere, consolidare od acquisire il monopolio sull'altro.

In definitiva, le conseguenze giuridiche che discendono dalla natura pubblica di un bene risiedono nella specialità del regime cui sono sottoposti rispetto a quello dei beni privati, in funzione di tutela dell'interesse pubblico²⁵.

Il punto, ciò premesso, è il seguente: se sia configurabile un assetto di regolazione che tuteli e garantisca la specialità di quei beni senza dover ricorrere alla riserva o all'avocazione del diritto di proprietà alla mano pubblica. Occorre cioè costruire un regime unitario dei beni di interesse pubblico — *in primis* dei beni delle reti dei servizi pubblici- alternativo alle categorie codicistiche.

Un sistema di regole tale da garantire la rete non soltanto ai fini del corretto svolgimento della competizione tra concorrenti nel mercato, ma anche quando la condotta monopolistica è direttamente perpetrata in danno dei consumatori.

Si tratta, in sostanza, di contemperare gli interessi contrapposti dello Stato regolatore e quelli dello Stato imprenditore, ossia tra quello dei consumatori-utenti e quello privato dei grandi monopolisti ed oligopolisti pubblici o privati.

Il tema di fondo è quello di costruire una cornice normativa ed istituzionale che consenta a due entità distinte, Stato e mercato, portatori di interessi diversi e spesso in dicotomia tra loro.

²⁵ Per una ampia trattazione della dogmatica dei beni pubblici, anche con riferimento al tema specifico dell'inquadramento delle reti infrastrutturali nell'ambito della categoria dei beni pubblici, M. ARSI', *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003;

Il tema dei beni pubblici rappresenta un terreno giuridico privilegiato per condurre questa analisi, soprattutto alla luce dei nuovi paradigmi dell'economia pubblica che mettono in discussione tutte le nozioni, i temi ed i problemi classici del diritto pubblico, dalla natura del potere pubblico alle relazioni tra il pubblico ed il privato, per condurre a compimento il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore con particolare attenzione al regime proprietario delle reti e alla possibilità che queste siano alienate insieme od in alternativa al ritiro della mano pubblica dal mercato dei servizi pubblici.

Il cd. *unbundling*, ossia quelle misure dirette ad introdurre forme di separazione, nelle diverse gradazioni note (contabile, amministrativa, societaria, gestionale o proprietaria), tra le varie fasi della filiera industriale²⁶. Tale concetto risulta indispensabile allo scopo di impedire sussidi incrociati tra attività liberalizzate, ossia esposte alla concorrenza, e attività ancora gestite in regime di esclusiva, nonché allo scopo di garantire l'imparzialità dei soggetti gestori delle infrastrutture essenziali per l'erogazione del servizio.

E, infine, quelle misure dirette a contenere la permanenza di una posizione dominante degli *ex* monopolisti, pur in presenza di un contesto di mercato liberalizzato.

Accanto alle tre questioni menzionate, occorre rilevare il ruolo strategico ed imprescindibile che rivestono le autorità di regolazione, nazionali, europee e, in taluni casi, internazionali²⁷, nel completare il quadro normativo ed istituzionale del settore.

²⁶ H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469;

²⁷ Il ruolo sempre più incisivo e determinante che hanno assunto le autorità nazionali di regolazione e, in prospettiva, la cooperazione a livello europeo tra esse, anche nella attivazione dell'Agenzia europea dei regolatori nazionali, è espressamente affermata anche nella relazione annuale del Presidente dell'Autorità (Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta, Presentazione del Presidente Alessandro Ortis, Roma, 14 luglio 2009, in www.autorita.energia.it). Recentemente, sulla dimensione internazionale delle attività di regolazione, S. BATTINI - G. VESPERINI, *L'indipendenza dei regolatori nazionali nel diritto europeo e globale*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it;

3. Il ruolo della autorità di regolazione.

La descritta evoluzione legislativa ed economica del concetto e del ruolo stesso dei servizi pubblici risulta completata, sul piano ordinamentale, dall'«erompere»²⁸ sulla scena istituzionale delle autorità indipendenti²⁹.

²⁸ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997.

²⁹ AA.VV., *La nuova disciplina delle Autorità indipendenti*, atti del seminario Astrid, 18 giugno 2007 (con contributi di M. D'ALBERTI, A. PAJNO, G. NAPOLITANO, S. LA RICCIA, C. CALABRÒ, V. CERULLI IRELLI) ; G. ABBAMONTE, *Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione*, in *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 35; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 647 Ss.; L. ARCDIACONO, *Governo autorità indipendenti e pubblica amministrazione*, in *Le autorità indipendenti*, a cura di S. LABRIOLA, Milano, 1999, 68 ss; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 86 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova 2000, 87 ss.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, 346; V. CAIANIELLO, *Le Autorità Indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amm.*, 1997, 341; M. CAMMELLI, *comunicazione*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 108 ss; R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I Garanti Delle Regole*, Bologna, 1996, 165; F. P. CASAVOLA, *Quale statuto per le autorità indipendenti*, *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 22; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, *Mercato Concorrenza e Regole*, 2002, 271; S. CASSESE, *Dalla Sec alla Consob*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle autorità indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di BASSI E MERUSI, Milano, 1993; I. CIOLLI, *L'autorità per la vigilanza sui llpp: il primo passo....*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3806; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Dir.Amm.*, 1999, 181; L. COSSU, *Questioni aperte e soluzioni nuove*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedurali*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 359; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000; G. DE MINICO, *Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'antitrust e della consob*, in *Politica del Diritto*, 1998, 243; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, 1995, 249; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato e concorrenza*, 2000, 474; P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Antitrust Between EC Law And National Law*, a Cura Di E.A. RAFFAELLI, Bruxelles Milano, 2000, 295; G. FERRARINI, *A Chi La Difesa Della Società Bersaglio?*, in *Mercato E Concorrenza*, 2000, 140; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 110 ss; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, 41; M. MANETTI, *Autorità Indipendenti*, in *Enc. Giur. It.*, Vol. IV, Roma, 1997, 6; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, In *I Garanti Delle Regole*, 103; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale. Profili generali*, In *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 Ss.; F. MERUSI, *Democrazia E Autorità Indipendenti*, Bologna, 2000; G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità di regolazione*, in A. VIGNERI - C. DE VINCENTI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 37; A. NERVI, *Regolamentazione della concorrenza e Autorità garante*, di R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 379; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997, 76; V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di),

All'inizio degli anni Novanta del secolo scorso si è prefigurato, come è noto, un nuovo assetto dei grandi servizi a rete, ispirato alle riforme introdotte nel Regno Unito negli anni Ottanta, secondo cui gestori privati operano sul mercato sotto il controllo di apposite autorità indipendenti.

Il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore³⁰ si completa, dunque, con l'istituzione di tali soggetti indipendenti e dotati di altissima competenza tecnica, nonché titolari di poteri e funzioni pubbliche nuove³¹.

Il disegno riformatore appare, tuttavia, ben lungi dal potersi ritenere compiuto³².

La recente evoluzione normativa ed economica, invero, appare segnata da una serie di promesse mancate e di incertezze sull'approdo finale, piuttosto che dall'organico completamento delle riforme avviate³³.

Nella maggior parte dei casi ciò dipende da dinamiche interne al sistema politico che prescindono del tutto da una valutazione di merito sul funzionamento del mercato e del sistema regolatorio. Ciò in quanto gli indicatori sulla *performance* delle autorità mostrano, pur con alcune ombre, un sensibile innalzamento degli *standard* della loro prestazione "burocratica", al pari della capacità di assistere i processi di apertura dei mercati che, nel complesso, ha prodotti indubabilmente risultati apprezzabili, sia sotto il profilo dell'apertura alla concorrenza che nell'implementazione della qualità dei servizi per il cittadino-consumatore³⁴.

Negli altri settori, invece, dai servizi postali a quelli idrici, ambientali e ai trasporti, l'accesso al mercato e gli interessi dell'utenza sono rimasti

Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 337.

³⁰ Uno studio dei passaggi storico-giuridici più significativi nella trasformazione dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore compiuto attraverso la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007;

³¹ Tra gli spunti dottrinali più recenti in ordine ad uno dei profili più problematici e controversi relativi alla natura paragiurisdizionale delle autorità, E. L. CAMILLI - M. CLARICH, *I poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it.

³² Recentemente, A. PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it.

³³ G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale*, cit., 37

³⁴ Cfr. V. VISCO COMANDINI, *L'analisi economica delle autorità indipendenti*, in *Rassegna di Astrid*, 19/09.

pregiudicati molto probabilmente proprio dall'assenza di un regolatore effettivamente terzo e indipendente:

Gli interventi legislativi più recenti (da ultimo, e più organicamente, la legge Marzano del 2004 di riordino del settore energetico, e il Codice delle comunicazioni elettroniche del 2003) appaiono diretti a superare o comunque a ridimensionare le forme di regolazione indipendente esistenti piuttosto che a completarne il quadro.

E ciò è riscontrabile in una duplice accezione: da una parte, le autorità sono progressivamente esautorate di competenze³⁵; dall'altro, esse sono sottoposte a più stringenti forme di ingerenza politica³⁶.

“Il risultato finale è la decostruzione di quell'organico sistema di regolazione concepito nella legge generale istitutiva delle autorità: senza, però, che ad esso si sostituiscano criteri diversi, ma altrettanto chiari e razionali, di riparto tra prerogative politiche e competenze tecniche.”³⁷

Completare il sistema di regolazione indipendente nei servizi a rete e superare così l'attuale confusione istituzionale è, dunque, fondamentale per molte ragioni.

Innanzitutto per dare specifica evidenza e protezione agli interessi prioritari di introduzione della concorrenza e di soddisfazione degli interessi dell'utenza. Per garantire, inoltre, in tutti i settori l'esistenza di un corpo tecnico qualificato, in grado di adottare regole chiare e trasparenti e di controllarne l'effettivo rispetto, anche con misure a tutela di concorrenti e utenti. Infine, per evitare conflitti di interesse e “catture” della regolazione

³⁵ L'Autorità per l'energia elettrica e il gas si vede sottrarre, in favore degli operatori neutrali del mercato, prima, e del Ministero per le attività produttive, poi, i poteri in materia di funzionamento delle reti, di “borsa” elettrica, di oneri generali di sistema: in alcuni casi, le potestà provvedimentali si convertono in meri compiti consultivi. Analogo il destino dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, a cominciare dalla vicenda relativa alla “restituzione” dei poteri di controllo sull'accesso al mercato. Oggi, il Codice delle comunicazioni elettroniche affida al Ministero la gestione dell'intero sistema autorizzatorio.

³⁶ Il governo può intervenire direttamente sulle tariffe dei servizi, nella rinnovata illusione di tenere sotto controllo l'inflazione. Al di là di queste ipotesi eccezionali, l'esecutivo è titolare di un potere generale di indirizzo nei confronti delle determinazioni sui prezzi spettanti alle autorità di regolazione. Nella legge di riordino del settore energetico, si affida al Consiglio dei ministri il compito di definire «indirizzi di politica generale del settore» espressamente volti a orientare l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Nella relazione annuale al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri, l'Autorità, quindi, è chiamata anche a dare conto della conformità delle iniziative assunte agli indirizzi di politica generali provenienti dal governo. Ove, poi, l'Autorità non adotti atti o provvedimenti di sua competenza, il governo può addirittura esercitare il potere sostitutivo.

³⁷ G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale*, cit. 3.

in presenza di imprese spesso ancora pubbliche, di frequente utilizzate dal governo come strumento di politica economica e come importante leva finanziaria.

In questa prospettiva, appare evidente che l'esigenza di una regolazione indipendente prescinda pressoché del tutto dall'esistenza o meno di un processo di privatizzazione. Per molti versi, anzi, l'importanza di un soggetto terzo preposto al controllo del mercato non è affatto minore quando permangono sul mercato imprese pubbliche: queste, infatti, sono per definizione portatrici, nei confronti del potere politico, di una fisiologica e naturale richiesta di privilegio rispetto ai concorrenti privati.

Allo stesso modo, l'esigenza di una regolazione indipendente non è eliminata dalla liberalizzazione³⁸, posto che quest'ultima non risulta comunque, di per sé sola, in grado di assicurare un'immediata concorrenzialità del mercato: ciò per il permanere, soprattutto nelle infrastrutture di reti, di condizioni di monopolio o comunque di "colli di bottiglia"; e, nel mercato a valle, di un'asimmetria informativa e contrattuale a svantaggio del consumatore, specie se "piccolo" e senza effettiva possibilità addirittura di rappresentare e difendere la propria posizione (cd. *voice*).

L'evoluzione delle dinamiche competitive inciderà sul tipo di interventi regolatori, sui presupposti del loro esercizio, e sui rapporti tra le misure promozionali di competenza delle autorità settoriali, anche in relazione alla fase attuativa connessa allo svolgimento delle gare locali, con le forme di tutela assicurate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Si tratta, perciò, di individuare un punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: la prima è quella di garantire ed offrire protezione agli utenti in mercati formalmente liberalizzati ancorché privi di una sufficiente libertà di scelta; la seconda è di evitare un eccesso di regolazione che conduca le autorità di settore a perpetuare interventi protettivi, anche

³⁸ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano 2006, 1 ss. Nell'analisi dell'impatto delle politiche di liberalizzazione in mercati strutturalmente caratterizzati dalla presenza di monopolisti, l'Autore rileva che "E' ormai un dato comunemente riconosciuto, da tempo messo in rilievo da giuristi ed economisti, che le politiche di liberalizzazione dei settori dei servizi pubblici" almeno in una prima fase "implicano non già una riduzione ma un potenziamento e una più complessa articolazione degli interventi di regolazione dei pubblici poteri".

con effetti paradossalmente inibitori rispetto allo sviluppo di un effettivo mercato.

Qualsiasi decisione sul disegno istituzionale e sulle regole di *governance*, sulle forme di controllo giurisdizionale, deve essere orientata e preordinata al raggiungimento di tale obiettivo. Questo, tuttavia, va perseguito non già in astratto, bensì tenendo conto dell'attuale pluralismo ordinamentale, valutando e comparando le esperienze delle autorità esistenti e delle altre forme di regolazione, definendo nel modo più chiaro e netto possibile i rapporti con gli organi titolari delle funzioni di indirizzo politico.

4. Il mercato del gas. Cenni sull'impianto normativo e ragioni di attualità.

La materia dell'energia ha profondamente permeato le attività e la legislazione degli organismi comunitari in vista della realizzazione del mercato unico, al punto che la sua disciplina ha costituito e costituisce una delle trame della politica comunitaria e, a cascata, delle legislazioni nazionali che ad essa si sono via via conformate³⁹.

Il Trattato di Maastricht, all'art. 129 B, testualmente dispone: “*1. Per contribuire al raggiungimento degli obiettivi di cui agli articoli 7 A e 130 A e per consentire ai cittadini dell'Unione, agli operatori economici e alle collettività regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne, la Comunità concorre allo costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia. 2. Nel quadro di un sistema di mercati aperti e concorrenziali,*

³⁹ M. GRILLO – L. SCORCIARINI COPPOLA, *La concorrenza nel settore dell'energia: riassetto strutturale e intervento antitrust*, in *Il Mulino*, 1999, 351; R. GALBIATI – G. VACIAGO – L.R. PERFETTI, *Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 359; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2189-2221; F. VETRO', *Il settore del gas naturale*, in AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina. - atti del convegno lecce, 30-31 marzo 2007*, Torino 2008; N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI - G. GREGO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali: il caso del gas*, in L. AMMANNATI, (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 311.

l'azione della Comunità mira a favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti nazionali, nonché l'accesso a tali reti. Essa tiene conto in particolare della necessità di collegare alle regioni centrali della Commissione le regioni insulari, prive di sbocchi al mare e periferiche.”

Per conseguire tali obiettivi, l'art. 129 C del Trattato CE prevede che la Comunità stabilisca un insieme di “orientamenti”, che contemplino obiettivi, priorità e linee principali ed individuino progetti di interesse comune, tenendo conto della loro potenziale validità economica; l'art. 155 nel nuovo testo del Trattato CE, come modificato dal Trattato di Amsterdam, prevede che “(la Comunità) può appoggiare progetti di interesse comune sostenuti dagli Stati membri, individuati nell'ambito degli orientamenti (...), in particolare mediante studi di fattibilità, garanzie di prestito o abbuoni di interesse”.

In attuazione di queste disposizioni, è stata adottata la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 1996, n. 1254/96/CE (modificato dalla decisione n. 1741/1999/CE, ed ora sostituita dalla decisione n. 1229/2003/CE del 26 giugno 2003), che stabilisce un insieme di orientamenti relativi alle reti transeuropee nel settore dell'energia, oltre ad una serie di direttive ed atti inerenti aspetti specifici della materia energetica, quali la trasparenza dei prezzi e delle tariffe, l'accesso alla rete e le modalità di trasporto dell'energia.

Sul piano dell'ordinamento interno, l'istituzione dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (L. n. 481/95), già prevista dall'art. 1 bis della L. n. 474/1994 come evento condizionante la privatizzazione sostanziale dei soggetti imprenditoriali operanti nei settori dei pubblici servizi, segna una tappa fondamentale.

Il settore del gas è dunque disciplinato dalla legislazione attuativa della normativa comunitaria e dalle disposizioni generali della L. 481/95, nonché dal corpo normativo del d.lg. 164/2000 che costituisce il primo tentativo del legislatore italiano di dettare, sulla spinta di quello comunitario⁴⁰, una disciplina tendenzialmente organica e completa del settore⁴¹.

⁴⁰ La disciplina del gas è contenuta nel d.lg. 25 novembre 1996, n. 625, di recepimento della dir. n. 94/92/CE, e soprattutto nel d.lg. 23 maggio 2000, n. 164, attuativo della dir. 98/30/CE, secondo i principi fissati nell'art. 41 l. 17 maggio 1999, n. 144, e successivamente nella direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26

Lo studio del settore, peraltro, consente di cogliere aspetti di grande interesse e di grande complessità inerenti gli istituti pubblicistici tradizionali della regolazione gius-economica, oltre che profili particolarmente attuali nel dibattito scientifico⁴².

Dalla tradizionale dogmatica sui servizi pubblici e sui servizi pubblici a rete ai principali istituti della regolazione pro-concorrenziale (nel settore e in generale rispetto alla disciplina antitrust), dal rapporto tra le misure settoriali e i principi generali in materia di libertà d'iniziativa economica, dalla crisi — anche in termini di finanza pubblica- dei modelli organizzativi degli enti gestori alla incidenza della legislazione comunitaria sull'assetto dell'ordinamento interno, dalla natura "economica" degli *asset* infrastrutturali alla dimensione sovranazionale e geo-strategica delle politiche energetiche, il mercato del gas rappresenta dunque non solo un terreno privilegiato su cui declinare le acquisizioni giuridiche acquisite o in via di definizione, bensì anche un settore vitale ed in grandissimo fermento dell'economia nazionale e globale.

L'inquadramento e l'analisi di tale articolato impianto positivo, costituito — come detto- sia dalla legislazione di rango comunitario che nazionale nonché dalle misure di regolazione amministrativa di settore e generale antitrust, risulta fondamentale per comprendere e valutare, anche in termini di efficacia pro concorrenziale, l'assetto e le prospettive del mercato del gas. Ciò appare tanto più imprescindibile alla luce della dimensione europea e globale del fenomeno, sia dal punto di vista normativo che a livello commerciale e infrastrutturale.

Il perseguimento degli obiettivi primari della sicurezza degli approvvigionamenti e della continuità delle forniture, infatti, non può prescindere dall'indagine sulle condizioni fisiche e tecnologiche delle infrastrutture di rete indispensabili all'erogazione del servizio, e correlativamente sull'esigenza di predisporre tutte le necessarie condizioni

giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale che abroga la precedente direttiva 98/30/CE.

⁴¹ G. ZAVATTONI, *Il decreto Letta sulla direttiva gas: profili antitrust e commerciali*, in *Rass.giur.en.elett.*, 2000, 337.

⁴² R. VILLATA, *Un esempio di liberalizzazione di pubblici servizi: la riforma del settore della distribuzione del gas naturale*, in *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003, 229.

ordinamentali che consentano ed incentivino la promozione degli investimenti finalizzati al loro potenziamento. Nel contesto di un mercato (tendenzialmente) liberalizzato, tali presupposti appaiono non più indirizzati unicamente all'*incumbent* bensì anche a tutti gli operatori entranti che decidono di finanziare ingenti investimenti per lo sviluppo di nuovi progetti.

Tali profili innescano, sotto il profilo strettamente giuridico, molteplici criticità di non facile soluzione che attengono, dunque, principalmente alla ricerca di un equilibrio funzionale tra le finalità di ogni politica di liberalizzazione (apertura e promozione della concorrenza dei mercati strutturalmente chiusi, implementazione del servizio e della sua qualità per l'utente finale) con i principi di legalità dell'azione amministrativa e di tutela del legittimo affidamento, messi — pur solo potenzialmente- in discussione dalla soppressione di diritti esclusivi/speciali in precedenza conferiti solo a taluni operatori.

CAPITOLO I
I SERVIZI PUBBLICI A RETE

1. Introduzione. 2. Dal servizio pubblico in senso soggettivo al servizio pubblico in senso oggettivo. 3. I servizi pubblici locali. Una breve ricostruzione storico-normativa. 3.1. I servizi pubblici locali, tra rilevanza “industriale” e rilevanza “economica”. 3.2. Modalità di gestione dei servizi pubblici locali. 3.3. Riflessioni sulle riforme in atto. 3.4. Le novità del Decreto legge 9 settembre 2009 n. 135. 4. Inquadramento costituzionale: le regole fondamentali in tema di servizi pubblici essenziali. 5. I servizi pubblici a rete. 5.1. Gli istituti giuridici fondamentali dei servizi a rete. 5.2. Il Servizio universale. 5.3. Il diritto di accesso alla rete. 6. I servizi di interesse economico generale. 6.1. Riparto di competenze tra Comunità europea e Stati membri nel settore dei servizi d’interesse economico generale. 6.2. Regolazione, servizi d’interesse economico generale e forme di compensazioni finanziarie degli oneri di servizio pubblico. 6.3. Servizi d’interesse economico generale: uno statuto a livello comunitario. 7. *L’in house providing*. 7.1. I requisiti del modello *in house* nell’evoluzione giurisprudenziale. 7.2. L’intervento del legislatore statale e regionale sui confini del modello *in house*.

1. Introduzione.

Il *servizio pubblico a rete* si configura dogmaticamente come «una *species* del *genus* del servizio pubblico»⁴³, perimetrata per l’appunto attraverso il riconoscimento di tratti essenziali comuni riconducibili alla presenza di una rete attraverso cui erogare un servizio.

⁴³ F. VETRO’, *Il servizio pubblico*, cit., 15.

Il termine “rete”, semanticamente evocativo di suggestioni non certo proprie solo del lessico giuridico od economico⁴⁴, evoca l’esistenza di una infrastruttura fisica, sebbene la letteratura — non solo giuridica- faccia spesso riferimento a tale nozione anche prescindendo dalla materialità della stessa.⁴⁵

In tali casi, evidentemente la nozione di rete richiama piuttosto una peculiare modalità operativa e non un elemento essenziale per l’erogazione del servizio, al contrario di quanto avviene invece nel caso delle telecomunicazioni, delle poste, dei mercati energetici, ovvero dell’acqua o dei trasporti, settori, questi ultimi, nei quali, a prescindere dalle specifiche peculiarità tecnologiche e fisiche di ciascuno di essi, la presenza di reti fisiche risultano strutturalmente e fisiologicamente indispensabili all’erogazione del servizio.

La disciplina giuridica sottesa ai medesimi servizi risulta dunque sedimentata dalla sovrapposizione delle norme tipicamente riconducibili ai servizi pubblici in generale, cui si aggiunge quel complesso ed articolato apparato positivo — relativamente recente- che ha ad oggetto proprio la regolamentazione delle reti quali *asset* industriali funzionalmente indispensabili al servizio.

La trattazione prenderà perciò avvio dalla ricostruzione della dogmatica tradizionale sulla nozione di servizio pubblico.

2. *Dal servizio pubblico in senso soggettivo al servizio pubblico in senso oggettivo.*

Il dibattito scientifico sulla nozione di servizio pubblico prende avvio, in Italia, a partire dalla legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi⁴⁶.

⁴⁴ Ampiamente, sulla polisemia del termine, A. PREDIERI - M. MORISI, (a cura di) *L’Europa delle reti*, Torino, 2001; S. AMOROSINO, *Le funzioni dei pubblici poteri nazionali nell’era delle reti*, in *Foro amm.*, 2000, pp. 3778-3779.

⁴⁵ E’ il caso della “rete degli interventi e dei servizi sociali” (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, artt. 129 e 131); della “rete scolastica” (*ibidem* artt. 136 e 139) e della “rete delle banche dati dei beni culturali” (*ibidem*, art. 149).

⁴⁶ Legge 29 marzo 1903, n. 103 (cd. legge Giolitti), a cui venne data esecuzione con il regolamento approvato con R.D. 10 marzo 1904, n. 108, successivamente novellato dal T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578. Sul punto, M. LA TORRE, *Sulla municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Riv. Amm.*, 1933, 119 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della*

La eterogenea e non univoca formulazione della nozione, di cui all'art. 1 della legge Giolitti (l. 29 marzo 1903, n. 103), rendeva tuttavia troppo difficile estrapolarne un elemento unificante ai fini della sua qualificazione giuridica: in essa, infatti, risultavano accomunate una pluralità di attività finalizzate ai medesimi obiettivi perseguiti, benché non sussumibili in un medesimo parametro ermeneutico concernente la struttura degli atti mediante i quali venivano poste in essere. Inoltre, atteso il carattere meramente indicativo dell'elenco di attività qualificate come servizio pubblico⁴⁷, si poneva il problema di individuare un criterio che consentisse di qualificare come servizi pubblici anche tutte le altre attività pur non contemplate nell'elenco medesimo. Ciò anche al fine di verificare i servizi di cui i Comuni avrebbero potuto assumere la gestione diretta, oltre alle diciannove materie, di cui talune con diritto di privativa, elencate nel citato art. 1 l. 103/1903⁴⁸.

municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende, in *Riv. Amm.*, 1953, 611; G. BOZZI, (voce) *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, 1977; G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 2. Recentemente, G. PALLIGGIANO, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, Relazione al Convegno "La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", Vallo della Lucania – 26 giugno 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Sul carattere meramente esemplificativo e non tassativo dell'elencazione di cui all'art. 1 l.n. 103/1903, F.G. COCA, *La concessione di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 32; A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, in *Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997.

⁴⁸ La legge 103/1903 si articolava in cinque capi che disciplinavano le aziende municipalizzate, enunciandone, se pure in modo non tassativo, anche i possibili oggetti. Tali aziende, collegate ad ogni servizio, sono distinte dall'amministrazione comunale ordinaria, mentre gli utili netti accertati sono parte del bilancio ordinario del Comune e le eventuali perdite venivano coperte con la parte straordinaria della spesa di bilancio comunale. A livello gestionale, le municipalizzate sono gestite da una Commissione amministrativa e presiedute da un direttore, ma la competenza sia sull'assunzione diretta del pubblico servizio che sul regolamento speciale dell'azienda è di competenza del Consiglio comunale. I bilanci delle aziende devono essere approvati dalla Commissione amministrativa e, messi a disposizione di tutti gli elettori, vengono poi deliberati dal Consiglio comunale e approvati dalla Giunta provinciale amministrativa. Le aziende sono sottoposte al controllo prefettizio in caso di gravi e persistenti irregolarità ed eventuali inchieste del Prefetto che confermino tale stato di irregolarità possono portare ad un decreto di revoca. E' anche possibile, secondo la legge, che più comuni si consorzino per gestire i servizi pubblici dei loro territori. In definitiva, la legge sulle municipalizzate si muove secondo le seguenti finalità: 1. consentire ai Comuni di assumere per via ordinaria la gestione diretta dei servizi pubblici, attraverso l'istituzione di aziende speciali; 2. promuovere l'assunzione di responsabilità da parte dei Comuni nella valutazione della convenienza economica della gestione diretta dei servizi pubblici; 3. assunzione di responsabilità estesa ai cittadini, chiamati a pronunciarsi in merito mediante l'istituto del referendum; 4. consentire il controllo da parte delle autorità comunali, ma anche governative, sul funzionamento e l'andamento di gestione delle aziende municipalizzate; 5.

I criteri definatori tradizionalmente utilizzati per individuare il concetto di servizio pubblico sono principalmente due: quello soggettivo, per il quale assume rilevanza la natura del soggetto che eroga la prestazione e dunque la pubblicizzazione di un servizio viene fondata sull'assunzione di questo parte del Comune; e quello oggettivo, il cui tratto distintivo risiede invece nella natura dell'attività, appunto orientata e destinata a soddisfare interessi della collettività⁴⁹.

La nozione soggettiva di pubblico servizio risultava fondata sull'atto di assunzione del servizio da parte del Comune, cui si attribuiva così carattere costitutivo, traslandone così la natura pubblica dal soggetto al servizio per legittimare l'attribuzione di esso all'organizzazione amministrativa pubblica di attività originariamente ad essa estranee, e con ciò tracciando anche una netta linea di demarcazione con la nozione di funzione pubblica, all'interno della quale iscrivere tutte le attività proprie dell'ente ed esercitate in forme autoritative⁵⁰.

Orbene, la dogmatica della qualificazione soggettiva si fonda proprio sulla imputazione giuridica ed istituzionale di un determinato servizio ad un soggetto pubblico, mediante una valutazione — ex post- che si esprime nel provvedimento amministrativo che lo istituisce ovvero nella legge che lo qualifica come tale.

Tale impostazione dottrinale mostra con tutta evidenza il suo carattere lacunoso ed inadeguato ad offrire una interpretazione valida della nozione, sia perché sposta la qualificazione pubblica dell'attività soltanto successivamente all'assunzione dello stesso da parte dei pubblici poteri, sia per l'impossibilità di qualificare come pubblico un servizio erogato da privati.

favorire l'assunzione, da parte dei Comuni, della gestione diretta dei servizi pubblici, mediante l'introduzione di agevolazioni finanziarie.

⁴⁹ Bibliografia vastissima sull'argomento. E. PRESUTTI, *Commentario della legge comunale e provinciale*, Roma, 1934, II, 501; G. MIELE, *Servizi pubblici, diritto amministrativo*, in Enc. It., Roma, 1936, 476; S. CASSESE, *I servizi pubblici locali nel Mezzogiorno*, in *Ricerche Formez*, 1969, 7 ss; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; N. RANGONE, *I pubblici servizi*, Bologna, 1999; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2001; G. DELLA CANANEA – G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione e istituzioni comunitarie*, in *quad. cost.*, 21; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

⁵⁰ G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933, 172.

Si accede pertanto ad una nozione oggettiva dei pubblici servizi fondata appunto sulla finalizzazione delle attività ad essi connessa al soddisfacimento di un interesse pubblico, così prescindendo del tutto dalla natura, pubblica o privata, del soggetto cui è imputata la gestione.

In tal senso, la stessa formulazione dell'art. 43 della Costituzione appare inequivocabilmente orientata in favore di tale impostazione⁵¹. Nel prevedere che imprese o categorie di imprese riferite a servizi pubblici essenziali vengano riservate o trasferite a soggetti pubblici, si ammette implicitamente ancorché inequivocabilmente che esistono attività economiche che per le loro caratteristiche oggettive sono parimenti qualificabili come servizi pubblici anche se svolte da privati e dunque ben prima ed a prescindere se vengano o meno riservate od assunte dallo Stato o da altri enti pubblici⁵².

La qualificazione oggettiva dei pubblici servizi, agganciata alla natura dell'attività e non anche a quella del soggetto erogatore, produce una ulteriore distinzione tra servizi riservati originariamente ed in via esclusiva all'amministrazione pubblica, eventualmente trasferibili ai privati in forza di provvedimenti concessori (cd. servizi pubblici in senso proprio e ristretto), e servizi non già riservati ai pubblici poteri bensì nella piena disponibilità dei privati, la cui destinazione a soddisfare interessi della collettività ben può giustificare la facoltà dell'amministrazione di assoggettarli ad apposita disciplina (cd. servizi pubblici in senso improprio e lato)⁵³.

L'adesione all'accezione oggettiva del servizio pubblico risulta dunque acquisita sia nella disciplina positiva dei servizi pubblici locali, a partire dalla l. 142/1990, nonché, più recentemente, dall'influenza dell'ordinamento comunitario in materia di servizi di interesse generale e, ancora, attraverso il riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale che consacra l'indifferenza della natura del soggetto incaricato della gestione

⁵¹ Per un commento all'art. 43, F. GALGANO, *artt. 41-43*, G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1982.

⁵² Una prima compiuta elaborazione della nozione oggettiva si deve a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 144. Con riferimento alla spinta impressa all'affermazione della nozione oggettiva dalla Costituzione, in particolare dalla formulazione dell'art. 43, l'Autore si esprime in tal senso: "(...) l'affermazione che la riserva o il trasferimento può concernere anche imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali conduce de plano all'affermazione che non necessariamente tali servizi appartengano già allo Stato o ad enti pubblici".

⁵³ Sulla matrice giurisprudenziale di tale distinzione concettuale, si veda Cons. St., sez. V, 11 marzo 1966, n. 430, in *Cons. St.*, 1966, I, 514.

delle attività di pubblica utilità su un medesimo piano di dignità costituzionale tra pubblico e privati.

3. *I servizi pubblici locali. Una breve ricostruzione storico-normativa.*

L'espressione servizio pubblico locale viene tradizionalmente riferita a quel complesso di attività svolte dagli enti locali che, pur non potendo ricondursi al concetto di funzione amministrativa, non possano qualificarsi semplicemente alla stregua di attività meramente economiche⁵⁴.

I servizi pubblici locali sono innanzitutto attività economiche in astratto suscettibili di essere organizzate in forma d'impresa⁵⁵, caratterizzate, da un lato, per la loro diretta ed immediata finalizzazione alla soddisfazione di bisogni sociali della collettività locale, dall'altro dalla condizione strutturale di mercato per cui l'assenza di un intervento pubblico determina l'impossibilità di erogare tali servizi e, dunque, di soddisfare tali bisogni sociali.

Dalla prima legge organica sulla municipalizzazione (l. 29 marzo 1903, n. 103, e successivo regolamento di attuazione r.d. 10 marzo 1904, n. 108) che autorizza e disciplina l'assunzione in via diretta dei pubblici servizi da parte di comuni e province⁵⁶, ai numerosi interventi legislativi che si susseguirono nei due decenni successivi⁵⁷, alla successiva riorganizzazione⁵⁸ del quadro normativo -divenuto infatti disorganico- che elenca i servizi pubblici locali assumibili direttamente dagli enti locali, fino

⁵⁴ M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, 7 ss.; F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e privatizzazione dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. It.*, 1991, 248; U. POTOTSCHNIG., *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass.giur. en. Elett.*, 1992, 269; D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ.pubbl.*, 1993, 11 ss; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 2581.

⁵⁵ Sulla qualificazione dei servizi pubblici locali come attività d'impresa, e sulla distinzione di essi rispetto alle attività riconducibili ai servizi sociali, A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 26 ss.

⁵⁶ Il fondamento economico della municipalizzazione si rinviene nella teoria delle pubbliche imprese che intendeva dimostrare le virtù economiche e di efficienza dell'intervento dell'ente pubblico come produttore. Sul punto, U. BORSI, *le funzioni del Comune italiano*, in *Trattato Orlando*, II, Milano, 1915, 279; G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 2.

⁵⁷ In particolare, r.d. 4 febbraio 1923, n. 253; r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047.

⁵⁸ R.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

all'adozione del nuovo regolamento di attuazione avvenuto con DPR 4 ottobre 1986, n. 902 e che sostituì quello del 1904, si può dire che la disciplina giuridica dei servizi pubblici locali sia rimasta sostanzialmente inalterata fino agli interventi legislativi degli anni '90.

Fino ad allora, il quadro giuridico di riferimento si caratterizzava per la separazione concettuale tra titolarità e gestione del servizio: la prima necessariamente pubblica, nei casi di servizi riservati per legge in privativa, ovvero solo occasionalmente nei servizi senza privativa; la seconda direttamente pubblica ovvero esternalizzata, ossia affidata a privati mediante provvedimenti pubblicistici di natura concessoria.

I modelli di gestione previsti dall'ordinamento erano sostanzialmente tre: gestione diretta in economia da parte dell'ente locale; gestione a mezzo di azienda municipalizzata; gestione affidata ai privati per mezzo di concessione. Il modello societario, dunque, non risultava espressamente contemplato dalla normativa sui servizi pubblici locali e, dunque, l'affidamento alle società avveniva comunque per mezzo di provvedimento di concessione⁵⁹.

Con la l. 8 giugno 1990, n. 142⁶⁰ viene dunque introdotto lo strumento della società per azioni con capitale pubblico locale di maggioranza, le aziende municipalizzate vengono trasformate in aziende speciali quali enti pubblici economici dotati di personalità giuridica benché funzionalmente legati al Comune: proprio la stretta funzionalizzazione delle società ai fini

⁵⁹ Sul punto, M. CAMMELLI - M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, Rimini, 1989; M. CAMMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Quaderni del Giorn. Dir. Amm.*, 2001.

⁶⁰ Art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142: "1. I comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

2. I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge.

3. I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati."

istituzionali dell'ente legittimava, inoltre, il privilegio dell'affidamento diretto del servizio anche al di fuori di ogni confronto concorrenziale.⁶¹

Si compie, così, il primo passo verso una profonda trasformazione degli strumenti di gestione, sebbene la rigidità del modello, sia in relazione alla forma necessaria della società per azione nonché per il carattere necessariamente maggioritario del loro capitale pubblico (che mal si conciliava con le ristrettezze finanziarie di bilancio dei Comuni), rappresentasse un ostacolo considerevole alla sua applicazione in concreto.

Con la l. 23 dicembre 1992 n. 498⁶², al descritto modello societario si affiancò quello della società con capitale pubblico locale di minoranza, con la previsione del ricorso a procedure di evidenza pubblica per l'individuazione del socio privato di maggioranza, l'attribuzione all'ente locale del potere di nominare gli amministratori e i sindaci e la possibilità di lasciare al mercato una quota del capitale, anche nella forma dell'azionariato diffuso.

La previsione espressa di espletare procedure di evidenza pubblica per la scelta del socio privato giustificava la possibilità, al pari della precedente formulazione, di affidamento diretto del servizio e anche delle opere necessarie al loro corretto funzionamento, ivi incluse le infrastrutture e le altre opere di pubblico interesse.

Il percorso legislativo di modernizzazione del settore, in particolare sotto il profilo degli strumenti di gestione, subisce una significativa evoluzione con la legge 15 maggio 1997, n. 127: risulta dunque consentita

⁶¹ Sul punto, G. DE MINICO, *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22 lett. e) l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, 1666; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, in AA.VV., *La spa per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1995; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1997, 51.

⁶² Art. 12, l. 498/92 "1. Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi di programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'articolo 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato."

la costituzione di società a responsabilità limitata⁶³; l'affidamento diretto poteva avvenire anche a società esistenti, purché con gli opportuni adattamenti statutari, e non più solo a quelle costituite *ad hoc* dall'ente locale; veniva, infine, compiuta una scelta in favore del modello societario in luogo delle aziende speciali rendendone il relativo passaggio agevole ed economicamente vantaggioso⁶⁴.

Orbene, la descritta disciplina dei servizi pubblici locali, confluita poi nel titolo V del Testo unico degli enti locali, adottato con d.lgs. 267/2000, risulta così articolata nei seguenti principi fondamentali: tipicità dei modelli di gestione; preferenza per le forme privatistiche di gestione; giuridica possibilità di concentrazione in un unico soggetto della proprietà delle reti e della gestione del servizio; affidamento diretto del servizio⁶⁵.

3.1. *I servizi pubblici locali, tra rilevanza “industriale” e rilevanza “economica”.*

La disciplina dei servizi pubblici locali subisce una radicale revisione ad opera dell'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, ispirata ad un progressivo aumento d'importanza della funzione pubblica di regolazione e, dunque, alla netta separazione tra il ruolo del pubblico — proprietario delle infrastrutture e incaricato delle funzioni regolatorie- e il ruolo del privato incaricato della gestione e dell'erogazione del servizio⁶⁶.

La nuova disciplina opera una prima e fondamentale distinzione tra servizi locali di rilevanza industriale e servizi privi di detta rilevanza⁶⁷,

⁶³ Art. 17, c. 58, l. 127/97.

⁶⁴ Art. 17, c. 51, l. 127/97.

⁶⁵ Ampiamente sul punto, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2589; S. MANGIAMELI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008;

⁶⁶ Sul rapporto tra liberalizzazione dei servizi e aumento delle funzioni di regolazione, si veda S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, 392.

⁶⁷ In assenza di riferimenti positivi espressi per la qualificazione del carattere industriale o meno dei servizi, la dottrina ha elaborato almeno tre soluzioni. La prima, di natura oggettiva, riferita al carattere oggettivamente lucrativo — anche in termini astratti — dell'attività che ne costituisce oggetto. La seconda soluzione, soggettiva, per la quale a prescindere dalla oggettiva remuneratività del servizio, l'ente locale lo organizza in regime di profitto. Il terzo criterio distintivo, e probabilmente il più accreditato, facendo leva sul dato letterale positivo, fonda la distinzione sulla presenza o meno, e sulla imprescindibilità

disponendo, per i primi, la separazione tra la proprietà delle reti e degli impianti dalla gestione del servizio, e disponendo altresì la sostituzione delle vecchie forme tipiche di gestione con l'esternalizzazione del servizio da realizzarsi mediante il ricorso a procedure di evidenza pubblica.

Orbene, il legislatore del 2001 riscrive l'art. 113 del T.u.e.l. normando i servizi di rilevanza industriale in chiave pro concorrenziale ed esprimendo preferenza per la loro gestione privatistica, ed aggiunge l'art. 113-bis per i servizi privi di tale rilevanza, la cui disciplina è informata ad un marcato carattere pubblicistico con la possibilità per l'ente locale di effettuare affidamenti diretti del servizio a istituzioni, aziende speciali anche consortili, a società costituite o partecipare dagli enti locali, ovvero anche mediante gestione in economia.

Il legislatore è nuovamente intervenuto sul settore, modificando gli artt. 113 e 113-bis con l'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e con l'art. 4, comma 234, l. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004).

Oltre alla differente formulazione nominalistica del carattere distintivo dei servizi (e dei regimi giuridici sottesi), realizzata sostituendo il concetto di "industriale" con quello di "economico", l'intervento legislativo trae legittimazione e dispiega la sua portata innovativa nella riforma della disciplina delle forme di gestione dei servizi. L'intervento, infatti, si pose come necessario al fine di superare le obiezioni formulate dalla Commissione europea, in particolare rispetto alla non conformità delle ipotesi di affidamento diretto dei servizi di cui all'art. 113 *bis* con l'ordinamento comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni di pubblico servizio⁶⁸, nonché rispetto alla legittimazione dello Stato a

o meno, della rete e delle altre infrastrutture ed impianti necessari all'erogazione del servizio, che la legge dispone siano separate da quest'ultimo.

⁶⁸ Commissione Europea, 26 giugno 2002 n. C(2002)2329, in www.dirittodeiservizipubblici.it. I rilievi formulati dalla Commissione si basano su quattro profili: (punto 19) l'affidamento diretto della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, quando separata dall'erogazione dei servizi, a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali (art. 113, c. 4, lett. a, Tuel ex art. 35, c.1, l. n. 448/2001); (punti 21-23) la durata (massima) del periodo transitorio, durante il quale sono fatti salvi gli affidamenti diretti effettuati in passato (art. 35, c. 2, l. 448/2001); (punti 24-26) l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali (art. 35, c. 5, l. 448/2001); (punti 27-28) gli affidamenti diretti previsti come regola generale in tema di gestione di servizi pubblici privi di rilevanza industriale (art. 113-bis). Altro profilo eccepito dalla Commissione era quello della legittimazione in termini di competenza statale a legiferare in materia di servizi pubblici

legiferare sulla materia dei servizi pubblici locali pur in assenza di specifica loro menzione tra le materie di cui all'art. 117 cost. oggetto di potestà legislativa esclusiva o concorrente⁶⁹.

Le descritte novelle legislative confermano, dunque, i connotati positivi che ispirano la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, ponendo l'accento sulla centralità della titolarità pubblica dei servizi⁷⁰, a prescindere dalla natura — pubblica o privata- del soggetto che la esercita. In altri termini, viene sancita la scelta in favore della proprietà pubblica, diretta (dell'ente locale) o indiretta (conferita a società a totale capitale pubblico locale), delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali funzionali all'erogazione del servizio al fine di garantirne l'utilizzo a fini sociali e la fruizione in direzione della migliore concorrenzialità del mercato, confermando la preferenza per l'affidamento a privati della gestione del servizio, nel caso in cui quest'ultima risulti strutturalmente separabile dalle prime.

locali in assenza di specifica menzione della materia né tra quelle riservate alla competenza esclusiva né concorrente dall'art. 117 cost.

⁶⁹ Altro profilo eccepito dalla Commissione era quello della legittimazione in termini di competenza statale a legiferare in materia di servizi pubblici locali in assenza di specifica menzione della materia né tra quelle riservate alla competenza esclusiva né concorrente dall'art. 117 cost. Tale rilievo è superato dalla indicazione recepita dal novellato comma 1 dell'art. 113 secondo cui tali norme “concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore”, così riallocando la competenza legislativa nel solco della materia “tutela della concorrenza” di cui all'art. 117. Tale impostazione risulta successivamente confermata dalla Corte Costituzionale (sent. 272/2004) soltanto con riferimento ai servizi di rilevanza economica. Rispetto ai servizi privi di rilevanza economica la Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis, ravvisando che rispetto a tali servizi non esiste un mercato concorrenziale. Per un commento alla sentenza, A. POLICE - W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004, 831; L. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2/2005, 377; D. IELO., *La nuova disciplina europea sulla vigilanza integrata tra Autorità antitrust*, in *Amministrare*, 3/2004, 357; R. JANNOTTA, nota a sentenza 272/2004, in *Foro amm.*, 7/8 2004, 1971; G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1/2005, 25; F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1/2004, 37; G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, 4/2005, 962; E. ROLANDO, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni nelle “materia trasversale” della tutela della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2005, 836; G. SCIULLO, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Aedon*, 3/2004; G. SCIULLO, *Stato, Regione e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico-privato*, in *dir. Amm.*, 4/2005, 915; E. ZANELLI, *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in *Politica del Diritto*, 1/2004, 175;

⁷⁰ art. 112, c.1, Tuel.

La novella del 2003 ha introdotto il principio secondo cui le norme dell'art. 113 del Testo Unico degli enti locali sono integrative delle discipline in settore e da questa inderogabili, escludendo peraltro dal campo di applicazione delle disposizioni generali recate dalla norma generale citata, i settori dell'energia elettrica e del gas metano. Il settore merceologico del gas metano resta, dunque, regolato dalla normativa speciale di cui al d.lgs. 23.5.2000, n. 164⁷¹.

3.2. Modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

La prima versione dell'art. 35 della l. n. 448/2001 disponeva che la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica potesse essere affidata solo a società di capitali individuate con procedure ad evidenza pubblica.

L'art. 113 del t.u. n. 267/2000, come novellato dal d.l. n. 269/2003, ha reintrodotta la possibilità dell'affidamento diretto della gestione a società miste nelle quali il socio privato sia stato individuato con gara, ovvero a società a capitale integralmente pubblico.

Tuttavia, per i servizi pubblici a rilevanza economica viene previsto un regime transitorio, nella cui vigenza permane l'affidamento diretto alle attuali società miste a prevalente capitale pubblico.

Per l'erogazione dei servizi pubblici, dunque, il legislatore ha riesumato il modulo gestionale della società mista a maggioranza pubblica, caratteristico del sistema sorto nella vigenza dell'abrogata l. 8.6.1990, n. 142.

Contestualmente, peraltro, ha contemplato, accanto a questa tradizionale tipologia societaria, il modello più radicale della società non più mista pubblico — privato, ma a totale partecipazione pubblica, ponendo due condizioni stringenti per la legittimità dell'affidamento diretto dei servizi ai due delineati modelli di società, e ciò per la forza dirompente di detti nuovi moduli gestionali non concorsuali discendente dal loro contrasto con il principio concorrenziale che ispira tutta la riforma.

⁷¹ La scelta risulta confermata anche dalle ultime evoluzioni legislative (l. 99/09 di cui si dirà tra breve)

Per la società a capitale misto è richiesto che essa debba essere stata costituita previa individuazione del partner privato, sia di maggioranza che di minoranza, attraverso una gara ad evidenza pubblica, disponendo altresì che la stessa abbia garantito il rispetto delle norme anche comunitarie sulla concorrenza. La società a capitale interamente pubblico deve, invece, soddisfare il requisito della gestione “*in house*”, di cui si dirà in seguito nel capitolo specificamente dedicato all’analisi del fenomeno.

Con l’inserimento di queste due tipologie di società, affidatarie dirette dei servizi pubblici, il legislatore ha voluto preservare e legittimare le attuali gestioni dirette, che sono per lo più esercitate da società di capitali solitamente sorte in esito a privatizzazioni sostanziali poste in essere mediante offerte pubbliche di vendita, ossia modalità concorsuali di aggregazione e selezione dei privati⁷².

Questa società proprietaria poneva poi - e pone anche oggi - le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali strumentali, a disposizione dei gestori incaricati a seguito di gara della gestione del servizio pubblico, nonché dei gestori delle reti (art. 113, T.U.E.L., co. 13).

Il legislatore ha dunque stabilito che tale società debba essere a capitale interamente pubblico, non risultando sufficiente il requisito della maggioranza pubblica; ciò, in armonia con il comma 4, lettera a) che consente l’affidamento diretto della gestione delle reti a società a capitale interamente pubblico che integrino oltretutto gli estremi dell’ *in house providing*, specificando che alla predetta società proprietaria delle reti e degli impianti strumentali, gli enti locali possono anche affidare il compito di espletare le gare per l’individuazione del soggetto gestore del pubblico servizio⁷³, ai sensi di una dettagliata disciplina, contenuta nell’art. 113, delle modalità di assentimento della gestione, delle gare, dei rapporti tra il gestore uscente e quello subentrante.

⁷² Già nel testo originario dell’art. 35 in commento la società mista a maggioranza pubblica, che la norma giustappone quale diretta affidataria della titolarità dei servizi, a quella a totale capitale pubblico, non scompariva dall’ordinamento degli enti locali, ma ad essa veniva riservato un compito ed una funzione nuovi e radicalmente diversi rispetto al passato. Si era disposto, infatti, che gli enti locali non potessero cedere la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinati all’esercizio dei servizi pubblici industriali ma potessero conferirla a società di capitali di cui detenessero la maggioranza che era – ed è anche oggi - incredibile (art. 113 d.lgs. n. 267/2000, co. 2 e 13).

⁷³ Art. 113, comma 13, ultimo periodo del d.lgs. n. 267/2000.

Il comma 5 introduce, perciò, due principi: il primo, invero poco innovativo, si limita a stabilire che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore, con ciò riferendosi alle regole proprie di ciascun settore merceologico cui è riconducibile ciascun servizio pubblico di cui alle discipline specifiche⁷⁴ nonché dagli atti di regolazione emanati dalle rispettive Autorità di settore.

Il secondo principio è l'affermazione della necessità del rispetto della normativa comunitaria in materia di libera concorrenza.

Il novellato comma 5 non contiene più l'inciso secondo cui l'erogazione del servizio si deve "svolgere in regime di concorrenza". Ciò che si spiega con il rilievo che la modalità concorrenziale di gestione dello stesso è soltanto una delle tre tipologie gestionali contemplate dalla norma.

Infatti, accanto alla gestione concorsuale pura, attuata mediante affidamento della titolarità del servizio a società di capitali selezionate a seguito di gare ad evidenza pubblica, è stato reintrodotta con il d.l. n. 269/2003, convertito con la L. n. 326/2003, il modulo dell'affidamento diretto del servizio a società miste a capitale pubblico maggioritario o minoritario, a condizione che il socio privato venga scelto mediante procedure di gara improntate al rispetto delle norme, anche comunitarie, dettate in materia di concorrenza, secondo linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti.

Con tale disposizione sostanzialmente sono state legittimate le attuali gestioni dirette dei servizi pubblici locali da parte di società miste, per lo più a dominanza pubblica, per la cui costituzione i soci privati siano stati individuati a seguito di procedura ad evidenza pubblica⁷⁵.

⁷⁴ Per il servizio idrico, la l.n. 36/1994; per il gas metano il d.lgs. n. 164/2000.

⁷⁵ Va debitamente considerato, infatti, che nella pressoché totalità di tali casi il socio privato è stato scelto osservando una gara solitamente ispirata alla l. 30.7.1994 n. 474 sull'accelerazione delle procedure di dismissione delle partecipazioni dello Stato in S.p.A. e che costituisce la normativa di riferimento per le privatizzazioni sostanziali, le quali si svolgono generalmente anche nel rispetto delle disposizioni dettate dalle Autorità di regolazione dei servizi pubblici. Viene in tal modo delineata una forma di gestione dei pubblici servizi nella quale l'affidamento diretto del servizio non è del tutto avulso dall'obbligo di espletamento di una procedura di gara, obbligo che però viene assolto a monte, piuttosto che a valle, vale a dire in sede di scelta del partner privato.

3.3. Riflessioni sulle riforme in atto.

Nel momento in cui si scrive, la materia è oggetto di ulteriori e non definitive modifiche legislative.

Da ultimo, il decreto legge 9 settembre 2009, n. 135 interviene sulla normativa vigente in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, dettata dall'articolo 23-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112⁷⁶.

In sintesi, l'assetto delineato dal 23-bis è il seguente: in via ordinaria e generale (comma 2), per il conferimento della gestione risulta confermato il necessario ricorso alle procedure di gara a evidenza pubblica, cui partecipano imprese in qualunque forma costituite. In deroga a tale principio di ordine generale, per situazioni particolari che “non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”, l'affidamento “può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”, intendendosi in questo modo sostanzialmente la gestione “*in house*” tramite affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico di proprietà dell'ente locale.

La legge prescrive le modalità attraverso cui è consentita la deroga, stabilendo, al comma 4, che essa può avvenire a condizione che l'ente locale motivi la scelta con una analisi di mercato, da inviare all'Antitrust e all'autorità di regolazione di settore, ove costituita, per l'espressione di un parere entro 60 giorni (parere peraltro non vincolante).

E' possibile, inoltre, l'affidamento diretto della gestione di reti e impianti, ove separata dalla gestione del servizio, a una società controllata dall'ente locale⁷⁷.

E' fatto divieto, al comma 9, ai soggetti titolari di servizi pubblici locali non affidati mediante gara, nonché ai soggetti che gestiscono reti e impianti, di gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi e di partecipare a gare; il divieto non si applica alle società quotate.

⁷⁶ Tra i commenti principali, cfr. M. SEBASTIANI, *I servizi pubblici locali: lavori in corso? (dal d.l. 112/2008 al d.l. 133/2009, passando per la legge 42/2009)*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it; C. DE VINCENTI, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo*, in *Rassegna Astrid* 17/09, in www.astridonline.it; L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2/2009, 355.

⁷⁷ Invero, la norma non specifica con chiarezza se sia possibile l'affidamento diretto della gestione di reti e impianti a una società controllata dall'ente locale, né se per controllo si intenda la proprietà al 100% stile “*in house*”.

La legge stabilisce inoltre una serie di prescrizioni relative al periodo transitorio, rinviando la disciplina specifica all'adozione di un regolamento, disponendo che le gare devono essere attivate entro il 31 dicembre 2010⁷⁸; i soggetti affidatari diretti possono concorrere alla prima gara che verrà svolta “per lo specifico servizio già loro affidato”; peraltro⁷⁹, viene rinviata al regolamento⁸⁰ la disciplina della fase transitoria, “fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica” o diverse dall'affidamento “in house” di cui alla deroga prevista dal comma 3; il regolamento potrà prevedere tempi differenziati, cosicché in realtà è probabile che le gare partano ben dopo il 31 dicembre 2010.⁸¹

Rispetto al settore oggetto della presente trattazione, occorre precisare che con legge successiva (art. 30, comma 26, legge n. 99 del 2009) al comma 1 del 23-*bis* è stata aggiunta la specificazione che alla distribuzione di gas naturale continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto legislativo 164/2000 (“decreto Letta”) integrate dalla legge 222/2007 (art. 46-*bis*).

Pur muovendosi in direzione di una apertura del mercato dei servizi pubblici locali, l'assetto delineato dal 23-*bis* lasciava indeterminate alcune questioni centrali⁸², che il regolamento avrebbe potuto sciogliere.

⁷⁸ Art. 23 – bis, comma 9, l. 133/2008.

⁷⁹ art. 23 – bis, comma 10, lettera e, l. 133/08.

⁸⁰ Il regolamento, da emanarsi entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge (comma 10), erano demandati alcuni passaggi essenziali, tra cui: i tempi della transizione nei diversi settori (escluso l'idrico); la durata degli affidamenti e la disciplina, in caso di subentro, per la cessione dei beni da parte del precedente gestore; l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società “in house” e delle società miste di procedure a evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale; la revisione della disciplina sulle incompatibilità al fine di rafforzare la distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione dei servizi.

⁸¹ Fa eccezione il servizio idrico integrato, per il quale il comma 8 dispone che le concessioni “rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010”. Sono peraltro esclusi dalla cessazione gli affidamenti “in house” di cui alla deroga prevista dal comma 3.

⁸² M. SEBASTIANI, *I servizi pubblici locali: lavori in corso? (dal d.l. 112/2008 al d.l. 133/2009, passando per la legge 42/2009)*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it. Sul punto C. DE VINCENZI, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo*, in *Rassegna Astrid* 17/09, in www.astridonline.it. “In particolare, dunque, non è chiaro se gli affidamenti diretti a società miste in cui il socio privato sia stato scelto con gara rientrano nelle forme di affidamento previste in via ordinaria dal comma 2; il parere dell'Antitrust e delle autorità di settore sulle deroghe non è vincolante e inoltre il termine molto ristretto (60 giorni) entro cui dovrà essere espresso può vanificare l'espletamento di questo compito su basi informative adeguate, tanto più che è prevedibile che il numero di richieste di deroga sarà elevato; il rischio evidente è che

Regolamento che, tuttavia, non è mai stato emanato⁸³.

3.4. Le novità del Decreto legge 9 settembre 2009 n. 135.

L'articolo 15 del decreto legge 9 settembre 2009 n. 135, varato dal Governo "per l'attuazione di obblighi comunitari e di sentenze della Corte di giustizia" disciplina, ed innova ulteriormente, la materia dei servizi pubblici locali.

Il comma 2 del 23-*bis* viene così ulteriormente modificato, esplicitando che tra le forme di affidamento ordinarie rientra quello a società a partecipazione mista pubblica e privata⁸⁴, a condizione che la selezione del

il ricorso alla gestione "in house" da eccezione diventi la regola, vanificando gli obiettivi di liberalizzazione dichiarati dalla legge; non è chiaro se gli affidamenti diretti a società quotate in borsa cessino anch'essi alla fine del periodo transitorio: sembrerebbe di sì dal comma 10, dove la disciplina del periodo transitorio demandata al regolamento non distingue tra questi e altri affidamenti diretti; altrettanto sembra si possa dedurre dal comma 8, riferito al settore idrico; qualche dubbio sorge però alla luce del fatto che il comma 9 esclude le società quotate dal divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori e di partecipare a gare; una drastica riduzione del numero di concorrenti alle gare può derivare dalla disposizione che limita nella transizione la possibilità per le imprese in affidamento diretto di partecipare alle gare solo alla prima gara che verrà svolta "per lo specifico servizio già loro affidato"; infine, nulla di esplicito si dice circa le concessioni a privati che siano state prolungate attraverso lo strumento del rinnovo senza gara; si può solo sperare che la legge sia interpretabile nel senso che anche queste rientrano tra le gestioni non affidate mediante le procedure competitive di cui al comma 2 e che quindi decadano anch'esse al termine del periodo transitorio."

⁸³ La bozza circolata prevedeva: che gli affidamenti a società miste rientrino nelle forme di affidamento ordinarie di cui al comma 2, ma a condizione che la gara per la selezione del socio abbia ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e tariffa del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; che l'Antitrust individui le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali in deroga secondo il comma 3 assumono rilevanza ai fini della tutela della concorrenza; che il periodo transitorio non si applichi alle società quotate. La prima indicazione chiariva le disposizioni del 23-bis, individuando nell'affidamento a società mista una forma alternativa di affidamento concorrenziale purché la gara per la scelta del socio abbia a oggetto prioritario qualità e tariffa del servizio, come la gara per l'affidamento a terzi. La seconda indicazione aveva l'obiettivo di rendere più efficace la verifica delle condizioni giustificative delle deroghe da parte dell'Antitrust e delle autorità di settore, riducendo il numero di richieste di deroga da esaminare; il rischio peraltro è che l'individuazione di soglie dimensionali finisca per consacrare la frammentazione in essere, sfavorendo l'aggregazione dei comuni in ambiti più ampi. La terza indicazione della bozza era molto criticabile perché sottraeva all'apertura concorrenziale affidamenti diretti – quelli a società quotate – che riguardano invece situazioni in cui è chiaramente possibile il ricorso al mercato. Si poteva, caso mai, prevedere una transizione più favorevole (vedi più avanti), a riconoscimento che la quotazione in borsa implica comunque un passo avanti che quelle società hanno fatto nel collocarsi in una prospettiva imprenditoriale.

⁸⁴ Se si vuole che l'affidamento a società mista sia realmente equiparabile all'affidamento a terzi, occorre prevedere esplicitamente la condizione che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e tariffa del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle

socio avvenga tramite una gara che abbia ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

La stessa norma chiarisce che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%⁸⁵.

Il comma 3, come novellato, specifica che l'affidamento in deroga può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, a condizione che abbia i requisiti per la gestione "*in house*".

Il parere che l'Antitrust deve esprimere entro 60 giorni diviene preventivo, pur non essendo specificato se esso debba essere inteso come vincolante. Si specifica, tuttavia, che decorsi 60 giorni il parere, se non reso, si intende come favorevole (comma 4)⁸⁶.

Viene inoltre esteso alle società miste costituite senza il ricorso a procedure di evidenza pubblica il divieto di gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi e di partecipare a gare, escluso per le società quotate, specificando anche che il divieto opera per tutta la durata della gestione⁸⁷.

quote societarie. Questa disposizione dovrebbe integrare sia l'equiparazione a regime tra le due forme di gara sia la regolazione della transizione, nel senso che solo ove la gara per la scelta del socio sia stata aggiudicata in base a tali criteri l'affidamento può proseguire fino alla scadenza prevista dal contratto di servizio. Credo poi che non sarebbe del tutto pleonastico specificare che il bando di gara debba prevedere in modo esplicito che la società mista ha durata pari a quella dell'affidamento, ossia che al suo termine la società si scioglie e si procede a una nuova gara o per l'affidamento a terzi o per la scelta *ex novo* del socio privato.

⁸⁵ Per quanto riguarda l'affidamento a società mista è apprezzabile il chiarimento circa il fatto che questa forma di affidamento rientra tra quelle ordinarie solo ove la gara abbia avuto a oggetto non solo la qualità di socio ma anche l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Come pure apprezzabile è l'estensione alla società mista, per tutta la durata dell'affidamento, del divieto a gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi e a partecipare a gare. Queste due disposizioni insieme avvicinano in qualche misura la gara per la scelta del socio a quella per l'affidamento a terzi. Coerente con questo approccio è poi la disciplina differenziata della transizione nel caso la gara per il socio abbia avuto o meno a oggetto anche l'attribuzione dei compiti operativi: nel primo caso l'affidamento prosegue fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio, mentre nel secondo caso cessa al 31 dicembre 2011.

⁸⁶ E' altresì aggiunto il comma 4-*bis* che prevede che l'Antitrust individui le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali in deroga secondo il comma 3 assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.

⁸⁷ La normativa prevede poi le seguenti specificazioni in ordine al regime transitorio: cade la norma specifica per le gestioni idriche, che quindi ricadono nella normativa generale per il periodo transitorio; le gestioni "*in house*" in essere alla data del 22 agosto 2008 cessano alla data del 31 dicembre 2011; non decadono invece le gestioni "*in house*" conferite ai sensi della deroga di cui al comma 3; cessano al 31 dicembre 2011 anche gli affidamenti a società miste in cui la gara per la selezione del socio non abbia avuto a oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio; quando la gara per la selezione del socio abbia avuto a oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi, l'affidamento prosegue fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio; gli affidamenti diretti conferiti alla data del 1 ottobre 2003

Infine, risulta confermata dal legislatore la scelta di escludere i settori della distribuzione di gas naturale, a cui si aggiunge la distribuzione di energia elettrica, ricondotta alle disposizioni del decreto legislativo 79/1999 integrate dalla legge 239/2004, e il trasporto ferroviario regionale, per il quale si rinvia al decreto legislativo 422/1997.

4. *Inquadramento costituzionale: le regole fondamentali in tema di servizi pubblici essenziali.*

La nozione di servizio pubblico è contenuta nell'art. 43 della Costituzione, la cui estensione normativa delinea un "sistema" di servizi pubblici⁸⁸, segnatamente qualificati come essenziali, non necessariamente organizzati nella forma dell'impresa, come nel caso dei servizi sociali⁸⁹ la cui gestione ne risulta generalmente estranea.

Il modello costituzionale di cui all'art. 43 Cost., risulta incardinato su alcune regole fondamentali, elaborate dalla dottrina e via via specificate dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁰.

Innanzitutto, per quanto concerne la natura dei soggetti incaricati della loro gestione, l'art. 43 dispone che i servizi pubblici essenziali possono essere gestiti sia da soggetti pubblici che da soggetti privati. Il servizio

a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data proseguono fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che entro il 31 dicembre 2012 la partecipazione pubblica si sia ridotta, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, a una quota non superiore al 30%; in caso contrario, gli affidamenti cessano al 31 dicembre 2012.

⁸⁸ La Costituzione delinea un modello normativo riferibile ai servizi pubblici essenziali che privilegia l'indicazione dei fini pubblici sottesi alla loro disciplina, piuttosto che la prescrizione analitici in ordine al regime giuridico per raggiungerli. Il modello costituzionale contempla la possibilità che essi siano gestiti, oltre che dallo Stato e da altri enti pubblici, anche da privati (artt. 33, c.3, 38, 47 cost.).

⁸⁹ Sui servizi sociali, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1019; G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it. Per una disciplina analitica dei servizi singolarmente considerati, F. FONDERICO, *L'igiene pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 711; M. GIGANTE, *L'istruzione*, *ibidem*, 779; A. LA SPINA, *La protezione sociale*, *ibidem*, 823; E. FERRARI, *I servizi sociali*, *ibidem*, 891.

⁹⁰ Per una completa ricostruzione delle tappe salienti della giurisprudenza costituzionale in tema di impresa pubblica e di intervento dello Stato nell'economia, v. R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, Napoli, 2007.

pubblico essenziale, infatti, preesiste all'intervento pubblico⁹¹: nel prevedere che la riserva o il trasferimento di imprese possa concernere anche imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, l'art. 43 presuppone che tali servizi non necessariamente appartengano allo Stato o ad altri enti pubblici, ben potendo trattarsi di imprese esercenti attività economiche gestite da altri soggetti.

Ai sensi dell'art. 41, comma 3, della Costituzione, l'attività economica è, in linea di principio, pubblica e privata; per l'art. 42, comma 1, la proprietà è, sempre in linea di principio, pubblica o privata. Orbene, dal combinato disposto delle norme citate (art. 43, art. 41, c.3, art. 42, c.1), si desume che nell'impianto costituzionale non esistono limiti all'intervento pubblico nell'economia quando questo si svolga su un piano di parità e di concorrenza con i privati imprenditori; in tali casi, i pubblici poteri fruiscono della stessa libertà di iniziativa economica riconosciuta ai privati; al contrario, precisi limiti sono opposti all'ingresso autoritativo dello Stato sul terreno dell'economia, al fine di offrire la garanzia che, salvo i casi previsti appunto dall'art. 43, lo Stato non si varrà della potestà d'imperio per sottrarre loro le attività economiche ed avocarle alla gestione pubblica o sociale⁹²: "il presente articolo ripete che statizzazioni e socializzazioni sono legittime solo a fini di utilità generale ma non si limita a questo: procede alla diretta determinazione dei casi, facendo tassativo riferimento alle fonti di energia, alle situazioni di monopolio e ai servizi pubblici essenziali, e aggiungendo che deve ricorrere, per ciascuno di questi settori, lo specifico carattere di preminente interesse generale".⁹³

In secondo luogo, le imprese che producono servizi pubblici essenziali operano generalmente in regime di concorrenza, e ciò è confermato dal discrimine che la norma traccia rispetto alle situazioni di monopolio, almeno

⁹¹ Si tratta dell'assunto, a cui si accede, costitutivo della nozione oggettiva di servizio pubblico, la cui prima formulazione compiuta si deve a U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964..

⁹² Per un commento allo statuto costituzionale dell'impresa di cui agli artt. 41 e 43 Cost., F. GALGANO, *Art. 41; art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna Roma, 1982, 193 ss.

⁹³ F. GALGANO, *Art. 41*, cit., 194. Si vedano anche le seguenti voci enciclopediche, G. BOZZI, *Municipalizzazioni*, Enc. Dir., 1977; G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990; S. CASSESE, *Azionariato*, in Enc. Dir. 1959; P. CIRIELLO, *Servizi Pubblici*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1970; A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, 425;

fino a quando non intervenga o sopravvenga la riserva originaria o il trasferimento allo Stato o ad altri enti pubblici.

Inoltre, a presidio della garanzia e tutela della libertà d'iniziativa economica privata, la Costituzione prevede una specifica ipotesi di riserva di legge, stabilendo che la riserva originaria e la nazionalizzazione debbano essere disposte con legge, mentre la proprietà privata, ricorrendo i casi previsti dalla legge, può essere espropriata per atto amministrativo⁹⁴.

Gli istituti tipici della pubblicizzazione previsti e disciplinati dall'art. 43, ossia riserva e nazionalizzazione, richiedono che le attività considerate non siano solo riconducibili a servizi pubblici essenziali ma che vi sia anche un "fine di utilità generale" diverso ed ulteriore dal carattere dell'essenzialità, quale l'impossibilità per il mercato di erogarne in qualità, quantità e prezzi coerenti con l'interesse generale ad essi sotteso e presupposto. Oltre al carattere essenziale del servizio, dunque, l'assunzione da parte del soggetto pubblico si giustifica come deroga al generale principio di concorrenza proprio per il soddisfacimento di interessi della collettività che il mercato non riuscirebbe comunque soddisfare.⁹⁵

Sotto il profilo delle modalità di gestione, a prescindere dalla natura pubblica o privata del gestore, la giurisprudenza costituzionale⁹⁶ ha chiarito che l'art. 43 dispone che i servizi pubblici essenziali siano organizzati e gestiti in forma d'impresa, ossia con criteri di economicità, non risultando incompatibile la gestione imprenditoriale con la finalizzazione sociale dell'attività di pubblico servizio⁹⁷.

Fermo restando il principio dell'economicità della gestione dei servizi, occorre rilevare che l'equilibrio tra i costi di produzione e di erogazione

⁹⁴ F. GALGANO, *Art. 41*, cit., 194. Secondo l'Autore "la Corte Costituzionale ha mostrato di intendere la riserva di legge come riserva relativa e non assoluta". Cfr. Corte Cost. sentenza n. 11 del 23 marzo 1960, in *Giur.cost.*, 1960, 90 ss. In argomento si vedano anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 1123; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, 175.

⁹⁵ R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza* (voce), *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 7. Secondo l'Autore, il principio della libera concorrenza troverebbe la sua fonte giuridica nel riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata.

⁹⁶ Corte Cost., sentenze nn. 303/88 (in *Giur. Cost.* 1988, 1251); e 1104/88 (in *Giur. Cost.* 1988, 5358).

⁹⁷ Sul rapporto tra servizio pubblico e gestione imprenditoriale dell'attività, G. CORSO, *Servizi pubblici e Costituzione, Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, (a cura di) G. MARONGIU – G.C. DE MARTIN, Milano, 1992; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 21-23 settembre 1995), Milano, 1997, 21.

degli stessi e i ricavi delle attività è compensato mediante il ricorso alla fiscalità generale, ad integrazione degli introiti delle tariffe che, proprio in ragione del loro carattere sociale, non sarà sufficiente a coprirne l'ammontare delle prestazioni.

5. I servizi pubblici a rete.

I processi di privatizzazione e di liberalizzazione che hanno interessato, negli ultimi anni, i servizi pubblici in Italia, hanno determinato profondi mutamenti nell'assetto gestionale ed organizzativo delle attività economiche ad essi connessi, nonché profonde innovative sul piano istituzionale e nella stessa definizione degli istituti classici del diritto pubblico dell'economia. In esito a tali processi, indotti in massima parte dall'influenza del diritto comunitario, attività un tempo gestite direttamente dallo Stato vengono affidate ad operatori privati, dunque svolte in un contesto di libero mercato, secondo le norme ed i principi iscritti nella cornice normativa di un'economia della regolazione che, accanto agli strumenti tipici della gestione diretta dei servizi da parte dei pubblici poteri, annovera nuovi ed ulteriori mezzi giuridici, amministrativi e, dunque, di regolazione.

L'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione, di nuove forme di regolazione amministrativa, la diversificazione delle fonti normative, sia di matrice comunitaria che di rango tecnico-specialistiche, una rinnovata concezione dei rapporti tra pubblico e privato mediante la fissazione di obblighi di servizio pubblico che, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto incaricato del servizio, dà luogo altresì ad un nuovo posizionamento degli utenti nei confronti dei poteri pubblici e delle imprese stesse.

Tali trasformazioni determinano l'insorgere di nuovi istituti giuridici, dagli obblighi di servizio pubblico ai relativi corollari del principio di universalità e del diritto di accesso ed interconnessione alle infrastrutture, che si prestano ad essere misurati in tutta la loro portata innovativa proprio sul terreno delle attività economiche riconducibili a quei servizi pubblici

caratterizzati dalla presenza di una infrastruttura fisica di rete necessaria per la loro erogazione⁹⁸.

La presenza delle reti, per tali intendendosi le infrastrutture essenziali all'erogazione di un servizio che non siano riproducibili con un ordinario processo di innovazione e di investimenti, assume a tratto caratterizzante della dogmatica dei servizi e del complesso di disposizioni afferenti alle diverse modalità di gestione.⁹⁹

La disciplina dei servizi a rete si è formata non già in ossequio ad un disegno giuspositivo unitario, bensì per approssimazioni successive, arricchendosi di volta in volta con le acquisizioni normative e giurisprudenziali comunitarie.

L'azione della Comunità Europea sul settore si sviluppa sulla base di un duplice ordine di considerazioni: l'una, di natura economica, ossia che si verte su attività economiche erogate mediante *asset* industriali caratterizzati da situazioni di monopolio naturale; l'altra, di carattere socio-politico, che tali attività, corrispondendo a servizi fondamentali per la collettività, risultano determinanti per il raggiungimento di uno “*sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, (...) di un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, di un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, (...) del miglioramento del tenore e della qualità della vita, della coesione economica e sociale*”¹⁰⁰.

Si ha monopolio naturale quando la gestione di un determinato settore, date alcune caratteristiche economiche quali l'alto costo degli investimenti e

⁹⁸ La bibliografia sui servizi a rete è molto ampia. Cfr. E. FERRARI, *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000; E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, 86; E. CARDI, *La nozione di rete. Seminario reti europee*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 17; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2002, 945; L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 7.

⁹⁹ Sulla nozione di rete, A. PREDIERI - M. MORISI, (a cura di) *L'Europa delle reti*, Torino, 2001; S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, ibidem, 43 ss.; M. MEGLIANI, *L'accesso alle infrastrutture*, in AA.VV., *Servizi essenziali e diritto comunitario*, (a cura di) L. G. RADICATI DI BRONZOLO, Torino, 2001, 61 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Art. 2, Trattato CE.

la presenza di rendimenti medi decrescenti al crescere delle quantità prodotte, si rivela efficiente solo se assicurate da un unico operatore¹⁰¹.

Le caratteristiche fisiche ed economiche delle reti ha indotto, dunque, l'intervento del legislatore comunitario in chiave pro concorrenziale, attraverso una serie di disposizioni che sanciscono una netta separazione tra la disciplina delle reti e quella del servizio.

In estrema sintesi, i rispettivi corpi normativi risultano incardinati sui seguenti principi: rispetto alle reti, il diritto di accesso di una pluralità di operatori all'infrastruttura che presenta caratteri di monopolio naturale; sul servizio, la libertà di iniziativa economica privata degli operatori in concorrenza tra loro, mediante la regolamentazione del diritto di accesso.

Come si avrà modo di esplicitare nell'ambito del capitolo dedicato specificamente allo studio delle politiche infrastrutturali e all'azione della Comunità, nell'ottica della realizzazione del mercato unico è dedicato alle reti trans europee il titolo XV del Trattato CE, rubricato "Reti trans europee", introdotto dal Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992. Tra i compiti della Comunità, dunque, il legislatore ne individua, all'art. 154, paragrafi 1 e 2, uno specifico, ossia quello di concorrere allo sviluppo delle reti trans europee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia, al fine di favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti nazionali nonché l'accesso a tali reti.

Pur lasciando agli Stati membri la libertà di individuare gli strumenti più confacenti al raggiungimento degli obiettivi indicati¹⁰², si può ritenere che l'azione della Comunità, andando oltre la mera prescrizione di misure regolatorie, tenda alla creazione di un mercato europeo dei servizi a rete¹⁰³.

L'istituzione delle autorità di regolazione preposte alla tutela degli interessi generali di un determinato settore economico e alla promozione della concorrenza in quel medesimo settore segna l'innovazione più

¹⁰¹ Sul rapporto tra servizi a rete e monopolio naturale, G. CERVIGNI – M. D'ANTONI, *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Roma, 2001; M. POLO – F. DENOZZA, *Le reti*, in AA.VV., *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, (a cura di) E. BRUTI LIBERATI – M. FORTIS, Bologna, 2001, 41 ss.

¹⁰² E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete*, cit., XV ss. "Ciascuno Stato membro della Comunità Europea ha risposto traducendo quelle indicazioni all'interno di sistemi istituzionali che sono e rimangono diversi".

¹⁰³ In tal senso, A. ROMANO, *Amministrazione, legalità ed ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 141.

dirompente nell'assetto istituzionale interno¹⁰⁴, nonché il passaggio chiave per completare la transizione dallo Stato imprenditore, erogatore diretto o indiretto di beni e servizi, allo Stato regolatore¹⁰⁵, assumendo il ruolo di figure organizzative tipiche della funzione di regolazione dei settori economici¹⁰⁶.

La regolazione amministrativa relativa ai servizi di pubblica utilità, segnatamente dei servizi a rete, è finalizzata a garantire il corretto ed efficiente funzionamento di un dato settore economico, mediante un complesso articolato di funzioni e di poteri che vanno dalla formulazione delle norme giuridiche alla loro applicazione in concreto sulla base di un contemperamento di più interessi e valori in conflitto.¹⁰⁷

In particolare, l'assetto di regolazione dei settori di pubblica utilità deve contemperare l'obiettivo di instaurare un regime concorrenziale nei mercati di riferimento con la garanzia e la salvaguardia degli interessi pubblici loro sottesi.

5.1. Gli istituti giuridici fondamentali dei servizi a rete.

L'introduzione di regole pro concorrenziali in settori già sottoposti a regime di monopolio pubblico o di riserva legale, incontra un limite nell'adempimento della specifica *missione* che l'ordinamento assegna alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

In tal senso, l'art. 86, paragrafo 2, del Trattato CE, di cui si dirà ampiamente in seguito, introduce un temperamento alle regole di

¹⁰⁴ Sul ruolo delle autorità nei processi di privatizzazione e liberalizzazione, F. VETRO', *cit.*, 62 ss.

¹⁰⁵ A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000. Specificamente, sul settore energetico, G.G. GENTILE, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 2001, 429; R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007; V. RICCIUTO, *Lo Stato committente. Lo Stato regolatore, ibidem*, XXXIX.

¹⁰⁶ Si veda anche G. AMATO, *Autorità semiindipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1997, 65 ss. Sulla nozione di regolazione, G. TESAURO – M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

¹⁰⁷ Sulla nuova concezione della nozione di regolazione, intesa non più solo come programmazione dell'attività economica, si veda L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

concorrenza, nella misura in cui l'applicazione di dette regole si riveli d'ostacolo al perseguimento dell'interesse pubblico cui soggiacciono quelle imprese, pubbliche o private, operanti in settori industriali o commerciali la cui promozione compete allo Stato sulla base di una valutazione di interesse per la collettività.

Testualmente, l'art. 86, paragrafo 2, recita quanto segue: *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

La norma citata individua e perimetra, perciò, un'area di esenzione all'interno della quale attecchisce la nozione di servizio pubblico e quella di servizio universale¹⁰⁸, riferita a quelle attività economiche che, in quanto sottoposte ai processi di liberalizzazione, vengono svolte in regime di concorrenza e dunque cessano di soggiacere ai regimi di monopolio o di riserva.

L'individuazione del servizio pubblico, posto che si tratta di nozione dinamica e mutevole¹⁰⁹, risulta dall'evoluzione di due elementi, l'uno relativo al mercato e alle condizioni economiche date in un determinato contesto storico-politico, l'altro riconducibile ad una valutazione politica di afferenza di dette attività economico-sociali a bisogni sociali della collettività ritenuti di pubblica utilità¹¹⁰.

La presenza di finalità di pubblico interesse, che configura positivamente obblighi di servizio pubblico in un dato settore economico, fonda la fattispecie di servizio pubblico, a prescindere dalla quantità e dall'incidenza di tali obblighi. Tale conclusione appare tanto più evidente allorché l'imposizione di detti obblighi inerisca attività economiche per

¹⁰⁸ E' l'opinione di G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., XI, secondo il quale *“la nozione di servizio universale costituisce la tipologia più rilevante di obbligo di servizio pubblico”*.

¹⁰⁹ F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, 1970, 220.

¹¹⁰ Cfr. Libro Bianco sui servizi di interesse generale (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 12 maggio 2004, COM (2004) 374, p. 5). *“L'erogazione dei servizi di interesse generale può essere organizzata in collaborazione con il settore privato o affidata a imprese pubbliche o private. Per contro, la definizione degli obblighi e delle funzioni del servizio pubblico spetta alle autorità pubbliche ai relativi livelli di competenze.”*

il cui esercizio sia essenziale la presenza e l'utilizzo di un bene pubblico che, in quanto tale, è nella titolarità dei pubblici poteri, e ciò a prescindere dalla possibilità che la sua gestione avvenga da parte di un soggetto privato.

Ciò che rileva, in altri termini, non è il regime proprietario dell'infrastruttura, bensì la finalizzazione pubblica della stessa con riferimento alle regole di gestione sottese allo svolgimento delle attività economiche ritenute di interesse pubblico.

L'imposizione di obblighi di servizio pubblico incide, ovviamente, sulle dinamiche di mercato, limitando la discrezionalità delle scelte imprenditoriali ed orientandone gli esiti allocativi in ragione della rilevanza sociale dei servizi erogati.

Nel settore dei servizi ad infrastruttura di rete, l'imposizione di obblighi di servizio pubblico rappresenta il tratto caratterizzante della dogmatica relativa ai servizi pubblici, e ciò a prescindere dalle modalità di gestione degli stessi e dalla natura, pubblica o privata, del soggetto titolare della rete o della gestione del servizio.

5.2. *Il Servizio universale.*

Tra gli obblighi di servizio pubblico afferenti alle misure di regolazione assume rilievo preminente¹¹¹ quello afferente al cd. servizio universale¹¹², ossia all'imposizione in capo all'operatore del mercato del servizio a rete di rendere quei servizi — definiti pubblici in forza di una valutazione politica *ex ante* — a determinati standard qualitativi, disponibili a tutti gli utenti, a prescindere dalla loro ubicazione geografica, ad un prezzo accessibile.

Il complesso di obblighi enunciato determina oneri in capo agli operatori economici operanti nei settori a rete e, sinallagmaticamente, fanno

¹¹¹ E' l'opinione unanime della dottrina. Per tutti, M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione concorrenza*, Bologna, 2000, 184.

¹¹² La prima definizione normativa positiva di "servizio universale" si rinviene nell'art. 1, c. 1, lett. z), DPR 19 settembre 1997, n. 317, di attuazione delle direttive comunitarie in tema di servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, laddove il legislatore parla di un "insieme minimo definito di servizi di determinate qualità, disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo accessibile".

sorgere il diritto in capo alla generalità degli utenti di godere il diritto sociale alla fruizione di quei determinati beni e servizi.¹¹³

Se l'aggancio positivo comunitario della nozione di servizio universale è ricondotto proprio alla norma di cui all'art. 16 Trattato CE¹¹⁴, a livello ordinamentale interno il fondamento giuridico costituzionale della nozione e della disciplina può essere ricondotto alle norme costituzionali di cui all'art. 41, nella parte in cui fa riferimento all'utilità sociale ed ai principi di libertà dell'iniziativa economica privata, nonché degli artt. 31, 32, 34 e 38, nella parte in cui apprestano una tutela costituzionale a determinate categorie di soggetti, nonché più recentemente dagli artt. 117, comma 2, lett. m), nella parte in cui compare il riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, all'119, comma 5 e 120, comma 2.¹¹⁵

L'applicazione in concreto del principio di universalità determina, dunque, una compressione della libertà di iniziativa economica privata nel contesto concorrenziale dei mercati liberalizzati, così da svilire il principio stesso e le finalità dei processi di apertura al mercato. Tuttavia, è proprio il soddisfacimento delle finalità pubbliche sottese all'imposizione degli obblighi di servizio pubblico — segnatamente, del principio universale- a giustificare e a rendere compatibili tali limitazioni con l'impianto complessivo del mercato dei servizi a rete.

Il rischio che il naturale esito allocativo del mercato, nel concentrare l'offerta del servizio soltanto sulla parte lucrativa della domanda, si da non assolvere all'obiettivo di politica economica e sociale di garantire alla generalità degli utenti o di categorie di utenti la fruizione degli stessi, impone ai poteri pubblici di porre in essere interventi correttivi sulla struttura e sul funzionamento del mercato mediante atti conformativi del mercato stesso che si esplicano sui parametri della quantità, qualità ed articolazione del servizio.

¹¹³ I fondamenti giuridici della nozione si rinvengono negli artt. 86, paragrafo 2, 16 e 158 (promozione della coesione sociale) Trattato CE.

¹¹⁴ Cfr. Articolo 16 “Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti.” In tal senso, F. MERUSI, op. cit., 87.

¹¹⁵ Ampiamente in G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., 254;

L'attuazione in concreto del principio di universalità si snoda, dunque, su di un duplice ordine di questioni che attengono sia alla garanzia dell'accesso degli utenti finali ai servizi, che alla compensazione finanziaria, in favore degli operatori economici, per l'erogazione non remunerativa degli stessi.

Rispetto a tale ultimo profilo, l'ordinamento comunitario non pone un vincolo preciso all'articolazione in concreto del principio universale, demandandone, ai sensi dell'art. 86, paragrafo 2, la relativa scelta ai singoli Stati membri¹¹⁶: ad essi spetta sia la valutazione sull'*an* sia sull'articolazione del servizio a livello di sostenibilità e di modalità qualitative e quantitative.

Le modalità in cui si articola la compensazione sono riconducibili a tre modelli principali. Il modello del cd. "calcolo combinato di servizi", in forza del quale ad un operatore viene attribuito un diritto esclusivo su un determinato servizio — ad esso, appunto, riservato- dal cui profitto si trae la compensazione delle perdite conseguenti all'esercizio di quello non remunerativo.

Il secondo modello, definito "dell'acquisto", prevede che sia la pubblica amministrazione ad acquistare le prestazioni necessarie all'adempimento dell'universalità.

Infine, il modello del "fondo", costituito dalle quote che ciascun operatore in concorrenza versa e a cui attinge il fornitore del servizio universale a titolo di compenso per i servizi non remunerativi¹¹⁷.

5.3. Il diritto di accesso alla rete.

Accanto al servizio universale, l'obbligo di consentire l'accesso alla rete rappresenta un ulteriore fondamentale obbligo di servizio pubblico nella dogmatica dei servizi a rete.

¹¹⁶ Per uno studio comparato tra l'ordinamento nazionale e quello tedesco, G. HERMES, *Il servizio universale in Germania*, in AA.VV., *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, 140.

¹¹⁷ I tre modelli sono ampiamente descritti e commentati da G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., 354.

Una compiuta liberalizzazione dei suddetti mercati richiede, infatti, che l'ordinamento prescriva e garantisca la realizzazione delle condizioni per l'accesso all'infrastruttura in condizioni di monopolio naturale sia degli utenti che degli operatori economici in concorrenza.

Il tema dell'accesso alla rete si pone come punto centrale e snodo strutturale nella transizione dall'assetto monopolistico di un dato settore, ove si registra per definizione l'integrazione tra le attività di gestione della rete e quella di erogazione del servizio, a quello concorrenziale di libero mercato. Valga qui solo il richiamo al principio ispiratore di ogni disciplina di liberalizzazione dei servizi a rete, consistente appunto nella separazione strutturale e concettuale, dunque tradotta in disciplina positiva, tra i segmenti industriali delle attività caratterizzate da condizioni di monopolio che rendono diseconomica la duplicazione dell'infrastruttura e che pertanto necessitano di una regolazione compiuta, e quelli nei quali ben può esplicarsi una concorrenza tra operatori¹¹⁸.

Perché possa instaurarsi un regime concorrenziale nei servizi a rete, è necessario infatti che ciascun operatore disponga di una infrastruttura di rete propria, ovvero, nei casi in cui la persistenza di condizioni di monopolio naturale renda impossibile la duplicazione, che il quadro di regolazione definisca le modalità di accesso alle reti esistenti e la specificazione, diversa da settore a settore anche in ragione delle caratteristiche tecnologiche della rete considerata, del regime proprietario degli *assets*. La regolazione dell'accesso, dunque, produce l'effetto (o per lo meno tende all'obiettivo) di sterilizzare la posizione dominante dell'incumbent, e gli effetti distorsivi sulla concorrenza che esso determina in quanto proprietario o in grado comunque di controllare la rete, ostacolando l'accesso alla rete da parte dei concorrenti.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia¹¹⁹, il diniego di accesso ad infrastrutture essenziali, qualora non suffragato da una

¹¹⁸ Una completa indagine delle normative di liberalizzazione dei diversi settori dei servizi a rete, in G. TELESE, *La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture: aspetti generali*, in L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, 169.

¹¹⁹ *Leading case*, sulla configurazione dell'abuso ex art. 82 Tr. CE, CGCE 3 ottobre 1985, causa 311/84, *SA Centre belge c. SA CLT e SA IPB*, in *Raccolta*, 3261.

adeguata giustificazione, quale la insufficiente capacità dell'infrastruttura, ricade tra i comportamenti sanzionabili ex art. 82 Trattato CE¹²⁰.

E ciò in quanto al di fuori di un quadro regolatorio in grado di consentire e garantire l'accesso alla rete ben difficilmente potrà realizzarsi una effettiva concorrenza a monte e a valle delle fasi della filiera e, dunque, la piena realizzazione dell'interesse pubblico sotteso all'erogazione del servizio.¹²¹

L'accesso alla rete si declina in un rapporto giuridico, intercorrente tra gestore della stessa e utente che vi accede, configurato alla stregua di un "obbligo di contrarre"¹²² in capo al primo, allorché il secondo ne richieda l'accesso o l'interconnessione, compatibile con le condizioni tecniche ed economiche definite *ex ante*, e dunque dietro versamento di un corrispettivo, definito in via amministrativa, al pari delle stesse condizioni tecnico-economiche di accesso, da parte delle autorità di regolazione nel rispetto dei principi generali di parità di trattamento, non discriminazione e di concorrenza tra operatori economici¹²³.

¹²⁰ Cfr. art. 82 Trattato CE. "È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi."

¹²¹ Sul punto, ampiamente, F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Relazione al convegno "Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, Firenze, Palazzo Incontri, 5 maggio 2006, Fondazione Cesifin Alberto Predieri.

¹²² Così F. VETRO', *cit.*, 78.

¹²³ Nel caso di servizi pubblici locali per i quali non sia prevista un'autorità di regolazione, come accade per il servizio idrico, i rifiuti, il trasporto pubblico locale, la definizione del corrispettivo è demandata all'ente territoriale, in sede di contratti di servizio tra ente locale e gestore, sulla base delle linee guida contenute nella delibera CIPE 24 aprile 1996, recante "Linee guida alla regolazione dei servizi di pubblica utilità", in GU 22 maggio 1996, n. 118.

6. I servizi di interesse economico generale.

L'espressione "servizi di interesse generale" riguarda sia servizi di mercato sia quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e dunque assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

Tale locuzione non compare nel Trattato CE, ma è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "servizi di interesse economico generale", utilizzata negli articoli 16 e 86, paragrafo 2, del Trattato e riferita, pur in assenza di una definizione positiva specifica, a servizi "di mercato", dunque a rilevanza economica, in particolare afferenti alle grandi industrie di rete quali trasporti, servizi postali, energia e telecomunicazioni; ovvero anche non di rete, quali parcheggi e rifiuti, sottoposti, allo stesso modo dei primi, dagli Stati membri o dalla stessa Comunità a puntuali obblighi di servizio pubblico.

Il Trattato CE si occupa esclusivamente di attività economiche, dunque dei servizi di interesse economico generale, di talché la distinzione tra servizi di interesse generale economici e non economici ne delimita il campo di applicazione¹²⁴.

Per servizi di interesse economico generale si intende qualsiasi attività economica che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a puntuali obblighi di servizio pubblico¹²⁵. In tal senso, gli obblighi di servizio pubblico, ossia i requisiti cui i pubblici poteri assoggettano le descritte attività economiche onde garantire il conseguimento di taluni obiettivi di interesse generale, soprattutto allorquando ci si confronti con una situazione di fallimento del mercato¹²⁶,

¹²⁴ Sul punto, si veda da ultimo il Libro Verde sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione europea, 21 maggio 2003, COM (2003)270, punto 32: "i servizi di interesse generale di natura non economica (...) non sono soggetti a norme comunitarie specifiche né alle norme del Trattato sul mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di Stato". Si veda anche il successivo punto 43, ove è sancito che "la distinzione tra servizi di natura economica e servizi di natura non economica è importante (in quanto) la libertà di fornire servizi, il diritto di stabilimento, le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato si applicano soltanto alle attività economiche".

¹²⁵ Per una trattazione enciclopedica della nozione comunitaria, L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2007, 1793.

¹²⁶ Relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken, 17 ottobre 2001, COM (2001)598, relativo a "servizi di interesse generale", al punto 3 è specificato che "ove il mercato non riesca a conseguire obiettivi socialmente desiderabili e fornisca servizi in

risultano il tratto caratterizzante nonché l'elemento costitutivo della nozione medesima.

Il diritto comunitario non contempla l'espressione "servizio pubblico"¹²⁷, e ciò sia in quanto esso preferisce formulazioni più elastiche e flessibili per consentirne l'applicazione generalizzata all'interno di ciascuno degli ordinamenti dei singoli Stati membri che, al contrario, l'eterogeneità dogmatica della nozione avrebbe reso difficile; sia per lasciare margini di autonomia agli Stati membri di poter identificare i servizi di interesse economico generale e definirne l'organizzazione e le modalità di gestione.

La dottrina si è ampiamente soffermata ad indagare la corrispondenza tra la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale e la nozione italiana di servizio pubblico, rilevando, tuttavia non senza eccezioni, una maggiore aderenza con l'accezione soggettiva della nozione proprio per la rilevanza, ai fini della qualificazione di servizio pubblico, degli interessi pubblici per il cui perseguimento i pubblici poteri assoggettano tali attività economiche a specifici obblighi¹²⁸.

Orbene, ai fini della presente trattazione, ben più rilevante rispetto all'indagine sull'accezione oggettiva o soggettiva, risulta quella in ordine alla rilevanza o non rilevanza economica dei servizi considerati. Come anticipato, infatti, questi ultimi sono esclusi dall'ambito di applicazione del Trattato CE in materia di mercato interno, concorrenza, aiuti di Stato, che trovano dunque applicazione alle sole attività economiche.

misura insufficiente, può essere necessario l'intervento del settore pubblico, trattandosi per l'appunto di intervento del settore pubblico in caso di fallimento del mercato".

¹²⁷ Si veda il Libro Verde sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione europea, 21 maggio 2003, COM (2003)270, punto 19: "Le espressioni "servizio di interesse generale" e "servizio di interesse economico generale" non devono essere confuse con il termine "servizio pubblico". Quest'ultimo ha contorni meno netti: può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio".

¹²⁸ Per una ricostruzione esaustiva delle diverse voci dottrinali che hanno animato tale dibattito, si veda L. BERTONAZZI R. e VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2007, 1804; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006, 30; E. PICOZZA, *I servizi pubblici locali e le loro forme di gestione, con riguardo al regime di diritto comunitario, nazionale e regionale*, in *Nuova rass.*, 1995, 1005; N. RANGONE, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 433; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2005, 86; G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2000, 125.

Posto che la natura economica dei servizi sussiste allorché si tratti di attività che implicano l'offerta di beni e servizi su un dato mercato, la distinzione tra tali attività presenta un carattere dinamico e non statico ed immutabile, e ciò sia per le fisiologiche evoluzioni tecnologiche e socio economiche cui sono sottoposte, sia perché la loro individuazione è rimessa agli Stati membri.

L'art. 16 del Trattato CE, introdotto dal Trattato di Amsterdam del 1997, stabilisce quanto segue: *“fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti”*¹²⁹.

In tal senso, i servizi di interesse economico generale assurgono a valori comuni dell'Unione stante il loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale.¹³⁰

La nozione di servizi d'interesse economico generale ricorre altresì nell'art. 86, paragrafo 2, del Trattato CE, nella parte in cui dispone che *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.”*

¹²⁹ Sul punto, ampiamente N. RANGONE, *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn.dir.amm.*, 1997, 386; D. SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001, 371; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2003, 96; D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU- P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza e diritti*, Milano, 2001, 154.

¹³⁰ In tal senso, art. 36 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata nel Consiglio europeo di Nizza del 2000: *“al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea. Cfr. anche Libro Verde, punti 2, 3.3.*

La disposizione in questione definisce un punto di equilibrio tra la sottoposizione delle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale alle norme del Trattato, in particolare di quelle in materia di concorrenza, mercato interno e aiuti di Stato, e l'interesse generale a che venga adempiuta "la specifica missione loro affidata", rilevando in tal senso come parametro per valutare la compatibilità comunitaria della scelta del legislatore nazionale di assoggettarla ad obblighi di servizio pubblico; quella connessa a forme di compensazione finanziaria agli operatori incaricati della gestione dei costi associati al loro adempimento, nonché, infine, la compatibilità rispetto all'ordinamento comunitario rispetto ad accordi o pratiche poste in essere dall'impresa incaricata della gestione del servizio d'interesse economico generale.

Nella Comunicazione del 20 settembre 2000, la Commissione ha enucleato tre principi fondamentali che sono alla base dell'applicazione dell'art. 86, paragrafo 2.

In primo luogo la "neutralità", riferita alla proprietà pubblica o privata delle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse generale¹³¹, rispetto alla quale il diritto comunitario non impone in alcun modo di privatizzare le imprese pubbliche, lasciando impregiudicato il regime di proprietà esistente nei singoli stati membri, rilevando unicamente il loro assoggettamento agli obblighi di servizio pubblico.

In secondo luogo, la "libertà di definizione", per tale intendendosi l'autonomia degli Stati membri rispetto alla definizione di cosa debba considerarsi servizio di interesse economico generale, alle modalità di gestione e di erogazione, ivi inclusa la definizione dei meccanismi di compensazione finanziaria dei costi associati all'adempimento degli oneri di servizio pubblico.

Infine, il criterio della proporzionalità, in forza del quale le disposizioni del Trattato in materia di concorrenza, mercato interno ed aiuti di Stato non eccedano quanto strettamente necessario a garantire l'adempimento delle specifiche missioni di servizio pubblico, restando nell'ambito della necessità

¹³¹ Art. 295 Trattato CE.

ed adeguatezza delle misure stesse, la cui vigilanza spetta comunque alla Commissione¹³².

6.1. Riparto di competenze tra Comunità europea e Stati membri nel settore dei servizi d'interesse economico generale.

L'ordinamento comunitario disciplina i servizi di interesse generale, coerentemente con il principio di sussidiarietà, secondo livelli diversi di intervento e mediante strumenti differenti.

Al riguardo, si distinguono tre tipologie di servizi¹³³:

- a. servizi forniti dalle grandi industrie di rete, dalle telecomunicazioni ai servizi postali, dall'energia ai trasporti, oggetto di interventi comunitari finalizzati ad armonizzare le legislazioni nazionali nel solco della graduale liberalizzazione dei mercati e dell'implementazione degli standard minimi connessi agli obblighi di servizio pubblico;
- b. servizi di interesse economico generale non ricompresi nei servizi a rete, quali la gestione dei rifiuti, il servizio di approvvigionamento idrico, la radiodiffusione, rispetto ai quali il legislatore comunitario non è intervenuto con normative di settore lasciando che per essi si applichino le norme ed i principi generali del Trattato in materia di mercato interno, concorrenza e aiuti di Stato;
- c. i servizi non economici, che esulano dall'ambito di applicazione delle norme del Trattato e non sono neppure oggetto di normative di diritto derivato, rientrando tra le responsabilità nazionali, regionali e locali¹³⁴.

Nell'ambito dei servizi di interesse generale non riconducibili alle grandi industrie di rete, dunque, ferme restando le competenze della Comunità in materia di concorrenza, mercato interno, aiuti di Stato, libera circolazione, spetta agli Stati membri il compito di fissare gli obiettivi di

¹³² Art. 86, par. 3, Trattato CE.

¹³³ Cfr. Libro Verde, cit., punto 32.

¹³⁴ Punto 31 Libro Verde. Se è vero che il diritto comunitario in materia di concorrenza si applica solo quando le attività in questione siano di natura tale da influire sugli scambi tra Stati membri, occorre tuttavia segnalare che a tali attività si applicano tutte quelle norme comunitarie che incidono comunque sugli scambi intracomunitari, come il principio di non discriminazione ed il principio di libera circolazione delle persone.

interesse pubblico nonché gli obblighi di servizio pubblico afferenti, ivi incluse le modalità organizzative e di gestione del servizio¹³⁵.

Nel recepire le direttive, gli Stati membri possono, salvo che sia espressamente disposto in senso contrario, imprimere maggiore o minore intensità tanto ai processi di liberalizzazione innescati a livello comunitario, quanto alla configurazione degli standard connessi agli obblighi di servizio pubblico. Le misure nazionali, libere di espandersi entro il perimetro tracciato dal legislatore comunitario, risultano in ogni caso sottoposte al controllo delle istituzioni comunitarie, in particolare rispetto alla compatibilità delle stesse con l'art. 86, paragrafo 2, del Trattato CE.

Lo stesso art. 16 del Trattato CE, nel delineare una condivisione di responsabilità tra la Comunità e gli Stati, affida proprio ad entrambi secondo le rispettive competenze e nell'ambito di applicazione del Trattato, il compito di definire politiche che consentano agli operatori di servizi di interesse generale di assolvere i mandati di servizio pubblico loro assegnati.

In altri termini, i servizi di interesse economico generale sono concepiti come oggetto di intervento attivo dei pubblici poteri comunitari e nazionali non più soltanto quale eccezione alla disciplina della concorrenza, bensì disciplinati in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti, anche mediante la disciplina delle compensazioni finanziarie dei costi supplementari associati all'adempimento di specifici mandati di servizio pubblico e delle condizioni della loro compatibilità con le norme comunitarie in materia di aiuti di Stato.¹³⁶

6.2. Regolazione, servizi d'interesse economico generale e forme di compensazioni finanziarie degli oneri di servizio pubblico.

La nozione di obbligo di servizio pubblico si configura quale punto di equilibrio tra gli effetti pro concorrenziali delle normative di

¹³⁵ Libro Verde, cit., punto 31. "Spetta primariamente alle autorità competenti a livello nazionale, regionale e locale definire, organizzare, finanziare e monitorare i servizi di interesse generale".

¹³⁶ Diffusamente, sul ruolo dei poteri pubblici comunitari e nazionali, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 237.

liberalizzazione e l'interesse pubblico di accrescere o comunque di garantire la qualità e l'universalità dei servizi erogati agli utenti finali.

La misure di regolazione connesse alle politiche di liberalizzazione tendono a configurare il modello della concorrenza nel mercato, sul presupposto che la competizione di più soggetti in un assetto autenticamente concorrenziale accresca la qualità dei servizi ed incida positivamente anche sulle dinamiche dei prezzi.

Orbene, il modello del servizio pubblico presuppone che una data attività si collochi al di fuori del mercato in ragione della inidoneità — geografica, merceologica od economica in termini di remunerazione- di quest'ultimo a garantire prestazioni soddisfacenti. Il fallimento del mercato induce dunque i pubblici poteri, in seguito ad un apprezzamento di utilità sociale del servizio, ad assumerne la responsabilità e, dunque, l'organizzazione ai fini dell'erogazione agli utenti finali, sia direttamente — come avveniva in passato- sia mediante le diverse forme di gestione e modalità di esternalizzazione.

Con riferimento ai servizi connessi alle grandi industrie di rete, la compatibilità tra servizi di interesse economico generale e normative di liberalizzazione presuppone dunque una valutazione di carattere tecnico politico afferente alla individuazione, da un lato, dei segmenti industriali oggetto di misure di regolazione, dall'altro delle attività collocate fuori dal mercato ed asseverate ai canoni del servizio pubblico.

In altri termini, il metodo del servizio pubblico e quello della regolazione costituiscono due risposte differenti e tra loro alternative che le autorità pubbliche apprestano ad un dato mercato, in funzione che esso sia per nulla o non sufficientemente concorrenziale.

In tal senso, i segmenti del settore liberalizzati, in quanto oggetto di regolazione, non danno luogo a servizi di interesse economico generale, al contrario di quei segmenti delle attività sottratti al mercato, dunque non liberalizzati, che identificano i servizi di interesse economico generale.

Laddove i pubblici servizi identificano obiettivi di interesse pubblico, per il cui soddisfacimento non si può che ottemperare a specifici obblighi di servizio pubblico peraltro tali da rendere antieconomica l'intrapresa della stessa attività, tale attività è posta fuori dal mercato e si è in presenza di un

servizio d'interesse economico generale, la cui erogazione a favore della collettività è doverosamente organizzata dall'amministrazione competente che, in genere, ne affida l'erogazione ad un'impresa terza, cui conferisce un diritto esclusivo per un determinato periodo di tempo¹³⁷.

Posto che la legittimazione a conferire un diritto esclusivo derogatorio rispetto al regime della concorrenza si giustifica sulla base della non remuneratività del servizio stesso conseguente agli eccessivi oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, l'ordinamento attiva forme di compensazione finanziaria per ripristinare l'equilibrio economico finanziario del gestore. In linea generale, proprio l'assoggettamento di una data attività ad obblighi di servizio pubblico vale a configurare la stessa attività come d'interesse economico generale.

L'art. 86, paragrafo 2, nel formulare la previsione che i costi aggiuntivi sostenuti dai fornitori per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico siano compensati con idonee misure finanziarie, non prospetta un modello unitario di compensazione, lasciando agli Stati membri la definizione e la specificazione del tipo di sostegno¹³⁸.

¹³⁷ Ampiamente sul punto, L. BERTONAZZI R. e VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2007, 1822 ss. “*In definitiva non pare corretto assumere che la nozione di obbligo di servizio pubblico serva a conciliare la liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale con l'obiettivo di mantenere alta la qualità dei servizi e capillare la loro diffusione, in quanto: a) liberalizzazione e servizi di interesse economico generale sono termini che si escludono a vicenda, in quanto dove c'è liberalizzazione c'è mercato regolato e dove c'è servizio d'interesse economico generale non c'è liberalizzazione ma attività sottratta al mercato, salva l'attivazione di una forma di concorrenza per il mercato ai fini dell'affidamento della gestione del servizio; b) l'obiettivo di mantenere o di accrescere la qualità del servizio e la capillarità della loro diffusione viene conseguito creando aree di servizio di interesse economico generale, al riparo dalla liberalizzazione.*”

¹³⁸ Un'analisi completa delle disposizioni di cui all'art. 86 Trattato CE in A. BARRECA, *L'art. 86 Trattato CE: origini e scopi perseguiti*, in www.amministrazioneincammnino.luiss.it. “*L'art. 86.2, quindi, riconosce la potestà degli Stati di disciplinare e organizzare in autonomia i servizi pubblici di carattere commerciale, ma stabilisce una ulteriore regola di raccordo con gli obblighi comunitari secondo cui le imprese a ciò consacrate sono tenute al rispetto di tutti gli obblighi che discendono dal Trattato, salvo che la missione di servizio pubblico ad esse affidata esiga particolari deroghe. Va detto che l'aspetto dell'applicazione a tali imprese delle norme del Trattato sulla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali è stato in realtà poco approfondito e raramente oggetto di esame della Corte. Più frequentemente l'art. 86.2 è stato applicato "in congiunzione con il paragrafo 1", per verificare se la missione specifica di servizio pubblico potesse giustificare il mantenimento, nei confronti delle imprese incaricate di tali servizi (che sono normalmente imprese pubbliche o titolari di esclusive o riserve), di "misure" statali altrimenti incompatibili ai sensi dell'art. 86.1. Si è obiettato che sarebbe assurdo sottomettere le imprese che gestiscono un servizio di interesse economico generale a regole ancora più restrittive di quelle imposte alle imprese private o agli Stati. A questo riguardo va detto però che se, da un lato, queste imprese sono obbligate a*

Questo può assumere diverse forme, tra le quali misure di sostegno diretto rinvenienti dai bilanci pubblici, sia direttamente a mezzo di cofinanziamento che indirettamente mediante misure di fiscalità di vantaggio; concessione di diritti speciali o esclusivi, quali l'attribuzione di un monopolio legale¹³⁹; contributi versati dagli operatori di un dato mercato per compensare gli oneri di servizio pubblico¹⁴⁰.

Pertanto, la compressione dell'ambito di applicazione delle norme in materia di concorrenza, segnatamente nell'ipotesi di attribuzione di monopoli legali, risulta compatibile con l'ordinamento comunitario intanto in quanto e soltanto in quanto risulti strettamente necessario a garantire l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, per definizione aventi ad oggetto attività non remunerative¹⁴¹. E ciò sebbene la disposizione di cui all'art. 87, paragrafo 1, non distingue gli interventi a seconda della loro

rispettare tutte le norme del Trattato, ed in particolare quelle sulla concorrenza, dall'altro lato questi stessi obblighi sono suscettibili di larghe possibilità di eccezioni che ne limitano considerevolmente la portata e l'estensione. La nozione di "servizio di interesse economico generale", come si vedrà successivamente, è di accezione necessariamente ampia.

A porre un limite o una sfera massima di estensione al regime speciale di cui potrebbero godere tali imprese interviene il disposto dell'ultima frase dell'art. 86.2: "lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità". Questa "precisazione", che il legislatore comunitario ha voluto inserire alla fine del secondo paragrafo, contiene un "une double limite", infatti da una parte è soltanto uno degli interessi della Comunità ad essere tutelato (lo sviluppo degli scambi) dall'altro, lo stesso sviluppo degli scambi è protetto nella misura in cui l'applicazione di tali eccezioni non provochi un pregiudizio agli "interessi della Comunità". Tuttavia ciò implica, come conseguenza, la possibilità di compromettere lo sviluppo degli scambi in una misura non contraria agli interessi della Comunità".

¹³⁹ Al riguardo la Corte di Giustizia ha stabilito quanto segue: "l'art. 86, paragrafo 2, del Trattato, consente agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi" (CGCE, 17 maggio 1993, 320/91, Corbeau)

¹⁴⁰ Sulle conseguenze di tale impostazione, in termini di rischio che i maggiori costi sostenuti dalle imprese si trasferiscano sugli utenti finali, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 397 ss. V. art. 13, direttiva 2002/22/CE del Parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

¹⁴¹ Comunicazione della Commissione 20 settembre 2000. "Per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico possono ma non necessariamente devono essere concessi diritti speciali o esclusivi, o anche essere disposti specifici meccanismi di finanziamento (punto 14). "per l'esecuzione degli obblighi di servizio pubblico la concessione di diritti speciali o esclusivi può conciliarsi anche con il diritto della concorrenza, come pure possono essere disposti meccanismi di finanziamento per l'esecuzione di obblighi supplementari"(punto 27 della Risoluzione sulla Comunicazione).

causa o del loro scopo bensì unicamente in funzione dell'effetto di attribuire un vantaggio finanziario ad una determinata impresa¹⁴².

La giurisprudenza comunitaria ha via via chiarito ed esplicitato l'orientamento in materia di configurabilità della fattispecie di aiuti di Stato.

Orbene, la compensazione sfugge al divieto di aiuti di Stato a condizione che sia esattamente commisurata "al costo supplementare generato dall'adempimento della missione particolare incombente all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale e che la concessione dell'aiuto di riveli necessaria affinché la suddetta impresa possa garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico ad essa imposti in condizioni di equilibrio economico; (...) l'esame riguardante la necessità dell'aiuto implica una valutazione globale delle condizioni economiche in cui l'impresa di cui trattasi svolge le attività proprie del settore ad essa riservato in esclusiva, senza tener conto degli eventuali benefici che essa può trarre dai settori aperti alla concorrenza¹⁴³".

In talune ipotesi, inoltre, al ricorrere di talune condizioni la compensazione dei costi connessi all'adempimento di specifici obblighi di servizio pubblico non costituisce in radice aiuto di Stato¹⁴⁴.

Per contro, l'intervento statale che non soddisfi le citate condizioni configura la fattispecie di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, paragrafo 1, e dunque grava sull'amministrazione l'obbligo di procedere alla notifica preventiva del progetto alla Commissione.

Le condizioni al ricorrere delle quali è esclusa la configurazione dell'aiuto di Stato possono essere così riassunte: l'impresa beneficiaria deve effettivamente essere incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro a livello normativo ovvero nelle disposizioni della concessione o del contratto di servizio; la compensazione deve quantificarsi secondo parametri predefiniti

¹⁴² Sul carattere obiettivo della nozione di aiuto di Stato, cfr. Trib. Primo grado, 10 maggio 2000, T-46/97, punto 83. "La nozione di aiuto di Stato è una nozione obiettiva in funzione soltanto della questione se una misura statale conferisca o meno un vantaggio ad una o a talune imprese."

¹⁴³ Trib. Primo grado, 27 febbraio 1997, T-106/95 FFSA, in Racc. 1997, II, 229.

¹⁴⁴ Leading case della fattispecie, CGCE, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark Trans*. "Un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro la concorrenza."(punto 87).

in modo obiettivo e trasparente e tali comunque da non costituire un ingiustificato vantaggio economico rispetto alle imprese concorrenti; la misura della compensazione, al netto della somma necessaria a coprire i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, deve includere un margine di utile ragionevole per l'impresa erogatrice; nell'ipotesi in cui la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura trasparente e non discriminatoria tesa anche ad ottenere il servizio al minor costo, il livello della compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per detti obblighi¹⁴⁵.

6.3. *Servizi d'interesse economico generale: uno statuto a livello comunitario.*

Dall'analisi delle vigenti normative e della giurisprudenza comunitaria in materia di servizi di interesse economico generale è possibile enucleare una serie di istituti comuni che ne delineano, seppur induttivamente, uno statuto generale a livello comunitario: il servizio universale, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe, la tutela degli utenti¹⁴⁶.

Chiarito, dunque, che l'ordinamento comunitario affida agli Stati membri il compito di fissare gli obiettivi di interesse pubblico nonché gli obblighi di servizio pubblico afferenti, ivi incluse le modalità organizzative e di gestione del servizio, e che le norme di diritto primario fissano taluni

¹⁴⁵ CGCE, *Altmark Trans*, cit. punti 89-93. Per un'analisi completa dei parametri comunitari, normativi e giurisprudenziali, relativi alla definizione della misura della compensazione, L. BERTONAZZI R. e VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2007, 1835 ss.

¹⁴⁶ Cfr. Allegato al Libro Verde, cit.: "(...) una serie di obblighi di servizio pubblico che possono discendere dalla normativa comunitaria vigente per i diversi settori e che possono formare un concetto comunitario di servizi di interesse economico generale". "La vigente normativa comunitaria in materia di servizi di interesse economico generale è specifica per settore, ma contiene una serie di principi comuni che consentono di definire un concetto comunitario di servizi di interesse economico generale: il servizio universale, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità dei prezzi, la protezione degli utenti e dei consumatori."

principi di ordine generale che integrano le singole discipline settoriali specifiche, gli istituti che connotano lo statuto dei servizi di interesse generale riflettono valori e obiettivi comunitari¹⁴⁷ declinati all'interno degli obblighi a carico degli operatori investiti della loro gestione.

Orbene, i richiamati obblighi di servizio pubblico, finalizzati al conseguimento di obiettivi ritenuti dalle autorità pubbliche di interesse generale, connotano un'attività economica come servizio di interesse economico generale, tracciandone sia la linea di demarcazione rispetto alle attività economiche ordinarie, sia la matrice attraverso cui ricostruirne la nozione comunitaria.

Il concetto di servizio universale fa riferimento ad una serie di requisiti di interesse generale funzionali a garantire la disponibilità di taluni servizi per tutti gli utenti, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi, secondo standard qualitativi predefiniti e ad un prezzo accessibile¹⁴⁸.

A prescindere, dunque, sia dalle diverse strutture del mercato (monopolio, oligopolio ovvero mercato regolato) che dalle modalità di gestione ed erogazione del servizio¹⁴⁹, la nozione risulta dogmaticamente costituita da tre elementi, quali l'accessibilità da parte degli utenti, sia in termini geografici che di prezzo abbordabile¹⁵⁰, nonché la fissazione di livelli qualitativi prestabiliti.

¹⁴⁷ Cfr. art. 2 Trattato CE, nella parte in cui afferma che tra i compiti della Comunità europea vi è la promozione di uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità dell'ambiente, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale.

¹⁴⁸ La bibliografia sulla nozione di servizio universale è sterminata. G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, 241; M. CLARICH, *Servizio pubblico universale in Italia*, in E. FERRARI (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, Milano, 2000, 86; G.V. JORDANA, *Il concetto di servizio universale nella normativa comunitaria*, in *Rass.giur.en.elett.*, 1998, 63; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 245; M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.com.*, 2003, 99 ss; F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005; P. DE MARCO, *Il servizio universale nell'ordinamento italiano*, in *Rass.giur.en.elett.*, 1998, 71; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, *rass.giur.en.elett.*, 1998.

¹⁴⁹ Cfr. punto 14 Comunicazione della Commissione 20 settembre 2000: "L'obbligo di servizio universale non è necessariamente associato ad una particolare modalità per la prestazione del servizio".

¹⁵⁰ Cfr. punto 5 Libro Verde, nonché punto 2 Allegato: "in un contesto di liberalizzazione, un obbligo di servizio universale garantisce che tutte le persone all'interno dell'Unione

La portata semantica e normativa della nozione di servizio universale è duttile, nel senso che essa varia, nella portata e nell'estensione, coerentemente con l'evoluzione socio-politica, economica e tecnologica dei diversi settori considerati. La flessibilità insita nel concetto garantisce altresì che esso, opportunamente rimodulato, trovi applicazione nelle diverse fasi di apertura al mercato, risultando particolarmente necessario proprio nelle fasi di transizione dal monopolio alla concorrenza, per neutralizzare i rischi di *cream-screaming* connessi alla remuneratività del servizio.

Inoltre, la configurazione della nozione quale clausola aperta, ha consentito che essa rappresentasse l'aggancio normativo per ampliare l'estensione degli obblighi di servizio pubblico anche ad interessi esterni all'attività considerata, quali la tutela dell'ambiente ovvero specifiche misure riconducibili alle politiche sociali.

La continuità del servizio indica l'obbligo, che l'ordinamento comunitario pone in capo direttamente al soggetto incaricato della sua gestione o indirettamente allo Stato membro¹⁵¹, di garantirne l'erogazione senza interruzioni.

La qualità del servizio si traduce nella fissazione di standard minimi prestabiliti dall'ordinamento comunitario ovvero a livello nazionale, con la specifica individuazione dell'autorità pubblica preposta alla verifica del loro rispetto in concreto. Si tratta di un'attività riconducibile alle funzioni di regolazione, affidate generalmente alle autorità indipendenti¹⁵², istituite dagli ordinamenti interni e a cui vengono conferiti specifici poteri e funzioni, ivi inclusi poteri sanzionatori *ex post* finalizzati a reprimere condotte anticoncorrenziali che incidono negativamente sul rapporto di utenza¹⁵³.

Europea abbiano accesso al servizio ad un prezzo abbordabile e che la qualità del servizio sia mantenuta e, se del caso, migliorata”.

¹⁵¹ E' quanto si verifica nei servizi postali (direttiva 97/96/CE) con la previsione che spetta agli Stati membri “garantire che gli utilizzatori godano del diritto a un servizio universale corrispondente ad un'offerta di servizi postali di qualità determinata forniti permanentemente”; al pari di quanto sancito nella direttiva energia (direttiva 96/92/CE) nella parte in cui stabilisce che “Gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore dell'energia elettrica obblighi di servizio pubblico per quanto riguarda la sicurezza, la regolarità delle forniture. Tali obblighi devono essere chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili. Si veda anche art. 3 dir. 2003/55/CE.

¹⁵² Si rinvia al capitolo 2, paragrafo 5 dedicato allo studio delle autorità di regolazione.

¹⁵³ Un'analisi approfondita del rapporto tra la regolazione *ex ante* ed intervento antitrust *ex post* in F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori*

Infine, completa l'elenco sintetico dei più salienti tratti dello statuto comunitario dei servizi di interesse economico generale, il parametro dell'accessibilità delle tariffe, in forza del quale l'ordinamento comunitario, in via generale, stabilisce e prescrive che il prezzo del servizio sia "abbordabile", per tale intendendosi un prezzo accessibile e non semplicemente ragionevole, espletando una valutazione su tale carattere non in via astratta ed in sé considerata bensì quale mezzo per consentirne l'accessibilità diffusa e non discriminatoria¹⁵⁴, in tale senso atteggiandosi a corollario del principio di universalità quale *sub specie* di obbligo di servizio pubblico¹⁵⁵.

7. *L'in house providing.*

L'espressione *in house providing* compare per la prima volta nel Libro Bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, formula una definizione della nozione qualificando gli appalti *in house* come "quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una amministrazione ed una società interamente controllata"¹⁵⁶.

La situazione di *in house* legittima l'affidamento diretto, dunque senza previa gara pubblica, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi, e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano.¹⁵⁷

dell'energia elettrica e del gas, Relazione al convegno "Il nuovo diritto dell'energia", Firenze, 5 maggio 2006.

¹⁵⁴ In linea generale, nel contesto di un'economia di mercato il prezzo tende a riflettere i costi efficienti. L'obbligo di servizio pubblico, al contrario, impone allo Stato di intervenire in modo che l'accesso sia reso possibile a tutti gli utenti, ivi inclusi quelli a basso reddito.

¹⁵⁵ G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., 314.

¹⁵⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, in *Giorn. dir amm.*, 1998, 889 ss., con commento di G. PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*.

¹⁵⁷ C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98 Teckal.

L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del meccanismo della gara, avvalendosi di una società esterna, ossia soggettivamente separata, che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o *longa manus*, dell'ente stesso.

Da qui, appunto, la definizione di *in house*, che richiama una gestione riconducibile al medesimo ente ovvero ad articolazioni di esso, secondo un modello qualificabile in termini di delegazione interorganica. La disciplina comunitaria in materia di pubblici appalti, al contrario, va applicata se l'ente affidatario sia distinto dall'amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale.

Si tratta, dunque, di un modello gestionale derogatorio rispetto ai noti principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza, in quanto tale ritenuto ammissibile soltanto nel rispetto di talune rigorose condizioni individuate dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria.

L'affidamento diretto del servizio rappresenta senza dubbio una violazione del principio di concorrenza sia sotto il profilo della sottrazione al mercato di quote di contratti pubblici dalle quali le imprese ordinarie sono dunque escluse, nonché nella misura in cui costituisce una posizione di ingiusto privilegio a favore dell'impresa affidataria a cui si garantisce l'acquisizione di contratti.¹⁵⁸

Le criticità evidenziate, dunque, hanno indotto la giurisprudenza comunitaria e nazionale a definire precisi e rigorosi confini al modello in questione che, tuttavia, risultano tutt'ora oggetto di ripensamenti e di evoluzioni sia a livello normativo che nell'applicazione giurisprudenziale.

Costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, l'*in house providing* identifica il fenomeno di autoproduzione di beni, servizi e lavori da parte della pubblica amministrazione che li attinge all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere "a terzi" tramite gara. Perché si realizzino tali condizioni occorre che l'ente pubblico eserciti nei confronti dell'impresa affidataria un "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", nonché che sussista un rapporto di stretta

¹⁵⁸ Per l'analisi delle distorsioni economiche derivanti dall'affidamento diretto si veda Cons.giust. amm. Reg. Sic. 4 settembre 2007, n. 719.

strumentalità tra le attività dell'impresa *in house* e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare.

La sussistenza dei requisiti del “controllo analogo” e della “destinazione prevalente dell'attività” comporta, dunque, che l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come una articolazione propria dell'amministrazione stessa. Sono queste le condizioni necessarie al ricorrere delle quali è ammissibile che l'amministrazione non ricorra a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti.

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. La partecipazione -anche minoritaria- di un'impresa privata al capitale di una società a cui partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude che tale amministrazione possa esercitare su di essa un controllo analogo a quello che svolge sui propri servizi.¹⁵⁹

La partecipazione pubblica totalitaria è, tuttavia, necessaria ma non sufficiente¹⁶⁰.

La giurisprudenza ha infatti configurato ulteriori e più incisivi strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal codice civile. Tra questi, in particolare:

- lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati;¹⁶¹
- il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali, e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale¹⁶²;

¹⁵⁹ C. giust. CE, sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación de Empresas Forestales c. TRASGA; CGCE 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; CGCE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle.

¹⁶⁰ CGCE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. St., sez. VI, 1 giugno 2007, n. 2932; Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

¹⁶¹ Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072;

¹⁶² Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

- l'impresa non deve aver e acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia;¹⁶³
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante¹⁶⁴;

Sintetizzando, dunque, l'*in house* esclude la terzietà, in quanto avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante, esercitando quest'ultimo un'influenza dominante sull'impresa sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

La giurisprudenza¹⁶⁵ recente ha ulteriormente specificato la necessità del concorso dei seguenti ulteriori fattori in aggiunta alla necessaria totale proprietà pubblica del capitale:

- controllo del bilancio;
- controllo della qualità dell'amministrazione;
- spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

Da ultimo, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁶⁶ ha chiarito il discrimine tra il modello organizzativo della società mista e quello *in house*, escludendo la riconducibilità dell'uno all'altro.

Afferma infatti il Supremo Collegio che *“l'in house, come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, rappresenta un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara”*.

La proliferazione del fenomeno, infatti, ha determinato, nell'applicazione concreta, un percorso derogatorio —elusivo— all'applicazione dei principi concorrenziali, stante la frequente insofferenza delle amministrazioni pubbliche verso la competizione concorrenziale imposta dai principi dell'ordinamento comunitario, che in qualche modo trae ulteriore legittimazione dalla indeterminatezza della formula cui i

¹⁶³ CGCE, 10 novembre 2005, C-29/04, Modling c. Austria; CGCE 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen.

¹⁶⁴ Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5.

¹⁶⁵ Cons. Giust.amm., 4 settembre 2007, n. 719.

¹⁶⁶ Cons. st., a.d., n. 1/2008.

giudici comunitari affidarono la deroga ricordata e la cui elasticità è stata sfruttata per giustificare i tentativi delle pubbliche amministrazioni di sottrarsi allo svolgimento delle gare.

Per queste ragioni il legislatore, sia statale che regionale, ed il giudice, sia a livello comunitario che nazionale, sono più volte intervenuti al fine di specificare meglio, ed in senso restrittivo, il concetto di «affidamento a società *in house*», fornendo una definizione in grado di identificare l'ambito di applicazione dell'istituto con maggiore precisione.¹⁶⁷ La fattispecie, in pratica, è stata elaborata “*per approssimazioni successive*”: *come in una costruzione a mosaico, dove vi è una cornice di riferimento e il disegno della figura è soltanto abbozzato, ogni attore che è intervenuto in tale processo ha aggiunto un tassello regolativo*”¹⁶⁸.

Anche la Corte costituzionale è intervenuta sulla materia ripetutamente.

In particolare, recentemente, con la pronuncia 23 dicembre 2008, n. 439, il giudice delle leggi si è soffermato su quella parte del mosaico dell'*in house* relativa al modo in cui dovesse essere inteso il requisito dell'attività prevalente, peraltro spesso trascurato a favore di una maggiore attenzione interpretativa e dottrinale dedicata agli aspetti relativi al controllo analogo e alla partecipazione al capitale della società.

7.1. I requisiti del modello *in house* nell'evoluzione giurisprudenziale.

L'analisi dell'origine e delle evoluzioni essenziali che hanno caratterizzato l'istituto in questione, evidenzia come una nozione inizialmente vaga ed elastica sia stata progressivamente specificata nei suoi tratti essenziali, soprattutto attraverso l'intervento dei giudici europei.

La società *in house*, come anticipato, ha un'origine comunitaria legata agli appalti.

¹⁶⁷ In particolare, una rassegna delle pronunce dei giudici nazionali e comunitari in materia di *in house* è stata elaborata da C. BASEGGIO e M. CALGANILE, *Società in house providing. Rassegna ragionata di giurisprudenza*, in www.giustamm.it, 2008, e, in una prospettiva più giuscommercialistica, da R. OCCHIOLUPO, *Le società in house*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 525 ss.

¹⁶⁸ Si esprime così G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello “a mosaico” della società in house*, su www.forumcostituzionale.it, in corso di pubblicazione su *le Regioni*, 2009.

Successivamente, è stata la Corte di Giustizia CE a delineare il concetto attraverso alcune pronunce con le quali è stata elaborata la nozione di «*in house providing*» a proposito del fenomeno dell'autoproduzione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione; nozione con la quale si indica una particolare forma di delegazione interorganica in presenza della quale — eccezionalmente- si ammette la deroga all'applicazione del principio e del metodo competitivo nei casi di affidamento di lavori, forniture o servizi da parte di un soggetto pubblico o di un organismo di diritto pubblico¹⁶⁹.

In altri termini –è l'opinione del giudice comunitario-, l'applicazione delle disposizioni sugli appalti pubblici richiede la presenza di un rapporto di alterità tra le parti del contratto affidato, situazione che appunto non si verifica “*nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano*”.

Inizialmente, la giurisprudenza comunitaria ha indicato solo due condizioni, idonee a determinare tale situazione di delegazione interorganica: «il controllo analogo», che si ha quando l'ente esercita sul fornitore un potere di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; «il soggetto dedicato», che si ha quando il fornitore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano. Con altre pronunce successive, poi, lo stesso giudice ha integrato i requisiti applicativi dell'istituto, aggiungendo anche la condizione della

¹⁶⁹ Sulle prime pronunce più significative, Corte di giustizia Ce, sentenza 9 settembre 1999, C-108/98, *Risan s.r.l.*, in *Fin. loc.*, 2001, 1069 ss., con commento di G. PIPERATA, *Le “omissioni” del giudice comunitario in tema di concessione di pubblici servizi*, ID., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1399 ss., commentata, insieme ad altre sentenze dello stesso tenore, da G. GRECO, *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*. Più recentemente e negli stessi termini si è pronunciata la medesima Corte con la sentenza 14 novembre 2002, C-310/01, *Diddi*, in *Urb. appal.*, 2003, 1143 ss., con commento di S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Statd Halle*, e 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*, entrambe in www.giustamm.it; 13 ottobre 2005, C- 458/03, *Parking Brixen*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 ss., con nota di G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, e in *Giur. comm.*, 2006, II, 777 ss., con il commento di I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*; 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*, in www.giustamm.it; e 19 aprile 2007, C-295/05, *Tragsa*, in *Urb. appal.*, 2007, 1486 ss., con commento di R. CARANTA, *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'in house?*.

partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale, non derogabile neanche in presenza di partecipazioni private, sia pur minime, e non compatibile perfino con previsioni statutarie che legittimassero future ed eventuali privatizzazioni di parte di esso.

E' stato anche specificato che, costituendo i requisiti dell'*in house providing* un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, essi vanno interpretati restrittivamente¹⁷⁰. Inoltre, posto che la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio ad un soggetto esterno all'ente pubblico dipende sostanzialmente dal fatto che tra i due soggetti sussista un rapporto strettissimo, quasi di tipo gerarchico, si richiede che la società si configuri come una articolazione organizzativa riconducibile all'amministrazione pubblica di riferimento. In altri termini, la giurisprudenza sancisce che la legittimità dell'affidamento *in house* ad una società esterna, ancorché partecipata dall'ente locale, solo se la società stessa agisca come un vero e proprio organo dell'amministrazione "*dal punto di vista sostantivo*".

L'applicazione del nuovo modello societario ha determinato numerosi problemi interpretativi, vertenti principalmente sull'esatta individuazione dei requisiti in presenza dei quali risulti legittimo procedere con un affidamento diretto di una attività ad un soggetto formalmente distinto dall'ente in una dinamica di delegazione interorganica. In particolare, è stato il «controllo analogo» il requisito sul quale si è concentrata con maggiore intensità l'attività interpretativa del giudice.

Sulla scorta delle prime pronunce della Corte comunitaria in materia, è stata soprattutto la dottrina¹⁷¹ ad impegnarsi da subito con l'obiettivo di dare

¹⁷⁰ Sul punto, Corte di giustizia Ce, 6 aprile 2006, C-410/04, ANAV, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Cons. Stato, sez. II, par. 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustamm.it. Il parere, data l'importanza, è stato oggetto di numerosi commenti. Si richiamano M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, 893 ss.; G.F. FERRARI, *Commento a Consiglio di Stato, sezione II, parere 18 aprile 2007, n. 456*, in www.giustamm.it, n. 8/2007; E. FRENI, *Il Consiglio di Stato salva le società miste ma non il mercato e la concorrenza*, in *Le Regioni*, 2007, 1119 ss.; M. GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urb. appal.*, 2007, 984 ss.; G. MARCHEGGIANI, *Alcune considerazioni in tema di società miste, in relazione ad un recente parere del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, n. 10/2007.

¹⁷¹ C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 495 ss., secondo il quale il requisito in questione deve essere identificato con un rapporto di triplice dipendenza tra amministrazione aggiudicatrice e impresa affidataria: dipendenza formale, dipendenza economica e dipendenza

un contenuto positivo al criterio del «controllo analogo» nella prospettiva di definire le caratteristiche dell'affidamento *in house* come istituto giuridico societario di carattere generale.

Altrettanto ha fatto anche il giudice amministrativo, il quale si è dapprima limitato a confermare che il «controllo analogo» si sostanzia in una “*dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale del soggetto gestore rispetto all’amministrazione aggiudicatrice e, quindi, la possibilità di un effettivo controllo dell’amministrazione sul gestore del servizio equiparabile a quello esercitabile sui propri organi*”¹⁷²; successivamente, invece, ha definito tale requisito come “*un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica*”¹⁷³.

Le indicazioni più puntuali e concrete al fine dell’individuazione dei margini di applicazione della deroga al principio di concorrenza rappresentata dall’*in house providing* sono venute dal giudice comunitario, alla cui elaborazione giurisprudenziale si deve la genesi del modello.

Infatti, la Corte di Giustizia è più volte intervenuta per specificare il significato del requisito del «controllo analogo», proprio sulla base di alcune controversie riguardanti l’affidamento di alcuni servizi pubblici locali a società partecipate da amministrazioni comunali. Si tratta, tra l’altro, delle pronunce che puntualmente la Corte costituzionale, dopo averle richiamate nei singoli contenuti¹⁷⁴, utilizza come parametro per decidere la questione di legittimità costituzionale della sentenza n. 439/2008.

Successivamente, i giudici comunitari hanno escluso la configurabilità di un modello *in house* quando alla totale partecipazione pubblica si accompagnino alcuni elementi dai quali risulti una limitazione dei poteri di

amministrativa. Si veda anche D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003, 117 ss., per il quale sulla base della distinzione tra “controllo strutturale” (consistente in un potere di influenzare l’organizzazione interna della società) e “controllo sull’attività” (consistente nel potere di sindacare l’attività posta in essere dall’affidatario alla luce di un paradigma legale di azione), il “controllo strutturale” è l’unico parametro per valutare la sussistenza di un “controllo adeguato”.

¹⁷² Tar Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in *dirittodeiservizipubblici.it*.

¹⁷³ Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

¹⁷⁴ Tra queste vanno necessariamente richiamate, per importanza, quantomeno quelle sentenze che hanno determinato il filone interpretativo in base al quale è da escludere la sussistenza del modello della società *in house* in presenza di compartecipazione da parte di soggetti privati al capitale sociale, in quanto “la partecipazione, anche minoritaria, di un’impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi”.

controllo da parte dell'ente locale sul soggetto incaricato del servizio. In altri termini, circostanze quali “*un oggetto sociale troppo ampio, la previsione obbligatoria della privatizzazione formale della società, la potenziale operatività dell'impresa su tutto il territorio nazionale e anche all'estero e, soprattutto, il riconoscimento statutario di ampi poteri gestionali in capo all'organo esecutivo esercitabili autonomamente e senza necessità di autorizzazione preventiva da parte del soggetto pubblico di riferimento*”¹⁷⁵, sono tutti elementi che, secondo la Corte, rendono precario e dunque insufficiente il controllo dell'ente pubblico sulla stessa, con la conseguenza di non poter considerare sussistente un rapporto di «controllo analogo» ai fini dell'applicazione del meccanismo dell'*in house providing*¹⁷⁶.

Alla definizione per via giurisprudenziale dei caratteri dell'*in house* hanno contribuito anche i giudici nazionali, specialmente nella direzione di adeguare il modello della società *in house* alle dinamiche invalse nell'uso concreto che gli enti locali hanno fatto e fanno di tali forme organizzative per lo svolgimento delle loro finalità istituzionali¹⁷⁷.

In tale prospettiva, al giudice amministrativo si deve una importante precisazione a proposito della possibilità di considerare soddisfatto il requisito del controllo analogo legittimante l'affidamento *in house* anche in presenza di una società il cui capitale risulti di proprietà di più amministrazioni pubbliche. Il giudice italiano, infatti, ha stabilito nel senso di ritenere legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società partecipata da una pluralità di enti locali, valutando la previsione statutaria di alcuni meccanismi decisionali finalizzati a consentire a tali enti di esercitare congiuntamente un controllo sul soggetto incaricato come elemento idoneo ad assicurare la sussistenza del requisito del controllo analogo¹⁷⁸. Inoltre, sempre nei casi di società partecipate da una pluralità di

¹⁷⁵ M. DUGATO G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali (lezioni IUAV)*, cit.

¹⁷⁶ Corte di giustizia Ce, 13 ottobre 2005, C- 458/03, *Parking Brixen*, cit.

¹⁷⁷ Si ricordi, tra i tanti possibili esempi, che la società a partecipazione multicomunale si è sviluppata anche come formula molto frequente di collaborazione tra enti locali, alternativa agli strumenti collaborativi di diritto pubblico (consorzi, unioni e altre forme associative), realizzata al fine di svolgere in comune una o più attività di rilievo pubblicistico.

¹⁷⁸ Tar Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in *Foro amm. - Tar*, 2005,, con nota di A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, 1937 ss. Già prima dei giudici

enti locali, la misura della partecipazione comunale ritenuta esigua non esclude *a priori* il controllo analogo, potendola compensare con la previsione statutaria di un obbligo per la società affidataria di svolgere la parte più rilevante della propria attività a favore della collettività degli enti locali soci.

Il giudice comunitario, infine, ha elaborato un elenco di indici identificativi –sintomatici- da utilizzare per verificare la legittimità del ricorso all'affidamento *in house*, ossia quegli elementi strutturali o funzionali di una figura soggettiva, richiamati a volte in negativo per escluderne la sussistenza, e a volte in positivo per attestarne gli elementi fondanti.

Tra i principali, perché una società partecipata dal pubblico possa essere incaricata direttamente della gestione di un compito non deve presentare alcuni caratteri, quali la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale compartecipazione totale o parziale di capitale privato; disposizioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo dell'ente pubblico (ad esempio, la possibilità di ampliare l'oggetto sociale; la possibilità di estendere l'attività della società a tutta l'Italia e all'estero).

Viceversa, in positivo, i caratteri giurisprudenziali richiesti tassativamente al fine della sua configurazione sono riconducibili ad un rapporto di dipendenza della società rispetto agli enti di riferimento rafforzato dalla previsione di specifici meccanismi di controllo e di poteri di intervento sulla società, per quanto attiene al controllo analogo; l'assenza, in capo al consiglio di amministrazione della società, di rilevanti poteri gestionali, con l'ulteriore specificazione che all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale; le decisioni più importanti richiedono la necessaria sottoposizione ad un assenso preventivo dell'ente controllante, tenuto altresì ad essere puntualmente informato sulle vicende e le decisioni della società. Accanto a

amministrativi alcuni autori si erano espressi nei medesimi termini: si veda. S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., 1151.

tali requisiti, ne sussistono altri connessi ai profili contabili e di bilancio, quali il controllo esteso ad una serie di aspetti dei documenti contabili ed il bilancio, la qualità della amministrazione e dell'attività, le strategie e le politiche aziendali, anche attraverso l'esercizio di poteri ispettivi, attribuiti all'ente in via statutaria.

7.2. *L'intervento del legislatore statale e regionale sui confini del modello in house.*

La giurisprudenza del giudice comunitario in materia di *in house providing* è stata seguita dal legislatore italiano, statale e recentemente regionale, nella formazione delle discipline inerenti modelli organizzativi della pubblica amministrazione in veste societaria. Ciò, in particolare nella definizione del quadro ordinamentale dei servizi pubblici locali, oggetto come è noto di ripetuti interventi da parte del legislatore statale che non ci si sente di considerare conclusi bensì in continua evoluzione.

La figura della società *in house* è stata prevista, per la prima volta, nella novella del 2003 al testo dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267: al comma 5, infatti, è riconosciuto legittimo l'affidamento diretto di una attività di servizio locale «a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano»¹⁷⁹.

Solo di recente, e proprio coerentemente con le acquisizioni giurisprudenziali, il legislatore statale ha proceduto a specificare alcuni aspetti della particolare figura societaria in questione (e più in generale delle società a totale partecipazione pubblica), aggiungendo ulteriori elementi

¹⁷⁹ M.P. CHITI, *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2008, in particolare lo scritto di G. F. FERRARI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, 31 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2008, 315 ss.; R. URSI, *Le c.d. società in house*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 1649 ss.

necessari e caratterizzanti il modello¹⁸⁰, sempre nella prospettiva di consentire l'affidamento diretto ad un soggetto esterno di una attività della pubblica amministrazione, al di fuori di un procedimento concorrenziale di aggiudicazione.

Recentemente alcune leggi hanno specificato ulteriormente le condizioni di applicabilità della figura organizzativa con riferimento all'applicazione del modello *in house* come modalità di gestione dei servizi pubblici locali¹⁸¹.

Particolarmente significativo è l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, il quale, nel dettare l'ennesima riforma del settore dei servizi pubblici locali, introduce una innovazione procedurale di non poco conto nel percorso finalizzato a rendere operativa una società *in house*. Tale disposizione, infatti, implicitamente ricomprende le società in questione tra le forme gestionali del servizio derogatorie rispetto al modello ordinario dell'affidamento con gara ad impresa esterna all'ente¹⁸². La novella legislativa chiarisce che la possibilità per l'amministrazione locale di far operare tali società *in house* non è affidata ad un mero potere discrezionale della stessa, bensì, ai sensi del comma 3, è condizionata alla presenza di «*situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali,*

¹⁸⁰ Il riferimento è, in primo luogo, a quelle numerose disposizioni, soprattutto contenute nelle ultime leggi finanziarie, che, con riferimento alle società totalmente partecipate dagli enti locali (ma con esclusione di quelle quotate), hanno posto dei limiti al numero e ai compensi degli amministratori per esigenze di contenimento della spesa pubblica (ad es., l. 27 dicembre 2007, n. 296, art. 1, cc. 725 ss.) delle stesse al fine di evitare alterazioni della concorrenza e dei mercati in cui sono presenti anche operatori privati (art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223)¹⁸⁰, o ancora hanno imposto l'adozione di criteri e modalità per l'assunzione di personale ed il conferimento degli incarichi sull'esempio di quanto avviene per tutte le pubbliche amministrazioni (d.l., 25 giugno 2005, n. 112, conv. con modif. in l. 6 agosto 2008, n. 133, art. 18).

¹⁸¹ Ad esempio, a proposito dell'affidamento diretto del servizio idrico integrato da parte dell'autorità d'ambito, la nuova disciplina ambientale ha ammesso il ricorso alla società *in house* solo in presenza di non meglio specificate «obiettive ragioni tecniche ed economiche» (cfr. art. 150, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). Per un commento all'articolo citato, può essere utile rinviare a A. DE MICHELE, *Sub art. 150*, in *Nuovo Codice dell'ambiente*, a cura di N. LUGARESI e S. BERTAZZO, Rimini, 2009, 557 ss. Interessante è anche la del. 1° aprile 2009, n. 24 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in www.dirittodeiservizipubblici.it, con la quale si è conclusa un'indagine conoscitiva a proposito del settore delle risorse idriche, nella quale si precisa che su 61 società affidatarie *in house* del servizio passate in rassegna solo 6 sono state ritenute realmente corrispondenti al modello legislativamente indicato.

¹⁸² S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 – bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it, n. 10/2008, R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. appal.*, 2008, 1109 ss., M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1219 ss.

ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

Tali condizioni, peraltro, non possono essere semplicemente enunciate dall'ente affidante a supporto della scelta organizzativa derogatoria al regime ordinario e pro concorrenziale, in quanto, per espressa previsione legislativa, l'ente pubblico titolare del servizio e socio della società, a norma del comma 4, deve motivare e pubblicizzare l'affidamento *in house* e le ragioni che ne hanno determinato l'opzione. Soprattutto, e sembra questa la soluzione più innovativa, deve relazionare sulle sue scelte all'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁸³ al fine di ottenere un parere sugli aspetti di sua competenza.

Nell'attuale sistema, dunque, si richiede che siano rispettate particolari condizioni sia per la costituzione sia per il funzionamento di una società secondo lo schema *in house*: per la costituzione, da un lato, il rispetto dei requisiti del capitale totalmente pubblico, del controllo analogo e dell'attività prevalente¹⁸⁴, come da sempre previsto; dall'altro, per l'operatività che legittimi l'affidamento in deroga è richiesta la sussistenza di condizioni di peculiarità dei territori o di insufficienza del mercato, vagliate con il descritto parere dall'Autorità antitrust, della cui esatta natura e configurazione giuridica sussiste tuttavia ancora qualche perplessità.

¹⁸³ Anche se l'Autorità si è preoccupata di precisare che il parere in questione non è vincolante, ma l'ente deve soltanto tenere in debita considerazione quanto in esso contenuto, è evidente l'importanza che tale atto è destinato ad assumere nei processi di organizzazione dei servizi pubblici locali mediante formule di delegazione interorganica a figure societarie c.d. *in house*.

¹⁸⁴ Come ricordato, l'applicazione del modello *in house* ha determinato numerosi problemi interpretativi. Questi hanno riguardato principalmente l'individuazione con esattezza degli indici in presenza dei quali possa dirsi sussistere il controllo analogo. Viceversa, poco peso è stato dato all'altro requisito, cioè la necessità che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano, riducendo al minimo la possibilità per la stessa di operare come imprenditore nel mercato. La Corte costituzionale, con sentenza n. 439/2008, ha definito il requisito della c.d. attività prevalente: nella prospettiva dei giudici comunitari, il Giudice delle leggi utilizza come parametro interposto di giudizio, ai fini della individuazione del requisito dell'attività prevalente della società *in house*, al dato quantitativo si deve necessariamente accompagnare quello qualitativo. Non basta, quindi, calcolare quanto fatturato della società sia imputabile ad attività svolte per conto e nell'interesse degli enti pubblici soci, bensì è fondamentale «assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente». Sul punto, ampiamente, G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società in house*, in [www. Forumdiquadernicostituzionali.it](http://www.Forumdiquadernicostituzionali.it), in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2009.

In definitiva, alla luce del novellato quadro legislativo in materia, apparirebbe opportuna una più netta definizione del modello gius-societario come tipologia organizzativa autonoma. Per altro verso, inoltre, colpisce la progressiva “entificazione”¹⁸⁵ della società in questione, intesa come processo di estensione al modello formalmente privatistico di organizzazione delle regole di funzionamento e azione tipiche delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici strumentali, ovvero, ciò che è lo stesso, il tentativo di “amministrativizzare”¹⁸⁶ il fenomeno. Si tratta di un processo che trova nel giudice amministrativo e in quello contabile i principali fautori, i quali, come sottolineato in dottrina, spesso seguono percorsi interpretativi condizionati da una eccessiva enfasi data alle anomalie che la legislazione speciale introduce per tali figure societarie rispetto alla disciplina comune e dalla scarsa importanza riconosciuta al fatto che comunque si tratta di società che esercitano attività commerciali¹⁸⁷. In tale prospettiva, si preferisce prescindere dalla veste giuridica formale e privata della società, valorizzando, invece, il profilo sostanzialmente pubblico del soggetto, determinato dalla vicinanza e dalla strumentalità rispetto all’ente locale di riferimento e anche dalla tipologia e dal rilievo pubblicistico dei compiti affidati.

Anche il legislatore regionale è intervenuto sull’istituto al fine di aggiungere ulteriori elementi ordinamentali al modello organizzativo della società *in house*. L’occasione è stata data dalla necessità di riempire spazi ordinamentali riservati all’intervento legislativo regionale da specifiche previsioni delle fonti primarie statali o dall’applicazione dei criteri di riparto costituzionalmente garantiti¹⁸⁸, rispetto ai quali interventi si è pronunciata la

¹⁸⁵ G. PIPERATA, *La Corte, cit.*, 11.

¹⁸⁶ La formula è di M. P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn.dir.amm.*, 10/2009, 1116.

¹⁸⁷ L’orientamento di pubblicizzazione delle società *in house* è stato più volte criticato dalla dottrina: cfr., F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 247 ss., G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 548 ss., G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, 94 ss.. In senso contrario, a conferma della teoria degli enti pubblici in forma societaria v. G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. appal.*, 2004, 701 ss G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 685 ss..

¹⁸⁸ Sulla scorta di quanto avvenuto a livello statale e con riferimento alle società prese in considerazione in quanto partecipate totalmente dalla Regione, diversi interventi si sono registrati a proposito della specificazione dei procedimenti regionali finalizzati alla

Corte Costituzionale con sentenze decisive che hanno ulteriormente chiarito il perimetro della competenza legislativa regionale sull'argomento¹⁸⁹.

costituzione di nuove società o dei limiti alla composizione degli organi di governo e ai compensi spettanti agli amministratori delle medesime società.

In altri casi, alcune Regioni hanno legiferato in materia di gestione dei servizi pubblici locali e hanno ripreso il modello della società *in house*, sostanzialmente senza aggiungere altro alla definizione contenuta nelle fonti sovviste di disciplina statale di settore.

Più innovative, invece, sono state alcune Regioni ed alcune province speciali, le quali nel disciplinare l'*in house providing* nel settore dei servizi pubblici locali, non si sono limitate a riproporre la definizione che del modello societario del fenomeno è stata data dal legislatore statale, ma hanno preferito andare oltre, traendo sul piano della disciplina normativa alcune conclusioni dalla qualificazione in termini pubblicistici del soggetto o precisando alcune caratteristiche del modello organizzativo che nell'originaria previsione legislativa e giurisprudenziale erano rimaste sul vago.

Il riferimento è alla legge della Regione Abruzzo 3 agosto 2004, n. 23, che ha esteso alle società *in house* incaricate della gestione di servizi pubblici locali alcune dinamiche e regole tipiche delle amministrazioni pubbliche, ma anche alla legge della provincia di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12, che ha provato a precisare meglio alcuni requisiti legittimanti il ricorso al modello organizzativo delle società in questione.

Sui limiti della potestà legislativa regionale nella materia, E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, Cedam, 2005, e A.M. BENEDETTI, *Il diritto delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2008. Con particolare riferimento alla funzione del limite dell'ordinamento civile rispetto al sistema amministrativo, cfr. le considerazioni di A. POLICE, *Ordinamento civile e differenziazione amministrativa*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, 2007, 439 ss. 31; Cfr. M. DUGATO, *Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*, in *Dir.amm.*, 1995, 415 ss., e V. TONDI DELLA MURA, *Regioni e persone giuridiche private*, Padova, 1995. In questi termini: E. LAMARQUE, *Continuità e discontinuità fra limiti del diritto privato della potestà legislativa regionale e riserva allo Stato dell'ordinamento civile nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMMELLI, cit., in part. 424 ss.

¹⁸⁹ Corte cost. n. 29/2006, con commenti di G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 27 ss., da G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8, 2004, e da F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa "alla prova" della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005, 262 ss. 29 Cfr. Corte costituzionale, 1 febbraio 2006, n. 29, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, con nota di A. CAROSELLI. Si v. anche il commento di C. BUZZACCHI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2006, 797 ss.

CAPITOLO II

SERVIZI A RETE E CONCORRENZA. GLI ISTITUTI DELLA REGOLAZIONE PRO- CONCORRENZIALE.

1. Liberalizzazioni e politica industriale. 2. Mercato e intervento pubblico nei servizi di pubblica utilità. 2.1. Cenni sui principi dell'economia della regolazione. 3. Principi e finalità dell'intervento pubblico. 3.1. Le politiche infrastrutturali. 4. Servizi a rete e concorrenza. 4.1 La nozione di rete. Una introduzione. 4.2. I servizi a rete. 4.3. L'accesso regolato (*third party access*). 4.4. Segue. La dottrina delle *essential facilities*. 4.5. Le tariffe di accesso. 4.6. La separazione (cd. *unbundling*). 4.7. *Governance* delle infrastrutture di rete. 5. Le autorità di regolazione. 5.1. Profili generali. 5.2. L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas. 5.3. Finalità dell'intervento e funzioni dell'Autorità. 5.4. Autonomia ed indipendenza delle autorità.

1. *Liberalizzazioni e politica industriale.*

Tutte le normative di liberalizzazione dei diversi mercati dei servizi pubblici contengono una serie di misure volte ad introdurre e promuovere una concorrenza effettiva tra gli operatori.¹⁹⁰

Ciò tanto più nell'ambito dei servizi a rete, quale è per eccellenza quello del gas oggetto della presente ricerca, caratterizzato dalla permanenza di una elevata situazione di monopolio naturale, per lo meno in alcune fasi della filiera industriale.

L'indagine sulle misure di liberalizzazione adottate in Italia negli ultimi anni, il giudizio sulla loro efficacia e la valutazione dei risultati da esse prodotte in relazione alla qualità dei servizi erogati stanno (dovrebbero stare) sullo sfondo di una più ampia riflessione in materia di politica industriale impostata a monte, ed all'interno della quale inquadrare tali fenomeni, settore per settore nonché in senso complessivo, sul livello di apertura alla concorrenza e di competitività dei mercati dei servizi pubblici considerati.

¹⁹⁰ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 9 ss.

Non è questa la sede per indagare esaustivamente le ragioni storiche e politiche che hanno reso, nel nostro Paese, problematica la definizione di una strategia chiara di politica industriale¹⁹¹, sebbene sia un fatto che tale carenza strutturale abbia condizionato (forse pregiudicato, ma sicuramente ritardato) una effettiva apertura alla concorrenza di settori strategici per l'economia del Paese, con conseguenze negative soprattutto in termini di efficienza allocativa e di benefici per gli utenti finali, obiettivi sociali verso cui, in definitiva, ogni politica di liberalizzazione dovrebbe tendere.

Le recenti e crescenti difficoltà dell'economia italiana (e non solo) impongono di ripensare alcuni dei più tradizionali strumenti di intervento pubblico che, forse troppo frettolosamente, sono stati abbandonati a favore di una visione quasi ideologica e fideistica che ha determinato delle distorsioni nella considerazione di alcuni concetti fondamentali, giungendo a creare confusione tra mercato e concorrenza, tra impresa ed efficienza.

La tendenza in questione, invero in larghissima parte riconducibile ad un mero adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, ha condotto, nel corso degli ultimi quindici anni, ad una visione del "mercato" quale strumento più efficace di governo dell'economia.

Tale orientamento si è concretizzato nella progressiva diminuzione del peso del ruolo pubblico nel tessuto industriale, nella riduzione della gestione diretta dei servizi infrastrutturali a favore di modelli più o meno formali di

¹⁹¹ A. BIANCARDI e F. FONTINI, *Liberi di scegliere? Mercati e regole nei settori dell'energia*, Bologna, 2005, 12 ss. Secondo gli Autori, le cause del fallimento delle iniziative di intervento pubblico in materia industriale sono da ricondursi ad equivoci terminologici che hanno determinato ambiguità e fallimenti. "E' possibile che un contributo non marginale al sostanziale fallimento delle numerose iniziative di politica industriale assunte a livello comunitario e all'arretramento del ruolo degli Stati membri sia derivato dalla banalizzazione di alcuni concetti dell'economia, che quanto più sono stati usati, tanto più se ne sono persi il reale significato e le logiche implicazioni." In tal senso "nell'uso quotidiano delle schematizzazioni teoriche che hanno costituito il riferimento condiviso nel corso "dell'era delle liberalizzazioni" sembrano essersi annidati numerosi malintesi", ciò che "ha finito per alimentare la distanza fra il momento dell'elaborazione teorica e quello dell'applicazione pratica." L'Autore parla di "sindrome del passaparola" per tale intendendo l'equivoco utilizzo dei "concetti di mercato, impresa e concorrenza, che costituiscono premesse essenziali per la definizione degli interventi di politica industriale." Può essere utile, quindi, "ristabilire una giusta prospettiva su alcuni concetti fondamentali e, in particolare, ricordare che: i) le imprese del mondo reale sono soggetti diversi dalle imprese della teoria: esse mirano a limitare le occasioni di rivalità con altri soggetti economici e tendono a esercitare il proprio potere per ritagliarsi posizioni protette; ii) un'economia di mercato è uno strumento necessario a raggiungere obiettivi sociali di cui va tenuto conto nella sua costruzione; iii) la concorrenza, infine, è stata trasformata, nella visione comune, da mezzo per conseguire il benessere sociale in fine da realizzare."

privatizzazione, nell'introduzione di forme di concorrenza per il mercato per effetto di estese politiche di liberalizzazione.

Il graduale, sebbene non sempre coerente e lineare, processo di arretramento del pubblico nella gestione diretta di alcune tipologie di servizi, in particolare di quelli considerati essenziali per la competitività e lo sviluppo del sistema economico (trasporti, energia, comunicazioni), è avvenuto sul presupposto che il monopolio verticalmente integrato e la gestione centralizzata da parte delle autorità pubbliche generasse un elevato grado di inefficienza per la qualità della vita degli utenti finali, sia in termini di maggiori tariffe che in livelli inferiori di qualità del servizio.

Probabilmente, in Italia come in altre esperienze in ambito comunitario, i benefici derivanti dalle politiche di liberalizzazione si sono rivelati minori delle aspettative. Ciò, al netto delle situazioni e dei contesti specificamente considerati, è dipeso senza dubbio dalla difficoltà di creare un sistema di regole capace di contemperare le esigenze del mercato e gli interessi della collettività in un quadro di equilibrio del sistema economico nel suo complesso.

2. Mercato e intervento pubblico nei servizi di pubblica utilità.

Le descritte carenze riscontrate nell'elaborazione di una politica industriale compiuta risultano tanto più evidenti e problematiche se declinate nella specifica indagine sui ritardi dello sviluppo infrastrutturale delle reti e sulla efficacia della regolamentazione dell'accesso ad esse in termini di trasparenza e non discriminazione.¹⁹²

La scelta di lasciare al mercato, e quindi all'iniziativa economica privata in un contesto di liberalizzazione tuttavia incompiuto, l'onere del finanziamento delle politiche infrastrutturali presenta l'evidente criticità che la naturale propensione del mercato verso orizzonti temporali e obiettivi reddituali di ben più breve periodo confligge con una programmazione

¹⁹² Per una indagine comparata tra la vicenda italiana e quella francese, si veda M. FORTIS e C. POLI, *Le grandi infrastrutture di rete. L'Europa dell'energia: Francia e Italia*, Bologna (collana Fondazione Edison), 2004.

strategica di investimenti infrastrutturali i cui ritorni possono misurarsi soltanto su periodi molto più lunghi e probabilmente difficilmente conciliabili con le esigenze imprenditoriali dei privati.

Tale distonia tra interessi imprenditoriali privati e scelte strategiche di lungo periodo indispensabili alla crescita del sistema Paese ha generato evidenti ritardi sia nella dotazione e manutenzione delle infrastrutture di rete che rispetto alla loro gestione tecnica e regolazione giuridica ed amministrativa.¹⁹³

L'interesse imprenditoriale privato alla massimizzazione del profitto in un'ottica di breve periodo ha condotto, in taluni settori, ad investimenti in tecnologie considerate a bassa rischiosità economica ovvero trainate principalmente dalla domanda¹⁹⁴, ovvero più in generale ad interventi concentrati alle sole zone geografiche la cui densità o i cui caratteri geomorfologici ne rendessero lucrativa la domanda (effetto cd. *cream-scrimming*). Ciò, sebbene coerente con una logica puramente di mercato, pregiudica irrimediabilmente quegli obiettivi di politica industriale che costituiscono i tratti peculiari caratterizzanti la dogmatica sui servizi pubblici, quali ad esempio l'universalità del servizio.¹⁹⁵

¹⁹³ A. BIANCARDI e F. FONTINI, *Liberi di scegliere? Mercati e regole nei settori dell'energia*, Mulino-Arel, 2005, 18 ss. Secondo gli Autori "I benefici degli investimenti nelle reti si estendono al di là e lungo un orizzonte temporale che spesso esula dalle decisioni strategiche di imprese che operano in un contesto di mercato, conducendo, in assenza di efficaci meccanismi di incentivo e di coordinamento, a un evidente disallineamento fra interessi privati di massimizzazione dei profitti o della crescita dimensionale e interessi di massimizzazione del benessere collettivo."

¹⁹⁴ E' il caso delle telecomunicazioni, rispetto alla scelta di trarre il massimo beneficio possibile dall'infrastruttura esistente (Adsl) piuttosto che puntare sulla diffusione delle tecnologie a banda larga che, al contrario, permette servizi di trasferimento dei dati e delle informazioni a livelli qualitativi molto superiori.

¹⁹⁵ Emblematico il caso della liberalizzazione del settore dei trasporti ferroviari inglesi. La frammentazione verticale delle attività in cui si articola il servizio, e l'affidamento della gestione dell'infrastruttura ferroviaria al privato hanno determinato sia la difficoltà di gestire l'accesso alla stessa da parte degli operatori interessati alla gestione del servizio, sia disincentivato gli investimenti di lungo periodo e la corretta manutenzione della rete. La spinta all'efficienza si è tradotta pertanto nel conseguimento di risparmi nelle spese per manutenzione e nei costi del personale con conseguente diretta diminuzione della qualità delle infrastrutture, della professionalità degli addetti all'erogazione del servizio, determinando un abbattimento della qualità complessiva del servizio, soprattutto con riferimento alla puntualità e alla sicurezza del trasporto. Peraltro, pur a fronte di tali criticità, non si è registrato un aumento della redditività dell'impresa che gestiva la rete né ciò è valso a ridurre i sussidi complessivamente erogati all'industria ferroviaria, lasciando al contrario sostanzialmente inalterata la misura dell'intervento pubblico a sostegno del settore.

Nel nostro Paese, inoltre, l'assetto ordinamentale recentemente disegnato dalla riforma costituzionale del 2001¹⁹⁶ ha finito per rendere ulteriormente problematico il riparto dei ruoli e delle competenze sulla materia, così determinando una progressiva perdita della dimensione strategica e istituzionale delle problematiche di investimento in infrastrutture energetiche.

Ciò posto, è da rilevare il dato delle ottime *performance* conseguite dalle aziende cd. *multi utilities* nella scelta di convogliare le risorse verso la distribuzione dei dividendi agli *shareholders* (il Ministero del Tesoro, nel caso delle industrie di Stato, gli enti locali nel caso di molte realtà industriali localizzate specialmente nel Centro-Nord, investitori istituzionali esteri in altri casi): il che pone, in realtà, il dubbio se i buoni risultati debbano ascrivere ai meriti di una gestione efficiente ovvero alla permanenza del potere (tendenzialmente) monopolistico in capo agli operatori *incumbent* nei rispettivi mercati.

Nel settore dei servizi di interesse economico generale, considerati come tali dalle autorità pubbliche e soggetti dunque a specifici obblighi inerenti al servizio pubblico concernenti la promozione e la garanzia circa le condizioni di offerta e fruibilità per i cittadini, non è in discussione la centralità dell'intervento pubblico, che trae infatti alimento dalla presenza dei tipici "fallimenti del mercato" messi in luce dalla teoria economica: condizioni di monopolio naturale non contendibile ed esternalità che implicano l'imposizione di obblighi e oneri di servizio pubblico.

Ciò che è in discussione sono le forme da dare al rapporto tra intervento pubblico e mercato in modo da promuovere efficienza ed efficacia nell'erogazione dei servizi e quindi realizzare al meglio gli obiettivi pubblici.

Al riguardo, la soluzione tradizionalmente adottata in Italia e in gran parte dei paesi europei nel secondo dopoguerra, quella cioè basata sulla produzione pubblica diretta in condizioni di monopolio — da parte di enti pubblici economici o di imprese controllate dallo Stato o da altri enti

¹⁹⁶ L'art. 117 Cost., come novellato dalla l.cost. n. 3/2001, iscrive la politica energetica tra le materie di competenza legislativa concorrente. Testualmente: "Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: (...) produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (...)."

pubblici¹⁹⁷ — ha svolto inizialmente un ruolo importante nel promuovere l’offerta sul territorio nazionale e nel garantire condizioni di accesso generalizzate. Ma si è poi arenata sulle secche di inefficienze gestionali e quindi di costi elevati che si scaricavano sul bilancio pubblico.

La produzione pubblica ha anch’essa sofferto, ma in forme sue peculiari, di vizi tipici del monopolio: l’assenza di pressione concorrenziale ha fatto sì che la rendita di monopolio, che non poteva prendere la forma di extra-profitto, si è convertita in minore tensione all’efficienza, in costi elevati e, in certi casi, in scadente qualità del servizio. A ciò si aggiunga che le autorità pubbliche hanno spesso concepito i soggetti erogatori dei servizi come mero “braccio esecutivo” delle proprie politiche allocative o redistributive: al di là della maggiore o minore rispondenza a effettivi interessi pubblici, questi obiettivi extra-aziendali hanno comunque consolidato prassi gestionali che ben poco avevano a che vedere con l’efficienza e l’efficacia del servizio.

La moderna “economia della regolazione” ha così disegnato un quadro di nuovi strumenti per un intervento pubblico in grado di valorizzare mercato e imprenditorialità come componenti irrinunciabili per il conseguimento degli obiettivi di interesse generale che l’autorità pubblica intende promuovere nei settori delle *utilities*. Un quadro di strumenti che fa proprio l’accento giustamente posto sull’esigenza di sfrondare la pleora di regolazioni e di artificiose barriere all’entrata che, proteggendo vecchie posizioni di rendita e interessi costituiti, bloccano la concorrenza anche ove possibile e mortificano le capacità di iniziativa imprenditoriale; ma che al tempo stesso definisce le forme di una regolazione dell’assetto di mercato che previene il cristallizzarsi di nuove posizioni di rendita, promuove la concorrenza e ne garantisce il corretto svolgimento, contrastando la tendenza spontanea degli *incumbents* a comportamenti anticompetitivi.

Nel far ciò, la regolazione definisce anche il quadro di regole entro cui la discrezionalità politica nella scelta degli obiettivi da raggiungere, delle risorse da mettere in campo, degli incentivi da fornire agli operatori può

¹⁹⁷ G. BOZZI, *Municipalizzazioni*, *Enc. Dir.*, 1977; G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.* 1990; S. CASSESE, *Azionariato*, in *Enc. Dir.* 1959; F. MERUSI, *Cent’anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1/2004, 37;

relazionarsi in forme corrette con l'operare dei mercati e quindi può conseguire al meglio gli stessi obiettivi pubblici.

2.1. Cenni sui principi dell'economia della regolazione.

Pur senza la pretesa di sviluppare esaustivamente la sterminata produzione dottrinale e bibliografica sedimentata sull'argomento¹⁹⁸, appare utile richiamare tre fondamentali acquisizioni della moderna economia della regolazione, decisive per costruire il contesto di mercato entro cui la politica economica può al meglio svolgere il suo ruolo di indirizzo e governo del sistema delle *utilities*.

La prima sta nel ricondurre a regolazione diretta — aggiuntiva rispetto alla regolazione con cui la legislazione e i pubblici poteri dettano le regole di base del funzionamento dei mercati - i soli segmenti di un servizio che presentano condizioni di monopolio naturale non contendibile o quei servizi per i quali, per le rilevanti esternalità positive che presentano o perché l'autorità pubblica ritiene che abbiano caratteristiche di *affordability* (ossia di accessibilità a prezzi contenuti per gli utenti), vengono introdotti obblighi di servizio pubblico e oneri corrispondenti. In tutti gli altri casi, il conseguimento dei risultati allocativi di interesse generale deve essere lasciato all'operare della concorrenza “nel” mercato - compresenza effettiva o potenziale (minaccia di entrata) nella produzione del servizio di una pluralità di imprese — eventualmente con il supporto di un regime di autorizzazioni o di licenze individuali a carattere oggettivo, trasparente e non discriminatorio.

I confini del monopolio naturale e delle attività da sottoporre a obblighi di servizio pubblico variano con l'evoluzione della tecnologia, della domanda e della stessa configurazione dell'organizzazione sociale.

E uno degli avanzamenti decisivi dell'ultimo ventennio del secolo appena trascorso è stato proprio l'identificazione dei nuovi confini che nelle condizioni odierne assumono monopolio naturale e obblighi di servizio

¹⁹⁸ Per tutti, recentemente, A. BOITANI - A. PETRETTO, *Le politiche di regolamentazione*, in A. NINNI - F. SILVA (a cura di), *La politica industriale: teorie ed esperienze*, Roma Bari, 1997.

pubblico. Di qui, per esempio, il processo di separazione verticale tra gestione della rete elettrica o del gas — monopolio naturale non contendibile — e le attività a monte e a valle, da aprire alla concorrenza “nel” mercato.

La seconda indicazione decisiva della moderna economia della regolazione sta nella netta distinzione dei ruoli tra soggetto pubblico regolatore e impresa regolata, con il primo che si colloca nella posizione di rappresentante di interessi generali, e con l’impresa che può (e deve) perseguire obiettivi propriamente aziendali. All’opposto, quando il soggetto pubblico è proprietario e gestore dell’azienda che deve anche regolare si trova in una condizione di oggettivo conflitto d’interessi che rende inconciliabili gli obiettivi del contenimento delle tariffe con la redditività dell’azienda, la qualità del servizio con la gestione meno conflittuale possibile dei rapporti di lavoro, la riduzione dei costi con la protezione dell’azienda dal confronto concorrenziale.

Per contro, separare nettamente i compiti di indirizzo e regolazione da quelli di gestione del servizio ha almeno due conseguenze importanti: le diverse spinte presenti nel soggetto pubblico vengono ricondotte a un obiettivo unificante di tutela degli interessi degli utenti; l’attività dell’impresa è ricondotta a obiettivi propriamente aziendali, grazie al fatto che il *management* rende conto a un solo interlocutore, gli azionisti, cui spetta il “diritto al residuo” sui risultati di impresa. La funzione pubblica di indirizzo e regolazione ne viene esaltata, mentre si neutralizza la discrezionalità della burocrazia pubblica, rompendo la relazione di tipo collusivo che si instaura tra questa e l’impresa quando di proprietà pubblica.

La terza indicazione fondamentale sta nell’orientamento pro-concorrenziale che deve assumere l’attività di regolazione.

Per un verso, adottando, nella regolazione del monopolio naturale, metodologie di tariffazione che, come nel caso del *price-cap*, approssimano per via regolatoria risultati simili a quelli tipici della concorrenza, scremando la rendita del monopolista e al tempo stesso incentivandone la tensione all’efficienza. Per altro verso, regolando prezzi e condizioni di accesso all’infrastruttura in monopolio naturale in modo da garantire il dispiegarsi della concorrenza tra gli operatori che quella infrastruttura

utilizzano. Infine, promuovendo forme di affidamento in concessione che rendano contendibile il diritto a gestire il servizio — concorrenza “per” il mercato - e forme di regolazione delle modalità di copertura degli oneri di servizio pubblico che riducano al minimo i rischi di “trascinamento” dei sussidi da parte dell’impresa nelle attività in cui essa opera in condizioni di concorrenza “nel” mercato.

Il ruolo dei pubblici poteri si sostanzia dunque nella corretta identificazione dei segmenti da regolamentare, lasciando che negli altri operi la concorrenza; nella riduzione a zero degli interventi intrusivi del regolatore nella gestione dell’impresa, al fine di ridurre al minimo indispensabili vincoli e ostacoli al dinamismo imprenditoriale.

Il punto centrale, dunque, non sta in una presunta ritirata dell’intervento pubblico bensì in un suo cambiamento di forma, che in realtà ne esalta le capacità di governo effettivo dei mercati, curando che questi ultimi svolgano bene la propria funzione di promotori dell’efficienza e dell’innovazione.

La moderna economia della regolazione fornisce perciò una chiave di lettura nuova del rapporto tra intervento pubblico e mercato: regole e istituzioni efficienti non sono il mero prodotto spontaneo dell’interazione tra gli operatori sul mercato, ma sono il prodotto di una interazione più complessa, in cui le autorità di politica economica intervengono introducendo o rimuovendo regole, costruendo istituzioni pubbliche che interagiscono con gli operatori, adattando regole e istituzioni all’evoluzione del contesto economico e sociale.

La concorrenza stessa non è un prodotto spontaneo del mercato, ché anzi le strategie degli operatori tendono di per sé a porre argini alla concorrenza e, specie nel campo delle *public utilities*, hanno spesso buon gioco nel ricostituire barriere anticoncorrenziali: la politica economica è chiamata a prendersi cura dell’assetto dei mercati per ricostituirvi continuamente, nella misura massima possibile, le condizioni necessarie al dispiegarsi del gioco concorrenziale.

3. Principi e finalità dell'intervento pubblico.

L'intervento pubblico nel settore del gas ha assunto forme ed è stato realizzato attraverso strumenti diversi.

Innanzitutto mediante l'istituzione di regimi di riserva, nelle forme e nei modi di cui all'art. 43 cost.¹⁹⁹

Il regime di riserva può infatti riguardare soltanto alcune limitate e determinate fasi della filiera, non certo l'intero settore, e comunque nei limiti stabiliti dalla disciplina comunitaria ed in ogni caso riconducibili ad una delle tre tipologie previste dall'art. 43 cost.

Il regime di riserva può riguardare la fonte di energia, ossia la ricerca e la coltivazione di idrocarburi; ovvero le attività caratterizzate da condizioni di monopolio naturale, quali la gestione della rete di trasmissione nazionale e di distribuzione locale dell'energia elettrica, nei quali casi la legittimazione all'esercizio dell'attività è attribuita mediante concessione a soggetti terzi, pubblici o privati, che operano dunque in regime di esclusiva con le amministrazioni concedenti.

Accanto agli specifici regimi di riserva relativi a determinati segmenti di mercato, si aggiunge una disciplina di ordine generale di carattere regolatorio, relativa appunto ai servizi di pubblica utilità, estesa all'intero settore e alle attività economiche ad esso connesse, svolte anche in regime di concorrenza e dunque di libertà d'impresa.

Si tratta, innanzitutto, di interventi che si esplicano in programmi e controlli, che indirizzano e coordinano l'attività delle imprese pubbliche e private verso il soddisfacimento di finalità sociali, secondo il modello previsto dall'art. 41 cost.²⁰⁰

Una seconda serie di interventi ha ad oggetto le modalità di svolgimento dell'attività economica, attraverso misure di regolazione tese a coniugare il principio della libertà d'iniziativa economica con i fini di utilità

¹⁹⁹ L'art. 43 Cost. dispone che "a fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire" allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, imprese o categorie di imprese, "che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio", e ciò "mediante espropriazione e salvo indennizzo", purché "abbiano carattere di preminente interesse generale."

²⁰⁰ L'art. 41 Cost. recita: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali."

sociale previsti dal medesimo articolo, e che si traducono in prescrizioni relative al confronto concorrenziale tra imprese ovvero al rapporto tra imprese ed utenti.

Le finalità dell'intervento pubblico nel settore energetico sono, dunque, molteplici.

Occorre in primo luogo tener presente e considerare la rilevanza della materia sul funzionamento complessivo del sistema economico e sociale e la sua incidenza sull'ambiente. L'intervento dei pubblici poteri, nelle diverse forme in cui esso avviene, tende, dunque, innanzitutto a garantire la sicurezza degli approvvigionamenti, la massima e più economica fruibilità del servizio per gli utenti, e la migliore tutela ambientale, mediante interventi di programmazione che si concretizzano nell'imposizione in capo agli operatori di obblighi di servizio pubblico ovvero comunque indirizzati verso la tutela di interessi pubblici. Proprio il soddisfacimento di interessi pubblici rende l'intervento del potere pubblico compatibile anche nel contesto di misure di liberalizzazione dei relativi mercati.²⁰¹

Nel mercato del gas, dunque, la regolamentazione del settore mediante piani e programmi relativi ad opere di trasporto, importazione e stoccaggio della materia prima risulta funzionale all'obiettivo della sicurezza degli approvvigionamenti. Il soddisfacimento di tale obiettivo, principio fondamentale cui si ispira la disciplina di apertura dei mercati, giustifica anche talune deroghe alle misure di liberalizzazione in favore delle imprese che assumono determinati obblighi. E' il caso dei contratti di fornitura a lungo termine.²⁰²

L'intervento dei poteri pubblici è giustificato, poi, dalla tutela degli utenti attraverso il rispetto degli obblighi di servizio pubblico.

²⁰¹ Si veda l'art. 3, comma 1, della direttiva 2003/55/CE. "Gli Stati membri (...) fanno sì che le imprese di gas naturale (...) siano gestite (...) al fine di realizzare un mercato del gas concorrenziale sicuro e sostenibile dal punto di vista ambientale." Al comma 2 è specificato quanto segue: "Nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del Trattato, in particolare dell'articolo 86, gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico concernenti la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela dell'ambiente, compresa l'efficienza energetica e la protezione del clima. (...) In materia di sicurezza dell'approvvigionamento (...) gli Stati membri possono attuare una programmazione a lungo termine(...)". Al comma 3, è chiarito che "Gli Stati membri adottano le misure appropriate per tutelare i clienti finali e garantire un elevato livello di tutela dei consumatori (...)"

²⁰² Si veda art. 25 direttiva 98/30/CE

Tra i principi comunitari su cui si fonda la disciplina di settore, infatti, specifica menzione è riservata proprio alla tutela del consumatore²⁰³, per il soddisfacimento della quale l'ordinamento ammette appunto l'intervento del pubblico allorquando la concorrenza non ne assicuri l'effettività.²⁰⁴

A tal fine, è consentita l'introduzione di misure relative alla regolarità, alla qualità e al prezzo delle prestazioni, e l'imposizione in capo alle imprese del settore della distribuzione, di obblighi di fornitura al fine di garantire la parità di trattamento e l'universalità del servizio.²⁰⁵

Nella vigente disciplina generale della materia, contenuta nella legge 23 agosto 2004, n. 239 recante "riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia", tra i principi fondamentali sono enunciati quello di garantire la fruizione dei servizi in modo omogeneo sul territorio²⁰⁶, definire un sistema tariffario certo e trasparente, assicurare adeguati livelli di qualità e promuovere la tutela degli utenti²⁰⁷.

La stessa legge disciplina inoltre il ruolo, le funzioni ed i compiti affidati all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.

La legge disciplina la struttura e i criteri di definizione della tariffa, intesa come prezzo massimo unitario al netto delle imposte, mentre

²⁰³ In argomento, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1998, 41; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 1999.

²⁰⁴ Cfr. Art. 3, dir. 2003/55/CE. Gli Stati membri adottano le misure appropriate per tutelare i clienti finali e garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, ed assicurano in particolare ai clienti vulnerabili un'adeguata protezione, comprendente misure idonee a permettere loro di evitare l'interruzione delle forniture. In questo contesto possono adottare misure adeguate per la tutela dei clienti nelle zone isolate che sono allacciati al sistema del gas. Gli Stati membri, inoltre, possono designare un fornitore di ultima istanza per i clienti allacciati alla rete del gas, che garantiscono un elevato livello di tutela dei consumatori, con particolare riguardo alle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali e ai meccanismi di risoluzione delle controversie.

²⁰⁵ Gli obblighi di servizio pubblico assumono connotazioni diverse nei settori dell'energia elettrica e del gas. Nel secondo, la distribuzione di gas, pur a fronte di alcune misure di incentivazione all'estensione, è un servizio pubblico intanto in quanto viene assunto con un atto facoltativo dell'ente locale che ne stabilisce le condizioni di erogazione e di accessibilità da parte degli utenti. Nel mercato elettrico, più semplicemente, vige una disciplina che impone la fruizione diffusa e omogenea del servizio sull'intero territorio nazionale. Sul punto, ampiamente in G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE, (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2208.

²⁰⁶ Cfr. Art. 3, c. 1, lett b), l. 239/2004.

²⁰⁷ Cfr. Art. 4, c. 1, l. 239/2004:.

l'Autorità stabilisce ed aggiorna la tariffa base, i parametri e gli elementi di riferimento in relazione all'andamento del mercato.²⁰⁸

La regolazione garantisce altresì adeguati livelli di qualità, in condizioni di economicità e di redditività, mediante le determinazioni dell'Autorità che definiscono i livelli qualitativi generali e specifici, e direttamente recepite nelle carte dei servizi, unitamente a quelli autonomamente inseriti dagli esercenti.

Inoltre, l'Autorità vigila sull'effettività sia delle regole fissate dalla legge, ad esempio in ordine alle tariffe e alla qualità del servizio, che di quelle private frutto dell'autonomia negoziale privata, se del caso mediante adozione di determinazioni direttamente incidenti sulle modalità di erogazione del servizio alla collettività o ai singoli utenti, ovvero ordinare il pagamento di indennizzi in favore degli utenti allorquando gli esercenti pongano in essere condotte lesive dei diritti dei consumatori.

L'eventuale insorgenza di conflitti tra utenti ed imprese operanti nel settore, peraltro, può essere affidata a procedure di conciliazione e arbitrato presso l'Autorità ovvero, in prima istanza, innanzi alle commissioni arbitrali e di conciliazione istituite presso le camere di commercio.

Infine, l'intervento dei poteri pubblici è finalizzato a rendere funzionale e realmente competitivo e concorrenziale il mercato di riferimento.

Le normative di regolazione, dunque, introducono misure di liberalizzazione del mercato concernenti innanzitutto l'abolizione di diritti speciali o di regimi di esclusiva, garantendo condizioni di accesso al mercato ispirate ai principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e semplificazione delle procedure.

L'attribuzione del servizio agli esercenti avviene, dunque, non più in base a concessione, bensì in base ad un regime di autorizzazione, salvo che le condizioni di monopolio non rendano possibili le sole forme di concorrenza *per* il mercato, assicurandone la contendibilità al momento della scadenza.

²⁰⁸ Gli adeguamenti tariffari avvengono secondo il sistema del *price cap*. Per *price cap* si intende il limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale, determinato in base al tasso di variazione annuo dell'inflazione e all'obiettivo di miglioramento del saggio annuale di produttività fissato per un periodo di tre anni.

L'obiettivo della promozione della concorrenza è enunciato dall'art. 1, comma 1, della legge 239/2004. Per garantire effettività alle misure pro concorrenziali son conferiti poteri di regolazione, controllo e sanzione all'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Come sarà ampiamente illustrato nel proseguio della trattazione, tra le misure più incisive in chiave pro concorrenziale si segnalano il rispetto del principio di trasparenza nell'accesso degli operatori al mercato, secondo condizioni e modalità stabilite dalla legge e dai provvedimenti dell'Autorità. In secondo luogo, l'Autorità disciplina le modalità tecniche e le tariffe di accesso dei terzi all'infrastruttura ovvero di interconnessione tra le reti. Inoltre, al fine di evitare sussidi incrociati ovvero le criticità insite in un mercato dominato da un operatore verticalmente integrato, l'ordinamento prevede misure di separazione (cd. *unbundling*).

Il permanere di una condizione di solo parziale apertura del mercato energetico, con le differenze che esistono e permangono tra i due settori, dipende sia da ragioni di carattere politico-legislativo, nonché da ragioni di ordine strutturale, quali la permanenza di condizioni di monopolio naturale in talune delle fasi della filiera.

Ciò, in particolare, nelle fasi caratterizzate della presenza essenziale dell'infrastruttura di rete rispetto alla quale deve essere garantito l'accesso da parte dei terzi.

3.1. Le politiche infrastrutturali.

Ripensare le politiche industriali con specifico riguardo agli investimenti infrastrutturali appare perciò assolutamente centrale per recuperare la dimensione strategica della problematica al fine di massimizzare i benefici di lungo periodo del sistema economico e sostenere lo sviluppo competitivo dei mercati.

Che, poi, tale risultato debba essere conseguito attraverso un *necessario* ritorno alla dimensione pubblica degli investimenti nelle reti non è affatto automatico. Al contrario, appare indispensabile collocare tale obiettivo nel quadro di un sistema istituzionale ed ordinamentale che sia definito

nell'attribuzione di ruoli e funzioni tra i vari attori istituzionali impegnati a cooperare per lo sviluppo della dotazione infrastrutturale e degli interventi necessari per la sua manutenzione.

Recuperare, dunque, un corretto inquadramento istituzionale della gestione delle infrastrutture di rete, tutt'ora in massima parte condizionate dall'influenza dominante delle imprese ex monopoliste che pur privatizzate od operanti in regime di (parziale) liberalizzazione detengono ancora una influenza dominante sulle stesse, anche mediante una migliore perimetrazione del ruolo e delle funzioni delle autorità di garanzia.

Le autorità di garanzia rappresentano, in tal senso, il naturale completamento, a livello istituzionale, della ridefinizione delle politiche di intervento nell'economia e della fisionomia stessa dello Stato regolatore nei settori caratterizzati dalla presenza delle infrastrutture di rete.

Se quello dell'indipendenza dal potere politico rappresenta un requisito indispensabile per il corretto ruolo delle autorità, occorre ribadire che, a parti rovesciate, è assolutamente necessario che esse non esorbitino dalle funzioni che l'ordinamento assegna loro: spetta agli organi di indirizzo politico definire compiutamente un disegno di *policy*, entro cui collocare anche la problematica degli investimenti infrastrutturali, ma senza perdere di vista l'interesse generale di sviluppo dell'economia reale verso cui la regolazione dei mercati tende.

Ciò in quanto il semplice paradigma della concorrenza non è sufficiente a conseguire obiettivi di politica economica: l'introduzione della concorrenza e l'apertura di mercati strutturalmente chiusi rappresenta pur sempre uno strumento e non già (come talvolta, erroneamente, è sembrato) un fine in sé e per sé.

Occorre dunque recuperare un rapporto di equilibrata cooperazione tra le politiche di liberalizzazione e concorrenza (come detto e dimostrato, di per sé non sufficienti ad innescare percorsi virtuosi a livello economico) con un sapiente indirizzo di politica industriale, all'interno del quale trovi la giusta dimensione anche e soprattutto la problematica dello sviluppo infrastrutturale, per troppo relegata negli angusti confini della logica imprenditoriale di mercato e di breve periodo ovvero nelle storture di uno Stato imprenditore elefantiaco ma poco avveduto.

La promozione degli investimenti in infrastrutture di trasporto energetico è uno dei principali problemi che pone la liberalizzazione dei mercati e la loro integrazione in ambito europeo.²⁰⁹ Le reti energetiche rappresentano, inoltre, una componente fondamentale del più ampio progetto riguardante le grandi reti europee (che comprende anche quelle del trasporto di merci e persone e quelle riguardanti le telecomunicazioni).²¹⁰

L'integrazione tra i vari mercati nazionali dell'energia crea le condizioni per un aumento dei volumi di scambio, dal che il funzionamento e la sicurezza del sistema dipende dagli investimenti nel potenziamento delle interconnessioni livello sia transfrontaliero che interno ai singoli mercati. La confusione e il continuo cambiamento del quadro regolatorio rende, tuttavia, decisamente incerto il ritorno economico di tali investimenti. Tale confusione rappresenta dunque il principale freno agli operatori europei ad investire nel potenziamento e nella manutenzione delle reti²¹¹, con conseguenza spesso anche drammatiche in termini di sicurezza delle reti e delle produzioni. Ebbene, per garantire la sicurezza energetica, la regolamentazione del mercato deve assicurare ed incentivare un adeguato livello di investimenti sia nella generazione che nelle infrastrutture di trasporto.

Segnali incoraggianti di inversione di rotta nella direzione auspicata giungono dall'approvazione delle due Direttive²¹² contenenti un "pacchetto"

²⁰⁹ Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'elettricità (GU L 27, 30.01.1997); Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (GU L 204, 21.07.1998). Si tratta delle due direttive che hanno dato avvio ai processi di liberalizzazione dei due mercati dell'energia, favorendo l'integrazione tra i vari mercati nazionali dell'energia elettrica e del gas. Successivamente, Commissione delle Comunità Europee, *Una iniziativa europea per la crescita. Investire sulle reti e nella concorrenza per la crescita e l'occupazione*, Comunicazione della Commissione. Relazione finale al Consiglio Europeo, 11 novembre 2003.

²¹⁰ Diffusamente, in A. PREDIERI - M. MORISI, (a cura di) *L'Europa delle reti*, Torino, 2001.

²¹¹ Il problema della sicurezza delle interconnessioni appare particolarmente drammatico nel settore dell'energia elettrica. Si pensi alla impressionante sequenza di blackout elettrici verificatisi nel 2003, sia sul fronte dell'alta tensione e delle grandi centrali sia sulle reti locali di bassa tensione. Tali episodi hanno mostrato con lampante evidenza i limiti e le debolezze del sistema, inducendo un cambio di prospettiva in forza del quale l'obiettivo non può essere solamente l'abbassamento dei prezzi dell'energia in un mercato concorrenziale ma anche la sicurezza della rete e della produzione.

²¹² Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (26 giugno 2003, norme comuni per il mercato dell'energia elettrica, che abroga la direttiva 96/92/CE); Direttiva 2003/55/CE del PE e del Consiglio (26 giugno 2003, norme comuni per il mercato del gas naturale che abroga la direttiva 98/30/CE); Regolamento CE n. 1228/2003 del PE e del

di misure finalizzate non solo ad accelerare la liberalizzazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas ma anche a favorire l'interconnessione, l'interoperabilità e lo sviluppo delle reti transeuropee dell'energia.

Pertanto, e in definitiva, l'evoluzione normativa si sviluppa sul doppio livello della regolazione pro concorrenziale e del rafforzamento delle misure in materia di sicurezza delle forniture e dell'approvvigionamento di energia: la promozione di nuove infrastrutture di trasporto, infatti, non solo concorre ad implementare gli approvvigionamenti ma anche ad accrescere la domanda introducendo forme di concorrenza nel settore della fornitura all'ingrosso.

La necessità di inquadrare la trattazione dell'argomento su scala europea deriva, dunque, sia da ragioni di carattere fisico e tecnologico connesse alla natura materiale del bene e alle modalità di erogazione del servizio, nonché da motivazioni di ordine giuridico-istituzionale riferite alla necessità di regolamentare la materia a livello sovranazionale.

Gli ostacoli più significativi che si frappongono ad una integrazione compiuta dei mercati europei del gas sono riconducibili, essenzialmente, alla persistente concentrazione dei mercati delle forniture e alla presenza, tutt'ora evidente, di operatori dominanti²¹³.

Il cd. pacchetto energia approvato nel giugno 2003 dal Consiglio UE, in particolare per quanto concerne le due Direttive relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (2003/54/CE) e per il mercato interno del gas naturale (2003/55/CE), nello stabilire il necessario recepimento da parte di ciascuno Stato membro, stabilisce l'obbligo di separazione societaria dei gestori di rete al fine di garantirne l'indipendenza

Consiglio (26 giugno 2003, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica); Decisione n. 1229/2003 CE (del 26 giugno 2003, che stabilisce un insieme di orientamenti relativi alle reti trans europee nel settore dell'energia e abroga la decisione n. 1254/96/CE).

²¹³ Commission of the European Communities, DG tren draft working paper, Third benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market, Brussels, 1/03/2004. Il rapporto evidenzia i seguenti ostacoli all'integrazione dei mercati europei del gas: livello diseguale di aperture dei mercati nazionali; la necessità di armonizzare i diversi sistemi tariffari e le transazioni tra i diversi operatori di rete; la necessità di rendere trasparente e pubblica la capacità disponibile ai principali punti di entrata e di uscita e di armonizzare le metodologie per calcolare le capacità; la necessità di armonizzare le procedure di prenotazione delle capacità, i regimi di bilanciamento e i meccanismi di gestione delle congestioni, al fine di eliminare gli ostacoli ai nuovi entranti nell'ottenere capacità e nel gestire gli scambi attraverso diversi paesi; la congestione deriva, almeno in parte, dall'assenza di adeguati meccanismi di *use-it-or-lose-it*.

rispetto agli operatori interessati alle altre fasi della filiera; l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi alle reti regolato, basato su tariffe pubblicate e praticate a tutti gli utenti in maniera non discriminatoria; l'istituzione, in ogni Paese, di autorità di regolazione indipendenti dalle imprese e dagli interessi dei due settori.

La cornice normativa a livello comunitario, facendo salve le disposizioni di dettaglio contenute nelle normative interne di ciascuno Stato membro, poggia su alcuni assunti quali:

- a. gli oneri per l'accesso alle reti devono essere trasparenti, rispecchiare i costi effettivamente sostenuti;
- b. i meccanismi per l'assegnazione della capacità sulle reti di trasporto devono essere non discriminatori e trasparenti;
- c. in caso di congestione contrattuale, quando cioè la capacità prevista da contratti di trasporto esistenti rimane non usata, il gestore del sistema di trasporto offre la capacità non usata sul mercato primario; gli utenti della rete hanno poi la facoltà di rivendere la capacità non usata sul mercato secondario; in caso di congestione fisica, si applicano soluzioni non discriminatorie basate sul mercato;
- d. i gestori del sistema di trasporto hanno obblighi di trasparenza per i servizi e le informazioni necessarie agli utenti della rete per ottenere un effettivo accesso alla rete;
- e. le regole di bilanciamento devono basarsi su criteri obiettivi, equi e non discriminatori.

La creazione di nuova capacità di produzione e di trasporto è essenziale per la creazione di un mercato europeo dell'energia più integrato ed efficiente. In tal senso, l'esigenza di favorire nuovi investimenti nelle reti trova esplicito riconoscimento nell'ambito del contesto normativo europeo e, dunque, nazionale.

La legislazione comunitaria prevede infatti un trattamento particolare per l'accesso alle nuove infrastrutture di trasporto sia dell'energia elettrica che del gas, prevedendo specifiche deroghe al diritto di accesso dei terzi

riconoscendo l'accesso prioritario in capo a chi realizza nuove infrastrutture di trasporto.²¹⁴

Nel mercato del gas la disciplina relativa all'accesso alle infrastrutture di nuova realizzazione, contenuta nell'art. 22 della Direttiva 55/03, stabilisce che rispetto a nuove importanti infrastrutture (gasdotti, impianti di GNL, impianti di stoccaggio) è possibile l'esenzione dall'applicazione delle norme sull'accesso (art. 18), sull'accesso allo stoccaggio (art. 19), sull'accesso ai gasdotti *upstream* (art. 20), sulle competenze tariffarie del regolatore (art. 25). Le medesime deroghe si applicano anche nel caso di aumenti significativi della capacità di infrastrutture esistenti ovvero a loro modifiche tali da permettere lo sviluppo di nuove fonti di approvvigionamento di gas.

Orbene, la concessione dell'accesso prioritario alle nuove infrastrutture può avvenire solo a patto che:

- a. gli investimenti aumentino la concorrenza nella fornitura di energia e la sicurezza degli approvvigionamenti di gas;
- b. il rischio connesso sia tale da annullare la convenienza ad effettuare gli investimenti stessi se non fosse concessa l'esenzione;
- c. l'esenzione non pregiudichi il livello di concorrenza e di efficace funzionamento del mercato interno.

Le modalità per la concessione delle esenzioni si articolano, inoltre, in una serie di disposizioni specifiche relative al ruolo e ai provvedimenti delle autorità di regolazione, alla fissazione di un termine di durata e di un tetto alla nuova capacità, alla consultazione con gli altri Stati membri (o con le autorità di regolazione) nel caso delle linee di interconnessione, ovvero infine al parere della Commissione Europea a cui in ogni caso notificare la decisione di esenzione.

In Italia l'accesso prioritario è stato introdotto per i gasdotti dall'articolo 11 della Delibera dell'AEEG 137/02 e per i terminali GNL dalla Delibera 91/02, e successivamente normato dall'art. 27 della L. 273/2002 e ulteriormente modificato dalla delibera 90/03 dell'AEEG.

²¹⁴ Per il settore elettrico l'esenzione al principio di parità di accesso è contenuta nel regolamento sugli scambi transfrontalieri (cd. cross border) Regolamento CE n. 1228/2003.

4. Servizi a rete e concorrenza.

4.1. La nozione di rete. Una introduzione.

Quella delle reti è una problematica contemporanea più che recente.²¹⁵ Nei manuali di diritto amministrativo e di diritto pubblico dell'economia non c'è traccia di una trattazione dogmatica autonoma delle reti ancora fino agli anni Ottanta.

Si tratta, come è stato autorevolmente detto, di un tema da “*ruling ninties*, ossia di quegli anni Novanta dedicati alla regolazione”.²¹⁶

La nozione di rete deve, infatti, essere inquadrata ed affrontata nella prospettiva dello stretto rapporto tra la stessa rete e il concetto, relativamente nuovo, di regolazione.

La difficoltà sta nell'operazione di adattare concetti ed istituti del diritto amministrativo classico (servizi pubblici, funzioni pubbliche) ad un contesto ordinamentale profondamente mutato. La trasformazione più incisiva, in questo contesto, è insita nel passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, il passaggio dal mondo pubblico al mondo privatizzato.

La chiara polisemia del termine “rete” evidentemente rende necessaria una perimetrazione semantica della trattazione.²¹⁷

L'ambito giuridico nel quale ci si muove è, dunque, quello del mercato dei beni pubblici, un tempo dominato dall'impresa pubblica che produceva quei beni pubblici che un mercato di operatori privati non riusciva comunque a produrre.

La nozione di rete, dunque, assume una valenza dogmatica autonoma soltanto quando l'ordinamento giuridico, in un contesto di politica di regolazione, da semplice *asset* di proprietà di una o più imprese connota le reti non più in termini puramente economici, legate cioè non soltanto al

²¹⁵ A. PREDIERI e M. MORISI, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001; T. SALONICO, *Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio fra concorrenza e regolamentazione*, in A. PREDIERI e M. MORISI, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 181; M. ARSI, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in A. VIGNERI - C. DE VINCENTI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Mulino, 2006, 194. Recentemente, L. AMMANNATI e P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, Giuffrè, 2008.

²¹⁶ A. CAVALIERE, *Le reti dell'energia*, in *Serv. Pubbl. e Appalti*, 1/2005, 5;

²¹⁷ L. AMMANNATI e P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, Torino, 2008

profitto, bensì in un'accezione pubblicistica più ampia. Se fossero, infatti, considerate e gestite soltanto come un mero *asset* materiale non garantirebbero alla collettività quelle prestazioni di sistema che un tempo garantiva l'impresa pubblica in sé. Astraendo la rete da un ambito finalizzato soltanto ad obiettivi di redditività e profitto, l'ordinamento giuridico assegna alle reti quei corollari giuridici propri di un sistema di regolazione quali il diritto di accesso, di apertura del mercato, il servizio universale.

La rete diviene, dunque, un'entità giuridica autonoma, concettualmente separata dall'impresa.

A livello normativo comunitario, il concetto di rete rileva soprattutto in funzione dell'esigenza di strutturazione di politiche concernenti le reti infrastrutturali europee, la cui implementazione su scala nazionale avrebbe richiesto senza dubbio un più efficace funzionamento di una "rete" tra i diversi livelli di governo.

Lo sforzo definitorio deve, dunque, coniugare due diversi punti di vista, quello giuridico e quello economico. Il concetto di rete risulta unificante di questi due significati di bene pubblico.

Per il giurista il bene pubblico è il bene di proprietà dello Stato o di altro ente pubblico, ossia ciò che rileva è il profilo dell'appartenenza alla sfera pubblica in senso proprietario, ovvero la "relazione di inerenza" del bene all'interesse pubblico (la funzione o il servizio assolti per suo tramite). In questo senso, la proprietà pubblica del bene non è indispensabile.

Per l'economista vale, invece, una concezione funzionale, ossia il bene è pubblico in quanto il mercato non riuscirebbe da solo a produrlo²¹⁸.

La nozione di rete è centrale nella categoria dei beni destinati a servizio pubblico. Ed è altresì nozione essenziale per il modo in cui il sistema costruisce l'organizzazione giuridica dei mercati.²¹⁹

L'impossibilità di regolare l'accesso al bene attraverso il meccanismo del prezzo, nel togliere all'imprenditore ogni stimolo a produrlo, produce

²¹⁸ Per l'economista, "*i beni per i quali non vi sia rivalità nel consumo e per i quali l'escludibilità sia impossibile*". Per tutti, J. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico. Fondamenti teorici*, Milano, 2003, 114

²¹⁹ E. CARDI, *La nozione di rete. Seminario reti europee*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 17; A.C. NAZZARO, *Natura giuridica del bene, proprietà pubblica e monopolio*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, 91.

una situazione di sostanziale fallimento del mercato, con ciò determinandosi in capo allo Stato l'onere di produrre il bene pubblico.

In definitiva, dunque, per bene pubblico si intenderà ogni utilità economica, ogni bene materiale od immateriale, utilizzato nella produzione di un servizio pubblico o nell'esercizio di un potere autoritativo, a prescindere dalla natura pubblica o privata del proprietario.²²⁰

In questo contesto definitorio, compito del giurista è quello di indicare le misure legislative tali da garantire, attraverso adeguate misure di regolazione, una risposta soddisfacente alla domanda di protezione altrimenti offerta avocando alla mano pubblica, mediante costituzione di monopoli pubblici di beni pubblici, i beni funzionali all'erogazione del servizio o allo svolgimento della funzione.

Le ragioni per le quali di regola è lo Stato proprietario dei beni di cui fa uso o di quelli concessi a terzi in uso sono da ricercarsi nella storia delle istituzioni dell'economia pubblica e delle politiche pubbliche.

Il diritto di proprietà è suscettibile di essere acquistato e detenuto indifferentemente dalle persone fisiche o dalle persone giuridiche, e tra queste ultime da quelle private come da quelle pubbliche.

Il riferimento costituzionale alla proprietà pubblica sottintende la specialità del regime dettato per i beni appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici.

Se la proprietà privata è soggetta ai "limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti", per la proprietà pubblica questi caratteri sono per definizione indefettibili.

Il codice civile, per quanto dedichi una trattazione asistemica e frammentaria alla disciplina dei beni pubblici, stabilisce che i beni del demanio naturale sono sottoposti di regola ad una *proprietà pubblica collettiva*. I beni del patrimonio indisponibile sono "destinati ad un pubblico servizio" (art. 826, comma 3).

I beni delle reti pubbliche sono utilizzati, seppur mediatamente, dagli utenti che usufruiscono dei servizi pubblici.

Quando le *utilities* sono erogate in regime di monopolio è la legge (art. 2597 c.c.) a garantire il diritto dell'utente di accedere al servizio (e quindi

²²⁰ R. ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle essential facilities*, in *Dir. Amm.*, 4/2006, 967.

alla rete) a condizioni eque e non discriminatorie. Il tema, però, del conflitto tra proprietà pubblica e privata, segnatamente sotto il profilo della norma o del principio che obblighi il proprietario del bene a concedere a terzi il diritto di goderne o di utilizzarlo per finalità di pubblico interesse, non può essere soddisfatto dal solo dato positivo che garantisce l'accesso al cliente finale.

Il tema centrale, nel contesto di uno studio sull'impatto della regolazione ai fini della promozione della concorrenza nei servizi a rete, è quello dei rapporti tra imprese concorrenti.

Il discorso, in altri termini, deve essere orientato teleologicamente in direzione della ricerca di norme che garantendo talune misure pro-concorrenziali, farebbero venir meno molte delle remore all'alienazione in blocco dei beni pubblici.

Si pensi al proprietario della rete, quando sia contemporaneamente, direttamente o tramite una società controllata, fornitore del servizio pubblico: in questa situazione, esso tenderà fisiologicamente a massimizzare le rendite monopolistiche derivanti dalla proprietà dell'infrastruttura, ad esempio limitando l'accesso di terzi, anche mediante condizioni contrattuali asimmetriche e differenziate rispetto a quelle praticate per sé, ovvero ritardando una seria politica di investimenti infrastrutturali e tecnologici nella rete.

Il divieto di abuso di posizione dominante, fattispecie prevista e disciplinata dall'art. 3 della legge n. 287/1990, istitutiva dell'Autorità Antitrust, può essere interpretato estensivamente al punto da ricomprendervi non soltanto l'abuso del diritto di impresa, ma anche del diritto di proprietà, per lo meno quando quest'ultimo sia strumentale al primo. E' senz'altro il caso dei beni facenti parte di una rete.

Esistono due tipi di reti, cui corrispondono due diverse tipologie di interventi pro-concorrenziali.

Il primo riguarda il caso in cui la rete sia facilmente duplicabile. In questo caso non si pongono esigenze di limitazione del diritto del proprietario sui singoli punti della rete.

Tuttavia, non sempre è possibile duplicare la rete.

Al riguardo, possono esserci ragioni di carattere scientifico e tecnologico, esternalità negative — soprattutto ambientali- eccessiva onerosità, riserva legale allo Stato e, quindi, condizione di monopolio legale. In tali casi, l'accesso alla rete deve essere garantito a tutti i competitori.

A questi due tipi di reti corrispondono due diversi modelli di concorrenza: *inter-system competition* e *intra-system competition*²²¹, locuzioni che alludono, nel primo caso, al fatto che i concorrenti offrono servizi alternativi tra loro (automobili, telefoni cellulari), nel secondo ciascun operatore offre un bene od un servizio che appartiene ad un unico network (servizi aerei, ferroviari).

Questa dicotomia non corrisponde a quella tra concorrenza *nel* mercato e concorrenza *per* il mercato, differenza che si coglie non nel dato unificante della presenza di una sola rete per entrambi, ma nella differenza che nel secondo caso anche l'imprenditore che fornisce il servizio è uno e la competizione si sposta dal confronto concorrenziale per l'erogazione agli utenti di quel servizio alla competizione per assumere il ruolo di operatore unico per l'erogazione di quel servizio su quel dato mercato.

I benefici di una rete sono tanto maggiori quanto più è aperta una rete. Ciò è senz'altro vero nel settore delle telecomunicazioni. Per alcuni servizi, invece, il rischio di congestione è suscettibile di paralizzare il servizio. Esempio emblematico, il settore autostradale.

Superata una certa soglia, in altre parole, la messa a disposizione della rete produce rendimenti decrescenti.

4.2. I servizi a rete.

Con l'espressione servizi a rete possono essere definite le fasi delle filiere industriali in cui si articolano i mercati dei servizi pubblici per la cui erogazione la presenza di una rete risulta tratto caratterizzante ed imprescindibile.

²²¹ Diffusamente R. ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle essential facilities*, in *Dir. Amm.*, 4/2006, 967.

Nel caso dei mercati energetici, le fasi intermedie comprese tra la produzione e gli altri segmenti cd. *upstream* a monte (importazione, prospezione, coltivazione, trasporto, stoccaggio), e quelle della vendita a valle (distribuzione e vendita finale).

Si tratta di attività caratterizzate da condizioni di monopolio naturale, o comunque di competitività assai ridotta, indispensabili al funzionamento del mercato liberalizzato nella loro funzione di consentire la circolazione fisica dell'energia elettrica ed del gas.

Le normative di liberalizzazione impongono ai gestori degli impianti due ordini di obblighi: da un lato, garantire il corretto funzionamento dei sistemi di loro competenza, anche mediante l'obbligo di scambiare le necessarie informazioni, nonché il relativo sviluppo in termini economicamente accettabili; dall'altro, garantire l'accesso imparziale a ciascun sistema astenendosi dal porre in essere discriminazioni tra utenti e categorie di utenti, nonché fornendo agli stessi tutte le informazioni necessarie a consentire l'accesso in modo efficiente.

Tali obiettivi sono giuridicamente declinati mediante disposizioni analitiche ed incisive riguardanti l'accesso regolato (*third party access*), gli obblighi di separazione (cd. *unbundling*) e l'implementazione di funzioni e poteri alle autorità di regolamentazione.

La legislazione nazionale e comunitaria che ha interessato negli ultimi anni i settori dell'energia in chiave pro concorrenziale e con l'obiettivo dichiarato di liberalizzarne i mercati, si è ispirata, dunque, a tre principi classici fondamentali²²²:

- la previsione di un obbligo di accesso regolamentato alle reti di trasmissione, trasporto, distribuzione (cd. *third party access*);
- l'imposizione di misure di separazione tra le attività deputate al funzionamento della rete e le altre attività economiche della filiera, secondo le differenti progressioni della separazione contabile, societaria, gestionale e proprietaria (cd. *unbundling*);

²²² Ampiamente, sul rapporto tra regolazione ex ante e vigilanza antitrust ex post in, F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Relazione al convegno "Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza", Firenze, Palazzo Incontri, 5 maggio 2006, Fondazione Cesifin Alberto Predieri.

- l'imposizione di misure di dismissione e di fissazione di tetti antitrust all'operatore dominante nei rispettivi mercati.

Nel mercato dell'energia elettrica, la legislazione ha operato in due direzioni principali: quella di stimolare l'offerta di energia favorendo le costruzioni di nuovi impianti produttivi e di nuove linee di trasmissione elettrica, sia interne che di interconnessione con l'estero; e quella di rafforzare la terzietà e neutralità nella gestione delle reti di trasmissione e distribuzione.²²³

Nel mercato del gas, rispetto al quale valgono considerazioni per molti aspetti analoghe a quello dell'elettricità, la principale criticità riguarda il ritardo ovvero l'inadeguatezza della disciplina volta a regolare l'accesso alle infrastrutture di interconnessione tra gli Stati membri nonché l'attribuzione alla Commissione UE di diretti poteri regolatori.

Come si avrà modo di argomentare nel corso della trattazione, infatti, accanto ai limiti della disciplina interna, l'ostacolo sostanziale maggiore alla liberalizzazione del mercato risiede proprio nella difficoltà di regolare la rete dei metanodotti specialmente a livello internazionale.

4.3. *L'accesso regolato (third party access).*

Tra le principali misure di liberalizzazione e di promozione della concorrenza nei servizi a rete, viene in rilievo l'applicazione generale del principio dell'accesso ai terzi²²⁴.

La dottrina gius-economica delinea due tipologie del principio: accesso negoziato, ossia basato su condizioni contrattuali flessibili stabilite tra

²²³ Nel mercato elettrico, nel periodo 1998-2004 la misura di energia importata è stata pari al 14% del fabbisogno complessivo nazionale, mentre il restante 86% è stato coperto dalla produzione nazionale. La rete di trasmissione ad alta e media tensione di elettricità è stata oggetto di misure di *unbundling* completo: l'infrastruttura è stata infatti affidata ad un soggetto, proprietario appunto della rete, neutrale e terzo rispetto ai *competitors*, sottoposto ad un obbligo di accesso non discriminatorio pieno. La rete di distribuzione a bassa tensione locale, invece, stante la condizione tecnica e strutturale di monopolio naturale derivante dalla non duplicabilità delle stesse, è stata oggetto di misure di concorrenza *per* il mercato, con la previsione della gestione mediante concessione ad un operatore unico per una durata di ben 30 anni.

²²⁴ A. CAVALIERE, *La nozione di rete*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, n. 1/2005, 7 ss.; N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI - G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1007.

l'impresa che offre il servizio di rete e le imprese che accedono; e accesso regolato, ossia fondato su termini, criteri e tariffe preventivamente stabilite e pubblicate, fissate dalle autorità di regolazione, che i gestori sono tenuti ad applicare in modo obiettivo e senza discriminazioni a tutti gli utenti.

Occorre, poi, effettuare una distinzione tra l'accesso alle cosiddette *essential facilities* e le cosiddette *bottle neck facilities*, ossia tra i segmenti di mercato caratterizzati o meno da condizioni di monopolio naturale per le quali è impossibile per un nuovo entrante costruire una propria rete perché sarebbe antieconomico e sostanzialmente non sostenibile.

Nella filiera industriale in cui si articola il mercato del gas, sono *essential facilities* le reti di trasporto e di distribuzione, al contrario, ad esempio, delle fasi di stoccaggio che, al netto delle criticità pur presenti, rappresentano un esempio di *bottle neck facilities*, in quanto ogni nuovo entrante può, sebbene solo in linea di principio, disporre di un proprio sistema di stoccaggio in autonomia.

L'accesso degli utenti alle *essential facilities* alle condizioni regolate non può, salvo deroghe espressamente tipizzate dalle normative di settore, essere rifiutato.

Nel caso del mercato del gas naturale, il rifiuto è ammesso solo per l'obiettivo ragione tecnica dell'esaurimento della capacità necessaria²²⁵.

Per compensare gli effetti anticoncorrenziali di tale deroga, le direttive comunitarie consentono agli Stati membri di adottare misure atte a garantire che i gestori, nel caso in cui oppongono la mancanza di capacità a giustificazione del rifiuto, apportino i miglioramenti del caso, ove economicamente giustificabili o qualora un cliente potenziale sia disposto a sostenerne il costo²²⁶.

Il principio conosce altri temperamenti, quali i casi in cui l'accesso impedisca l'assolvimento di obblighi di servizio pubblico ovvero comporti gravi difficoltà economiche e finanziarie ai titolari di contratti *take or pay*²²⁷.

E', inoltre, ammessa una deroga preventiva e generale al diritto di accesso dei terzi nel caso in cui i gestori realizzino nuovi investimenti

²²⁵ Art. 24, c.2, d.lg. 164/2000.

²²⁶ Art. 21, par. 2, dir. Gas, recepito all'art. 25, d.lg. 164/2000.

²²⁷ Artt. 24 e 26 d.lg. 164/2000.

infrastrutturali diretti a rafforzare la concorrenza e la sicurezza dell'approvvigionamento, ed il grado di rischio di essi sia tale da non renderli economicamente sostenibili senza la concessione di tale deroga²²⁸.

Nello specifico, la normativa interna attribuisce ai soggetti che investono, direttamente o indirettamente, nella realizzazione di nuove infrastrutture di interconnessione tra le reti nazionali di trasporto di gas degli Stati membri dell'Unione europea e la rete di trasporto italiana, nella realizzazione in Italia di nuovi terminali di rigassificazione di gas naturale liquefatto e di nuovi stoccaggi in sotterraneo di gas naturale, o in significativi potenziamenti delle capacità delle infrastrutture esistenti sopra citate, tali da permettere lo sviluppo della concorrenza e di nuove fonti di approvvigionamento di gas naturale, la facoltà di richiedere un'esenzione dalla disciplina che prevede il diritto di accesso dei terzi limitatamente alla capacità di nuova realizzazione²²⁹. L'esenzione è accordata, caso per caso, per un periodo di almeno venti anni e per una quota di almeno l'80 per cento della nuova capacità, secondo le procedure previste normativamente.

Allo stesso modo, i soggetti che investono, direttamente o indirettamente, nella realizzazione di nuove infrastrutture internazionali di interconnessione con Stati non appartenenti all'Unione europea ai fini dell'importazione in Italia di gas naturale o nel potenziamento delle capacità di trasporto degli stessi gasdotti esistenti, hanno diritto, nei corrispondenti punti d'ingresso della rete nazionale dei gasdotti, all'allocazione prioritaria nel conferimento della corrispondente nuova capacità realizzata in Italia di una quota delle capacità di trasporto pari ad almeno l'80 per cento delle nuove capacità di importazione realizzate all'estero, per un periodo di almeno venti anni, e in base alle modalità di conferimento e alle tariffe di trasporto, stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Tale diritto è accordato dal Ministero dello Sviluppo Economico, previo parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che deve essere reso entro il termine di trenta giorni dalla richiesta, trascorso il quale si intende reso positivamente²³⁰.

²²⁸ Art. 22 dir. Gas e art. 7 regolamento CE n. 1228/03.

²²⁹ Art. 1, c. 17, l. 239/04.

²³⁰ Art. 1, c. 18, l. 239/04.

Per quanto riguarda, in particolare, il mercato dell'energia, le direttive europee di liberalizzazione hanno ormai comportato il superamento dell'assetto verticalmente integrato della filiera, disponendo la separazione tra attività monopolistiche (trasporto e distribuzione) e potenzialmente concorrenziali (produzione, importazione, vendita). Le prime sono considerate *essential facilities* per poter accedere e competere nelle seconde, e pertanto in capo ai proprietari (ex monopolisti verticalmente integrati) è posto l'obbligo di concedere l'accesso non discriminatorio ai terzi nuovi entranti che, al momento dell'apertura del mercato, sono privi di tali infrastrutture. E' questo, il principio del *third party access*.

4.4. La dottrina delle *essential facilities*.

L'*essential facilities doctrine* (EFD)²³¹, di origine nordamericana, è una teoria giuridica che può essere racchiusa nel concetto per cui, a certe condizioni, il rifiuto di concedere ad altri il diritto di uso di un bene (*refuse to deal*) è qualificato alla stregua di una strategia di monopolizzazione del mercato e dunque sanzionabile come fattispecie riconducibile all'abuso di posizione dominante.²³²

²³¹ Sul punto, dottrina giuridica ed economica vastissima. M. SIRAGUSA, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1998, 146; J. BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Conc. Mercato*, 1998, 335; L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Conc. Mercato*, 1998, 329; VASQUES L., *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante*, in *Conc. Mercato*, 1998, 443; BRUTI LIBERATI E., *Le scelte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra tecnica e politica: il caso delle essential facilities*, in *Conc. Mercato*, 1998, 449; BASTIANON S., *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, 149; NIZI G., *Dalla teoria del monopolio naturale alla essential facilities doctrine: nuove forme di regolazione nel settore dell'energia*, in AMMANNATI L. (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, 2006.

²³² Il più significativo precedente giurisprudenziale (cd. *leading case*), il caso *Terminal Railroad Association* del 1912, nel quale la Corte Suprema dichiarò contrario alla Sezione Seconda dello Sherman Act (che proibisce l'abuso sotto qualsiasi forma della posizione dominante acquisita legalmente o in via di fatto su un mercato) il rifiuto da parte di imprese ferroviarie proprietarie della rete e di alcune stazioni di concedere ad altri imprenditori il diritto di utilizzare quella rete per fornire servizi di trasporto merci e persone. A seguire, il caso *Otter Tail*, relativo al rifiuto di una società di distribuzione di energia elettrica di rivenderla ad una municipalizzata che l'avrebbe a sua volta fornita ai clienti finali, così facendo concorrenza alla monopolista nel mercato a valle. Ampiamente in ROTIGLIANO R., *cit.*, 953 ss.

Finalità della dottrina in questione è quella di coniugare l'interesse privato -del monopolista proprietario dell'infrastruttura- con quello pubblico connesso al cd. *third party access*, ossia al diritto di altri imprenditori di concorrere in un mercato, quale quello dei servizi a rete, per i quali la disponibilità della stessa è condizione indispensabile.

Il rischio, ravvisato puntualmente dalla dottrina, è che tale sforzo possa tradursi nel disincentivo per gli operatori a massimizzare la propria posizione per non incorrere nella limitazione all'utilizzo dell'infrastruttura.

Per scongiurare tale rischio, che configurerebbe una sorta di esproprio ai danni dei proprietari delle *facilities* esistenti, si ammette che la limitazione al diritto di proprietà possa sussistere soltanto al ricorrere di talune condizioni.

Innanzitutto, l'eccezionalità dei casi in cui è ipotizzabile la concessione coattiva dell'uso dell'infrastruttura.

In secondo luogo, la caratteristica intrinseca della essenzialità della rete all'erogazione del servizio. Condizione, questa, che ricorre allorché il bene costituisca un punto dal quale necessariamente passare, e l'accesso alla rete sia indispensabile ai fini della concorrenza nel mercato²³³.

²³³ Secondo un orientamento condiviso, per attribuire ad un *asset* il carattere di *essential facility* debbono ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni: condivisibilità; non sostituibilità ("essenzialità"); non duplicabilità e, come conseguenza, dominanza da parte del soggetto che le controlla. Per condivisibilità si intende la possibilità che l'infrastruttura sia utilizzata in contemporanea da più operatori (dal gestore e dai suoi concorrenti, in caso di integrazione verticale); in questo caso il rifiuto dell'accesso da parte del gestore deve essere giustificato da ragioni "oggettive". Prescindendo da quelle strettamente tecniche (ad esempio, particolari specifiche tecniche o la non inter-operabilità fra reti), altre ragioni opponibili all'accesso sono oggetto di discussione, con prevalente riferimento al caso di soggetti verticalmente integrati che, gestendo in esclusiva l'infrastruttura ma competendo con altri sul mercato a valle, possono avere interesse a negare l'accesso.

Debbono, dunque, sussistere valide ragioni economiche per il rifiuto a contrarre. Orbene, escluso che la motivazione possa consistere nel *foreclosure* in sé dei concorrenti, occorre valutare le altre ragioni che possono essere considerate valide. Si pensi alla congestione. Un certo grado di congestione delle infrastrutture di trasporto è fisiologico e positivo (è raccomandato dalla Commissione europea), posto che sarebbe inefficiente dimensionare la capacità sui picchi di traffico; ne segue che la condivisione con nuovi operatori, su basi non discriminatorie, in una certa misura inevitabilmente spiazza l'*incumbent*. Nel caso dei diritti speciali, posto che in presenza di congestione è legittimo riconoscere all'*incumbent* verticalmente integrato un diritto di precedenza nell'uso della sua infrastruttura, la risposta può variare a seconda dell'interesse generale che si intende tutelare. Escluso che questo diritto possa poggiare sulla necessità di ripagamento dell'investimento nella rete (se il prezzo di accesso è corretto il ritorno è garantito, chiunque la utilizzi), due sono i problemi: il ripagamento dell'investimento nei servizi finali, che l'*incumbent* potrebbe aver realizzato nell'assunzione di poter fornire il mercato finale per tutta la capacità che la sua rete gli avrebbe permesso; questo argomento ha la sua presa, soprattutto a seguito di processi di privatizzazione avvenuti in presenza di una regolamentazione opaca – caso non infrequente da noi; gli effetti sull'incentivo a investire sulle reti. In tale ultimo caso, il regime di

Terzo, l'accesso di altri operatori deve produrre l'effetto di incrementare la concorrenza, riducendo correlativamente il prezzo ovvero aumentando la produzione o l'innovazione tecnologica. Condizione, questa, esclusa nel caso in cui il richiedente miri a sostituirsi al monopolista concedente, ovvero quando il primo non entri in concorrenza con il secondo.

Quarto, l'inversione dell'onere della prova della illiceità del rifiuto a carico del richiedente, nel senso che spetta ad esso dimostrare che il rifiuto oppostogli dal proprietario sia insufficiente.

Quinto, la residualità dell'ipotesi di accesso coatto, ossia può essere disposto dal giudice solo quando questi non abbia altri rimedi.

La giurisprudenza della Corte del Settimo Circuito Federale, nel caso MCI Communications (1983), esplicita, inoltre, le condizioni che devono essere provate dal richiedente:

- il controllo dell'infrastruttura essenziale da parte del monopolista;
- l'incapacità del concorrente di replicare il bene o la rete;
- il rifiuto di concedere il bene in uso;
- la coniugabilità della concessione a terzi con l'utilizzo proprio.

In estrema sintesi, il carattere dell'essenzialità della rete si ravvisa allorquando, prescindendo del tutto dall'indagine soggettiva sulle intenzioni del monopolista, il controllo sulla rete renda di fatto impossibile l'accesso di altri concorrenti nel mercato, ossia quando il controllo sulla stessa rechi con sé il potere di eliminare la concorrenza.

Si tratta, quindi, di individuare il mercato — sia dal punto di vista merceologico che geografico- per accedere al quale si riveli indispensabile accedere all'infrastruttura. Caso emblematico, quello dei mercati

accesso può produrre effetti opposti sugli investimenti: in generale l'*open access* può ridurre l'incentivo ad investire nelle reti da parte sia dell'*incumbent* (perché investire per aprire il mercato ai concorrenti?) che dei nuovi entranti su reti alternative (perché fare investimenti rischiosi se è possibile utilizzare a buon mercato quelli realizzati da altri?); al tempo stesso, anche l'accesso condizionato da diritti di precedenza dell'*incumbent* può disincentivare quest'ultimo dall'investire, posto che l'aumento della capacità allenterebbe gli ostacoli all'entrata dei concorrenti. L'esistenza di obblighi di servizio pubblico può invece costituire senz'altro una valida ragione per "razionare" l'accesso a favore di chi ne è gravato; ciò sarebbe tuttavia conseguenza di una scelta a valle (sul mercato dei servizi) "traslata" su quello a monte dei servizi infrastrutturali; infatti l'esclusione dei concorrenti non sarebbe dall'uso della rete in sé, bensì dal mercato finale, nella misura in cui questo sia attribuito in regime di riserva; e ne sarebbe beneficiario l'operatore incaricato del servizio pubblico, indipendentemente dall'essere quello verticalmente integrato o un altro.

verticalmente integrati in uno dei quali l'*incumbent* detenga una posizione di monopolio sulla quale può fare leva (effetto cd. *leverage*) per mantenere, consolidare od acquisire il monopolio sull'altro.

Nel diritto europeo e nella giurisprudenza comunitaria²³⁴, la traduzione dei principi della dottrina EDF è stata tipizzata nel precetto che obbliga a concedere l'uso del nodo o della rete.

La posizione di preminenza detenuta dall'ex monopolista è stata neutralizzata per consentire alle altre imprese di competere in condizioni di sostanziale parità.

Nel caso in cui l'ex monopolista legale del servizio è anche proprietario della rete, in un contesto di mercato aperto, la normativa comunitaria prescrive specifiche misure.

Innanzitutto, l'obbligo di consentire l'accesso alla rete ai concorrenti nel mercato dei servizi a condizioni eque e non discriminatorie, ovvero misure strutturali quali gli obblighi di separazione, nonché profili di regolazione amministrativa quali la fissazione di tariffe da parte delle autorità indipendenti.

4.5. Le tariffe di accesso.

La fissazione delle tariffe e le correlative condizioni tecniche per l'accesso sono stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e rappresentano le misure mediante le quali l'ordinamento conferisce effettività al principio del diritto di accesso dei terzi alle altrui infrastrutture.

La disciplina normativa del gas stabilisce che le tariffe di accesso siano certe, trasparenti e non discriminatorie, al fine di consentire che le imprese che operano nella produzione, nell'importazione, nella vendita del gas, e non sono a nessun titolo collegate con il gestore dell'infrastruttura, possano conoscere in anticipo e con sicurezza il relativo ammontare e abbiano la

²³⁴ Per una analisi dell'applicazione della *essential facilities doctrine* nella giurisprudenza comunitaria e nelle decisioni della Commissione, M. MEGLIANI, *L'accesso alle infrastrutture*, in L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, 61.

certezza di accedervi alle medesime condizioni di trattamento economico riservato alle eventuali altre imprese ad esse collegate.²³⁵

L'Autorità dispone di un effettivo potere amministrativo di determinazione tariffaria²³⁶, ciò che esorbita di gran lunga dalla mera configurazione di una funzione di regolazione *leggera*, per la quale si è ad esempio optato nel settore delle telecomunicazioni²³⁷, e che risulta contenuta entro i limiti dell'imposizione ai gestori di pubblicare preventivamente le proprie tariffe e della garanzia di evitare comportamenti discriminatori. La disciplina in questione, al contrario, conferisce all'Autorità, oltre alla vigilanza sulla parità concorrenziale tra operatori in competizione, il potere di intervenire anche sulle dinamiche dei prezzi d'accesso, sì da contenere, e se del caso reprimere, la propensione dei gestori a massimizzare la propria condizione di monopolisti naturali attraverso la fissazione di tariffe eccessivamente elevate.

Tale funzione risulta dunque orientata ad evitare che la eccessiva onerosità delle tariffe di accesso all'infrastruttura incida negativamente sull'utenza gravando in misura eccessiva sul prezzo finale del gas a danno degli utenti.

L'ordinamento comunitario, in tal senso, nello stabilire²³⁸ che le finalità dell'intervento tariffario dell'Autorità siano, al contempo, quella di garantire la certezza, trasparenza e non discriminatorietà delle condizioni economiche per l'accesso, nonché quella di evitare che tali condizioni incidano negativamente sul costo della bolletta energetica per il cittadino-consumatore, si preoccupa evidentemente di salvaguardare contemporaneamente sia le imprese che utilizzano le infrastrutture altrui per trasportare, stoccare, rigassificare e distribuire il gas che dunque anche i clienti finali, domestici o industriali, sui quali inevitabilmente ricadrebbero i prezzi pagati per l'accesso alle reti.

²³⁵ Sulle tariffe relative al settore del gas naturale, U. ARRIGO - M. BECCARELLO - D. DONATI - R. FAZIOLI, *Il sistema tariffario nel settore del gas. Un confronto europeo*, Milano, 1999; M. CARASSITI - D. LANZI, *Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. Pubbl.*, 2002, 5, 93; C. CAMBINI - A. IOZZI - P. VALBONESI, *Quali tariffe di trasporto nel settore del gas naturale*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2004, 157. Più in generale in tema di tariffe, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

²³⁶ Art. 24, c. 2, d.lg. 164/2000.

²³⁷ Sul tema, E. BOSCOLO, *le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000.

²³⁸ Art. 18, c. 1, direttiva 2003/55/CE, nonché 7° e 16° Considerando.

Al fine di inquadrare correttamente l'istituto della potestà di regolazione del prezzo di accesso da parte dell'Autorità, e per esso il margine di effettiva autonomia ed indipendenza delle stesse dal potere politico e di governo, è opportuno affrontare il problema della natura giuridica delle scelte, eminentemente tecnica ovvero discrezionale, che l'ordinamento pone in capo alle autorità.

Tale indagine risulta essenziale sia nella direzione di chiarire il ruolo e la funzione di autorità di regolazione nonché per dirimere il tema — molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza- dei limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle stesse²³⁹.

La disciplina dettata dalla legge non fornisce indicazioni univoche al riguardo²⁴⁰.

La legge prescrive che nella fissazione delle tariffe il regolatore preveda in ogni caso, per tutte le tipologie di infrastrutture, una remunerazione congrua del capitale investito²⁴¹. Le tariffe, inoltre, devono essere tali da non pregiudicare le aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali: a tal fine, la legge prescrive che l'autorità non si attenga rigidamente al criterio della corrispondenza tra costi e tariffe. Al fine di incentivare lo sviluppo infrastrutturale delle reti, con riferimento agli impianti di stoccaggio e di rigassificazione e alle reti di distribuzione, è fatto obbligo all'Autorità di stimolare la realizzazione di nuovi investimenti per il potenziamento della capacità esistente.

Parimenti generica e non risolutiva ai fini della esatta qualificazione della natura — discrezionale ovvero solo tecnica- degli atti in questione si rivela la disciplina di carattere generale contenuta nella l. 481/95. Tale disciplina si limita ad attribuire all'Autorità la competenza a definire le tariffe di accesso e di interconnessione ove previste dalle normative di settore²⁴², a prevedere il meccanismo di revisione tariffaria basato sul cd. *price cap*²⁴³, a porre il principio generalissimo secondo cui le tariffe devono assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del

²³⁹ Sulle Autorità indipendenti, in generale, e sui limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità in particolare, bibliografia sterminata. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Roma 2001, 11;

²⁴⁰ Art. 23, d.lg. 164/2000.

²⁴¹ Art. 23, c. 2, d.lg. 164/2000.

²⁴² Art. 2, c. 12, lett. d, l. 481/95.

²⁴³ Art. 2, c. 18, l. 481/95.

medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, specificando di tenere separato dalla tariffa qualsiasi tributo o onere improprio²⁴⁴.

Al di fuori, dunque, di indicazioni univoche desumibili dal dato positivo, l'accertamento può avvenire sulla base di una analisi dell'attività svolta in concreto dal regolatore.

Invero, la stessa genericità di talune locuzioni lascerebbe propendere per una connotazione non soltanto tecnica delle loro decisioni bensì rimessa a valutazioni effettivamente riconducibili al concetto di discrezionalità amministrativa.

Si pensi alla definizione del “tasso di remunerazione del capitale investito”, rispetto al quale la legge si limita a prescrivere il requisito della congruità, applicato in concreto secondo i parametri degli indici di rendimento dei capitali riconducibili ai mercati finanziari²⁴⁵, lasciando perciò al regolatore la quantificazione della misura compresa nel *range* stabilito.

Tale scelta non può che essere ricondotta ad una valutazione di opportunità, dunque discrezionale, tra gli opposti interessi pubblici che al riguardo emergono, ossia l'esigenza di contenere la tariffa di accesso al fine di calmierare il prezzo finale del gas, con l'obiettivo di non disincentivare la realizzazione di nuove infrastrutture e al contempo salvaguardare l'interesse privato, di carattere patrimoniale, del gestore.

Medesimo ragionamento può valere per le determinazioni relative al regime tariffario speciale per le infrastrutture di nuova realizzazione o quelle relative alla revisione della tariffa sotto il profilo del recupero di produttività.

Nell'esercitare la sua potestà tariffaria, in definitiva, il regolatore dispone di un margine di discrezionalità che incontra limiti sia di carattere legislativo nonché riconducibili a taluni principi elaborati in sede giurisdizionale²⁴⁶, quali la partecipazione dei destinatari dei provvedimenti

²⁴⁴ Art. 2, c. 12, lett. e, l. 481/95.

²⁴⁵ L. CAVALLO - G. COCO, *La remunerazione del capitale investito nelle imprese soggette a regolazione*, in *Econ. Pubbl.*, 2002, n. 4, 175.

²⁴⁶ Sul punto, in particolare per quanto concerne l'annullamento del giudice amministrativo di provvedimenti tariffari adottati al di fuori di un effettivo coinvolgimento e partecipazione

ai procedimenti sanzionatori ovvero, nell'applicazione del calcolo tariffario, il principio del necessario riferimento ai costi effettivamente sostenuti dalle imprese interessate²⁴⁷.

4.6. *La separazione (cd. unbundling).*

Altro principio portante di ogni disciplina di liberalizzazione dei servizi a rete è rappresentato dall'obbligo della separazione (cd. *unbundling*), nelle diverse gradazioni a cui si è accennato e di cui si dirà, tra proprietà della rete e gestione del servizio²⁴⁸.

Tutte le misure di regolazione di settori a rete liberalizzati — dalle telecomunicazioni ai trasporti, dai servizi portuali ai mercati energetici — contengono norme finalizzate a consentire l'accesso alle infrastrutture essenziali anche (e soprattutto) a soggetti diversi da quelli che ne detengono la proprietà o la gestione. Ciò anche quando tali infrastrutture non costituiscono tecnicamente un monopolio naturale, ma ragioni di carattere economico o ambientale ne rendano diseconomica la duplicazione.

Le modalità per soddisfare l'utilizzo delle reti anche ai terzi sono riconducibili a due ordini di soluzioni, peraltro combinabili tra loro: la regolazione della condotta dei gestori dell'infrastruttura, ispirata a criteri di trasparenza, non discriminazione e pubblicità delle informazioni sulle condizioni obiettive di utilizzo; ovvero, soluzioni di tipo strutturale, quali l'obbligo in capo alle imprese integrate ex monopoliste di introdurre forme di separazione tra le attività connesse alla gestione delle infrastrutture da quelle relative alle attività di produzione e fornitura del servizio. Ciò, allo

dei destinatari del provvedimento, Tar Lombardia, Milano, II sez., 19.12.2002, n. 171; Tar Lombardia, Milano, II sez., 28.06.2005, n. 3478; Cons. St. sez. VI, 9.7.2002, n. 5105.

²⁴⁷ Cons. St., sez. VI, 23 ottobre 2001, n. 567; Tar Lombardia, Milano, II sez., n. 6690/2001; Tar Lombardia, Milano, sez. II, n. 130/2003.

²⁴⁸ Sulle diverse gradazioni del regime di separazione, H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469

Una rassegna delle scelte di politica pubblica sul tema è contenuta in OCSE, *Structural separation in regulatory industries*, Parigi, 2001.

scopo di limitare ovvero eliminare la naturale propensione del gestore dell'infrastruttura a favorire le imprese collegate o integrate²⁴⁹.

La separazione, come anticipato, viene positivamente configurata secondo diverse gradazioni, più o meno penetranti²⁵⁰.

La separazione può essere proprietaria, ossia è escluso in radice che le imprese attive nei settori della produzione o della fornitura del servizio possano detenere ovvero gestire le reti e le altre infrastrutture essenziali o strumentali; ovvero gestionale, nel senso che ad essere alle imprese verticalmente integrate è consentito mantenere la proprietà dell'infrastruttura ma non anche l'esercizio delle stesse; societaria, nel qual caso l'integrazione tra segmenti industriali di produzione e attività di gestione della rete è esclusa per la medesima società sebbene resti consentita per la holding; infine, solo contabile.

La scelta tra le misure -più o meno incisive- di regolazione, sia a livello legislativo che amministrativo, attengono a profili di politica legislativa influenzati, come tali, da fattori di opportunità appunto politica ovvero di politica industriale, nonché di carattere economico e tecnologico.

Nel mercato del gas, come è noto, la rete è stata gestita da Snam rete gas, società collegata e controllata da Eni, operatore dominante, ex monopolista, praticamente in tutte le fasi della filiera²⁵¹.

²⁴⁹ In argomento, F. DENOZZA e M. POLO, *Le reti*, in E. BRUTI LIBERATI e M. FORTIS, *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001, 41; H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469; L. PROSPERETTI, *Benefici e costi di una separazione strutturale tra rete e servizio*, in *L'industria*, 2003, n. 2, 215; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 74; F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005; F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Atti del convegno "Il nuovo diritto dell'energia", Firenze, Fondazione Cesifin, 5 maggio 2006.

²⁵⁰ F. DENOZZA e M. POLO, *Le reti*, in E. BRUTI LIBERATI e M. FORTIS, *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001, 50-51. "Quattro sono in particolare le soluzioni maggiormente utilizzate. 1. Separazione proprietaria tra rete ed altri segmenti: chi possiede e gestisce la rete non può partecipare ai segmenti liberalizzati. 2. Separazione gestionale della rete: la proprietà rimane in capo ad un soggetto che opera anche nei segmenti liberalizzati, ma la gestione della rete e delle condizioni di accesso viene conferita ad un soggetto diverso. 3. Separazione gestionale della rete dagli altri segmenti, in capo a una società dello stesso gruppo di quelle che operano nei mercati liberalizzati. 4. Separazione contabile della rete dagli altri segmenti, all'interno della stessa impresa verticalmente integrata."

²⁵¹ La direttiva 98/30/CE si limitava a prevedere una separazione meramente contabile per le attività di trasporto, distribuzione e stoccaggio di gas naturale, al contrario di quanto previsto nel caso dell'energia elettrica che nella direttiva 96/92/CE imponeva agli Stati la separazione gestionale tra attività di esercizio della rete di trasmissione elettrica e le attività di produzione, distribuzione e vendita. Con il d.lg. 164/2000 veniva, dunque, previsto

L'ordinamento comunitario e nazionale delinea un sistema di regolazione frutto della combinazione di entrambe le descritte modalità, ossia di misure strutturali di separazione e misure di regolazione della condotta dei gestori.

Nel gennaio 2007 l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas²⁵² ha modificato la disciplina relativa alla separazione amministrativa e contabile prevista dalle delibere 21 dicembre 2001, n. 310 e n. 311. Un primo passo è stato mosso il 16 marzo 2006 con la pubblicazione di un Documento per la consultazione, intitolato Obblighi di separazione funzionale e di separazione contabile (*unbundling*) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas che ha raccolto le osservazioni di tutti i soggetti interessati. Le analisi condotte dall'Autorità stessa circa l'applicazione delle delibere summenzionate hanno evidenziato la necessità di apportare modifiche e integrazioni alla disciplina dell'*unbundling* al fine di favorire il processo di liberalizzazione in atto.

In particolare, è stato riscontrato che la separazione amministrativa e contabile non è di per sé sufficiente a garantire né l'assenza di sussidi incrociati, né la neutralità della gestione delle infrastrutture essenziali per la liberalizzazione, presupposto indispensabile al compiuto dispiegarsi della concorrenza.

Tale neutralità può essere assicurata solo attraverso la terzietà della gestione sia delle infrastrutture medesime sia delle informazioni derivanti dai servizi di misura. Questo obiettivo potrebbe essere efficacemente realizzato, in particolare per le attività di trasporto e di stoccaggio del gas, attraverso la separazione proprietaria, nei termini in cui l'Autorità ha più volte indicato in apposite segnalazioni al Parlamento e al Governo.

Per quanto riguarda la normativa comunitaria, la Direttiva 2003/55/CE, pur non contemplando l'obbligo di separazione proprietaria, prevede, accanto alle disposizioni in materia di separazione e trasparenza della

l'unbundling societario nel mercato del gas, mentre il d.lg. 79/99, relativo all'energia elettrica, la gestione della rete veniva conferita ad un soggetto giuridicamente distinto e autonomo dalle imprese operanti nei segmenti a monte e a valle, la società per azioni a controllo pubblico denominata Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale. Con il recepimento delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE, rispettivamente sull'energia elettrica e sul gas, è prescritto agli Stati membri di garantire in ogni caso l'indipendenza dei gestori delle reti sia elettriche che del gas.

²⁵² AeeG, delibera 11/07, in www.autorita.energia.it.

contabilità per le imprese operanti nel settore del gas, la separazione funzionale delle attività essenziali alla liberalizzazione.

In considerazione di tutto ciò e delle indicazioni ricevute dagli operatori di mercato, l'Autorità ha successivamente pubblicato la delibera 18 gennaio 2007, n. 11, con cui viene approvato il Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas in merito agli obblighi di separazione amministrativa e contabile (*unbundling*) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e il gas e relativi obblighi di pubblicazione e comunicazione che introduce nuove norme in materia di separazione funzionale e contabile adottando l'impostazione prevista dalla disciplina comunitaria. Tale provvedimento non riguarda solo i soggetti operanti nel mercato del gas, ma anche quelli operanti nel mercato elettrico.

4.7. *Governance delle infrastrutture di rete.*

Il processo di liberalizzazione ha proceduto con intensità differente nei diversi settori a rete di pubblica utilità. Ciò rende inevitabili considerazioni settoriali specifiche quando si affronta il tema della *governance* della rete.²⁵³

Nei settori nei quali la liberalizzazione deve ancora essere sostanzialmente avviata, non c'è allo stato alcuna separazione tra rete e gestione del servizio e vi sono ragioni per ritenere che l'infrastruttura di rete sia inadeguata a un contesto concorrenziale del mercato, è preferibile separare totalmente il servizio dalla rete, privatizzando il primo e mantenendo la seconda in mano pubblica.

In altri settori invece, in particolare nell'energia elettrica e nel gas, la separazione dell'operatore di rete è stata realizzata, seppure in forme blande, e soprattutto la rete è stata già, almeno parzialmente, privatizzata. Di fatto, il dibattito pubblico sulla *governance* delle infrastrutture di rete si è concretamente sviluppato proprio con riferimento a questi due settori, le cui specificità hanno inevitabilmente condizionato i ragionamenti di *policy*.

²⁵³ M. GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in A. VIGNERI e C. DE VINCENTI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 202; G. CESTONE, *Corporate governance e concorrenza*, in F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 39;

Nel caso del gas, in attuazione della direttiva europea di liberalizzazione, la rete è stata separata, ma solo societariamente, e la società di rete è stata in parte collocata sul mercato.

Delle ragioni e delle conseguenze della inadeguatezza economica dell'assetto della rete del gas, si è accennato nelle pagine precedenti e si dirà specificamente nel capitolo dedicato, appunto, al mercato del gas.

Vicende recenti sui mercati internazionali, che si sono anche accompagnate a una sostenuta domanda interna di gas, fanno sì che le preoccupazioni per l'assetto concorrenziale del mercato si intreccino, convergendo, con quelle della sicurezza degli approvvigionamenti.

Eni stessa si è dichiarata favorevole a una politica di potenziamento delle infrastrutture (in particolare, i rigassificatori) per diversificare le fonti di approvvigionamento, superando precedenti resistenze. Deve essere però posta la massima attenzione affinché questi potenziamenti non vengano attuati con modalità tali da mantenere la chiusura del mercato italiano del gas e il potere di mercato dell'ex-monopolista.

L'Italia ha un interesse specifico a una rete del gas integrata a livello europeo.

Così, per esempio, per rafforzare una *governance* lungimirante nelle scelte di investimento, potrebbe essere opportuno, non solo sottrarre la proprietà a qualsiasi operatore del settore, ma anche incentivarne la destinazione a investitori istituzionali, che hanno un più lungo orizzonte temporale.

L'operatore di rete dovrebbe inoltre essere incentivato a proporsi come un soggetto specializzato nell'attività di costruzione e gestione di reti sull'intero mercato europeo dell'energia elettrica, contribuendo fattivamente alla sua integrazione. Questo intervento "rafforzato" potrebbe essere facilitato, mantenendo comunque in mano pubblica una quota della proprietà della rete.

Il punto essenziale, se si sceglie di delegare l'infrastruttura di rete a un operatore privato, è però la necessità di rafforzare il quadro di regolazione in modo tale che il regolatore sia in grado di guidare le scelte di investimento con altrettanta incisività di quella con la quale ha saputo condizionare, in questi anni, la neutralità e imparzialità dell'accesso.

Ma condizionare le scelte infrastrutturali dell'operatore di rete ha ovviamente portata ben più ampia di quella di incentivare ampliamenti al margine della rete, ad opera di specifici operatori del servizio e di utilizzatori finali. In questa prospettiva generale, l'indirizzo politico necessario a una incisiva regolazione dell'operatore di rete - per incentivarlo a realizzare, in un quadro europeo, investimenti che espandano la capacità di rete rispetto a un fabbisogno oggi ancora condizionato da un assetto "monopolistico" del mercato italiano - non possa essere meno intenso di quello che sarebbe richiesto nel caso di mantenimento della rete in mano pubblica e di una politica di investimenti pubblici nelle infrastrutture.

Un siffatto orientamento presuppone, innanzi tutto, la capacità di garantire la piena indipendenza del regolatore e la sua chiara competenza in materia di scelte infrastrutturali di lungo periodo. La storia recente non suggerisce però ottimismo su questo aspetto. Negli ultimi anni, le autorità indipendenti di regolazione sono state progressivamente esautorate di competenze (l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, in particolare, proprio con riferimento ai poteri sulle reti).

Il fatto stesso che sia stata sostenuta la tesi che le scelte di investimento di lungo periodo sono materia della politica industriale in senso proprio (di competenza del Ministero, non del regolatore) getta una luce non confortante: se un argomento cruciale contro la *governance* pubblica diretta dell'infrastruttura di rete è il rischio di interferenze di obiettivi politici di breve periodo, una *governance* pubblica indiretta, con poteri di regolazione affidati al Ministero, mentre non rimuove quel rischio, è soggetta a più gravi rischi di *cattura* da parte dell'operatore privato.

In secondo luogo, occorre essere consapevoli che, affidando alla regolazione l'obiettivo di espandere la capacità infrastrutturale, si può forse mutare forma all'ipoteca che graverebbe manifestamente sulla scelta di mantenere la rete in mano pubblica: dove e come attingere le risorse necessarie per gli investimenti; ma non rimuoverla.

Con il regime regolato, la copertura del costo degli investimenti dovrebbe andare in tariffa, ricadendo comunque sulla collettività (attraverso prezzi alti). Se non si vuole che quel costo ricada direttamente, in misura rilevante e in tempi ravvicinati, sugli utilizzatori finali, occorrerebbe

compensarli, oppure trasferirne molto gradualmente la copertura in tariffa facendo leva su piani intertemporali di rimborso di durata molto lunga. In entrambi i casi dovrebbero essere impiegate, direttamente o indirettamente, ampie risorse pubbliche. Risorse materiali dovrebbero essere impiegate, nel primo caso, sotto forma di compensazione agli utilizzatori finali; nel secondo caso, sotto forme varie di trasferimenti, per incentivare adeguatamente un operatore privato verso scelte di investimento a redditività particolarmente bassa e ampiamente differita. Ma vaste risorse - sia pure, ma solo *prima facie*, più “immateriali” - devono essere comunque investite, se non si vuole ricorrere a incentivi “diretti”.

Perché, in tal caso, la regolazione deve riuscire ad avere un forte respiro di lungo periodo e una forte credibilità; così da permettere all’operatore (privato) di rete di raccogliere risorse finanziarie di lungo periodo, con costi e tempi di rimborso non più onerosi di quelli con i quali dovrebbe confrontarsi il soggetto pubblico, se assumesse in prima persona l’impegno di investimento in rete.

In altri termini, e in conclusione, è certamente un fatto che le risorse finanziarie sono oggi, per il soggetto pubblico, un rilevante “fattore scarso” e ciò rende particolarmente difficoltoso un suo impegno diretto. Ma se non si vuole che la delega al privato, anche regolato, produca effetti perversi, lo stesso soggetto pubblico deve essere in grado di sopperire con altri investimenti e con altre risorse, sulle quali accumulare il necessario capitale immateriale di reputazione e credibilità. In questo senso un *commitment* politico altrettanto forte e stringente deve essere implicito, tanto nella scelta della regolazione, quanto nella scelta di mantenere direttamente le infrastrutture di rete in mano pubblica.

5. Le autorità di regolazione.

5.1. Profili generali.

L’istituzione delle autorità di regolazione, dotate di autonomia ed indipendenza rispetto sia al potere politico che ai soggetti privati destinatari

delle misure di regolamentazione, rappresenta l'elemento ordinamentale caratterizzante l'assetto istituzionale dei servizi pubblici a rete nella transizione dallo "Stato imprenditore" allo "Stato regolatore"²⁵⁴.

²⁵⁴ La bibliografia sulle autorità indipendenti è amplissima. AA.VV., *La nuova disciplina delle Autorità indipendenti*, atti del seminario Astrid, 18 giugno 2007 (con contributi di M. D'ALBERTI, A. PAJNO, G. NAPOLITANO, S. LA RICCIA, C. CALABRÒ, V. CERULLI IRELLI); G. ABBAMONTE, *Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione*, in *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 35; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 647 Ss.; L. ARCIDIACONO, *Governo autorità indipendenti e pubblica amministrazione*, in *Le autorità indipendenti*, a cura di S. LABRIOLA, Milano, 1999, 68 ss; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 86 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova 2000, 87 ss.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, 346; V. CAIANIELLO, *Le Autorità Indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amm.*, 1997, 341; M. CAMMELLI, *comunicazione*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 108 ss; R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I Garanti Delle Regole*, Bologna, 1996, 165; F. P. CASAVOLA, *Quale statuto per le autorità indipendenti*, *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 22; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, *Mercato Concorrenza e Regole*, 2002, 271; S. CASSESE, *Dalla Sec alla Consob*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle autorità indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di BASSI E F. MERUSI, Milano, 1993; I. CIOLLI, *L'autorità per la vigilanza sui lpp: il primo passo....*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3806; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Dir.Amm.*, 1999, 181; L. COSSU, *Questioni aperte e soluzioni nuove*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedurali*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 359; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000; G. DE MINICO, *Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'antitrust e della consob*, in *Politica del Diritto*, 1998, 243; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, 1995, 249; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato e concorrenza*, 2000, 474; P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Antitrust Between EC Law And National Law*, a Cura Di E.A. RAFFAELLI, Bruxelles Milano, 2000, 295; G. FERRARINI, *A Chi La Difesa Della Società Bersaglio?*, in *Mercato E Concorrenza*, 2000, 140; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 110 ss; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, 41; M. MANETTI, *Autorità Indipendenti*, in *Enc. Giur. It.*, Vol. IV, Roma, 1997, 6; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, In *I Garanti Delle Regole*, 103; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale. Profili generali*, In *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 Ss.; F. MERUSI, *Democrazia E Autorità Indipendenti*, Bologna, 2000; G. NAPOLITANO G., *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità di regolazione*, in A. VIGNERI - C. DE VICENTI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 37; A. NERVI, *Regolamentazione della concorrenza e Autorità garante*, di R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 379; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997, 76; V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 337.

In particolare, ai fini della presente trattazione, rilievo preminente assume l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, istituita con la legge n. 481/95²⁵⁵.

L'istituzione delle autorità di settore costituiva il presupposto di legittimità richiesto dall'art. 1 bis della l. n. 474/94 che, per l'appunto, condizionava le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle attività di taluni settori dei servizi pubblici, quali l'energia, alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico²⁵⁶.

Tale previsione normativa si giustificava sul presupposto e sulla finalità di apprestare al settore dei servizi di pubblica utilità forme di tutela surrogatorie rispetto a quelle sino ad allora garantite dalla proprietà pubblica delle società operanti sui medesimi settori.²⁵⁷

Dal punto di vista generale, "l'erompere delle autorità indipendenti"²⁵⁸ sulla scena ordinamentale nazionale rappresenta il tratto più caratterizzante dell'evoluzione del sistema amministrativo tradizionale verso un modello reticolare²⁵⁹ costituito da entità organizzative atipiche, titolari di funzioni pubblicistiche nuove, non riconducibili alla classica tripartizione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario), caratterizzate da un accentuato grado di indipendenza rispetto al potere politico ed economico, anche in ordine ai criteri e alla titolarità del potere di nomina dei componenti, del requisito della neutralità rispetto agli interessi in campo, nonché dotate di un elevato

²⁵⁵ Art. 3, l. n. 481/95. Per un inquadramento dell'organizzazione e del funzionamento dell'Autorità si veda G. SANVITI, *Le autorità dei servizi*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996; G. CONTI, *Le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Dir. Econ.*, 1996, 383; L. CICI, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1998, 731; F. VETRO', *Le Autorità indipendenti di regolazione: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass.giur.en. elett.*, 2001, 453; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica ed il gas*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 2219.

²⁵⁶ Sul punto, F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, 151.

²⁵⁷ Sul collegamento funzionale e cronologico tra l'istituzione delle autorità indipendenti e le privatizzazioni, S. CASSESE, *la regolamentazione dei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *L'industria*, 1992, 167; F. GOBBO - G. UTILI, *Deregolamentazione e politica della concorrenza*, in *L'industria*, 1992, 225; PROSPERETTI L., *Monopolio, concorrenza, regolazione: i pubblici servizi in un mercato che cambia*, in *Econ. E pol. Indus.*, 1993, n. 80, 105; A. MACCHIATI, *Regolamentazione e concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, in *Il Mulino*, 1994, 82.

²⁵⁸ La fortunata e abusata definizione si deve a A. PREDIERI, *L'erompere*, cit.

²⁵⁹ Si veda, per tutti, S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1985, 375.

livello di specializzazione tecnica indispensabile per la cura di interessi riconducibili a settori tecnicamente sensibili tali da richiedere, appunto, particolari e riconosciute competenze, sulla scorta dell'esperienza già sperimentata in altri Paesi europei²⁶⁰.

Le ragioni poste a fondamento della scelta di istituire le autorità di regolazione sono, dunque, essenzialmente riconducibili alla inadeguatezza del sistema amministrativo a rispondere alle mutate e più complesse articolazioni degli interessi, pubblici e privati, rilevanti nel contesto di un'economia di mercato in forte evoluzione²⁶¹.

Il progressivo sgretolamento della concezione piramidale del potere statale in favore di una *governance* istituzionale multilivello a rete, la soggezione di apparati della pubblica amministrazione al potere politico e la carenza delle competenze tecniche e specialistiche richieste dalla complessità di taluni settori economici, l'esigenza di sganciare la tutela di interessi individuali o collettivi relativamente nuovi dalle forme dei rimedi giurisdizionali per garantire loro effettività e certezza²⁶², sono alcuni dei

²⁶⁰ Il riferimento è alle Regulatory agenzie inglesi, alle Autorités administratives indépendantes francesi. Per un inquadramento comparato, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992.

²⁶¹ M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in *La riforma delle autorità indipendenti*, in *Rassegna Astrid*, 17/09, www.astrid.eu. “Come nascono amministrazioni con queste caratteristiche peculiari nella storia dei poteri pubblici? Nascono per esigenze molto diverse a seconda dei casi. Non c'è un modello che presiede all'istituzione delle autorità indipendenti; esse nascono là dove servono. Lo dimostra bene la storia americana, che è una storia molto importante per le autorità indipendenti. Nel 1887 nasce la prima federal independent agency, la Interstate Commerce Commission, che si occupa di trasporti terrestri, di ferrovie soprattutto, e viene istituita, nell'intento del legislatore, come autorità di tutela degli utenti delle compagnie ferroviarie, dei passeggeri e di coloro che fanno circolare le proprie merci sopra quei convogli. Dunque, tutela gli utenti nei confronti delle compagnie ferroviarie, che erano tra i soggetti economici più potenti nella realtà americana di quel periodo, insieme ai petrolieri e ai produttori di tabacco. Nel 1914 nasce la Federal Trade Commission, che si aggiunge al Department of Justice, un'istituzione interna all'esecutivo, e si affianca ad essa per la tutela della concorrenza e per la protezione dei consumatori. Nel 1933, a seguito della crisi economica della fine degli anni Venti, nasce la Securities and Exchange Commission, a tutela degli investitori e dei risparmiatori, che erano andati in rovina a seguito della crisi di Wall Street. Ciascuna autorità nasce perché c'è un'esigenza in un settore o in una materia: la tutela degli utenti delle ferrovie, la protezione dei risparmiatori, la garanzia della concorrenza. Se si volesse tracciare una storia europea di queste autorità - che in Italia si sono consolidate quasi un secolo dopo l'avvio statunitense - avremmo delle immagini analoghe. La Consob, negli anni Settanta del XX secolo, è istituita per la tutela dei risparmiatori; nel 1990, l'Autorità antitrust è chiamata a garantire la concorrenza e il libero mercato; e poi l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è preposta alla regolazione delle telecomunicazioni e delle radiotelevisioni.”

²⁶² Per un inquadramento del rapporto tra funzioni antitrust e interessi degli utenti consumatori, G. AMATO – F. DENOZZA – H. SCHWEITZER – A. NICITA – D. STALLIBRASS,

profili che hanno condotto il legislatore, complice l'influenza del diritto comunitario, a conferire funzioni pubbliche di regolazione a soggetti istituzionali indipendenti e neutrali rispetto ai fornitori dei servizi stessi, nonché strutturalmente autonomi rispetto al potere politico, e ciò non senza dubbi ed interpretazioni mutevoli sulla compatibilità con il modello costituzionale²⁶³.

In particolare, a tale ultimo riguardo, lo svolgimento di funzioni di amministrazione attiva, e non soltanto di regolazione, in capo a soggetti indipendenti sottratti all'indirizzo politico ha posto i principali problemi di coerenza con il principio costituzionale dell'unità dell'indirizzo politico ed amministrativo di cui all'art. 95, in forza del quale sussiste un vincolo di stretta correlazione ed attinenza tra potere politico, in primis il Governo, ed amministrazione²⁶⁴.

In realtà, il presupposto costituzionale che legittima la atipica collocazione istituzionale e le funzioni amministrative e di regolazione attribuite alle autorità può essere rinvenuto nel dettato dell'art. 41 Cost., nella parte in cui preconizza nuovi strumenti di *intervento indiretto* dello Stato nell'economia — le misure di regolazione, appunto- riconducibili ai programmi e ai controlli determinati dalla legge, anche al fine di orientare e indirizzare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali²⁶⁵.

Per le funzioni svolte, dunque, le autorità si collocano sul piano dell'intervento pubblico nell'economia e non su quello amministrativo in senso stretto, radicando la propria legittimazione al di fuori del circuito

Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?, in *Mercato concorrenza e regole*, 2/2009, 381 ss.;

²⁶³ L'incerta collocazione giuridico-istituzionale delle autorità ha posto irrisolti problemi, al pari di quelli insorti per le autorità indipendenti già istituite, di compatibilità costituzionale, sia con riferimento al rispetto del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost. ("*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*") che rispetto alla responsabilità politica di cui all'art. 95. Sul punto, G. DE VERGOTTINI, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 1996, 284; F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI - A. ROMANO - F. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III, Bologna, 2001, 606.

²⁶⁴ Per tutti, v. CERULLI IRELLI, *Liberalizzazione, monopolio e regolazione*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 12, 1995, 128.

²⁶⁵ S. CASSESE, *Intervento*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, Atti del Convegno Roma 2-3 febbraio 1996, in *Quaderni della Rass. Giur. en. Elett.*, n. 13/96, 68; G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Padova, 1992.

politico-rappresentativo bensì nel contesto di una democrazia partecipativa e procedimentale.²⁶⁶

5.2. *L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.*

L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas è un organo collegiale, composto da un Presidente e due commissari, nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle attività produttive. Al fine di garantire la massima autonomia ed indipendenza, la legge prevede che tali designazioni effettuate dal Governo richiedano l'assenso delle commissioni parlamentari reso a maggioranza qualificata dei due terzi.²⁶⁷

I componenti dell'Autorità sono scelti tra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore. L'indipendenza degli stessi è altresì garantita da talune norme alquanto rigide in materia di durata del mandato, stabilito in sette anni e dunque scollegato dal mandato elettivo delle Camere e dalla durata del Governo, nonché con la prescrizione della impossibilità di esservi riconfermati, assistito inoltre da un regime stringente di incompatibilità a pena di decadenza vigente per la durata della carica, e a pena di sanzione amministrativa pecuniaria per i quattro anni dalla cessazione.²⁶⁸

I componenti e i funzionari dell'Autorità, nell'esercizio delle loro funzioni, sono pubblici ufficiali e sono tenuti al segreto d'ufficio²⁶⁹. La legge, inoltre, stabilisce una serie di disposizioni di dettaglio relativamente all'inquadramento e alle modalità stesse di reclutamento del personale²⁷⁰,

²⁶⁶ Sulle diverse concezioni della collocazione istituzionale delle autorità si veda anche, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1997, 645 ss..

²⁶⁷ Art. 2, c. 7, l. 481/95.

²⁶⁸ Art. 2, c. 8 e 9, l. 481/95.

²⁶⁹ Art. 2, c. 31, l. 481/95.

²⁷⁰ Ai sensi dell'art. 2, commi, 29, 30, 31, 10, l. 481/95. La pianta organica del personale di ruolo non può eccedere le ottanta unità. Il reclutamento avviene mediante pubblico concorso. In sede di prima applicazione e nella misura massima del cinquanta per cento dei posti, la selezione può avvenire anche nell'ambito del personale dipendente da pubbliche amministrazioni, purché in possesso dei requisiti di professionalità e imparzialità necessari. In aggiunta al personale di ruolo, l'Autorità può assumere fino a quaranta dipendenti con contratto a tempo determinato di durata non superiore a due anni, nonché esperti e collaboratori esterni, fino a dieci, per specifici obiettivi e specializzazioni professionali, con

tese a garantirne la professionalità e l'imparzialità, anche mediante la previsione di un rigido regime di incompatibilità a pena di decadenza.

L'Autorità gode di autonomia contabile, amministrativa e organizzativa²⁷¹. Agli oneri necessari alla sua istituzione e al loro funzionamento si provvede mediante specifico stanziamento sul bilancio dello Stato, nonché dai proventi rinvenienti dal contributo che le imprese regolate sono tenute a versare per un importo non superiore all'uno per mille dei ricavi dell'ultimo esercizio²⁷².

In ogni caso, le spese, il bilancio preventivo e il rendiconto della gestione sono soggetti al controllo della Corte dei Conti e sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale²⁷³.

Con regolamento dell'Autorità sono, poi, definite le norme concernenti l'organizzazione interna ed il funzionamento, la pianta organica del personale di ruolo, l'ordinamento delle carriere e il trattamento economico e giuridico del personale²⁷⁴.

Allo stesso modo, la legge attribuisce all'Autorità il compito di disciplinare le audizioni periodiche delle organizzazioni dei consumatori e degli utenti, nonché delle associazioni ambientaliste e di quelle sindacali delle imprese e dei lavoratori, ai sensi del capo III della l. 241/90²⁷⁵.

contratti a tempo determinato di durata massima di due anni, rinnovabili per non più di due volte.

²⁷¹ Art. 2, c. 27, l. 481/95.

²⁷² Art. 2, c. 38, l. 481/95. Sui meccanismi di finanziamento delle autorità, G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in C. DE VINCENTI – A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006, 46. “In materia di finanziamento delle autorità indipendenti di regolazione, due dati sono evidenti: la varietà delle modalità di provvista previste dalla normativa vigente; l'inadeguatezza degli stanziamenti pubblici rispetto alle funzioni affidate alle autorità (come denunciato, con riguardo all'Agcom, anche dall'ultimo rapporto della Commissione europea, 2006, p. 155). In questo contesto, si iscrive la norma della legge finanziaria per il 2006 che mira a generalizzare i sistemi di autofinanziamento. Già a partire dal prossimo anno, infatti, si prevede la tendenziale soppressione degli stanziamenti pubblici in favore delle autorità, le quali dovranno rivolgersi al «mercato di competenza». Rispetto a questa evoluzione dell'ordinamento sono forti le preoccupazioni circa il ritorno di una sorta di “feudalesimo” fiscale e il prevalere di una concezione “privatistica” delle autorità di regolazione. A ciò si aggiunga che, inevitabilmente, i costi sostenuti dalle imprese sarebbero trasferiti sui clienti finali, rendendo più oneroso l'accesso ai servizi e meno competitivo il sistema imprenditoriale.”

²⁷³ Art. 2, c. 27, l. 481/95.

²⁷⁴ Art. 2, c. 28, l. 481/95.

²⁷⁵ Ai sensi dell'art. 2, c. 23, l. 481/95, con delibera n. 44 del 16 maggio 1997, l'Autorità ha adottato il “Regolamento per le audizioni periodiche delle formazioni associative di consumatori e utenti, delle associazioni ambientaliste, delle associazioni sindacali delle imprese e dei lavoratori e per lo svolgimento di rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e l'efficacia dei servizi”.

Con regolamento governativo²⁷⁶, inoltre, sono disciplinate le procedure idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta ed orale e la verbalizzazione nei procedimenti innanzi all’Autorità, nonché i criteri e le condizioni per l’esperimento di procedure di conciliazione e arbitrato nelle controversie tra esercenti ed utenti²⁷⁷.

5.3. Finalità dell’intervento e funzioni dell’Autorità.

La legge istitutiva stabilisce che le autorità sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza²⁷⁸, preconstituendo così una riserva di disciplina tesa a configurare una responsabilità gestionale complessiva del settore in capo a tali soggetti²⁷⁹, pur facendo salve talune competenze ministeriali.

Così, a ciascuna autorità sono trasferite tutte le funzioni amministrative esercitate da organi statali e da altri enti e amministrazioni pubbliche, anche a ordinamento autonomo, relative alle proprie attribuzioni²⁸⁰, nonché le funzioni in materia di energia elettrica e gas attribuite dall’art. 5, comma 2, lettera b), del D.P.R. 20 aprile 1994, n. 373, al Ministro delle Attività produttive²⁸¹.

Accanto alle descritte funzioni di regolazione del settore, l’Autorità è altresì preposta allo svolgimento di tutte le attività connesse alla tutela degli interessi e dei diritti degli utenti che trovano, anche attraverso le funzioni

²⁷⁶ Ai sensi dell’art. 2, c. 24, lett. (a e (b, l. 481/95, è stato adottato il DPR 9 maggio 2001, n. 244 recante “Regolamento recante discipline delle procedure istruttorie dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas, a norma dell’art. 2, co. 24, lettera a) della legge 14 novembre 1995, n. 481”. In materia di accesso, si veda anche Autorità per l’energia elettrica e il gas, Delibera del 20 giugno 2002, n. 115, recante “Regolamento recante la disciplina delle garanzie di trasparenza dell’azione amministrativa dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas”.

²⁷⁷ Sul punto P. LAZZARA, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all’Autorità per l’energia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 361 ss.. Si veda anche J. TORRITI - L. LO SCHIAVO - E. FUMAGALLI, *L’AIR nella pratica di una Autorità indipendente. L’esperienza dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Mercato Concorrenza e regole*, 2/2009, 283;

²⁷⁸ Art. 2, c. 5, l. 481/95.

²⁷⁹ Sul punto G. DE VERGOTTINI, *L’Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 1996, 279 ss.

²⁸⁰ Art. 2, c. 14, l. 481/95.

²⁸¹ Art. 3, c. 1, l. 481/95.

arbitrali e di conciliazione ad esse conferite, rimedi di natura paragiurisdizionale assimilabili benché alternativi alla tutela giurisdizionale²⁸².

La legge istitutiva indica le finalità dell'intervento delle autorità²⁸³, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo.

Innanzitutto la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, altresì armonizzando gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso sufficiente delle risorse.

Al fine di conseguire gli obiettivi citati, la legge attribuisce all'Autorità poteri riconducibili a diverse categorie.²⁸⁴

Innanzitutto, poteri consultivi e di proposta, che si concretizzano in attività di segnalazione e di valutazione, nonché di proposizione di modifiche legislative, rivolte al Parlamento e al Governo, in relazione alla disciplina normativa del mercato ed in ordine alla regolazione dei servizi da assoggettare a regime di concessione od autorizzazione²⁸⁵.

In secondo luogo, all'Autorità è legislativamente attribuito il potere di adottare atti normativi o amministrativi generali, dalla disciplina delle tariffe²⁸⁶ e dei livelli qualitativi del servizio, alla definizione delle modalità tecniche e delle relative tariffe di accesso da parte dei terzi all'infrastruttura

²⁸² G. AMATO – F. DENOZZA – H. SCHWEITZER – A. NICITA – D. STALLIBRASS, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2/2009, 381 ss.;

²⁸³ Art. 1, c. 1, l. 481/95.

²⁸⁴ S. GARGIULO, *Diritto comunitario e potere normativo dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2002, 2180 – 2191; Sul punto ampiamente, G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 2221; F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica ed il gas*, Torino, 2005, 178.

²⁸⁵ Art. 2, c. 12, lett. a), b), l. 481/95.

²⁸⁶ Per un commento alle disposizioni in tema di tariffe contenute nella l. 481/95, M. GOLA, *Commento all'art. 2, commi 17 18 e 19*, in *Commentario alla l. 14 novembre 1995, n. 481*, in *Nuove leggi civ. comm.*, (a cura di) A. BARDUSCO - G. CAIA - G. DI GASPARE, 1998, 366.

ovvero di interconnessione tra le reti, ovvero ancora in merito alle separazione contabile e amministrativa, alla verifica dei costi delle singole prestazioni per assicurare la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza evidenziando separatamente gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale definito dalla convenzione, provvedendo quindi al confronto tra essi e i costi analoghi in altri Paesi, assicurando la pubblicizzazione dei dati²⁸⁷.

Inoltre, l'Autorità svolge funzioni di controllo mediante atti amministrativi individuali, anche di tipo sanzionatorio, valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio²⁸⁸.

Infine, l'Autorità svolge funzioni arbitrali e conciliative mediante l'adozione di atti di tipo giurisdizionale²⁸⁹.

La legge dispone che i ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti delle Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e sono proposti innanzi al tribunale amministrativo regionale ove ha sede l'Autorità²⁹⁰, ossia il Tar Lombardia.

5.4. Autonomia ed indipendenza delle autorità.

Le caratteristiche di autonomia e di indipendenza dell'Autorità si colgono, altresì, sulla tendenziale sottrazione della stessa ai vincoli del potere politico da parte del Parlamento e del Governo.

La procedura complessa di nomina dei componenti esclude, di per sé, la soggezione dell'autorità al controllo parlamentare ovvero a qualsivoglia forma di responsabilità nei confronti dell'organo legislativo, verso cui

²⁸⁷ Art. 2, c. 12, lett. c), h), d) f), l. 481/95.

²⁸⁸ Art. 2, c. 12, lett. m), l. 481/95.

²⁸⁹ Art. 2, c. 24, l. 481/95.

²⁹⁰ Art. 2, c. 25, l. 481/95. Sulla natura e sui limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità, si veda per tutti P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Roma, 2001;

l'autorità è tenuta unicamente a presentare annualmente una relazione sullo stato dei servizi e sull'attività svolta²⁹¹.

L'autonomia e l'indipendenza dell'autorità dal potere politico, garantite sia dal punto di vista organizzativo che funzionale, subiscono un temperamento, più o meno esplicito, in ragione di una certa sovrapposizione ordinamentale di funzioni e competenze tra la medesima e gli organi politici, anche a causa dell'intreccio di norme generali e norme settoriali²⁹².

Si pensi alla previsione legislativa che impone all'autorità, nel perseguimento delle finalità cui è preposta dalla legge istitutiva, ad osservare gli indirizzi di politica generale formulati dal Governo²⁹³, ovvero ad esercitare le funzioni amministrative lasciando tuttavia impregiudicato il potere di indirizzo del Governo nel settore²⁹⁴; alle indicazioni sulle esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità corrispondenti agli interessi generali del Paese contenuti nell'ambito del documento di programmazione economico-finanziaria (DPEF)²⁹⁵, ovvero infine alle disposizioni della novella di cui alla l. 239/04 nella parte in cui attribuisce al Governo un potere di indirizzo sull'attività dell'autorità orientato al perseguimento degli obiettivi generali di politica energetica del Paese²⁹⁶.

Tuttavia, a parere di scrive, tali previsioni, iscrivendosi nel solco del generale potere di indirizzo politico riservato ai soggetti istituzionali del circuito politico-democratico, nulla sottraggono in termini di autonomia ed indipendenza delle autorità non potendo in nessun caso, se non a costo di

²⁹¹ Per effetto della novella introdotta dalla l. 239/2004, la relazione annuale contempla anche le iniziative svolte in conformità agli indirizzi governativi di politica generale del settore. Sul contenuto necessario della relazione *ante* l. 239/04, si veda G.G. GENTILE, *L'attività regolatoria nel settore elettrico*, in *Rass.giur.en.elett.*, 1996, 560.

²⁹² Così, G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica ed il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2223.

²⁹³ Art. 1, c. 1, l. 481/95.

²⁹⁴ Art. 2, c. 14, l. 481/95.

²⁹⁵ Art. 2, c. 21, l. 481/95.

²⁹⁶ Art. 1, commi 3 e 11, l. 239/04. In particolare, il comma 11 dispone che: "Ai sensi dell'articolo 2, comma 21, della legge 14 novembre 1995, n. 481, il Governo indica all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nell'ambito del Documento di programmazione economico-finanziaria, il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità dei settori dell'energia elettrica e del gas che corrispondono agli interessi generali del Paese. Ai fini del perseguimento degli obiettivi generali di politica energetica del Paese di cui al comma 3, 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 ai sensi della legislazione vigente."

una singolare forzatura ermeneutica, delineare una subordinazione gerarchica della stessa rispetto a Governo e Parlamento.

Ciò che pare ulteriormente confermato dall'assenza di poteri sanzionatori tipizzati, compresa l'impossibilità di rimuovere i componenti al di fuori dei casi di decadenza di cui all'art. 2, comma 8 della legge istitutiva.

Sul piano del rapporto istituzionale e funzionale tra autorità e Governo, invero, un punto di vista interessante si coglie nell'analisi dell'influenza della prima rispetto al secondo, in particolare rispetto al potere di proposta che si configura come ulteriore forma di garanzia della loro autonomia, anche e soprattutto per il procedimento aggravato previsto dalla legge nel caso in cui il Governo intenda disattendere taluna delle proposte formulate dall'Autorità, e comunque "esclusivamente per gravi e rilevanti motivi di utilità generale".²⁹⁷

L'autonomia dell'autorità, come anticipato, è da intendersi riferita sia al potere politico che al potere economico rappresentato dagli interessi degli operatori privati la cui attività è soggetta alla regolazione.

Per lo svolgimento delle proprie funzioni, l'Autorità richiede ai soggetti esercenti il servizio informazioni e documenti sulle loro attività²⁹⁸; effettua controlli in ordine al rispetto degli atti di cui ai commi 36 e 37²⁹⁹, ossia delle disposizioni contenute nelle convenzioni ed eventuali contratti di programma stipulati tra l'amministrazione concedente e il soggetto esercente il servizio esercitato in concessione, nei quali sono definiti, in particolare, l'indicazione degli obiettivi generali, degli scopi specifici e degli obblighi reciproci da perseguire nello svolgimento del servizio, ossia le procedure di controllo e le sanzioni in caso di inadempimento, le modalità e le procedure di indennizzo automatico nonché le modalità di aggiornamento, revisione e rinnovo del contratto di programma o della convenzione; irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni

²⁹⁷ L'art. 2, c. 12, l. 481/95.

²⁹⁸ Art. 2, c. 20, lett. a) l. 481/95.

²⁹⁹ Art. 2, c. 20, lett. b) l. 481/95.

amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a lire 50 milioni e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione³⁰⁰; ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo³⁰¹.

Nel nostro Paese, stante l'attuale assetto di mercato del gas caratterizzato dal permanere della posizione dominante dell'ex monopolista Eni, si registra di fatto una sostanziale convergenza tra interessi economici e interessi rappresentati dagli organi politici, in quanto il Governo, azionista pubblico dell'*ex incumbent*, ha un obiettivo interesse, coincidente con quello della medesima società, a massimizzarne la redditività.

³⁰⁰ Art. 2, c. 20, lett. c), l. 481/95.

³⁰¹ Art. 2, c. 20, lett. d), l. 481/95.

CAPITOLO III
IL MERCATO DEL GAS.

1. Inquadramento storico normativo. 1.2. La materia energetica nei Trattati comunitari. 1.3. Il quadro ordinamentale del riparto di competenze tra i livelli istituzionali. 2. I processi di privatizzazione e di regolazione. 3. La disciplina del gas. 3.1. Caratteri fondamentali. 3.2. L'assetto di mercato. 4. Produzione e importazione. 4.1. Lo sviluppo delle infrastrutture di importazione. 4.2. Il caso Eni-TTPC al vaglio dell'Antitrust: il principio della "speciale responsabilità". 5. Lo stoccaggio. 6. Il trasporto e il dispacciamento. 7. Sviluppo, interconnessione ed interoperabilità delle reti trans europee di energia e regole d'accesso per l'integrazione dei mercati nazionali. 8. La distribuzione e la vendita. 8.1. La disciplina transitoria della distribuzione di gas naturale. 8.2. La fissazione dei prezzi di fornitura del gas naturale: l'imposizione di obblighi di servizio pubblico tra il rischio di ledere la concorrenza e l'esigenza di tutela del consumatore. La delibera AEEG 79/07 al vaglio della Corte di Giustizia. 9. Ipotesi di interventi pro concorrenziali nel mercato del gas.

1. Inquadramento storico normativo.

La disciplina dell'energia è segnata dalla sovrapposizione di tre distinti corpi normativi che riguardano il regime dei beni, dell'attività e del servizio.³⁰²

Il primo gruppo è originato dall'attribuzione delle materie prime, in particolare delle risorse idriche e gassose, allo Stato o ad altro soggetto

³⁰² Sulla ricostruzione storico normativa della disciplina del settore, si accede all'impostazione di G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2194. Una compiuta trattazione della materia in G. GUARINO, *Unità ed autonomia del diritto dell'energia*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1962, 221. Si veda anche F. VETRO', *Il settore del gas naturale*, in AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina. - atti del convegno lecce, 30-31 marzo 2007*, Torino 2008; C. CIUFFETTI, *Il mercato del gas*, in *Rass.giur.en.elett.*, 2001, 596; A. COLAVECCHIO, *I mercati dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari*, in *Rass.giur.en.elett.*, 2001, 481; R. CREATINI, *Il settore dell'energia: come liberalizzare in modo energetico*, in F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 65; M. POLO - C. SCARPA, *Gas: quanta concorrenza passerà attraverso i tubi?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2000, 363.

pubblico, nonché dall'assoggettamento della loro utilizzazione a discipline normative speciali.³⁰³

Il secondo gruppo normativo disciplina la politica industriale, inquadrando l'industria energetica come centrale e strategica nel funzionamento dell'economia nazionale e disciplinandone sia gli assetti di regolamentazione che le modalità della gestione diretta.³⁰⁴

Nel settore degli idrocarburi, l'intervento diretto si concretizza nella costituzione di imprese pubbliche, quali l'Agip (Azienda generale petroli italiani) e della Romsa (Raffinerie olii minerali società per azioni).

Il terzo corpo normativo inquadra la distribuzione di energia elettrica e di gas nell'ambito dogmatico dei servizi pubblici locali, disciplinandone le modalità di gestione diretta, in economia, tramite azienda municipalizzata ovvero mediante affidamento in concessione ai privati.³⁰⁵

La situazione di contesto risulta, dunque, caratterizzata dalla presenza invasiva di operatori imprenditoriali privati dominanti nel segmento della produzione, stante l'inefficienza delle infrastrutture di rete di trasporto e distribuzione, l'inadeguatezza delle imprese pubbliche e la risibile e frammentaria attività di erogazione che lasciava scoperta larga parte del territorio.

L'intervento diretto dello Stato nel settore matura proprio in questo contesto, come reazione alle inefficienze di un sistema dominato da monopoli privati.

Facendo leva sul disposto dell'art. 43 Cost., in forza del quale "a fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale", si istituiscono nel settore del gas e in quello dell'energia elettrica regimi di riserva.

³⁰³ Per l'energia idroelettrica, r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775; per gli idrocarburi, r.d. 29 luglio 1927 n. 1443.

³⁰⁴ Ampiamente in, R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007;

³⁰⁵ L. 29 marzo 1903, n. 103, e successivamente R.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

Con la legge 10 febbraio 1953, n. 136, è istituito l'Ente Nazionale idrocarburi (Eni) all'interno del quale viene riorganizzata la frammentata struttura delle diverse imprese pubbliche, con lo scopo dichiarato, ai sensi dell'art. 1, di promuovere e attuare iniziative di interesse nazionale nel campo degli idrocarburi e dei vapori naturali³⁰⁶.

L'Eni nasce come ente autonomo di gestione, titolare di una serie di società pubbliche caposettore dalle quali dipendono le società operative, e ad esso viene legislativamente conferito un potere di monopolio di fatto su tutte le fasi della filiera industriale, dalla coltivazione all'erogazione³⁰⁷.

Con la legge 22 dicembre 1956, n. 1598, infatti, l'Eni viene sottoposto al potere di vigilanza e direzione del Ministero delle Partecipazioni statali, nonché, attraverso una serie di interventi normativi successivi³⁰⁸, ad esso viene attribuita la riserva, esercitabile anche attraverso società controllate a capitale integralmente pubblico, della ricerca e coltivazione di idrocarburi in determinate zone del territorio nazionale, comprese piattaforme marine, e dello stoccaggio sotterraneo nei relativi giacimenti.³⁰⁹

1.2.. *La materia energetica nei Trattati comunitari.*

Benché caratterizzata da una pluralità di settori regolati con discipline specifiche ed in parte autonome, dal punto di vista giuridico l'energia può essere considerata unitariamente come la materia concernente le attività

³⁰⁶ U. MENEGAZZI, *Intorno alla struttura giuridica dell'Eni*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1956, 116;

³⁰⁷ G.G. GENTILE, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 2001, 429;

³⁰⁸ L. 11 gennaio 1957, n. 6; L. 21 luglio 1967, n. 613; L. 26 aprile 1974, n. 170.

³⁰⁹ Per una ricostruzione compiuta dell'evoluzione dottrinale e legislativa letta attraverso la lente della giurisprudenza costituzionale si veda R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007. In particolare, sulla materia dell'intervento diretto dello Stato nell'economia in generale e nell'industria energetica in particolare, U. MATTEI - A. GALLARATI - S. PUGNO - A. ROSBOCH, *I monopoli pubblici, i giudici delle leggi e la Costituzione economica neo liberista*, *ivi*, 19; E. PICOZZA, *Intervento dello Stato in economia e finalità sociali: dalla programmazione economica imperativa e per obiettivi alla dismissione dei beni delle aziende pubbliche. Una parabola necessaria?*, *ivi*, 41; A. ZITO, *La legge istitutiva dell'Enel nella sentenza della Corte Costituzionale n. 14 del 1964: considerazioni inattuali sulla sua attualità*, *ivi*, 59; M. MELI, *Monopolio statale ed esigenze di socializzazione della produzione*, *ivi*, 69; A.C. NAZZARO, *Natura giuridica del bene, proprietà pubblica e monopolio*, *ivi*, 91; M. GALLI, *Monopolio pubblico e attività imprenditoriale*, *ivi*, 115.

connesse alla produzione, al trasporto, alla distribuzione e alla vendita di prodotti energetici.

E' evidente che nella prospettiva dell'integrazione economica e sociale europea le istituzioni e la legislazione comunitaria hanno svolto sull'argomento un ruolo significativo.

Storicamente l'approccio all'energia nei Trattati comunitari è stato complesso e differente a seconda delle fasi.³¹⁰

Se i due Trattati istitutivi della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) e della Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM o CEEA) riguardavano in modo preminente i settori energetici del carbone e dell'energia nucleare, assegnando direttamente all'amministrazione comunitaria ampie funzioni di intervento, il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE) non recava, almeno originariamente, alcuna specifica previsione per l'energia intesa in senso generale relativamente ai comparti energetici non contemplati nei trattati speciali. Ciò in quanto la materia energetica scontava difficoltà di contesto derivanti sia dalla struttura dei rapporti commerciali tra i Paesi europei e i paesi produttori di petrolio, sia l'estrema asimmetria degli assetti ordinamentali interni ai singoli Stati membri, nonché le differenti scelte in merito alle tipologie di fonti di approvvigionamento, nonché, infine, in quanto il problema della scarsità delle risorse energetiche non era, all'epoca del Trattato di Roma (1957) un argomento di attualità.

L'avvio della politica energetica comune, infatti, viene fatta risalire alla metà degli anni Settanta, attraverso una serie di risoluzioni del Consiglio³¹¹, non a caso all'indomani della crisi petrolifera del 1973 che rivelò in modo drammatico il problema della dipendenza energetica dell'Europa dall'estero.

L'adesione ed il rispetto degli obiettivi comuni così fissati, restavano, tuttavia, asseverati a vincoli di carattere politico, in assenza di meccanismi

³¹⁰ Una ricostruzione delle evoluzioni comunitarie dell'energia, N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI - G. GREGO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007. Si veda anche G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

³¹¹ Si vedano ad esempio le risoluzioni del Consiglio del 9 giugno 1980, concernente "gli obiettivi di politica energetica della Comunità per il 1990 e la convergenza delle politiche degli Stati membri", e del 16 settembre 1986, relativa a "nuovi obiettivi comunitari di politica energetica per il 1995 e alla convergenza delle politiche degli Stati membri". Si tratta, invero, di documenti programmatici a contenuto non vincolante, stante la mancata previsione di strumenti di azione nel diritto primario.

giuridicamente formalizzati di concertazione e di cooperazione tra Stati e Comunità in materia energetica.

Il riconoscimento espresso di una generale competenza comunitaria in materia energetica si è avuto solo nel 1992 con l'adozione del Trattato UE, nella parte in cui dispone, tra le attribuzioni dell'Unione, "misure in materia di energia". La previsione espressa segna un mutato approccio delle istituzioni comunitarie sulla materia, al punto che l'azione comunitaria, andando ben oltre i meri fini di coordinamento delle politiche nazionali, si orienta verso la definizione di obiettivi da perseguire direttamente, mediante atti vincolanti sia di natura normativa che amministrativa.

Sebbene la semplice menzione non abbia innovato più di tanto le condizioni, le modalità e gli strumenti operativi di esercizio della politica energetica, occorre rilevare che il Trattato CE contempla espressamente tra i compiti comunitari "l'incentivazione della creazione e dello sviluppo delle reti transeuropee", in esse includendo oltre agli elettrodotti e ai gasdotti tipici del settore energetico anche le reti dei trasporti e delle telecomunicazioni, definendone obiettivi e strumenti particolari. Ciò detto, nell'ambito delle fonti comunitarie primarie la materia energetica è scarsamente disciplinata a livello di dettaglio, essendo ad essa tuttavia riconducibili le norme ed i principi che costituiscono il nucleo forte dell'ordinamento comunitario in materia di attuazione delle norme sul mercato interno e sulla promozione della concorrenza, a cui si aggiungono specifici corollari tipici di un settore così strategico per l'economia e la vita stessa della Comunità quali l'esigenza di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti, la diversificazione delle fonti, la riduzione della dipendenza dall'estero, la salvaguardia degli obblighi di servizio pubblico in direzione della promozione della coesione sociale ed economica, nonché il tratto peculiare di materia trasversale per gli stringenti collegamenti funzionali con altre politiche quali quelle riconducibili all'ambiente.

Ciò posto, le evidenze che si sono manifestate anche in tempi molto recenti, dall'instabilità dei prezzi dei prodotti energetici sui mercati internazionali ai problemi connessi alla sicurezza degli approvvigionamenti nonché dalle criticità derivanti dall'affidabilità delle infrastrutture di rete di interconnessione hanno contribuito a radicare ancor di più la

consapevolezza dell'urgenza che la materia trovi una elaborazione positiva più compiuta e definitiva.³¹²

1.3. Il quadro ordinamentale del riparto di competenze tra i livelli istituzionali.

La disciplina normativa ed amministrativa del settore considerato pone rilevanti problemi di sovrapposizione e di riparto di competenze tra i livelli istituzionali di governo, in particolare a livello interno, tra Stato, regioni ed enti locali.

Se il ruolo e le funzioni degli organi comunitari appaiono delineati con relativa chiarezza nel quadro ordinamentale afferente la costruzione di un mercato interno dell'energia, rispetto al quale il Parlamento europeo e il Consiglio emanano le direttive di liberalizzazione e di armonizzazione, la cui attuazione da parte degli Stati membri, in termini di controllo e di verifica, spetta alla Commissione, ben più complessa e delicata risulta la definizione del riparto di competenze tra i livelli istituzionali interni. E ciò, in primo luogo, a causa di una infelice quanto problematica collocazione della materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" tra le materie di potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma 3³¹³.

Da tale formulazione consegue che spetta allo Stato il compito di dettare i principi fondamentali relativi alla disciplina della materia, sebbene il carattere strategico della stessa, sia in termini politici che più strettamente

³¹² Si pensi al testo della bozza di Costituzione europea che contempla l'energia, al pari delle reti transeuropee, quale materia di competenza concorrente dell'UE, disciplinata negli artt. III-246 e III-247 e nell'art. III 256 Cost. EU. Tra gli obiettivi della politica dell'Ue si registra dunque quanto segue: "nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente", (l'UE) interviene a "garantire il funzionamento del mercato dell'energia", "la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili", obiettivi questi da perseguire mediante adozione di proprie leggi o leggi quadro, pur senza incidere "sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico". (art. III-234 par. 2 lett. c) Cost. UE.

³¹³ Il dibattito dottrinale sulla dubbia collocazione costituzionale della materia nel novero di quelle di potestà legislativa concorrente è stato molto ampio e tuttavia ancora attuale. Sul punto, S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 360; L.R. PERFETTI, *Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione del quadro delle competenze*, *ibidem*; C. SCARPA, *Titolo V e politica energetica: per favore, riformiamo la riforma*, *ibidem*.

economici, avrebbe dovuto condurre ad una allocazione tra le materie di legislativa esclusiva dello Stato, come peraltro appare *ictu oculi* suggerito dallo stesso aggettivo -“nazionale”, appunto- utilizzato dal legislatore costituente.

Lo Stato, tuttavia, conserva competenza esclusiva sulle materie “trasversali”, quali la tutela della concorrenza e dell’ambiente, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, i rapporti tra lo Stato e l’Unione Europea, che interessano anche i settori dell’energia, nonché l’elaborazione degli obiettivi della politica energetica nonché i criteri generali per la sua articolazione a livello territoriale.

Per quanto attiene alle funzioni amministrative, l’art. 118 della Costituzione stabilisce che esse siano attribuite ai comuni, “salvo che per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, città metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazioni e adeguatezza”.

Sebbene l’intervenuta riforma costituzionale n. 3/2001 attenda ancora – invano, per ora- il varo della normativa di attuazione del novellato titolo V, la ripartizione di funzioni amministrative tra lo Stato, le regioni e gli enti locali in materia di energia risultano disciplinati, dapprima dagli artt. 28 e ss. del d.lg. 31 marzo 1998, n. 112, ora dalla legge 23 agosto 2004, n. 239 “riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia”.

La legge attribuisce allo Stato il compito di elaborazione e definizione degli “obiettivi di politica energetica nazionale, nonché i criteri generali per la sua attuazione a livello territoriale”³¹⁴. Il conseguimento di detti obiettivi³¹⁵ “è assicurato sulla base dei principi di sussidiarietà,

³¹⁴ Art. 1, c.1, l. 239/04.

³¹⁵ L’art. 1, c. 3, l. 239/04 elenca, tra gli obiettivi di politica energetica, “a) garantire sicurezza, flessibilità e continuità degli approvvigionamenti di energia, in quantità commisurata alle esigenze, diversificando le fonti energetiche primarie, le zone geografiche di provenienza e le modalità di trasporto; b) promuovere il funzionamento unitario dei mercati dell’energia, la non discriminazione nell’accesso alle fonti energetiche e alle relative modalità di fruizione e il riequilibrio territoriale in relazione ai contenuti delle lettere da c) a l); c) assicurare l’economicità dell’energia offerta ai clienti finali e le condizioni di non discriminazione degli operatori nel territorio nazionale, anche al fine di promuovere la competitività del sistema economico del Paese nel contesto europeo e internazionale; d) assicurare lo sviluppo del sistema attraverso una crescente qualificazione dei servizi e delle imprese e una loro diffusione omogenea sul territorio nazionale; e) perseguire il miglioramento della sostenibilità ambientale dell’energia, anche in termini di uso razionale

differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione dallo Stato, dall’Autorità per l’energia elettrica ed il gas, dalle regioni e dagli enti locali.”³¹⁶

Spettano allo Stato, che li esercita anche avvalendosi dell’Autorità di settore, i compiti e le funzioni amministrative di cui all’art. 1, commi 7 e 8 della l. 239/04, inerenti le determinazioni in materia di importazione e esportazione di energia; il quadro di programmazione di settore³¹⁷; la determinazione dei criteri tecnico costruttivi e delle norme tecniche essenziali degli impianti, di sicurezza e prevenzione degli infortuni sul lavoro, nonché delle caratteristiche tecniche e merceologiche dell’energia importata; l’imposizione e la vigilanza sulle scorte energetiche obbligatorie; la programmazione delle grandi reti infrastrutturali energetiche di interesse nazionale; la definizione dei programmi di ricerca scientifica in campo energetico.

In particolare, per quanto attiene al settore del gas naturale, sono attribuiti allo Stato, anche avvalendosi dell’Autorità di settore, compiti in materia di adozione di indirizzi alle imprese che svolgono attività di trasporto,

delle risorse territoriali, di tutela della salute e di rispetto degli impegni assunti a livello internazionale, in particolare in termini di emissioni di gas ad effetto serra e di incremento dell’uso delle fonti energetiche rinnovabili assicurando il ricorso equilibrato a ciascuna di esse. La promozione dell’uso delle energie rinnovabili deve avvenire anche attraverso il sistema complessivo dei meccanismi di mercato, assicurando un equilibrato ricorso alle fonti stesse, assegnando la preferenza alle tecnologie di minore impatto ambientale e territoriale; *f*) promuovere la valorizzazione delle importazioni per le finalità di sicurezza nazionale e di sviluppo della competitività del sistema economico del Paese; *g*) valorizzare le risorse nazionali di idrocarburi, favorendone la prospezione e l’utilizzo con modalità compatibili con l’ambiente; *h*) accrescere l’efficienza negli usi finali dell’energia; *i*) tutelare gli utenti-consumatori, con particolare riferimento alle famiglie che versano in condizioni economiche disagiate; *l*) favorire e incentivare la ricerca e l’innovazione tecnologica in campo energetico, anche al fine di promuovere l’utilizzazione pulita di combustibili fossili; *m*) salvaguardare le attività produttive con caratteristiche di prelievo costanti e alto fattore di utilizzazione dell’energia elettrica, sensibili al costo dell’energia; *n*) favorire, anche prevedendo opportune incentivazioni, le aggregazioni nel settore energetico delle imprese partecipate dagli enti locali sia tra di loro che con le altre imprese che operano nella gestione dei servizi.”

³¹⁶ Art. 1, c. 3, l. 239/04.

³¹⁷ Ai sensi dell’art. 1, c. 11, l. 239/04, il Governo, ai sensi dell’articolo 2, comma 21, della legge 14 novembre 1995, n. 481, indica all’Autorità per l’energia elettrica e il gas, nell’ambito del Documento di programmazione economico-finanziaria, il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità dei settori dell’energia elettrica e del gas che corrispondono agli interessi generali del Paese. Ai fini del perseguimento degli obiettivi generali di politica energetica del Paese di cui al comma 3, 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 ai sensi della legislazione vigente.

dispacciamento sulla rete nazionale e rigassificazione di gas naturale e di disposizioni ai fini dell'utilizzo, in caso di necessità, degli stoccaggi strategici nonché la stipula delle relative convenzioni e la fissazione di regole per il dispacciamento in condizioni di emergenza e di obblighi di sicurezza; l'individuazione, di intesa con la Conferenza unificata, della rete nazionale di gasdotti; le determinazioni inerenti lo stoccaggio di gas naturale in giacimento; l'autorizzazione allo svolgimento delle attività di importazione e vendita del gas ai clienti finali rilasciata sulla base di criteri generali stabiliti, sentita la Conferenza unificata; l'adozione di indirizzi per la salvaguardia della continuità e della sicurezza degli approvvigionamenti, per il funzionamento coordinato del sistema di stoccaggio e per la riduzione della vulnerabilità del sistema nazionale del gas naturale.³¹⁸

Confermando l'impostazione prescelta dal legislatore del 1998, la nuova normativa fissa il criterio residuale per il conferimento delle funzioni amministrative alle regioni, disponendo che le stesse determinino con proprie leggi, ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, l'attribuzione dei compiti e delle funzioni amministrativi non previsti dal comma 7, ferme le funzioni fondamentali dei comuni, delle province e delle città metropolitane previste dal testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.³¹⁹

Posto il criterio residuale, al fine di assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti l'energia nelle sue varie forme e in condizioni di omogeneità sia con riguardo alle modalità di fruizione sia con riguardo ai criteri di formazione delle tariffe e al conseguente impatto sulla formazione dei prezzi, la normativa attribuisce specificamente allo Stato e alle regioni il compito di garantire il rispetto delle condizioni di concorrenza sui mercati dell'energia, in conformità alla normativa comunitaria e nazionale, l'assenza di vincoli, ostacoli o oneri, diretti o indiretti, alla libera circolazione dell'energia all'interno del territorio nazionale e dell'Unione europea, dunque l'assenza di oneri di qualsiasi specie che abbiano effetti economici diretti o indiretti ricadenti al di fuori dell'ambito territoriale delle autorità che li prevedono; l'adeguatezza delle

³¹⁸ Art. 1, c. 8, lett. b), l. 239/04.

³¹⁹ Art. 1, c. 6, l. 239/04.

attività energetiche strategiche di produzione, trasporto e stoccaggio per assicurare adeguati *standard* di sicurezza e di qualità del servizio nonché la distribuzione e la disponibilità di energia su tutto il territorio nazionale; l'unitarietà della regolazione e della gestione dei sistemi di approvvigionamento e di trasporto nazionale e transnazionale di energia; l'adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, nei limiti consentiti dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole regioni, prevedendo eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale, con esclusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili³²⁰; la trasparenza e la proporzionalità degli obblighi di servizio pubblico inerenti le attività energetiche, sia che siano esercitate in regime di concessione, sia che siano esercitate in regime di libero mercato; procedure semplificate, trasparenti e non discriminatorie per il rilascio di autorizzazioni in regime di libero mercato e per la realizzazione delle infrastrutture; la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, e del paesaggio, in conformità alla normativa nazionale, comunitaria e agli accordi internazionali.³²¹

La normativa stabilisce inoltre i meccanismi di raccordo tra Stato regioni ed enti locali nelle procedure decisionali, incardinando i relativi procedimenti, anche autorizzatori, all'interno di forme di cooperazione spesso attratte alla competenza della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano.

La collocazione costituzionale della materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” tra le materie di potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma 3, oltre che equivoci e mutevoli suggestioni sul piano dogmatico e dottrinale ha, infatti, prodotto un elevato livello di contenzioso nella rivendicazione della titolarità politica a

³²⁰ Ai sensi dell'art. 1, c. 5, l. 239/04, le regioni e gli enti locali territorialmente interessati dalla localizzazione di nuove infrastrutture energetiche ovvero dal potenziamento o trasformazione di infrastrutture esistenti hanno diritto di stipulare accordi con i soggetti proponenti che individuino misure di compensazione e riequilibrio ambientale, coerenti con gli obiettivi generali di politica energetica nazionale, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387.

³²¹ Art. 1, c. 4, l. 239/04.

deliberare, ovvero almeno a condividere, talune decisioni specialmente riferite alla localizzazione di impianti energetici fortemente impattanti sul territorio e a livello ambientale.

L'art.1 del decreto legge 7 febbraio 2002, n.7, convertito, con modifiche, dalla legge 9 aprile 2002, n. 55, precisa, al primo comma, con particolare riguardo alla realizzazione di impianti di produzione di energia cd. "convenzionale", che "la costruzione e l'esercizio degli impianti di energia elettrica (...) nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili all'esercizio degli stessi, sono dichiarati opere di pubblica utilità e soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dal Ministero delle attività produttive, la quale sostituisce autorizzazioni, concessioni ed atti di assenso comunque denominati, previsti dalle norme vigenti"; al secondo comma, che "l'autorizzazione di cui al comma 1 è rilasciata a seguito di un procedimento unico al quale partecipano le amministrazioni statali e locali interessate...di intesa con la regione interessata"; al successivo comma terzo, che "Qualora le opere di cui al comma 1 comportino variazioni degli strumenti urbanistici e del piano regolatore portuale, il rilascio dell'autorizzazione ha effetto di variante urbanistica".

L'art. 25 della legge 15 marzo 1997 n. 59 nel disporre, al primo comma, la delega al governo ad adottare uno o più decreti legislativi di riassetto normativo recanti la disciplina della localizzazione nel territorio nazionale di impianti di produzione energetica, ha prescritto la "previa acquisizione del parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e successivamente delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario."; disponendo che l'autorizzazione unica sia rilasciata a seguito di un procedimento unico al quale partecipano le amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

L'autorizzazione deve comprendere la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere, l'eventuale dichiarazione di inamovibilità e l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio dei beni in essa compresi. L'autorizzazione unica sostituisce ogni provvedimento

amministrativo, autorizzazione, concessione, licenza, nulla osta, atto di assenso e atto amministrativo, comunque denominati, ad eccezione delle procedure di valutazione di impatto ambientale (VIA) e di valutazione ambientale strategica (VAS) cui si deve obbligatoriamente ottemperare, previsti dalle norme vigenti, costituendo titolo a costruire ed esercire le infrastrutture in conformità del progetto approvato”.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 6/2004³²², in conformità ai principi della legge costituzionale n.3/2001 ed ai criteri di riparto di funzioni concorrenti tra Stato e Regioni, ha precisato che tale “intesa” assume natura propriamente “decisoria” oltre che “vincolante” (nel senso che dal contenuto favorevole di tali determinazioni non potrà in alcun caso prescindere ai fini del perfezionamento dell’iter) sancendo testualmente che “l’autorizzazione ministeriale è rilasciata a seguito di un procedimento unico al quale partecipano le amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n.241, di intesa con la regione interessata. Appare evidente che quest’ultima va considerata come un’intesa “forte” nel senso che il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento a causa del particolarissimo impatto che una struttura di questo tipo ha su tutta una serie di funzioni regionali relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, al turismo”.

2. I processi di privatizzazione e di regolazione.

Se la materia dell’energia trova oggettivamente una insufficiente disciplina nell’ambito della normazione primaria, l’influenza complessiva della legislazione comunitaria nel settore ha svolto, come è stato in parte già accennato, un ruolo decisivo, sia in termini di disposizioni di dettaglio

³²² La sentenza è commentata, tra gli altri, da S. AGOSTA, *La Corte costituzionale dà finalmente la... “scossa” alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale)* in www.forumcostituzionale.it; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in www.forumcostituzionale.it.

rispetto alle varie fasi della filiera industriale sia in termini generali per quanto concerne l'affermazione dei principi e delle finalità connesse allo sviluppo del mercato interno, all'introduzione della concorrenza e, dunque, all'apertura dei mercati mediate processi di liberalizzazione.

Il regime tradizionale viene dunque sostituito e superato da una serie di processi di privatizzazione e di liberalizzazione, riconducibili, sul piano dogmatico, al passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore che si compie in Italia³²³, con esiti che probabilmente necessitano ancora di qualche approfondimento, a partire dagli anni Novanta.³²⁴

Con decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, nel contesto di una generale politica di privatizzazione (formale) e di dismissione delle partecipazioni pubbliche in settori chiave dell'economia³²⁵ si compie la trasformazione dell'Eni e dell'Enel da enti pubblici economici in società per azioni.³²⁶

Analoghi processi di privatizzazione, indotti dalle diverse riforme dei servizi pubblici locali³²⁷, riguardano le imprese municipalizzate operanti nei settori multi utilities³²⁸.

Cronologicamente successiva al pacchetto di privatizzazioni (benché probabilmente sarebbe stato preferibile fosse antecedente) si avvia una seconda trasformazione, indotta essenzialmente dagli adempimenti

³²³ ³²³ G.G. GENTILE, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 2001, 429. In generale R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica*, cit.

³²⁴ Sull'argomento, in generale, S. CASSESE, *Privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv.it. dir. Pubbl. comunit.*, 1996, 579; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1995, 519; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996.

³²⁵ In argomento, E. BARUCCI - F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Roma, 2007;

³²⁶ L'Enel diventa una società per azioni a capitale interamente pubblico, concessionaria dello Stato e non più direttamente titolare della riserva, rinviando il collocamento sul mercato di quote azionarie alla liberalizzazione del settore (novembre 1999), e tuttavia riservando in ogni caso all'azionista pubblico poteri speciali non riconducibili alla misura della quota azionaria posseduta.

³²⁷ Per una ricostruzione delle diverse vicende legislative nel settore dei servizi pubblici locali, M. CAMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme. Relazione al convegno "la nuova disciplina sui servizi pubblici locali*, IUAV, 27 settembre 2002, in *Riv. Trim. app.*, 3/2003, 513; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Quaderni del Giorn. Dir. Amm.*, 2001; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2581; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *www.giustizia-amministrazione.it*, 2005; M. CAMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999;

³²⁸ Uno studio attuale sulle vicende recenti e sullo stato dell'arte nelle multi utilities in, *Fondazione Civium, Mediobanca, Rapporto sulle società multi utilities*, 2006;

normativi imposti dal diritto comunitario, costituita dai processi di liberalizzazione.

La disciplina del mercato elettrico è contenuta nel d.lg. 16 marzo 1999, n. 79, sulla base della delega di cui all'art. 36, l. 21 aprile 1998, n. 128, in attuazione della direttiva n. 96/92/CE, successivamente implementata e superata dalla Direttiva 2003/54/CE del Parlamento e del Consiglio del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, recepita dall'ordinamento interno con la L. 23 agosto 2004, n. 239

La disciplina del gas è contenuta nel d.lg. 25 novembre 1996, n. 625, di recepimento della dir. n. 94/92/CE, e soprattutto nel d.lg. 23 maggio 2000, n. 164, attuativo della dir. 98/30/CE, secondo i principi fissati nell'art. 41 l. 17 maggio 1999, n. 144, e successivamente nella direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale che abroga la precedente direttiva 98/30/CE, nonché dalla legge 23 agosto 2004, n. 239 recante “riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia”.

I descritti processi di liberalizzazione e privatizzazione si completano con l'istituzione delle autorità indipendenti quali soggetti ordinamentali nuovi e rispondenti ad una mutata ed innovativa fisionomia dei pubblici poteri che fissa il proprio baricentro in un assetto di regolazione all'interno del quale trovano protezione interessi collettivi degli utenti³²⁹ e degli operatori: la l. 14 novembre 1995 n. 481, nella prospettiva della dismissione dell'Enel e dell'Eni, fissa le norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità e istituisce l'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

³²⁹ Ampiamente in G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 5 ss.

3. La disciplina del gas.

3.1. Caratteri fondamentali.

Il processo di apertura alla concorrenza del settore del gas naturale si avvia nel corso degli anni '90 per effetto dell'influenza dell'ordinamento comunitario.³³⁰

Il settore energetico, sia per l'energia elettrica che per il gas, è stato infatti tra i primi ad essere oggetto, a livello comunitario e nazionale, di importanti modifiche strutturali che hanno consentito il passaggio da un mercato caratterizzato da un assetto monopolistico, verticalmente integrato e a controllo totalmente pubblico, ad un assetto più aperto al confronto competitivo e meno concentrato.³³¹

Si tratta, come è evidente, di un mercato nevralgico nel sistema industriale, con la conseguenza che l'assenza di concorrenza nel settore, espressa in termini di prezzi non competitivi e vincoli di varia natura (contrattuali e di fatto), genera effetti negativi per l'intero sistema paese.

Il processo di liberalizzazione del settore del gas in Italia, successivamente ai primi interventi -paralleli a quelli per il settore elettrico- relativi alla trasparenza dei prezzi delle forniture ai clienti industriali (direttiva n.90/377/CEE del 29 giugno 1990) e relativa al transito sulle grandi reti di trasporto (dir. N. 91/296/CEE del 31 maggio 1991), è stato avviato con la direttiva n. 94/22 del 30 maggio 1994.

³³⁰ G. CAIA - S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, in *Rass.giur.en.elett.*, 2000, 339; G. ZAVATTONI, *Il decreto Letta sulla direttiva gas: profili antitrust e commerciali*, *ivi*, 337; M. MONTINI, *Il nuovo modello di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 452; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in *Trattato di diritto amministrativo*, 2002; F. AMMAN, *Il settore del gas naturale nazionale ed il mercato interno europeo*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 1996, 150.

³³¹ E. RONCORONI, *Gas*, in *I servizi di pubblica utilità in Italia. Terzo Rapporto Osp. Stato e condizioni di sviluppo*, Torino, 1999; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in di S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2189; R. CREATINI, *Il settore dell'energia: come liberalizzare in modo energetico?*, in *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 66; V. TERMINI, *Strategie di approvvigionamento nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in C. DE VINCENTI - A. VIGNERI, *Le virtù della concorrenza*, Mulino, 2006, 90. Per una prima ricostruzione G. GUARINO, *L'intervento dello Stato italiano in materia di idrocarburi*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 275;

L'Unione Europea interviene, dunque, incisivamente in senso pro-competitivo limitatamente al segmento della “prospezione, ricerca e coltivazione del gas e degli altri idrocarburi.

La direttiva impone agli Stati membri l'abolizione delle norme che prevedevano forme di monopolio legale quanto alla ricerca e alla coltivazione degli idrocarburi, nonché l'adozione di procedure aperte, trasparenti e non discriminatorie per il rilascio delle relative autorizzazioni o concessioni.

L'ordinamento italiano ha tradotto tali misure con il d.lg. 25 novembre 1996, n. 625, concernente la liberalizzazione delle fasi della ricerca e coltivazione del gas, sopprimendo i diritti di esclusiva in precedenza spettanti ad Eni, incidendo positivamente anche sul piano della trasparenza delle procedure relative al rilascio dei relativi permessi e concessioni.

Tappa successiva, e ben più rilevante, si raggiunge con la normativa nazionale -d.lg. 23 maggio 2000, n. 164- di recepimento della direttiva 98/30/Ce³³², la quale ha dettato i principi e le misure minime per l'avvio di un contesto competitivo a livello comunitario. Si tratta, in sostanza, di un primo tentativo di favorire la nascita di un mercato europeo del gas.

La misura chiave è la parziale liberalizzazione della domanda, così da aprire il mercato finale del gas in una percentuale determinata e via via crescente.

In estrema sintesi, è stata prevista la completa libertà di scelta del fornitore di gas naturale da parte della domanda a partire dal 1 gennaio 2003; è stato sancito il *third party access* regolato dall'Autorità per l'Energia, ossia l'accesso regolato alle infrastrutture di trasporto, stoccaggio, GNL e distribuzione; si è posta la regola dell'*unbundling*, ossia l'obbligo di separazione societaria tra le attività di gestione infrastrutturale — trasporto, stoccaggio e distribuzione- e le fasi della produzione, dell'importazione e della vendita.

A tali misure si sono aggiunti vincoli amministrativi alla crescita dell'operatore *incumbent* (Eni) basati sull'imposizione di tetti temporanei,

³³² Direttiva 98/30/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, relativa a “Norme comuni per il trasporto, la distribuzione, la fornitura e lo stoccaggio di gas”, in Guce L204/1, del 21 luglio 1998.

sia sul gas naturale immesso nella rete nazionale (in misura del 75% a partire dal 1 gennaio 2002, per giungere al 61% nel 2010), sia su quello venduto ai clienti finali (50% a partire dal 1° gennaio 2003), con l'obiettivo di assicurare uno spazio garantito per l'ingresso di nuovi operatori.

La disciplina dettata dalla direttiva n. 98/30 è stata, poi, sostituita dalla direttiva 2003/55/CE del 26 giugno 2003 con la quale l'assetto regolativo è stato incisivamente implementato.

Tra le misure più rilevanti introdotte nel 2003 si segnalano la "idoneizzazione" prima di tutti i clienti non civili e poi di tutti indistintamente (art. 23).

Di particolare rilevanza, inoltre, la misura prevista dall'art. 22, laddove si prevede una ipotesi di deroga agli artt. 18 e 20 quando, tra l'altro, "il livello del rischio connesso all'investimento è tale che l'investimento non verrebbe effettuato senza la concessione di una deroga" (lett. b).

Un sistema, dunque, di esenzioni dall'obbligo di consentire l'accesso dei terzi per i soggetti che realizzino "nuove importanti infrastrutture" finalizzato a stimolare il potenziamento della dotazione infrastrutturale dei paesi membri.

In altre parole, nel caso di nuove infrastrutture, il bilanciamento tra interessi contrapposti, segnatamente tra il principio dell'accesso dei terzi ed il diritto di proprietà, si risolve a favore del secondo in forza dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'infrastruttura.

La *ratio* della norma di cui all'art. 22 deve essere colta nel tentativo di evitare un paradosso, ossia che la regola pro-concorrenziale dell'accesso dei terzi finisca per produrre effetti anticompetitivi e contrastanti con le esigenze di rafforzamento della sicurezza del sistema, connessi al disincentivo alla realizzazione di nuove infrastrutture. L'onerosità e la complessità degli investimenti infrastrutturali è tale da risultare antieconomica per gli operatori interessati a porle in essere se ad esse non si accompagna un diritto ad utilizzarne direttamente la relativa capacità.

Inquadrando la norma in questione nell'ambito della dottrina EF, appare evidente la finalità di limitare il sacrificio del diritto di proprietà in favore dell'incentivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie.

L'art. 25, poi, pone la prescrizione di istituire autorità di regolazione “pienamente indipendenti dalle industrie del gas”, nonché l'art. 3 che esplicita la previsione di una serie di misure relative alla garanzia del servizio pubblico, sia sotto il profilo della sicurezza degli approvvigionamenti che sotto quello dell'accessibilità del servizio.

In Italia l'Autorità per l'Energia Elettrica e il gas è istituita con legge n.481/95. Il d.lg. 164 ne conferma un ruolo istituzionalmente centrale nella promozione della concorrenza e nell'assetto di regolazione del mercato, seppur in coabitazione con il Ministero delle Attività Produttive, oggi dello Sviluppo Economico, cui sono attribuiti significativi poteri di indirizzo e di intervento anche in via provvedimentale.

Occorre rilevare, tra le misure che non trovano spazio nella direttiva di seconda generazione e che attendono dunque ancora una risposta, il regolamento sugli scambi transfrontalieri, con la conseguenza che manca una disciplina volta ad introdurre la regolazione dell'accesso alle infrastrutture di interconnessione tra gli Stati membri e manca altresì l'attribuzione alla Commissione europea di diretti poteri regolatori in materia.

Stesso discorso vale per la Borsa del gas.

L'art. 1 comma 23 della l. 239/04 prevede, tuttavia, l'istituzione di un “punto di cessione e di scambio” dei volumi di gas e della capacità di entrata e di uscita sulla rete di trasporto nazionale del gas.³³³

Ai fini del consolidamento della prospettiva di un mercato integrato a livello europeo occorre puntare sulla predisposizione di una disciplina comunitaria diretta a regolare l'accesso alle infrastrutture di interconnessione.

3.2. L'assetto di mercato.

Il mercato del gas in Italia è caratterizzato dalla presenza, tutt'ora dominante, dell'ex monopolista Eni e dalle società ad essa collegate pressoché in ciascuna fase del servizio. A livello locale, invece, dove (al

³³³ Si vedano al riguardo le delibere n. 137/02/AEEG del 17 luglio 2002, n. 180/04/AEEG del 14 ottobre 2004 e 68/05/AEEG del 18 aprile 2005.

contrario del settore elettrico) spetta agli enti locali decidere se assumere il servizio e, nel qual caso, garantire ai residenti nel territorio comunale la fruizione universale dell'erogazione, il mercato è caratterizzato dall'esistenza di un elevato numero di gestori in condizioni di monopolio locale della distribuzione.³³⁴

L'Eni, operante direttamente³³⁵ nei settori della prospezione, ricerca, coltivazione degli idrocarburi e attività connesse alla generazione, nonché attraverso le controllate Snam e Italgas, dominanti rispettivamente nel settore dell'importazione, del trasporto e della distribuzione primaria la prima, in quelli della distribuzione secondaria agli utenti finali la seconda, costituisce una complessa integrazione verticale di tutte le fasi in cui si articola la filiera industriale del mercato energetico.³³⁶

³³⁴ Si veda, da ultimo, A. ORTIS, *Relazione annuale del Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Roma, 14 luglio 2009, su www.autorita.energia.it, pg. 9. "Il secondo problema è l'incertezza del sistema legislativo che disciplina le concessioni: sia quelle idroelettriche che quelle per la distribuzione del gas naturale. Per queste ultime la situazione è particolarmente grave, considerata anche l'eccessiva frammentazione dell'assetto industriale articolato su circa 300 distributori (molti di dimensioni ridottissime o non giustificate da eventuali caratteristiche territoriali speciali); un assetto legato a 6400 concessioni comunali. Ciò non consente economie di scala e ostacola la concorrenza, mantenendo complicata per i venditori la gestione di un numero eccessivo di interlocuzioni. Appare necessaria quindi una scelta a favore dell'efficienza considerando: l'abbandono, così come pure segnalato dall'Antitrust, di ipotesi di affidamento in house; aggregazioni per ambiti più rilevanti; indennizzi che inducano i concessionari ad investire fino all'ultimo giorno di scadenza della concessione; criteri di gara che privilegino la qualità del servizio e gli investimenti, piuttosto che canoni di concessione troppo elevati. Anche su questo problema il Parlamento è intervenuto con la legge sviluppo ed energia, che può consentire di avviare un percorso positivo."

³³⁵ Eni opera direttamente nelle fasi della prospezione, ricerca coltivazione e generazione degli idrocarburi dopo l'incorporazione dell'Agip avvenuta il 1 gennaio 1998.

³³⁶ ORTIS A., *Relazione annuale del Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, 14 luglio 2009, su www.autorita.energia.it, pg. 10. "Il terzo problema è il permanere, in particolare nel settore del gas, di soggetti integrati verticalmente con posizioni dominanti nel mercato. L'Autorità ha garantito, fin dal 2005, extra remunerazioni (per periodi fino a 15-16 anni) a tutti gli investimenti mirati ad un incremento dell'offerta di gas e alla diversificazione delle sue fonti di approvvigionamento. Per i nuovi investimenti in trasporto, stoccaggio e rigassificazione, è infatti assicurata una remunerazione media di oltre il 10%, in termini reali e pre-tasse (9,7% per il trasporto, 10,6% per i rigassificatori e 11,1% per lo stoccaggio). Si tratta di remunerazioni certe ed incentivanti, che non possono costituire alcun alibi per i ritardi accumulati nello sviluppo infrastrutturale (basti pensare agli stoccaggi), né giustificare generose politiche di distribuzione dividendi (ordinari o straordinari) talvolta finanziate anche con un aumento dell'indebitamento. Più in generale giova ricordare che i pur legittimi interessi degli azionisti non sono esattamente quelli dei consumatori. I ritardi e le insufficienze sono razionalmente spiegabili solo sulla base di comprensibili interessi dell'operatore dominante a limitare l'accesso di nuovi operatori sul mercato interno: un interesse che può prevalere, economicamente, su ogni ragionevole ritorno tariffario per strutture e servizi naturalmente monopolistici ed il cui potenziamento facilita anche i concorrenti. Perciò resta sempre urgente l'attuazione della legge del 2003 e modifiche successive, che prevedono la separazione proprietaria di Snam Rete Gas per risolvere veramente, come già fatto nel settore elettrico, un conflitto di interessi non eliminabile nemmeno con muraglie cinesi costruite da regolazioni troppo invasive. D'altra

Per realizzare l'obiettivo dell'apertura del mercato alla concorrenza è dunque necessario estendere il numero dei soggetti operanti nei settori della produzione, del trasporto, della distribuzione fornitura acquisto e stoccaggio.

L'integrazione verticale dell'operatore dominante, dunque, nel rappresentare un ostacolo strutturale all'affermazione di una effettiva concorrenza nel settore, è stata oggetto di molteplici interventi di liberalizzazione, via via sempre più incisive, che si sono tradotte, in particolare, in politiche di regolazione volte, da un lato, a sancire obblighi di separazione tra le società operanti a monte e a valle della filiera³³⁷, a fissare tetti ai quantitativi di vendita agli utenti finali, nonché di importazione e di produzione, nonché disposizioni recanti criteri e procedure obiettivi e non discriminatori per il rilascio di autorizzazioni e concessioni³³⁸, di semplificazione delle procedure per la dichiarazione di pubblica utilità delle infrastrutture³³⁹, nonché di incentivazione alla metanizzazione di porzioni del territorio³⁴⁰.

parte, l'esperienza del passaggio di Terna al controllo di Cassa depositi e prestiti (cessione che ha rafforzato e non indebolito la proiezione internazionale di Enel), e le recenti acquisizioni di porzioni importanti di reti di distribuzione da parte di investitori rappresentativi di interessi istituzionali e italiani (non impegnati nelle fasi a monte od a valle delle stesse reti), dimostrano l'esistenza di una concreta possibilità che assets infrastrutturali energetici strategici possano diventare di soggetti terzi (rispetto agli interessi di mercato) senza alcun rischio di perderne il controllo nazionale e favorire operatori dominanti o monopolisti stranieri."

³³⁷ L' Art. 21, d.lg. 164/2000, detta le modalità e le tipologie inerenti la separazione.

³³⁸ Art. 29, d.lg. 164/2000, recante "Criteri per il rilascio di autorizzazioni o concessioni da parte degli enti competenti" dispone quanto segue: "1. Nel caso in cui per l'esercizio di una o più' delle attività di importazione, esportazione, trasporto, dispacciamento, stoccaggio, distribuzione, acquisto o vendita di gas naturale, o per la costruzione e l'esercizio dei relativi impianti sia prevista una autorizzazione, una concessione, una licenza, o una approvazione comunque denominata da parte di qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrale o periferico, o da regioni ed enti locali, essa e' rilasciata in base a criteri e procedure obiettivi e non discriminatori. 2. In caso di rifiuto al rilascio l'Autorita' competente di cui al comma 1 lo comunica immediatamente al Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, il quale ne da' informazione alla Commissione delle Comunità europee. 3. I criteri e le procedure di cui al comma 1, e le loro successive eventuali variazioni, sono resi pubblici dalle stesse Autorita' competenti mediante pubblicazione nel bollettino ufficiale degli idrocarburi e geotermia o nelle corrispondenti pubblicazioni delle Regioni e di enti locali."

³³⁹ Artt. 30-31-32, d.lg. 164/2000.

³⁴⁰ Art. 19, c. 6, d.lg. 164/2000.

4. Produzione e importazione.

L'approvvigionamento di gas avviene mediante produzione e importazione.

I dati forniti dall'Autorità per l'Energia elettrica ed il gas confermano un rapporto ancora troppo sbilanciato in favore delle quantità importate, pari a oltre l'85%, rispetto al fabbisogno interno.

Nonostante gli sforzi compiuti per ridurre la dipendenza energetica e, correlativamente, strategica e politica del nostro Paese dall'estero, nonché per diversificare le fonti, i dati sostanzialmente stabilizzati da anni confermano l'insufficienza delle misure poste in essere.³⁴¹

Il gas viene prodotto dai giacimenti marini e terrestri. Il suo sfruttamento è reso possibile dalle attività di ricerca (e di prospezione³⁴²) e dunque di estrazione degli idrocarburi, definita coltivazione³⁴³.

Questi segmenti della filiera industriale, definiti fasi cd. *upstream*, sono riservati allo Stato³⁴⁴, ai sensi dell'art. 2, l. n. 613/1967, che ne subordina l'esercizio da parte di terzi al rilascio, con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, del permesso per la ricerca³⁴⁵ (se del caso anticipato dal permesso per la prospezione) e della concessione per la coltivazione³⁴⁶.

³⁴¹ ORTIS A., *Realazione annuale sullo stato dei servizi e dell'attività svolta*, Roma, 14 luglio 2009, in www.autorità.energia.it, 3. "Il sistema energetico nazionale continua ad essere caratterizzato da una elevata dipendenza dalle importazioni (85%) e dagli idrocarburi (più del 70%, petrolio e gas); anche la produzione elettrica si basa prevalentemente sul gas naturale (54%). Il mix delle coperture continua così ad essere troppo petrolio-dipendente, lontano dalle medie europee e da quelle di Paesi con i quali le imprese italiane sono chiamate a competere; le bollette gas ed elettricità per i consumatori italiani continuano ad essere molto esposte alle escursioni dei prezzi petroliferi."

³⁴² Per prospezione si intende l'attività consistente in rilievi geografici, geologici e geofisici, volti ad accertare la natura del sottosuolo e del sottofondo marino al fine di individuare la collocazione e la natura del giacimento di idrocarburi.

³⁴³ Per un inquadramento storico della problematica, C. GABRI, *Il metano: produzione, trasporto, utilizzazione*, Torino, 1950.

³⁴⁴ Il fondamento costituzionale della riserva viene rinvenuto nella disciplina dell'impresa o nella disciplina della proprietà. Sul punto, per una trattazione più ampia, si rinvia a F. FRANCARIO, *Le miniere, le cave e le torbiere*, in S. CASSESE (a cura), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000. Si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica di cose produttive: i beni minerari*, in *Foro amm.*, 1982, 1126; B. MARTINIS, *Petrolio e gas naturale: origine, accumulo, ricerca e coltivazione*, Torino, 1984.

³⁴⁵ Controversa la natura giuridica del permesso di ricerca, talvolta assimilata alla categoria dei provvedimenti autorizzatori talaltra a quelli di natura concessoria. Sulla natura giuridica del permesso di ricerca, E. CASSETTA, *Sulla natura giuridica del permesso di ricerca*, in *Riv.dir.miner.*, 1950, 58; R. ALESSI, *Sulla qualificazione giuridica del permesso di ricerca mineraria*, *ivi*, 1953, 65 ss.

³⁴⁶ Art. 1, c. 1, lett. a, d.lg. 625/1996.

Le attività di produzione, importazione, esportazione, stoccaggio non in sottoterraneo risultano oggi normativamente definite “libere su tutto il territorio nazionale, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria e dalla legislazione vigente”³⁴⁷.

Il diritto comunitario considera il settore degli idrocarburi (petrolio e gas naturale) in modo unitario, ossia assoggettato ad una disciplina comune³⁴⁸, limitatamente, appunto, alla fase *upstream*, ossia alle attività di ricerca e sfruttamento dei giacimenti.

A livello normativo nazionale, l’art. 1, c. 2, lett. c) prescrive che le attività di coltivazione siano attribuita in concessione secondo disposizioni di legge. Per quanto concerne la ricerca e la coltivazione degli idrocarburi sul territorio comunitario la materia è regolata dalla direttiva 94/22/CE del Parlamento e del Consiglio del 30 maggio 1994, recepita dall’ordinamento interno con il d.lg. 25 novembre 1996, n. 625, relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione.

La direttiva persegue il duplice obiettivo di instaurare un mercato aperto e concorrenziale anche nel segmento delle attività minerarie, pur senza intaccarne, in ossequio all’art. 295 del Trattato, il regime proprietario; in secondo luogo, l’apertura a più operatori tende a rendere più diffuso e razionale lo sfruttamento delle risorse presenti nel territorio comunitario, anche al fine di ridurre la dipendenza dalle importazioni estere e garantire maggiore sicurezza degli approvvigionamenti.

L’ordinamento comunitario non entra, ovviamente, nel merito della natura giuridica del provvedimento in forza del quale gli Stati, titolari di “sovranità e diritti sovrani” su queste risorse, assoggettano la legittimazione dei terzi ad esercitarne le relative attività.

L’art. 1, n. 3, della direttiva 94/22/CE, definisce tale atto permissivo “autorizzazione”, intendendo riassuntivamente “ogni disposizione legislativa, regolamentare, amministrativa o contrattuale, o strumento

³⁴⁷ Art. 1, c. 2, lett. a), l. 239/04.

³⁴⁸ Nelle altre fasi, invece, gli idrocarburi sono disciplinati normativamente in modo autonomo, stante la peculiare condizione fisica ed organizzativa che nel caso del gas risulta caratterizzata dall’essenzialità delle infrastrutture di rete ai fini del loro trasporto, al contrario del petrolio che, sotto il profilo della circolazione, è considerato alla stregua di qualsiasi altra merce cui sono equiparabili.

emanato in sua applicazione, in base al quale le autorità competenti degli Stati membri autorizzano un ente ad esercitare, per proprio conto e a proprio rischio, il diritto esclusivo di prospezione, ricerca o coltivazione di idrocarburi in un'area geografica.”

Premesso, dunque, il diritto degli Stati ad individuare sul proprio territorio le aree da rendere disponibili per l'esercizio delle attività minerarie³⁴⁹, la direttiva promuove l'accesso non discriminatorio a tali attività a tutti i soggetti interessati³⁵⁰, secondo modalità che favoriscano una maggiore concorrenza nel settore, in particolare introducendo un procedimento concorsuale per il rilascio delle autorizzazioni.³⁵¹

I criteri di scelta tra domande concorrenti devono essere obiettivi e non discriminatori e devono essere resi noti mediante pubblicazione preventiva sulla GUCE.

Considerato che il rilascio dell'autorizzazione comporta l'attribuzione di un diritto esclusivo, la direttiva stabilisce che il contenuto di tale diritto, sia dal punto di vista dell'estensione dell'area che sotto il profilo della durata dell'autorizzazione, deve essere proporzionato a quanto necessario ad un esercizio tecnicamente corretto e economico delle attività autorizzate, e ciò proprio al fine di scongiurare posizioni ingiustificate di vantaggio.

³⁴⁹ Art. 2, c. 1, dir. 94/22/CE.

³⁵⁰ Art. 2, c.2, dir. 94/22/CE.

³⁵¹ Al fine di promuovere la concorrenza nel settore, la direttiva 94/22/CE introduce un procedimento concorsuale per il rilascio delle autorizzazioni, che l'autorità statale competente avvia, d'ufficio o su istanza di parte, con la pubblicazione sulla GUCE di un invito a presentare domande relativamente ad aree predeterminate, entro un termine non inferiore a novanta giorni. In alternativa, lo Stato membro, dandone adeguata pubblicità preventiva con avviso sulla GUCE, può scegliere di rendere determinate aree disponibili in modo permanente ovvero in conseguenza dell'abbandono dell'area da parte del precedente titolare o del mancato rilascio dell'autorizzazione in esito ad un procedimento concorsuale. Gli Stati membri hanno tuttavia la facoltà di porre alcune deroghe alla parità di trattamento di tutti gli interessati: l'accesso alle attività in questione e alle relative autorizzazioni può essere negato, per motivi di sicurezza nazionale, a qualsiasi ente effettivamente controllato da Paesi terzi o da cittadini di Paesi terzi; una preferenza può essere stabilita per i richiedenti singoli su quelli associati; l'autorizzazione per una certa area può essere rilasciata direttamente al titolare di un'autorizzazione relativa ad un'area contigua, se ciò risulta giustificato da considerazioni di tipo geologico o produttivo. Inoltre, non sono considerate autorizzazioni, tra gli altri, né il trasferimento dell'autorizzazione né la sua proroga, né soprattutto il rilascio di un'autorizzazione ad un ente titolare di un'altra forma di autorizzazione che implichi un diritto al rilascio di quella autorizzazione: in questi casi è dunque escluso l'obbligo di esperire un procedimento concorsuale. In forza di questa norma, resta perciò sostanzialmente inalterata l'attuale regolamentazione della materia nel diritto interno, che già prevede il rilascio dei permessi di ricerca secondo procedimenti concorsuali, ma attribuisce al titolare del permesso, nel caso rinvenga un giacimento coltivabile, un titolo esclusivo al rilascio della concessione di coltivazione.

Al fine di favorire la trasparenza, la non discriminazione e la certezza dei rapporti giuridici tra gli operatori interessati, la disciplina stabilisce che gli interessati devono essere messi a conoscenza delle condizioni e dei requisiti relativi all'esercizio e alla cessazione delle attività autorizzate, stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, indipendentemente dal fatto che siano previsti dall'autorizzazione o che la loro accettazione preventiva sia una condizione per il rilascio dell'autorizzazione stessa. In ossequio al consolidato principio di massima apertura del mercato, inoltre, è previsto un principio di divieto di aggravamento dei procedimenti che regolano l'accesso alle attività di ricerca e coltivazione degli idrocarburi. Pertanto, gli Stati membri possono prescrivere condizioni, generali o specifiche, soltanto nella misura in cui ciò sia necessario per assicurare il corretto esercizio delle attività autorizzate ovvero per ragioni di interesse pubblico indicate nella direttiva stessa.³⁵²

Sempre in tale ottica, la direttiva ha imposto agli Stati membri di abolire, dal 1 gennaio 1997, le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che conferiscono ad un unico ente il diritto esclusivo di ottenere autorizzazioni in aree geografiche specifiche.³⁵³

Ottemperando a tale divieto, l'art. 23 del d.lg. 625/96 ha disposto la cessazione della riserva sulla ricerca, la coltivazione ed il trasporto degli idrocarburi attribuite in alcune aree della pianura padana all'Eni dalla legge istitutiva.³⁵⁴

³⁵² L'art. 14, c. 5, del d.lg. 625/96 dispone infatti quanto segue: "5. Le condizioni e i requisiti, nonché gli obblighi particolareggiati stabiliti nei decreti di conferimento o proroga, relativi all'esercizio delle attività, devono essere giustificati esclusivamente dalla necessità di assicurare il corretto esercizio delle attività di ricerca e coltivazione di idrocarburi, per motivi di sicurezza nazionale, di sicurezza pubblica, di sanità pubblica, di sicurezza e salute dei lavoratori, di sicurezza degli impianti, di tutela dei giacimenti e di gestione pianificata delle risorse di idrocarburi, di protezione dell'ambiente, di tutela delle aree protette, di ripristino dei luoghi dopo la cessazione dell'attività, di tutela delle risorse biologiche e dei beni artistici, archeologici e storici, e di sicurezza dei trasporti; l'imposizione delle condizioni, dei requisiti e degli obblighi è esercitata in modo non discriminatorio tra gli enti e garantendo l'indipendenza di gestione degli enti stessi."

³⁵³ L'Art. 7, dir. 94/22/CE dispone quanto segue: "Fatte salve le disposizioni concernenti singole autorizzazioni o contenute nelle stesse e le disposizioni dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera b), le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che conferiscono ad un unico ente il diritto di ottenere autorizzazioni in un'area geografica specifica, compresa nel territorio di uno Stato membro, sono abolite dagli Stati membri interessati prima del 1° gennaio 1997."

³⁵⁴ Art. 2, L. 10 febbraio 1953, n. 136. L'art. 2, l. 170/1974, estese inoltre la riserva anche allo stoccaggio sotterraneo del gas naturale.

Come detto, l'ordinamento nazionale ha recepito le norme ed i principi contenuti nella direttiva con il d.lg. 625/96, le cui disposizioni sono state successivamente implementate con il d.lg. 164/2000.

Orbene, la normativa nazionale, fissata la garanzia della parità di trattamento tra i soggetti richiedenti (art. 3, c. 3), l'esplicito divieto di qualsiasi onere relativo a partecipazioni pubbliche al capitale sociale del beneficiario (art. 14, c. 6), nonché la già citata cessazione dei regimi di esclusiva previsti in favore di Eni (art. 23), stabilisce che il permesso di prospezione sia accordato a persone fisiche o giuridiche che dispongano di capacità tecniche ed economiche adeguate³⁵⁵ e che il permesso di ricerca, di sei anni (art. 6, c. 4, l. 9/91) salvo la possibilità di proroga (art. 7, d.lg. 625/96) venga rilasciato in seguito a procedure trasparenti e concorrenziali (artt. 4 e 5).

Il titolare di un permesso di ricerca ha diritto ad ottenere la concessione, della durata di venti anni (art. 13, c. 1, d.lg. 625/96) di coltivazione nel caso in cui venga rinvenuto un giacimento (art. 9, l. 9/91). Le condizioni e i requisiti relativi all'esercizio e alla cessazione delle attività sono indicati all'atto di rilascio del permesso o di conferimento della concessione, secondo le disposizioni di cui al disciplinare-tipo predisposto dal competente Ministero delle attività produttive (art. 14, c. 1 e 2, d.lg. 625/96).

Pur a fronte di tale impostazione normativa, caratterizzata, per lo meno nelle finalità, da una impronta fortemente orientata in direzione dell'apertura del mercato delle fasi *upstream* alla concorrenza, i risultati effettivamente prodotti sono stati fortemente deludenti a causa della riassegnazione ad Eni dei permessi di ricerca e delle concessioni di coltivazione, e dunque circoscritti alle cd. "aree residue", ossia a quelle dismesse da Eni.³⁵⁶

L'art. 24 del d.lg. 625/96 riconosce infatti ad Eni il diritto di ottenere dal Ministero l'attribuzione di permessi di ricerca, di concessioni di coltivazione e di stoccaggio sul presupposto costitutivo del principio di

³⁵⁵ Art. 3, c. 3, L. n. 9/91 recante "Norme per l'attuazione del nuovo Piano energetico nazionale: aspetti istituzionali, centrali idroelettriche ed elettrodotti, idrocarburi e geotermia, autoproduzione e disposizioni fiscali".

³⁵⁶ Art. 34, d.lg. 625/96.

salvaguardia dei diritti maturati in regime di esclusiva ovvero in ragione degli investimenti effettuati e delle attività in corso di realizzazione, sostanzialmente eludendo il divieto di cui all'articolo precedente.

Il d.lg. 164/2000, integrando la normativa precedente, detta una serie di disposizioni volte a incrementare le riserve nazionali di gas e incentivare la coltivazione di giacimenti marginali, nonché introduce importanti disposizioni pro concorrenziali recanti criteri e disciplina dell'accesso alle infrastrutture minerarie per la coltivazione. In particolare, è stabilito che i titolari di concessione di coltivazione di idrocarburi diano accesso ai loro gasdotti di coltivazione, nonché alle relative infrastrutture minerarie e ai servizi connessi, sia in terraferma che nel mare territoriale e nella piattaforma continentale italiana, ad altri titolari di concessione di coltivazione di idrocarburi, o a imprese del gas naturale che ne facciano richiesta ai fini dell'importazione, esportazione o trasporto del gas naturale.

L'accesso e' dovuto ove risultino verificate la disponibilità della relativa capacità di trasporto, gestione, o trattamento, tenuto conto anche dei programmi di sviluppo futuro dei giacimenti connessi ai gasdotti di coltivazione, compresi quelli con redditività economica marginale, nonché il rispetto delle norme tecniche e minerarie vigenti in Italia, ivi incluse le norme di sicurezza mineraria, nonché quelle materia fiscale.³⁵⁷

Inoltre, al fine di razionalizzare ed ottimizzare lo sviluppo e la coltivazione dei rispettivi giacimenti, i titolari di concessioni di coltivazione di idrocarburi possono essere autorizzati a realizzare e gestire in comune tutte o parte delle infrastrutture necessarie allo svolgimento delle attività di coltivazione, prevedendo la possibilità che i titolari delle diverse concessioni nominino un rappresentante unico, scelto tra i rappresentanti unici delle diverse concessioni, responsabile per tutti i rapporti con l'Amministrazione ed i terzi attinenti la realizzazione e la gestione delle opere comuni, che richiede l'autorizzazione al Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, specificando la tipologia delle opere da realizzare o gestire in comune³⁵⁸.

Diverso il regime giuridico dell'importazione, che, insieme alle descritte fasi *upstream* concorre a soddisfare la domanda interna di gas. Pur

³⁵⁷ Art. 6, c. 1, d.lg. 164/2000.

³⁵⁸ Art. 7, d.lg. 164/2000.

giuridicamente libera, l'importazione in Italia risulta condizionata dalla condizione di monopolio di fatto detenuta da Snam, proprietaria dell'infrastruttura di trasporto.

Gli approvvigionamenti avvengono sulla base di relazioni contrattuali bilaterali di lunga durata, definiti contratti *take or pay*³⁵⁹, caratterizzati da una clausola che garantisce al produttore un livello minimo di ricavi indipendentemente dalla quantità di gas effettivamente prelevata dal compratore.

La normativa dispone che l'attività di importazione di gas naturale prodotto in Paesi non appartenenti all'Unione europea è soggetta ad autorizzazione del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, rilasciata in base a criteri obiettivi e non discriminatori³⁶⁰. Il rilascio dell'autorizzazione è subordinato al possesso, nei soggetti richiedenti, dei requisiti di capacità tecniche e finanziarie adeguate al progetto di importazione; di idonee informazioni e garanzie circa la provenienza del gas naturale; affidabilità dell'approvvigionamento, degli impianti di coltivazione e del sistema di trasporto; disponibilità di stoccaggio strategico; capacità, mediante opportuni piani di investimento, di contribuire allo sviluppo o alla sicurezza del sistema nazionale del gas attraverso infrastrutture di approvvigionamento, trasporto o distribuzione, o attraverso la diversificazione geografica dei Paesi produttori. La disciplina detta, inoltre, un regime di favore per l'autorizzazione, introducendo meccanismi di silenzio-assenso³⁶¹.

³⁵⁹ Ampiamente, sulla natura e sulla tipologia contrattuale dei contratti *take or pay*, L. PAROLA, *Contratti di somministrazione di gas naturale "take or pay" e project finance*, in I Contratti, 2002, 195 – 204.

³⁶⁰ Com'è noto, in base a quanto disposto dal decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, l'attività di importazione in Italia è libera per quanto riguarda l'importazione di gas prodotto nei paesi dell'Unione europea (in questo caso l'importatore deve darne comunicazione al Ministero dello sviluppo economico), mentre è soggetta ad autorizzazione ministeriale per quanto riguarda le importazioni extracomunitarie. Nel 2006 sono pervenute al Ministero dello sviluppo economico 30 comunicazioni di importazioni intracomunitarie e 13 nei primi tre mesi del 2007. In totale sono 215 le comunicazioni relative a gas naturale prodotto in paesi appartenenti all'Unione europea ricevute dal ministero dal 2001 a oggi.

³⁶¹ In particolare, l'art. 3, commi 4 e 5, stabilisce che l'attività di importazione si intende autorizzata ove il diniego, fondato su motivi obiettivi e non discriminatori, non sia stato espresso entro tre mesi dalla richiesta. Il diniego è comunicato, con la relativa motivazione, al richiedente, all'Autorità per l'energia elettrica e il gas e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Del provvedimento di diniego è data informazione alla Commissione delle Comunità europee. Il soggetto importatore, contestualmente alla richiesta di autorizzazione di cui al comma 1, trasmette all'Autorità per l'energia elettrica e

In definitiva, nell'approvvigionamento il processo di liberalizzazione si è rivelato carente nell'incentivare un vero confronto competitivo.

Posto che la produzione nazionale soddisfa meno del 20% del totale, con evidente assoluta dipendenza dell'Italia dalle importazioni di gas naturale, v'è da dire che la produzione interna è ancora quasi completamente realizzata dall'ex monopolista Eni, con una quota di oltre l'80%, e nessun incentivo è stato individuato nell'*upstream* nazionale, ad esempio per gli investimenti nelle attività di prospezione/ricerca e nello sviluppo di campi scoperti.³⁶²

il gas, gli elementi di cui al comma 5, lettere a), b), c) e d). Le importazioni da Paesi di cui al comma 1 in corso o per le quali è stato già concluso il relativo contratto si intendono autorizzate dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Gli importatori devono, a tal fine, adempiere, entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, all'obbligo di cui al comma 2, lettera d), e comunicare al Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato e all'Autorità per l'energia elettrica e il gas entro sessanta giorni dalla stessa data, per ciascun contratto, i seguenti elementi: a) termini temporali e possibili estensioni previsti dal contratto; b) quantità contrattuali, comprensive delle possibilità di modulazione annuali e stagionali; c) indicazione del Paese dove il gas è stato prodotto e delle strutture di trasporto internazionali utilizzate; d) obblighi comunque connessi al contratto e alla sua esecuzione, rilevanti ai fini della sicurezza del sistema.

³⁶² La dipendenza dell'Italia dalle importazioni aumenta sensibilmente di anno in anno. Nel 2006 è stato importato il 5,4% di gas in più rispetto al 2005, complessivamente l'87,5% del gas immesso in rete. Le principali fonti di approvvigionamento via gasdotto, entrambe extracomunitarie, sono la Russia e l'Algeria. Anche nel 2006 il primato di volumi di gas importati spetta all'Algeria, da cui proviene il 35,6% del gas totale importato. Da questo paese il gas arriva principalmente via gasdotto, al punto di entrata della rete nazionale di Mazara del Vallo (25.005 dei 27.516 G(m³) giunti dall'Algeria sono entrati per questa via), e in misura minore via nave, rigassificato presso l'impianto di Panigaglia. Seguono le importazioni dalla Russia (29,1%) che arrivano in Italia via gasdotto attraverso i punti di entrata della rete nazionale di Tarvisio e Gorizia. Le importazioni dai paesi del Nord Europa rappresentano in totale circa il 19,5%: si tratta principalmente delle importazioni dai Paesi Bassi (12,1%) e dalla Norvegia (7,4%), che arrivano in Italia presso il punto di entrata della rete nazionale di Passo Gries (presso il confine svizzero). Terminata la fase di *build up* del gasdotto libico, le importazioni dalla Libia (punto di entrata di Gela in Sicilia) hanno raggiunto quota 9,9%, mentre il restante 6% del gas importato proviene da altri paesi.

Presso il terminale di rigassificazione di Panigaglia, in Liguria, nel 2006 sono stati rigassificati e immessi in rete circa il 4,1% dei volumi di importazione (erano il 3,5% nel 2005). Anche in questo segmento della filiera, Eni appare dominante con una quota pari al 65,4% del totale e ben distanziata dagli altri operatori. Al secondo posto si collocano infatti le importazioni di Enel Trade Spa, pari al 12,3% del totale, seguite da quelle di Edison Spa (9,4%), Plurigas Spa (4,1%), Gaz de France (2,6%) e Sorgenia Spa (2,3%). I primi tre soggetti importatori risultano acquisire poco più dell'87% del gas naturale importato in Italia. Per quanto riguarda l'analisi dei contratti di importazione attivi nel 2006 secondo la durata intera e residua nessuna modifica significativa si rileva rispetto ai dati del 2005: l'attività di importazione è effettuata in gran parte attraverso contratti di importazione di lungo periodo di tipo *take or pay*. In base ai dati forniti dagli operatori nell'ambito dell'indagine annuale dell'Autorità, sono ancora prevalenti i contratti storici ultradecennali. Tra questi l'Eni si conferma di nuovo quale principale importatore con i grandi contratti per forniture da Algeria, Russia, Mare del Nord. Per quanto riguarda la struttura dei contratti attivi nel 2006 secondo la durata residua, invece, tornano a essere rilevanti i contratti di durata maggiore di 20 anni: nel 2005 la quota di questi contratti era pari al 4%, mentre quest'anno è circa il 30%. A ciò ha contribuito in particolare la proroga al 2035 delle

Nonostante siano state create diverse nuove opportunità di importazione indipendenti da Eni, il che ha prodotto un incremento del numero degli operatori importatori, si tratta comunque di soggetti sostanzialmente in qualche modo “legati” all'*incumbent*. La fissazione di tetti di ingresso, in altri termini, ha garantito uno spazio di ingresso senza però assicurare indipendenza reale nell'acquisizione dell'input dall'estero.

La ragione è presto spiegata con la natura contrattuale del gas importato in Italia: si tratta di *input* derivante da contratti *take or pay* stipulati sottoscritti da Eni nel 1997, ben prima dell'avvio delle liberalizzazioni.

Si tratta, sostanzialmente, di importazioni provenienti dalla russa Gazprom (35% del gas importato) e dalla algerina Sonatrach (34%)³⁶³.

Obbligata a rispettare i tetti imposti dalle norme sulle liberalizzazioni, ma allo stesso tempo detenendo volumi di gas connessi ai contratti a lungo termine già stipulati, Eni ha assunto il ruolo di venditore all'estero del proprio gas naturale ai suoi stessi concorrenti nel mercato dell'approvvigionamento in Italia.

Tranne Enel (14% importazione nel 2003-2004) ed Edison (9% nel medesimo periodo), gli altri soggetti — Plurigas ed Energia- attivi nell'approvvigionamento del mercato nazionale sono risultati dipendenti dalle vendite di Eni all'estero.

Tale scenario, evidentemente caratterizzato da condizioni distorsive della concorrenza, ha garantito l'accesso di altri operatori nell'approvvigionamento, ma non ha assicurato l'indipendenza dalle fonti rispetto all'ex monopolista.

4.1. Lo sviluppo delle infrastrutture di importazione.

Le riscontrate carenze infrastrutturali e la correlativa esigenza di implementarne la dotazione, sia in termini di sicurezza degli approvvigionamento che di aumento delle capacità disponibili, trova un decisivo riscontro in termini giuspositivi nell'adozione di talune

forniture dalla Russia per l'Eni. Un'ampia quota è assorbita anche dai contratti la cui durata residua è tra 15 e 20 anni (18,6%) e tra 10 e 15 anni (34,6%).

³⁶³ Dati reperibili sui seguenti siti: www.sviluppoeconomico.gov.it; www.ipi.it; www.eni.it.

disposizioni di favore per i soggetti che investono nella realizzazione di nuove infrastrutture.

I soggetti che investono, direttamente o indirettamente, nella realizzazione di nuove infrastrutture di interconnessione tra le reti nazionali di trasporto di gas degli Stati membri dell'Unione europea e la rete di trasporto italiana, ovvero nella realizzazione in Italia di nuovi terminali di rigassificazione di gas naturale liquefatto e di nuovi stoccaggi in sottterraneo di gas naturale, o in significativi potenziamenti delle capacità delle infrastrutture esistenti sopra citate, tali da permettere lo sviluppo della concorrenza e di nuove fonti di approvvigionamento di gas naturale, possono richiedere, per la capacità di nuova realizzazione, un'esenzione dalla disciplina che prevede il diritto di accesso dei terzi.

L'esenzione è accordata, caso per caso, per un periodo di almeno venti anni e per una quota di almeno l'80 per cento della nuova capacità, dal Ministero delle attività produttive, previo parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. In caso di realizzazione di nuove infrastrutture di interconnessione, l'esenzione è accordata previa consultazione delle autorità competenti dello Stato membro interessato³⁶⁴. Con decreto del Ministro delle attività produttive sono definiti i principi e le modalità per il rilascio delle esenzioni e per l'accesso alla rete nazionale dei gasdotti italiani nei casi di cui al presente comma, nel rispetto di quanto previsto dalle disposizioni comunitarie in materia.³⁶⁵

Allo stesso modo, i soggetti che investono, direttamente o indirettamente, nella realizzazione di nuove infrastrutture internazionali di interconnessione con Stati non appartenenti all'Unione europea ai fini dell'importazione in Italia di gas naturale o nel potenziamento delle capacità di trasporto degli stessi gasdotti esistenti, hanno diritto, nei corrispondenti punti d'ingresso della rete nazionale dei gasdotti, all'allocazione prioritaria nel conferimento della corrispondente nuova capacità realizzata in Italia di una quota delle capacità di trasporto pari ad almeno l'80 per cento delle nuove capacità di

³⁶⁴ Restano fermi le esenzioni accordate prima della data di entrata in vigore della presente legge ai sensi del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e i diritti derivanti dall'articolo 27 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, per le concessioni rilasciate ai sensi delle norme vigenti e per le autorizzazioni rilasciate ai sensi dell'articolo 8 della legge 24 novembre 2000, n. 340

³⁶⁵ Art. 1, c. 17, l. 239/04.

importazione realizzate all'estero, per un periodo di almeno venti anni, e in base alle modalità di conferimento e alle tariffe di trasporto, stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Tale diritto è accordato dal Ministero delle attività produttive, previo parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che deve essere reso entro il termine di trenta giorni dalla richiesta, trascorso il quale si intende reso positivamente³⁶⁶.

Ai fini di quanto previsto dai commi 17 e 18, per soggetti che investono si intendono anche i soggetti che, mediante la sottoscrizione di contratti di importazione garantiti a lungo termine, contribuiscono a finanziare il progetto.³⁶⁷

Per quanto riguarda i gasdotti in fase di progetto sono da segnalare i passi compiuti in relazione al Progetto IGI, di interconnessione tra Italia e Grecia che prevede la realizzazione del tratto sottomarino (gasdotto Poseidon), di interconnessione tra la costa italiana nell'area di Otranto in Puglia, e la costa greca (Stavrolimenas), nonché di un tratto *on shore* che attraversa la Grecia (gasdotto Zeus) sino a interconnettersi con la rete turca³⁶⁸.

Dalla Turchia, il sistema dovrebbe poi collegarsi alle aree di produzione del Mar Caspio. Il gasdotto IGI, di capacità nominale di 8- 10 G(m3)/anno è stato riconosciuto come *Project of european interest* dall'Unione europea, in quanto completerà insieme all'interconnessione Grecia-Turchia (ITG) il terzo asse prioritario di sviluppo del sistema energetico transeuropeo.

Il 31 gennaio 2007 è stato firmato un Protocollo d'intesa tra il Governo italiano e quello greco che, d'accordo con le Autorità di regolazione nazionali, ha riconosciuto alla società Edison e al principale operatore greco Depa la possibilità di utilizzare, per una durata di 25 anni, l'intera capacità del metanodotto, pari a 8 G(m3), con l'obbligo però di rispettare una serie di misure addizionali finalizzate a massimizzare l'effetto pro-competitivo derivante dalla realizzazione dell'interconnessione. Tra tali misure vi sono l'obbligo di rendere disponibile per l'accesso a terzi la capacità marginale del progetto (fissata pari a 800 M(m3)/anno) e l'impegno

³⁶⁶ Art. 1, c. 18, l. 239/04.

³⁶⁷ Art. 1, c. 19, l. 239/04.

³⁶⁸ Dati assunti dal documento "Sicurezza degli approvvigionamenti energetici per l'Italia", da www.sviluppoeconomico.gov.it.

a rilasciare quote di gas importato presso il PSV italiano, al fine di incrementarne gli scambi e di contribuire al suo sviluppo e alla liquidità del sistema. È stabilito inoltre un limite massimo alla titolarità della capacità di trasporto oggetto di esenzione (80%) da parte di un singolo soggetto. Le forniture all'IGI verranno assicurate da accordi con i paesi produttori dell'area del Mar Caspio e con quelli interessati dal transito del gasdotto, con i quali le aziende hanno già avviato i negoziati.

È previsto che l'inizio dei lavori per la realizzazione dell'infrastruttura, della lunghezza di circa 800 km, di cui 212 sottomarini tra Grecia e Puglia, avvenga entro il 2008 (una volta ottenute le necessarie autorizzazioni), mentre la conclusione è attesa per il 2012. Al fine di vigilare sul rispetto della tempistica, è stata prevista la costituzione di un Comitato di coordinamento tra Italia e Grecia.

Contestualmente alla stipula del Protocollo d'intesa, il Ministro per lo sviluppo economico, dopo aver acquisito parere favorevole da parte dell'Autorità, ha siglato il decreto per l'esenzione dal regime di accesso dei terzi del gasdotto Poseidon, il quale, realizzando il collegamento tra la rete nazionale di trasporto del gas italiana e quella greca, costituisce l'interconnector ai sensi della Direttiva 2003/55/CE.

Sul progetto del GALSI, gasdotto di collegamento tra le produzioni algerine e l'Italia con un tratto attraverso la Sardegna, il Governo italiano e quello algerino sono attualmente impegnati nell'elaborazione di un accordo intergovernativo.

Il progetto si compone di una sezione in territorio algerino che si collega al territorio italiano attraverso un tratto sottomarino congiungente la costa algerina con la costa della Sardegna. La sezione in territorio italiano è formata dal gasdotto che, a partire dalle coste meridionali della Sardegna, attraverserà l'isola per poi giungere alla costa toscana, allacciandosi alla rete di trasporto esistente.

Alla metanizzazione della Sardegna dovrebbero essere riservati circa 2 dei 10 G(m³)/anno di capacità.

La sezione offshore del progetto sarebbe sviluppata e realizzata dalla società Galsi Spa, che si è costituita nel 2003 per lo svolgimento dello studio di fattibilità tecnica tra l'algerina Sonatrach Spa (36%), Edison

(18%), Enel Spa (13,5%), Hera Trading Srl (9%), Wintershall A.G. (13,5%), e si è successivamente estesa alle società Progemisa Spa e Sfirs Spa della Regione Sardegna, ciascuna con la quota del 5%.

Nel novembre 2006 cinque società, Enel, Edison, Hera Spa, Ascopiave e WorldEnergy, hanno sottoscritto con il produttore algerino Sonatrach accordi per la fornitura di un totale di 6 G(m3)/anno di gas per 15 anni attraverso il Galsi. I circa 2 G(m3)/anno destinati alla metanizzazione della Sardegna dovrebbero invece essere distribuiti da una società mista a cui parteciperà la stessa Sonatrach, in partnership con la società regionale Sfirs.

Il progetto TAP, Trans Adriatic Pipeline, promosso dalla società EGL Produzione Italia Spa, prevede la realizzazione di un gasdotto che attraverso l'Albania e il Mare Adriatico collegherebbe l'Italia alle produzioni medio-orientali o a interconnessioni con altri gasdotti di adduzione dalla Russia, prevedendo al contempo l'attraversamento e il rilascio di una quota di gas in Albania. Nel marzo 2007 EGL ha annunciato il completamento dei lavori di ingegneria di base per il gasdotto transadriatico e, secondo una nota diffusa dalla stessa società, al contempo avrebbe iniziato a negoziare l'ingresso di partner nel progetto. Sempre secondo le stime della società, i lavori per la realizzazione dell'infrastruttura potrebbero cominciare nel 2008, per arrivare all'entrata in esercizio nel 2010.

Attraverso il TAP, EGL prevede di importare gas dall'Est europeo, Russia e Medio Oriente, da impiegare per il 50% in proprio — per le sue centrali a ciclo combinato oggi in costruzione e per la sua attività di trading di gas — cedendo a terzi la capacità rimanente.

Rinviando all'approfondimento specificamente dedicato all'argomento, basti in questa sede ricordare che l'esigenza di incrementare la dotazione infrastrutturale di interconnessione trova una disciplina positiva compiuta di favore per i soggetti che investono, direttamente o indirettamente, nella realizzazione di nuove infrastrutture di interconnessione tra le reti nazionali di trasporto di gas degli Stati membri dell'Unione e la rete di trasporto nazionale, nonché con Stati non appartenenti all'Unione europea³⁶⁹, e ancora nella realizzazione di nuovi terminali di rigassificazione, di

³⁶⁹ Art. 1, c. 18, l. 239/04.

stoccaggio in sotterraneo ovvero nel potenziamento delle relative capacità³⁷⁰.

4.2. *Il caso Eni-TTPC al vaglio dell'Antitrust: il principio della "speciale responsabilità".*

In relazione alla decisione di Eni di sospendere i lavori di potenziamento del gasdotto TTPC (*Trans Tunisian Pipeline Company ltd*), di cui detiene il 100% del capitale sociale e su cui vanta la titolarità esclusiva fino al 2019 dei diritti di trasporto della materia prima dall'Algeria, paese che contribuisce con oltre il 30% al soddisfacimento del fabbisogno nazionale di gas, l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, con una decisione molto rilevante rispetto al segmento dell'*upstream*, ha stabilito che Eni detiene una posizione dominante sul mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale in Italia in quanto incombe su Eni il dovere di non adottare una condotta che, nell'orientare il comportamento di TTPC, induca questo a comportarsi in maniera contrastante al solo fine di tutelare e rafforzare la posizione dominante nel mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas per l'Italia.³⁷¹

Il comportamento abusivo di Eni, dunque, è integrato come tale dalla cd. "speciale responsabilità" che grava sull'ex monopolista. Tale principio non implica un obbligo del gruppo Eni di procedere al potenziamento dell'infrastruttura, bensì, a prescindere dall'analisi soggettiva, un dovere di astenersi dal porre in essere condotte in grado di alterare l'assetto di mercato e la contendibilità dello stesso, nel caso di specie precludendo agli operatori concorrenti l'accesso alle maggiori capacità immesse nella rete nazionale attraverso il gasdotto.

Valga peraltro la considerazione che Eni, oltre a controllare i gasdotti internazionali per l'importazione di gas, è titolare esclusivo ed integrale

³⁷⁰ Art. 1, c. 17, l. 239/04.

³⁷¹ Autorità garante della concorrenza e del mercato, provvedimento del 15 febbraio 2006, n. 15174, con nota di F. POLETTINI, *Gasdotti internazionali e posizione dominante: il caso Eni-TTPC*, in *Diritto industriale*, 2/2006, 148.

della gestione dell'unico rigassificatore oggi disponibile, quello di Panigaglia. In più, l'azienda si presenta tutt'ora verticalmente integrata in tutte le fasi della filiera: upstream, trasporto, stoccaggio, distribuzione e vendita.³⁷²

Nel caso di specie, Eni è stata sanzionata in quanto i giudici della concorrenza gli hanno imputato di aver adottato un comportamento escludente, ai sensi dell'art. 82, lett. b del Trattato CE, che è consistito nell'aver deciso di omettere l'ampliamento della condotta che porta dalla Tunisia all'Italia e nell'aver indotto la società TTPC a risolvere di diritto i contratti di trasporto precedentemente sottoscritti, con ciò impedendo l'ingresso di una grande quantità di metri cubi di gas all'anno da parte degli altri concorrenti.

L'Antitrust ha ritenuto che tale circostanza, condotta nell'intento di mantenere costanti i volumi di vendita del gas e di operare la realizzazione delle condotte in modo da adeguare la portata delle stesse alle effettive esigenze del mercato ed evitando di conseguenza di importare materia prima in eccesso rispetto alla domanda, integrasse gli estremi della violazione della cd. responsabilità speciale, per il fatto che mediante tali comportamenti.³⁷³

5. *Lo stoccaggio.*

L'attività di stoccaggio consiste nell'accumulo di gas necessario per fronteggiare l'escursione della domanda e le cadute impreviste dei flussi di

³⁷² La situazione è ben illustrata nella Relazione annuale del Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas del 2004. "Eni, direttamente o attraverso società partecipate, è in grado di condizionare la gestione di tutte le infrastrutture di trasporto via tubo che adducono il gas importato in Italia e dell'unico terminale di GNL attualmente esistente (...) Tale posizione conferisce a Eni il potere di influenzare le dinamiche concorrenziali sul mercato a valle della vendita (...) e che nonostante l'adozione di misure normative tese a ridurre nel periodo 2001-2010 le immissioni al consumo dell'operatore incumbent, permane una inconfutabile posizione dominante di Eni nell'approvvigionamento di gas in grado di condizionare fortemente l'esito del mercato."

³⁷³ "Un vero mercato del gas sarà possibile a tre condizioni: che il mercato sia caratterizzato da una offerta ragionevolmente superiore alla domanda; che l'offerta sia plurale e non riconducibile ad un solo soggetto; che il soggetto titolare di trasporto e stoccaggio della materia prima sia indipendente e neutrale rispetto a tutti gli altri operatori", Intervento del Presidente dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas in occasione dell'audizione alla Camera dei Deputati, X Commissione per le attività produttive, gennaio 2006, in www.autorita.energia.it.

approvvigionamento. Il gas viene stoccato, in particolare nei mesi caldi, in depositi costituiti prevalentemente nei giacimenti esausti., ovvero acquiferi, cavità saline e serbatoi GNL.³⁷⁴

Le recenti crisi degli approvvigionamenti verificatesi nel corso dell'inverno 2005-2006 hanno evidenziato l'inadeguatezza delle infrastrutture di importazione e di stoccaggio di gas, rivelando quanto delicato sia tale segmento nella filiera industriale del mercato. Lo stoccaggio, infatti, è uno strumento idoneo a far fronte *ex ante* alla variabilità stagionale e all'incertezza della domanda, riconducibile sia a ragioni climatiche sia ad interruzioni delle forniture dovute a ragioni accidentali o geopolitiche.

Gli impianti di stoccaggio soddisfano quindi diversi tipi di richieste: dalla domanda di modulazione stagionale, soddisfatta immettendo gas nei giacimenti durante la stagione estiva ed erogandolo durante l'autunno e l'inverno; alla domanda relativa alle *prestazioni di punta* per far fronte a picchi prevedibili anche se non esattamente e, dunque, non riconducibili al cd. stoccaggio strategico, relativo quest'ultimo ad esigenze imprevedibili e assolutamente infrequenti. Vi è poi una domanda di modulazione settimanale e giornaliera che può essere tranquillamente soddisfatta attraverso lo stoccaggio di gas direttamente nei metanodotti (*linepack*), ovvero per reagire ad eventi esterni connessi ad instabilità geopolitiche (nel caso, quale quello italiano, di estrema dipendenza dall'export).

Lo stoccaggio, tecnicamente rappresenta per il settore del gas un tratto caratterizzante rispetto al settore dell'energia elettrica, in quanto consente di superare i problemi di bilanciamento istantaneo tra domanda e offerta propri di quest'ultimo.

Pur essendo normativamente qualificato in senso pro concorrenziale come attività industriale separata rispetto alla produzione, all'importazione e alla vendita, lo stoccaggio non è un'attività di rete e non costituisce un monopolio naturale, in quanto potenzialmente duplicabile, sebbene gli impianti esistenti possono essere condivisi dalle imprese operanti nella vendita, in particolare di quelle impegnate a servire i clienti del mercato

³⁷⁴ A. CAVALIERE, *Liberalizzazione e accesso alle essential facilities: regolamentazione e concorrenza nello stoccaggio di gas naturale*, in *Politica economica*, n. 1/2007, 29 ss; NAPOLITANO G., *L'energia elettrica e il gas*, cit., 2252 ss.

civile per garantire la disponibilità sufficiente di gas in qualunque circostanza.

La prima direttiva europea di avvio della liberalizzazione del mercato del gas (98/30/CE) non prevedeva espressamente l'accesso separato agli impianti di stoccaggio e pertanto il servizio poteva essere offerto congiuntamente alla trasmissione del gas in alta pressione, da parte delle imprese di trasporto. La seconda direttiva (2003/55/CE) richiede almeno la separazione contabile delle attività di stoccaggio rispetto alla rete di trasmissione, all'approvvigionamento e alla vendita di gas e dispone inoltre, in capo alle imprese di stoccaggio, l'obbligo di fornire l'accesso ai terzi. Resta in capo ai Paesi membri, nel recepimento della direttiva, l'opzione tra accesso regolato e accesso negoziato.

In Italia, in ottemperanza agli obblighi comunitari di separazione, è stata costituita una società, la Stogit, comunque di proprietà dell'*incumbent* Eni verticalmente integrato, attribuendo all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas la potestà di regolazione mediante fissazione di tariffe di stoccaggio.

L'utilizzo dei giacimenti di idrocarburi per lo stoccaggio è attività riservata allo Stato.³⁷⁵

L'attività di stoccaggio del gas naturale in giacimenti o unità geologiche profonde e' svolta sulla base di concessione, di durata non superiore a venti anni, rilasciata dal Ministero delle attività produttive ai richiedenti che abbiano la necessaria capacità tecnica, economica ed organizzativa e che dimostrino di poter svolgere, nel pubblico interesse, un programma di stoccaggio rispondente alle disposizioni del presente decreto³⁷⁶.

La concessione di stoccaggio, regolata ai sensi del disciplinare tipo adottato dal Ministero delle attività produttive, è accordata ai richiedenti, persone fisiche o giuridiche, italiane ovvero appartenenti ad altro Stato membro, ovvero avente sede legale in altro Paese, nel rispetto del principio di reciprocità, ossia a condizione che tali Paesi ammettano le persone, gli enti e le società italiane allo stoccaggio di gas naturale dei giacimenti sotterranei ricadenti sotto la propria giurisdizione.³⁷⁷

³⁷⁵ Art. 1, l. n. 170/1974.

³⁷⁶ Art. 11, d.lg. 164/2000

³⁷⁷ Art. 3, c.5, l. n. 170/74.

Ogni titolare di più concessioni di stoccaggio ha l'obbligo di gestire in modo coordinato e integrato il complesso delle capacità di stoccaggio di *working gas* di cui dispone, al fine di garantire l'ottimizzazione delle capacità stesse e la sicurezza del sistema nazionale del gas³⁷⁸.

I titolari di concessioni di stoccaggio di gas naturale hanno altresì l'obbligo di assicurare e fornire i servizi di stoccaggio minerario, strategico e di modulazione agli utenti che ne facciano richiesta ove il sistema di cui essi dispongono abbia idonea capacità, e purché i servizi richiesti dall'utente siano tecnicamente ed economicamente realizzabili in base a criteri prestabiliti³⁷⁹, stabilendo che in caso di rifiuto l'utente ne informa l'Autorità per l'energia elettrica e il gas che, sentita l'impresa che ha espresso il rifiuto, e qualora verifichi una violazione del codice di stoccaggio, può imporre alla stessa impresa di procedere alla fornitura dei servizi³⁸⁰.

Le disponibilità di stoccaggio sono destinate in via prioritaria alle esigenze della coltivazione di giacimenti di gas nel territorio nazionale. A tal fine, i titolari di concessione di coltivazione individuano, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le disponibilità di stoccaggio necessarie per la modulazione della produzione dei giacimenti dei quali detengono la concessione di coltivazione³⁸¹.

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas fissa i criteri e le priorità di accesso atti a garantire a tutti gli utenti la libertà di accesso a parità di condizioni, la massima imparzialità e la neutralità del servizio di stoccaggio in condizioni di normale esercizio e gli obblighi dei soggetti che svolgono le attività di stoccaggio.³⁸²

Nell'ambito delle misure di liberalizzazione del settore e, segnatamente, di quelle relative all'*unbundling*, l'attività di stoccaggio è comunque oggetto di separazione contabile e gestionale dall'attività di trasporto e dispacciamento e di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas.³⁸³

³⁷⁸ Art. 12, c.1, d.lg. 164/2000.

³⁷⁹ Art. 12, c. 2, d.lg. 164/2000.

³⁸⁰ Art. 12, c. 3, d.lg. 164/2000.

³⁸¹ Art. 12, c. 5, d.lg. 164/2000.

³⁸² Art. 12, c. 7, d.lg. 164/2000.

³⁸³ Art. 21, c.1, d.lg. 164/2000.

L'offerta di stoccaggio avviene, nonostante le normative pro concorrenziali, in condizioni di sostanziale monopolio, in quanto l'impresa monopolista nello stoccaggio è dotata direttamente o indirettamente anche di un consistente potere di mercato nel segmento della vendita. Le direttive europee, tuttavia, non prescrivono la dismissione degli impianti da parte dell'impresa dominante, e ciò anche in ragione del fatto che esercitando il controllo indiretto della proprietà della società di stoccaggio l'impresa dominante ex monopolista conserva ingenti riserve strategiche di gas.

Posto che lo stoccaggio non può essere qualificato alla stregua di un monopolio naturale, la possibilità che nuovi operatori si dotino di proprie infrastrutture di stoccaggio incontra i limiti connessi alla disponibilità di siti idonei dal punto di vista geologico, nonché limiti di carattere politico-ambientali derivanti dalle opposizioni locali ai nuovi insediamenti industriali comunque invasivi.

L'Italia è stato il primo Paese nell'Europa continentale a regolamentare l'accesso allo stoccaggio separatamente rispetto al trasporto e alla vendita all'ingrosso, in seguito a scelte di *unbundling* legale, che ha comportato, nell'ambito di Eni, la distinzione tra una società di vendita (Eni Gas & Power), una società di trasporto del gas (Snam rete gas) e una società di stoccaggio (Stogit) nella quale sono confluiti gli *asset* appartenenti sia alla società di produzione (ex Agip, ora Eni divisione esplorazione e produzione) sia alla società di trasporto.

Stogit, controllata completamente da Eni, è sostanzialmente monopolista nell'attività di stoccaggio, detenendo circa il 98% della capacità esistente in Italia³⁸⁴, mediante la gestione in concessione di 8 giacimenti esauriti (localizzati prevalentemente nella pianura padana) a livello integrato sia per quanto concerne l'accesso agli utenti che per quanto concerne le tariffe regolate dall'Autorità. Peraltro la condizione di monopolista di Stogit è destinata a permanere ancora molto a lungo, visto che le concessioni di stoccaggio in scadenza sono state prorogate di venti anni dal decreto Marzano e le concessioni richieste dai nuovi entranti tardano ad essere rilasciate anche a causa di pendenza giudiziarie.

³⁸⁴ Il restante 2% è in capo a Edison che gestisce attualmente due impianti.

Anche nel segmento dello stoccaggio, il livello di apertura del mercato raggiunto non consente, allo stato, una valutazione positiva. Anche in questo settore, infatti, il bilanciamento tra il sostegno alla concorrenza e l'esigenza di incentivare investimenti nella rete, hanno determinato l'estensione delle deroghe al TPA per rimuovere le strozzature nell'offerta di capacità, anche ai nuovi investimenti per lo stoccaggio di gas naturale.

Tuttavia, non è ancora avvenuta la separazione proprietaria tra Eni e Stogit, mentre a quest'ultima sono state prorogate le concessioni; la duplicazione fisica dei giacimenti incontra limiti burocratici e vincoli amministrativi insormontabili; lo stoccaggio si configura come essenziale per molte imprese che non dispongono di sostituti.

6. Il trasporto e il dispacciamento.

Le attività di trasporto e dispacciamento³⁸⁵ sono considerate attività di interesse pubblico³⁸⁶, e sono sottoposte agli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria, dalla legislazione vigente e da apposite convenzioni con le autorità competenti³⁸⁷.

Le imprese che svolgono attività di trasporto e dispacciamento sono tenute ad allacciare alla propria rete gli utenti che ne facciano richiesta ove il sistema di cui esse dispongono abbia idonea capacità, e purché le opere necessarie all'allacciamento dell'utente siano tecnicamente ed economicamente realizzabili in base a criteri stabiliti con delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas³⁸⁸, cui compete la risoluzione delle medesime controversie anche imponendo, laddove si ravvisino violazioni del codice di rete, di procedere all'allacciamento³⁸⁹.

³⁸⁵ Per dispacciamento si intende l'attività di gestione e di regolazione della pressione del gas tramite centrali di compressione e decompressione per mantenere l'equilibrio fra domanda ed offerta di gas.

³⁸⁶ Art. 8, c. 1, d.lg. 164/2000.

³⁸⁷ Art. 1, c. 2, lett. b), l. 239/04.

³⁸⁸ Art. 8, c. 2, d.lg. 164/2000.

³⁸⁹ Art. 8, c. 3, d.lg. 164/2000.

In ogni caso l'Autorità per l'energia elettrica e il gas vigila affinché l'attività di trasporto e dispacciamento sia svolta in modo da non ostacolare la parità di condizioni di accesso al sistema³⁹⁰.

Alle imprese di trasporto sono inoltre attribuite sia responsabilità relative al collegamento esterno sia connesse al funzionamento interno del sistema. La normativa stabilisce infatti che esse forniscano agli altri soggetti che effettuano attività di trasporto e dispacciamento, nonché alle imprese del gas di ogni altro sistema dell'Unione europea interconnesso con il sistema nazionale del gas naturale, informazioni sufficienti per garantire il funzionamento sicuro ed efficiente, lo sviluppo coordinato e l'interoperabilità dei sistemi interconnessi³⁹¹.

Su di esse, inoltre, l'onere di governare i flussi di gas naturale ed i servizi accessori necessari al funzionamento del sistema, compresa la modulazione, nonché la responsabilità, in caso di necessità, dell'utilizzo, sulla base di direttive del Ministero delle attività produttive, degli stoccaggi strategici di gas naturale direttamente connessi con la rispettiva rete, salvo la tempestiva reintegrazione degli stessi da parte dei soggetti responsabili, e garantiscono l'adempimento di ogni altro obbligo volto ad assicurare la sicurezza, l'affidabilità, l'efficienza e il minor costo del servizio e degli approvvigionamenti³⁹².

Per inquadrare in modo completo la struttura del sistema, occorre dunque fare riferimento alla rete nazionale dei gasdotti, costituita dai gasdotti ricadenti in mare, dai gasdotti di importazione ed esportazione e relative linee collegate necessarie al loro funzionamento, dai gasdotti interregionali, dai gasdotti collegati agli stoccaggi, nonché dai gasdotti funzionali direttamente e indirettamente al sistema nazionale del gas. La rete nazionale di gasdotti, inclusi i servizi accessori connessi, è individuata con decreto del Ministero delle attività produttive, sentita la Conferenza unificata e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas³⁹³.

³⁹⁰ Art. 8, c. 4, d.lg. 164/2000.

³⁹¹ Art. 8, c. 5, d.lg. 164/2000.

³⁹² Art. 8, c. 6, d.lg. 164/2000.

³⁹³ Art. 9, d.lg. 164/2000. Ai sensi dell'art. 1, c. 8, lett. b), sub 2), l'individuazione della rete nazionale dei gasdotti spetta allo Stato, cui sono attribuiti i relativi compiti e funzioni amministrative, d'intesa con la Conferenza unificata, anche avvalendosi dell'Autorità di settore.

Per le reti di trasporto non comprese nella rete nazionale di gasdotti l'applicazione degli articoli 30 e 31 è di competenza regionale, al pari di quanto disposto per le linee dirette, per le quali la fornitura è soggetta ad autorizzazione rilasciata dalla Regione competente per territorio ad imprese del gas in base a criteri obiettivi e non discriminatori, sentito il Comune interessato³⁹⁴.

A livello comunitario, la regolazione relativa alle condizioni di accesso alle reti di trasporto di gas naturale è contenuta nel Regolamento CE n. 1775/2005 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 settembre 2005.

7. Sviluppo, interconnessione ed interoperabilità delle reti trans europee di energia e regole d'accesso per l'integrazione dei mercati nazionali.

La realizzazione di un mercato interno dell'energia elettrica e del gas non può prescindere dall'adozione di misure tese a favorire lo sviluppo, l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti transeuropee per il trasporto dei prodotti energetici, nonché l'accesso a tali reti³⁹⁵.

L'esistenza di reti sufficientemente sviluppate costituisce la base fisica necessaria su cui fondare l'incremento degli scambi transfrontalieri dei prodotti energetici. Soltanto in presenza di reti diffuse ed interconnesse le imprese e i cittadini potranno beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne.

Tali interventi di politica energetica comunitaria si iscrivono dunque all'interno di più ampie finalità, quali il perseguimento della coesione sociale ed economica, resa possibile anche agevolando la disponibilità di energia anche nelle aree più sfavorite e periferiche con adeguate misure di protezione tese a scongiurare fenomeni di *cream-skimming*, nonché l'implementazione delle condizioni di sicurezza dell'approvvigionamento mediante uno sfruttamento più razionale e ed efficiente degli impianti di produzione e delle infrastrutture stesse.

In attuazione di tali previsioni sono da citare, nel campo dell'accesso alle reti di trasmissione dell'energia elettrica e di trasporto di gas, il

³⁹⁴ Artt. 9, ultimo capoverso, e art. 10, d.lg. 164/2000.

³⁹⁵ Si vedano gli artt. 154-156 del Trattato CE.

regolamento (CE) n. 1228/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003, relativo alle condizioni di accesso alla rete degli scambi transfrontalieri di energia elettrica, ed il regolamento (CE) n. 1775/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 settembre 2005, relativo alle condizioni d'accesso alle reti di trasporto del gas.

L'ordinamento comunitario, al fine di garantire il funzionamento del mercato interno del gas, stabilisce norme non discriminatorie per le condizioni di accesso ai sistemi di trasporto del gas naturale, per tali intendendo l'attività avente ad oggetto il trasporto di gas naturale attraverso una rete, contenente principalmente gasdotti ad alta pressione, diversa da una rete di gasdotti di coltivazione (gasdotti *upstream*) e dalla parte di gasdotti ad alta pressione usata principalmente nel contesto della distribuzione locale di gas naturale finalizzato alla fornitura ai clienti, ma con esclusione della fornitura stessa.³⁹⁶

Sono poi stabilite una serie di regole relative alla trasparenza e non discriminazione nell'applicazione delle tariffe e delle metodologie utilizzate per calcolarle, stabilendo che esse rispecchino i costi effettivamente sostenuti ed includano un appropriato rendimento degli investimenti³⁹⁷.

Agli Stati membri è altresì consentito che le tariffe stabilire che le tariffe siano determinate in base a procedure basate sul mercato, quali le aste.

Parimenti orientate ai principi di non discriminazione e trasparenza, le norme relative ai servizi di accesso ai terzi³⁹⁸, ai meccanismi di assegnazione della capacità e alle procedure di gestione della congestione³⁹⁹, all'obbligo per i gestori del sistema di rendere pubbliche le informazioni dettagliate riguardanti i servizi e le condizioni applicate, unitamente alle informazioni tecniche necessari per gli utenti della rete per ottenere un effettivo accesso ad essa⁴⁰⁰.

Specifiche disposizioni sono poi dettate relativamente alle regole di bilanciamento e agli oneri di sbilancio.

³⁹⁶ Art. 2, par. 1, Reg. CE 1775/2005.

³⁹⁷ Art. 3, par. 1, Reg. CE 1775/2005.

³⁹⁸ Art. 4, Reg. CE 1775/2005.

³⁹⁹ Art. 5, Reg. CE 1775/2005.

⁴⁰⁰ Art. 6, Reg. CE 1775/2005.

Le regole di bilanciamento sono elaborate secondo i principi dell'equità, della non discriminazione e della trasparenza e sono basate su criteri obiettivi. Dette regole riflettono le reali esigenze del sistema, tenendo conto delle risorse di cui il gestore dei sistemi di trasporto dispone.⁴⁰¹

In caso di sistemi di bilanciamento non basati sul mercato, i livelli di tolleranza sono stabiliti in modo da riflettere le variazioni stagionali o da comportare un livello di tolleranza più elevato rispetto alle variazioni stagionali e da riflettere le capacità tecniche effettive del sistema di trasporto. Detti livelli devono riflettere le reali esigenze del sistema, tenendo conto delle risorse di cui il gestore dei sistemi di trasporto dispone⁴⁰².

Inoltre, nella misura del possibile, gli oneri di sbilancio rispecchiano i costi, fornendo allo stesso tempo incentivi adeguati agli utenti della rete per bilanciare i conferimenti e i prelievi di gas. Essi evitano le sovvenzioni incrociate tra gli utenti della rete e non ostacolano l'ingresso sul mercato di nuovi partecipanti⁴⁰³.

Le metodologie di calcolo per gli oneri di sbilancio e le tariffe definitive sono rese pubbliche dalle autorità competenti o dal gestore dei sistemi di trasporto, a seconda dei casi.

Infine, grava sugli Stati membri la responsabilità di assicurare che i gestori dei sistemi di trasporto si adoperino per armonizzare sistemi di bilanciamento e razionalizzino la struttura e i livelli degli oneri di bilanciamento, così da facilitare gli scambi di gas⁴⁰⁴.

In relazione agli scambi di diritti di capacità, l'ordinamento comunitario dispone che ciascun gestore dei sistemi di trasporto adotta misure ragionevoli per consentire il libero scambio di diritti di capacità e facilitare tale scambio, elaborando contratti di trasporto armonizzati e procedure riguardanti il mercato primario per agevolare lo scambio secondario di capacità e riconoscere il trasferimento di diritti primari di capacità quando è notificato da utenti della rete. I contratti di trasporto armonizzati e le procedure sono notificati alle autorità di regolamentazione⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Art. 7, par.1, Reg. CE 1775/2005.

⁴⁰² Art. 7, par. 2, Reg. CE 1775/2005.

⁴⁰³ Art. par.3, Reg. CE 1775/2005.

⁴⁰⁴ Art. 7, par. 7, Reg. CE 1775/2005.

⁴⁰⁵ Art. 8, Reg. CE 1775/2005.

8. *La distribuzione e la vendita.*

La distribuzione di gas naturale è espressamente qualificata come attività di servizio pubblico⁴⁰⁶.

Fatta salva l'applicazione delle norme generali in materia di servizi pubblici locali, la cui applicazione è richiamata in via residuale ossia per tutto quanto non espressamente previsto dalla legge di settore⁴⁰⁷, la fase della distribuzione è sottoposta ad una regolamentazione di dettaglio contenuta appunto nella normativa di liberalizzazione.⁴⁰⁸

Nell'attuale assetto di mercato, salvo quanto previsto dall'art. 17, c. 5, d.lg. 164/2000, la distribuzione non è direttamente destinata al pubblico bensì al venditore, per conto del quale il distributore effettua il trasporto del gas attraverso la rete dei gasdotti locali.

Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni.

La normativa prevede tuttavia un regime transitorio⁴⁰⁹, fissato inizialmente in cinque anni e successivamente ripetutamente prorogato, con ciò suscitando interrogativi e dubbi sulla compatibilità del perdurante regime transitorio con il modello concorrenziale⁴¹⁰.

La gara é aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio.⁴¹¹

Gli enti locali, ossia comuni comunità montane e unioni dei comuni⁴¹², che affidano il servizio, anche in forma associata appunto, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto

⁴⁰⁶ Art. 14, c.1, d.lg. 164/2000.

⁴⁰⁷ Art. 16, c. 7, d.lg. 164/2000.

⁴⁰⁸ Artt. 14, 15 e 16 del d.lg. 164/2000.

⁴⁰⁹ Art. 15, d.lg. 164/2000.

⁴¹⁰ Sulla tormentata disciplina della distribuzione si veda paragrafo successivo.

⁴¹¹ Art. 14, c. 6, d.lg. 164/2000.

⁴¹² Art. 1, c.2, d.lg. 164/2000.

dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero delle Attività produttive⁴¹³, ove sono stabiliti la durata, le modalità di espletamento del servizio, gli obiettivi qualitativi, l'equa distribuzione del servizio sul territorio, gli aspetti economici del rapporto, i diritti degli utenti, i poteri di verifica dell'ente che affida il servizio, le conseguenze degli inadempimenti, le condizioni del recesso anticipato dell'ente stesso per inadempimento del gestore del servizio⁴¹⁴.

Alle gare sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico.⁴¹⁵

Le imprese di distribuzione di gas naturale svolgono anche l'attività di dispacciamento sulla propria rete⁴¹⁶.

Su di esse gravano una serie di obblighi, quali quello di allacciare i clienti, che ne facciano richiesta, che abbiano sede nell'ambito dell'area territoriale alla quale si riferisce l'affidamento sulla base del quale esse operano, purché esista la capacità del sistema di cui dispongono e le opere necessarie all'allacciamento del cliente siano tecnicamente ed economicamente realizzabili in base a criteri stabiliti con delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nel rispetto degli obblighi di universalità del servizio pubblico⁴¹⁷. In caso di rifiuto l'utente ne informa l'Autorità per l'energia elettrica e il gas che, sentita l'impresa che ha espresso il rifiuto, e qualora verifichi una violazione dei criteri enunciati, può imporre alla stessa impresa di procedere all'allacciamento.

⁴¹³ Art. 14, c. 1, d.lg. 164/2000.

⁴¹⁴ Art. 14, c. 3, d.lg. 164/2000.

⁴¹⁵ Art. 14, c. 5, d.lg. 164/2000.

⁴¹⁶ Art. 16, c. 1, d.lg. 164/2000.

⁴¹⁷ Art. 16, c. 2, d.lg. 164/2000.

Le stesse imprese perseguono altresì il risparmio energetico e lo sviluppo delle fonti rinnovabili, in conformità agli obiettivi nazionali definiti nel protocollo di Kyoto⁴¹⁸, nonché spetta loro il compito di vigilare sullo stato degli impianti allacciati alla rete, al fine di verificarne la sicurezza del funzionamento a tutela della pubblica incolumità⁴¹⁹.

Per motivi di continuità del servizio, le imprese distributrici possono essere autorizzate in via eccezionale a svolgere transitoriamente anche l'attività di vendita ai clienti finali, che normalmente risulta separata⁴²⁰. L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas vigila sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e, con proprie deliberazioni, può determinare un codice di condotta commerciale in cui sono disciplinate modalità e contenuti delle informazioni minime che le stesse imprese operanti nella vendita devono fornire ai clienti.

Le imprese che intendono svolgere attività di vendita del gas naturale a clienti finali devono essere autorizzate dal Ministero delle attività produttive⁴²¹, allorché risultino soddisfatte le seguenti condizioni⁴²²: disponibilità di un servizio di modulazione adeguato, in base ai criteri di cui all'articolo 18, alle necessità delle forniture, e comprensivo delle relative capacità di stoccaggio, ubicate nel territorio nazionale; dimostrazione della provenienza del gas naturale e dell'affidabilità delle condizioni di trasporto; capacità tecniche e finanziarie adeguate.

L'integrale liberalizzazione del mercato delle forniture ai clienti finali, una volta superate le sia le distinzioni definitorie relative ai cd. "clienti finali" sia la fissazione di volumi specifici di materia prima, è bilanciata dall'obbligo imposto agli Stati membri di assicurare comunque la tutela dei consumatori. Le direttive comunitarie di liberalizzazione impongono agli Stati membri l'adozione di misure adeguate a garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, che assicurino la trasparenza delle condizioni generali di contratto, meccanismi di risoluzione delle controversie,

⁴¹⁸ Art. 16, c. 4, d.lg. 164/2000.

⁴¹⁹ Art. 15, c. 5, d.lg. 164/2000.

⁴²⁰ Art. 17, c. 5, d.lg. 164/2000.

⁴²¹ Art. 17, c. 1, d.lg. 164/2000.

⁴²² Art. 17, c. 2, d.lg. 164/2000.

l'effettiva possibilità di cambiare fornitore ed un'adeguata protezione dei clienti vulnerabili, ivi inclusi quelli delle zone isolate⁴²³.

8.1. *La disciplina transitoria della distribuzione di gas naturale.*

In ordine alla disciplina della distribuzione di gas naturale, la normativa di liberalizzazione ha previsto una fase a regime, dove l'affidamento del servizio avviene esclusivamente attraverso procedura di gara, per periodi non superiori a 12 anni, ed un periodo transitorio al fine di favorire l'adeguamento progressivo del sistema alla nuova disciplina⁴²⁴.

Precisamente, per il periodo transitorio, era originariamente prevista la scadenza del 31.12.2005, termine prorogabile di uno o due anni, in presenza di interventi di accorpamento o di fusione societaria.

Su tale impianto normativo si è innestata, in un primo tempo, la legge 23 agosto 2004 n. 239. Il comma 69° dell'articolo 1 stabilisce un nuovo termine per il periodo transitorio: il 31/12/2007, in luogo di quello precedente del 31/12/2005. In relazione a tale apparentemente lineare disposizione, si è sviluppato un vivace dibattito, foriero di contrapposte interpretazioni.

Secondo un primo orientamento, il prolungamento del periodo transitorio al 31.12.2007, va inteso come comprensivo anche di tutti i possibili incrementi, previsti dal comma 7 dell'articolo 15 del d.lgs. n. 164/2000. A tal riguardo, va precisato che il citato comma 7 introduce delle "proroghe premianti", in considerazione di particolari fattori, ritenuti meritevoli dal legislatore, quali fusioni societarie, utenza particolarmente alta, interventi di privatizzazione. Secondo un diverso indirizzo, la nuova norma dispone una proroga generalizzata di tutti gli affidamenti del servizio al 31.12.2007, con possibilità di una ulteriore proroga di un anno, per

⁴²³ Art. 3, par. 3, dir.2003/55/CE.

⁴²⁴ In argomento, V. BERLINGO', *Servizio di distribuzione del gas e riscatto monofunzionale (del servizio) nella giurisprudenza amministrativa*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4/2005, 759; M. ALESIO, *La compatibilità comunitaria del regime di proroga nel settore distribuzione gas: le censure del T.A.R. Brescia e le conclusioni dell'avvocato Ue*, in *La Gazzetta degli Enti Locali* 2/7/2008 (commento a T.A.R. Brescia, ordinanza n. 963 del 4 agosto 2006, e conclusioni avv. Generale CGCE depositate il 24 aprile 2008, in relazione alla causa C-347/06).

decisione discrezionale dell'Amministrazione comunale, ove questa ravvisi un interesse pubblico. Infine, secondo un terzo orientamento, il termine del 31.12.2007 deve essere inteso come base temporale minima, da cui partire per calcolare, eventualmente, i predetti incrementi, oltre alla potestà discrezionale di proroga di un anno.

I dubbi e le incertezze, collegate all'interpretazione delle nuove disposizioni normative, hanno reso necessaria l'emanazione di una specifica circolare ministeriale⁴²⁵, emanata in data 10 novembre 2004.

Con tale circolare, il Ministero delle attività produttive ha fornito, fra l'altro, i seguenti chiarimenti:

- a. nuovo periodo transitorio: viene precisato che il nuovo periodo transitorio, scadente in data 31/12/2007, va inteso come generale, cioè riferito a tutte le concessioni e gli affidamenti in corso, senza alcuna eccezione e senza necessità di specifiche ed espresse proroghe;
- b. proroga del comune: viene confermato che l'ente locale può prorogare, per un anno, il nuovo periodo transitorio, portandolo al 31.12.2008, per ragioni di pubblico interesse, le quali possono essere individuate nell'opportunità di avere a disposizione un maggior lasso di tempo, per effettuare le gare, al fine di consentire la creazione di aggregazioni territoriali in modo da bandire gare, che possano interessare aree sovracomunali, con evidenti benefici in termini di efficienza ed economicità del servizio di distribuzione;
- c. incrementi premianti: le operazioni imprenditoriali o di modifica degli assetti societari, connesse agli incrementi, di cui al comma 7 dell'articolo 15, devono essere effettuate entro il 31.12.2006;
- d. divieto di cumulo: viene confermato il divieto di sommare gli incrementi premianti, ma, al contempo, viene anche chiarito che la norma, che dispone il divieto, non ha efficacia retroattiva. Conseguentemente, le imprese, che avevano maturato il diritto al cumulo prima dell'entrata in vigore della legge n. 239/2004, conservano tale diritto, sommandolo al nuovo periodo transitorio. Dunque, in linea teorica, una concessione può essere prorogata sino al 31.12.2013: fino al 31.12.2007 (nuovo periodo transitorio) più cinque anni (gli incrementi premianti complessivi, che si cumulano, se

⁴²⁵ Circolare del Ministero delle attività produttive recante "Chiarimenti in materia di affidamenti e concessioni di distribuzione di gas naturale, di cui all'art. 15 del d.lgs. 23.5.2000 n. 164, come modificato dall'art. 1, comma 69, l. 23.8.2004, n. 239"

maturati prima della legge n. 239/2004) più un anno di proroga discrezionale del Comune.

La legge Marzano e la circolare ministeriale non hanno, purtroppo, posto fine alle numerose incertezze e polemiche interpretative.

La principale questione è stata rappresentata dalla corretta esegesi del termine “può”, che l’articolo 15, comma 7°, del decreto Letta, riferisce al periodo transitorio. Precisamente, come già detto, la disposizione prescrive che il periodo transitorio di cinque anni, decorrente dal 31 dicembre 2000, “può” essere incrementato. Su tale verbo, si è innestata una vivace polemica. Il Consiglio di Stato, con diverse pronunce⁴²⁶, ha chiarito il significato del termine ed ha indicato le modalità del procedimento amministrativo: la durata del periodo transitorio è il risultato della ponderazione degli interessi pubblici espressi dal Comune e di quelli imprenditoriali del concessionario-distributore.

La questione è stata normata dall’articolo 23 del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273 (cosiddetto “decreto milleproroghe”, convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51).

L’articolo 23 (“Disposizioni in materia di attività produttive”) del decreto statuisce quanto segue:

- a. il termine del periodo transitorio, previsto dall'articolo 15, comma 5, del d.lgs. 164/2000, e' prorogato al 31 dicembre 2007 ed è automaticamente prolungato fino al 31 dicembre 2009, qualora si verifichi almeno una delle condizioni, indicate al comma 7 dell’articolo 15 del d.lgs. 164/2000 (i requisiti premianti);
- b. i termini ora indicati possono essere ulteriormente prorogati di un anno, con provvedimento dell'ente locale, in presenza di comprovate e motivate ragioni di pubblico interesse;
- c. sono fatti salvi gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del decreto Letta; cioè sono confermati per la durata in essi stabilita, ove questi siano stati attribuiti mediante gara e, comunque, per un periodo non superiore a dodici anni a partire dal 31 dicembre 2000;
- d. è fatta salva la facoltà di riscatto anticipato, se prevista nell'atto di affidamento o di concessione.

⁴²⁶ CdS, sez. V, nn. 3815 e 3816 del 19 luglio 2005; CdS, sez. VI, nn. 6187 e 6189 del 7 novembre 2005.

Più recentemente, la materia è stata ulteriormente disciplinata dall'articolo 46-*bis* del decreto legge n. 159/2007, convertito in legge n. 222/2007 e, poi, modificato dal comma 175 dell'articolo 2 della legge finanziaria 2008 (legge n. 244/2007).

In sintesi, l'indicata normativa ha stabilito che:

- entro il 1° marzo 2008 (termine oramai ben superato), il Governo deve predisporre il bando tipo ed i criteri per lo svolgimento delle gare;
- entro il 1° dicembre 2008, il Governo deve definire gli Ambiti territoriali minimi, sempre ai fini dello svolgimento delle gare;
- entro il 1° dicembre 2010, occorre procedere all'indizione delle gare, previa definizione, da parte degli enti locali interessati, del bacino ottimale di utenza.

Da ultimo, l'art. 46 bis della legge 29 novembre 2007, n. 222, ha disposto che i Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, al fine di garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali, individuano entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, specificando che tali criteri dovranno tener conto adeguatamente, oltre che le condizioni economiche offerte, in particolare quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti⁴²⁷.

Inoltre, la novella legislativa dispone che i Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e sentita la Conferenza unificata, determinano gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, a partire da quelli tariffari, secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, e determinano misure per

⁴²⁷ Art. 46-bis, c.1, l. 222/07.

l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione⁴²⁸, prorogando di due anni i termini del 31 dicembre 2007 e del 31 dicembre 2009 stabiliti dall'articolo 23, comma 1, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, proprio al fine di incentivare le operazioni di aggregazione⁴²⁹.

Al fine di rispondere agli effetti della crisi economica, la legge dispone che a decorrere dal 1° gennaio 2008, i comuni interessati dalle nuove scadenze possono incrementare il canone delle concessioni di distribuzione, solo ove minore e limitatamente al periodo di proroga, fino al 10 per cento del vincolo sui ricavi di distribuzione (di cui alla delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas n. 237 del 28 dicembre 2000, pubblicata nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 4 del 5 gennaio 2001, e successive modificazioni), destinando prioritariamente le risorse aggiuntive all'attivazione di meccanismi di tutela relativi ai costi dei consumi di gas da parte delle fasce deboli di utenti⁴³⁰.

8.2. La fissazione dei prezzi di fornitura del gas naturale: l'imposizione di obblighi di servizio pubblico tra il rischio di ledere la concorrenza e l'esigenza di tutela del consumatore. La delibera AEEG 79/07 al vaglio della Corte di Giustizia.

L'intervento pubblico nell'ambito di mercati liberalizzati, sotto forma di "servizi di interesse generale" o di "obblighi di servizio pubblico", risulta finalizzato, come è noto, al soddisfacimento di interessi pubblici, ritenuti irrinunciabili, non altrimenti garantiti dal libero gioco delle forze di mercato. L'intervento pubblico si fonda, dunque, sulla circostanza che si verta in un caso di fallimento del mercato. In passato, le azioni pubbliche si risolvevano nell'attribuzione di diritti esclusivi o speciali ovvero nel finanziamento degli stessi servizi, dunque raramente con riferimento all'imposizione di obblighi di servizio pubblico.

⁴²⁸ Art. 46-bis, c.2, l. 222/07.

⁴²⁹ Art. 46-bis, c. 3.

⁴³⁰ Art. 46-bis, c. 4, l. 222/2007.

“La grande sfida del diritto dell’economia attuale si basa nel circoscrivere dette azioni pubbliche⁴³¹”, ossia nella ricerca di un punto di equilibrio tra la fissazione di obblighi di servizio pubblico per adempiere e soddisfare le specifiche missioni di interesse generale e le ragioni del mercato sottese ai processi di liberalizzazione.

Limitando l’indagine al settore del gas, si è chiarito che con la direttiva 2003/55/CE si realizza, a partire dal 1 luglio 2007, l’apertura totale del mercato⁴³².

L’art. 3 della direttiva, dedicato agli obblighi del servizio pubblico e alla tutela del cliente, dispone, al n. 1, che gli Stati membri faranno sì che *«le imprese di gas naturale (...) siano gestite secondo i principi della presente direttiva, al fine di realizzare un mercato del gas concorrenziale sicuro e sostenibile dal punto di vista ambientale», e che si astengano «da qualsiasi discriminazione tra tali imprese riguardo ai loro diritti o obblighi».*

Quanto precede va tuttavia inteso «fatto salvo il paragrafo 2» del medesimo art. 3, ove si dispone che «[n]el pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell’articolo 86, gli Stati membri possono, nell’interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico concernenti (...) il prezzo delle forniture (...)». Tali obblighi di servizio pubblico devono essere chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori,

⁴³¹ Cfr. Conclusioni dell’avvocato generale sig. Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer, 20 ottobre 2009, Causa C-265/08, in www.astrid-online.it.

⁴³² Il diciottesimo ‘considerando’ della direttiva 2003/55 contempla uno degli elementi essenziali del processo di liberalizzazione: la libera scelta del fornitore da parte dei consumatori di gas. Per raggiungere tale obiettivo la direttiva adotta un approccio graduale, con un termine ultimo, al fine di consentire alle imprese di adeguarsi e garantire la tutela degli interessi dei consumatori e il loro diritto, reale e effettivo, di scegliere un fornitore. Conformemente all’art. 2, n. 25, dir. 2003/55/CE con «clienti civili» la direttiva intende i clienti che acquistano gas naturale per il proprio consumo e, ai sensi dell’art. 2, n. 28, con «clienti idonei» i clienti che sono liberi di acquistare gas naturale dal fornitore di propria scelta secondo l’art. 23 della direttiva. Detto art. 23, n. 1, lett. c), richiede agli Stati membri che, a partire dal 1° luglio 2007, tutti i clienti siano idonei.

verificabili e garantire alle società dell'Unione europea che operano nel settore del gas parità di accesso ai consumatori nazionali⁴³³.

Orbene, proprio pochi giorni prima del 1° luglio 2007, data limite per la liberalizzazione completa del mercato del gas in conformità con l'art. 23 della direttiva 2003/55, è stato approvato il decreto legge 18 giugno 2007, n. 73, convertito con la legge 3 agosto 2007, n. 125, il cui art. 1, terzo comma, attribuiva all'Autorità per l'energia elettrica e il gas il potere di fissare «prezzi di riferimento» per le forniture di gas a determinati clienti, e ciò anche successivamente all'apertura totale del mercato⁴³⁴.

Il 29 marzo 2007, ai sensi della disposizione citata, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha adottato la delibera n. 79/07, relativa alla rideterminazione delle condizioni economiche di fornitura per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2005 ed il 31 marzo 2007, fissando contestualmente i criteri di aggiornamento delle condizioni economiche stesse. Ai sensi del punto 1.3.1 della deliberazione in parola, le formule di calcolo approvate ai fini dell'aggiornamento del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso avrebbero trovato

⁴³³ L'art. 3, n. 3, introduce un obbligo di tutela degli utenti, in particolar modo rispetto a quelli più svantaggiati: «[g]li Stati membri adottano le misure appropriate per tutelare i clienti finali e garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, ed assicurano in particolare ai clienti vulnerabili un'adeguata protezione, comprendente misure idonee a permettere loro di evitare l'interruzione delle forniture (...), con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali ed ai meccanismi di risoluzione delle controversie. Gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei possano effettivamente cambiare fornitore. Per quanto riguarda almeno i clienti civili queste misure comprendono quelle che figurano nell'allegato A».

15. Ai sensi dell'art. 3, n. 6, gli Stati membri, nell'attuare la direttiva di cui trattasi, devono informare la Commissione «di tutte le misure adottate per adempiere agli obblighi relativi al servizio pubblico, compresa la tutela dei consumatori e dell'ambiente, ed i loro possibili effetti sulla concorrenza nazionale ed internazionale», a prescindere dal fatto che tali misure richiedano una deroga a quanto stabilito nella direttiva.

⁴³⁴ Art. 1, c. 3, l. 125/07 dispone quanto segue: «Per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas indica condizioni standard di erogazione del servizio e definisce transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento (...) per le forniture di gas naturale ai clienti domestici, che le imprese di distribuzione o di vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali contemplando anche la possibilità di scelta tra piani tariffari e fasce orarie differenziate (...), fatti salvi i poteri di vigilanza e di intervento dell'Autorità a tutela dei diritti degli utenti, anche nei casi di verificati e ingiustificati aumenti dei prezzi e alterazioni delle condizioni del servizio per i clienti che non hanno ancora esercitato il diritto di scelta»

applicazione fino al 30 giugno 2008; il punto 1.3.2 attribuiva, inoltre, all'Autorità la possibilità di verificare la sussistenza delle condizioni per l'ulteriore estensione di detto potere fino al 30 giugno 2009.

Avverso il provvedimento AEEG n. 79/07, e avverso altre decisioni successive dell'Autorità (delibere nn. 80/07, 158/07, 242/07 e 346/07⁴³⁵), relative alla rideterminazione delle condizioni economiche di fornitura per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2005 ed il 31 marzo 2007, e alla fissazione contestuale dei criteri di aggiornamento delle condizioni economiche stesse, proponevano ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (IV Sezione), Federutility, Assogas, Libarna Gas spa, Collino Commercio spa, Sadori gas spa, Egea Commerciale, E.On Vendita srl e Sorgenia spa (imprese e associazioni di imprese operanti sul mercato italiano del gas naturale).

In particolare, le ricorrenti sostengono che, per tutelare tutti i clienti, dalla data menzionata il prezzo per la vendita del gas doveva essere determinato dal solo gioco della domanda e dell'offerta, senza interventi da parte delle autorità pubbliche, lamentando pertanto che i «prezzi di riferimento» oltre il secondo trimestre del 2007 (come previsto dalla delibera n. 79/07) ledano il diritto comunitario.

Ritenendo che la decisione della controversia dipenda dall'interpretazione della direttiva 2003/55, il Tar adito ha sottoposto alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 CE, la seguente questione pregiudiziale⁴³⁶: «Se l'articolo 23 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2003/55/CE del 26 giugno 2003, che disciplina l'apertura del mercato del gas, [debba] essere interpretato, in conformità ai principi derivanti dal Trattato dell'U.E., nel senso che osti alla stessa disposizione e ai principi comunitari una norma nazionale (e i conseguenti atti applicativi) che, dopo la data dell'1 luglio 2007, mantenga ancora all'Autorità di regolazione nazionale il potere di definire prezzi di riferimento delle forniture di gas naturale ai clienti domestici (categoria indeterminata e non definita nelle fasce di riferimento che non implica, di per sé, la valutazione

⁴³⁵ Riferimenti consultabili su www.autorita.energia.it.

⁴³⁶ CGCE, causa C- 265/08, in www.astrid-online.it.

di particolari situazioni di disagio socio-economico che potrebbero giustificare la definizione dei suddetti prezzi di riferimento), che le imprese di distribuzione o di vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, sono tenute a comprendere tra le proprie offerte commerciali; inoltre, se tale norma (l'art. 23 cit.) [debba] essere interpretata in combinato disposto con l'art. 3 della direttiva 2003/55/CE (il quale ultimo prevede che gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico concernenti, per quel che qui interessa, il prezzo delle forniture) nel senso che non osti alle richiamate disposizioni comunitarie una norma nazionale che, tenuto conto della particolare situazione del mercato, ancora caratterizzato dall'assenza di condizioni di "effettiva concorrenza", almeno nel segmento della commercializzazione all'ingrosso, ammetta la determinazione in via amministrativa del prezzo di riferimento del gas naturale, da indicarsi obbligatoriamente tra le offerte commerciali praticate da ciascun venditore ai propri clienti domestici nell'ambito del concetto di servizio universale, ancorché tutti i clienti debbano essere considerati "liberi"».

Come argomento principale, le ricorrenti fanno valere una presunta violazione della direttiva 2003/55, in forza della quale il settore del gas avrebbe dovuto essere completamente liberalizzato a partire dal 1° luglio 2007⁴³⁷.

La Commissione, nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo 10 gennaio 2007⁴³⁸, riconosce che, sebbene «*i principi fondamentali del mercato interno dell'energia siano stati recepiti a livello normativo, istituzionale e di infrastruttura fisica (...), un'autentica concorrenza è del tutto inesistente in molti Stati Membri. Spesso i clienti non hanno alcuna reale possibilità di scegliere un fornitore diverso*» e, in

⁴³⁷ Il processo di liberalizzazione del settore energetico, iniziato con le direttive 96/92/CE e 98/30 ha subito una considerevole accelerazione con l'approvazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55, che hanno stabilito l'apertura dei mercati dell'energia elettrica e del gas per tutti i clienti non civili a partire dal 1° luglio 2004 e per tutti gli utenti, senza distinzione alcuna, dal 1° luglio 2007.

⁴³⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – prospettive del mercato interno del gas e dell'elettricità (COM 2006/841).

generale, non sussiste ancora un alto grado di fiducia nel mercato interno.

La Commissione ha affermato che l'intervento nelle tariffe del gas (così come in quelle dell'energia elettrica) sarebbe una delle cause e, al tempo stesso, una delle conseguenze dell'attuale mancanza di concorrenza nel settore energetico. Da un lato, fra le principali carenze osservate nella trasposizione delle recenti direttive, la Commissione cita i *«prezzi regolamentati che impediscono l'entrata di nuovi operatori sul mercato»*. Dall'altro, aggiunge che, con siffatte deviazioni dalla norma, *«gli operatori storici sia nel mercato del gas che nel mercato dell'elettricità mantengono in larga misura una posizione dominante»*, il che *«fa sì che i diversi Stati membri continuino a controllare strettamente i prezzi fatturati agli utenti finali di gas e elettricità. Purtroppo, questo comportamento configura spesso una restrizione della concorrenza»*.

La situazione descritta coincide con quella del settore del gas in Italia. Il mercato nazionale è caratterizzato dal ruolo preminente dell'Eni, impresa che, allo stesso tempo, detiene il monopolio sulla importazione del gas, è proprietaria della maggior parte della rete di trasporto, ha posizione di assoluta dominanza nella produzione ed è il principale venditore all'ingrosso. Siffatta assenza di concorrenza nel mercato all'ingrosso ha reso possibile il mantenimento dei monopoli locali nella vendita al dettaglio, sovente verticalmente integrati con il gestore della rete di distribuzione. In tale contesto l'ingresso di nuovi operatori è assai difficoltoso: in primo luogo, poiché sarebbero costretti a rifornirsi dall'Eni, che imporrebbe le proprie condizioni, riducendo al minimo i loro eventuali margini di utile; in secondo luogo, in ragione della difficoltà di competere, a livello locale, con operatori verticalmente integrati.

Proprio al fine di impedire che l'aumento del costo della materia prima ricadesse negativamente sugli utenti, il legislatore nazionale ha deciso così di prolungare il potere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di fissare *«prezzi di riferimento»* per la fornitura di gas naturale ai clienti domestici anche successivamente al 1° luglio 2007, data nella quale il mercato del gas

italiano sarebbe stato liberalizzato in conformità delle norme di trasposizione della direttiva 2003/55⁴³⁹.

La liberalizzazione del mercato, pertanto, non escluderebbe ogni tipo intervento nel prezzo di vendita del gas. Il citato art. 3 della direttiva apre varie strade per legittimare le azioni degli Stati membri in tale contesto.

In primo luogo, l'art. 3, n. 2, autorizza gli Stati membri «*nell'interesse economico generale, [a] imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico*», in relazione con il prezzo delle forniture. In secondo luogo, poi, l'art. 3, n. 3, dispone che gli Stati membri adottino le misure appropriate per tutelare i clienti finali e, segnatamente, i clienti vulnerabili, garantendo un elevato livello di tutela dei consumatori.

⁴³⁹ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale sig. Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer, 20 ottobre 2009, Causa C-265/08, in www.astrid-online.it "Ai sensi dell'art. 1, terzo comma, della legge italiana 3 agosto 2007, il potere controverso è così caratterizzato: 1) definisce taluni «prezzi di riferimento» per le forniture di gas naturale che le imprese devono comprendere «tra le proprie offerte commerciali contemplando anche la possibilità di scelta tra piani tariffari e fasce orarie differenziati». Nella pratica, le imprese di gas naturale non possono proporre ai loro clienti condizioni tariffarie alternative e più interessanti di quelle indicate dall'Autorità, i cui «prezzi di riferimento» sono collocati su livelli inferiori a quelli medi europei. Se si aggiunge un vasto ambito di utenti a quelli cui le fornitrici devono offrire e applicare tali prezzi protetti, occorre rilevare, secondo le ricorrenti del procedimento principale, che l'offerta di condizioni economiche diverse è puramente teorica. 2) I citati «prezzi di riferimento» sono da calcolare in funzione dei «costi effettivi del servizio». In base alle informazioni prodotte nel fascicolo, le condizioni economiche fissate dall'Autorità sono il risultato della somma di quattro fattori: il prezzo della distribuzione, del trasporto e dello stoccaggio, un corrispettivo variabile per la vendita al dettaglio e un altro attinente alle spese di acquisto della materia prima, inclusi quelli connessi alla commercializzazione all'ingrosso del gas naturale. La discussione nella controversia verte sul computo di detta ultima componente, in quanto, rispetto al mercato all'ingrosso, nel quale il prezzo del gas segue l'andamento dei prodotti petroliferi, la tariffa per la vendita al dettaglio è protetta da una «clausola di salvaguardia», e in questo modo l'Autorità evita che si ripercuota [sui clienti domestici] l'intero costo della materia prima quando sia considerevolmente elevato. In questo modo i fornitori di gas devono fatturare ai propri clienti un prezzo che non comprende tutto l'importo pagato per la materia prima. Al fine di impedire che l'onere economico dell'operazione gravi esclusivamente su dette imprese, l'Autorità ha imposto ai grossisti di rinegoziare i contratti di vendita del gas. 3) Per quanto riguarda l'ambito di applicazione dei menzionati «prezzi di riferimento», l'art. 1, comma 3, del decreto legge richiede unicamente che siano proposti «ai clienti [finali] domestici». L'ordinanza di rinvio della questione pregiudiziale qualifica detta categoria di utenti come «indeterminata»; secondo la Commissione, al contrario, «i prezzi di riferimento si applicano alle famiglie ed alle utenze relative ad edifici dotati di riscaldamento centrale con un consumo annuo inferiore a 200 000 m³». Con maggiore precisione, le risposte delle parti della causa principale e del governo italiano presentate al termine del mese di luglio 2009 e le osservazioni orali in udienza hanno chiarito che l'obbligo di mantenere i «prezzi di riferimento» concerne due categorie di utenti: a) I clienti finali che, essendo già idonei prima del 1° gennaio 2003 (in quanto aventi un consumo annuo di gas superiore a 200 000 m³ o per altre ragioni), non abbiano ancora concluso un nuovo contratto di fornitura di gas; b) I clienti finali con consumi annui inferiori ai citati 200 000 m³.”

Entrambi i menzionati numeri riflettono lo scopo plurimo della direttiva 2003/55: l'instaurazione di un mercato interno del gas quale mezzo per tutelare gli interessi delle imprese e, allo stesso tempo, quelli dei consumatori. Liberalizzazione, ma non a qualunque prezzo, rispetto ai soggetti privati, richiede un certo grado di regolamentazione, quando il mercato non funzioni adeguatamente. Gli obblighi di servizio pubblico si configurano come strumento per strutturare tale intervento pubblico eccezionale, anche oltre la data limite del 1° luglio 2007⁴⁴⁰.

La libertà degli Stati membri in questa materia non è tuttavia assoluta, in quanto l'art. 3, n. 6, della direttiva prevede un controllo «di tutte le misure adottate per adempiere agli obblighi relativi al servizio pubblico, compresa la tutela dei consumatori e dell'ambiente, ed i loro possibili effetti sulla concorrenza nazionale ed internazionale», che vanno comunicate alla Commissione al momento della trasposizione della norma.

La legittimità del potere tariffario dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, contestata nel caso di specie, dipende dal rispetto di taluni modelli⁴⁴¹, che vanno verificati dal giudice nazionale in base all'interpretazione della direttiva ad opera della Corte.

Perché si verta in materia di servizi di «interesse economico generale»⁴⁴², nel rispetto del Trattato e, specialmente, dell'art. 86, così

⁴⁴⁰ Il legislatore comunitario ha contemplato la possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico e di servizio universale già nei primi settori liberalizzati, come quello postale, quello dei trasporti o quello delle telecomunicazioni. La Corte ha trattato con speciale attenzione tali meccanismi derogatori, particolarmente in relazione al loro finanziamento, dichiarando che non comportano aiuti di Stato le sovvenzioni versate quale «compensazione» per obblighi di servizio pubblico e che non violano il Trattato, quando soddisfino determinate condizioni.

⁴⁴¹ La direttiva stessa già traccia dei modelli piuttosto ben delineati per imporre obblighi di servizio pubblico, i quali devono: rispondere all'«interesse economico generale»; svilupparsi «nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'art. 86»; essere chiaramente definiti, trasparenti e verificabili; non creare discriminazioni; e garantire alle società dell'Unione europea che operano nel settore del gas parità di accesso ai consumatori nazionali.

⁴⁴² La Corte ha dichiarato di interesse economico generale un nutrito e vario gruppo di servizi, come la distribuzione di acqua, di gas e di energia elettrica, la raccolta e la distribuzione della corrispondenza su tutto il territorio nazionale, la gestione di linee aeree non redditizie, il trasporto [di malati] in ambulanza o l'attività dei grossisti di prodotti farmaceutici, per citare solo alcuni esempi. È difficile enucleare da tali decisioni un concetto univoco e preciso. La direttiva, il Trattato e la giurisprudenza s'ispirano alla

come sul carattere non discriminatorio, occorre che ricorrano tutti quegli elementi comuni della nozione che si rinvergono nei corollari dei principi classici di continuità, universalità e parità, a cui si aggiungono di solito la trasparenza e il carattere economicamente accessibile del servizio.

La direttiva 2003/55 provvede quindi alla continuità, all'universalità e alla non discriminazione nell'attività di fornitura di gas, e si propone altresì di tutelare il diritto dei clienti «di essere approvvigionati in gas naturale di una qualità specifica a prezzi ragionevoli». Dal che discenderebbe appunto la possibilità di controllare il prezzo delle forniture di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva.

Tenuto conto di siffatti presupposti è da dedurre che la finalità di evitare aumenti indesiderati e sproporzionati dei prezzi che penalizzino i consumatori costituisce un motivo di «interesse economico generale» che, quando concorrano le restanti condizioni della direttiva, legittimerebbe un intervento pubblico nelle tariffe di fornitura del gas naturale.

Di considerevole importanza risulta, inoltre, il n. 2 del citato art. 86 CE, che si propone di «contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, quali strumento di politica economica o fiscale con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza ed al mantenimento dell'unità del mercato comune».

Nella fattispecie in esame occorre analizzare: in primo luogo, se l'intervento delle tariffe di fornitura del gas rappresenti una misura indispensabile per garantire «prezzi ragionevoli» (il cosiddetto controllo di proporzionalità⁴⁴³); e, in secondo luogo, se questa facoltà violi «l'interesse della Comunità».

medesima idea di equilibrio tra il mercato e la regolamentazione, tra la concorrenza e le implicazioni dell'interesse generale, coincidendo anche, a mio avviso, nella considerazione che spetta agli Stati membri definire i servizi di interesse economico generale che desiderano salvaguardare, fatto salvo il potere delle istituzioni comunitarie (segnatamente, della Corte) di controllare tali decisioni e impedire gli eccessi.

⁴⁴³ L'intervento deve essere proporzionale allo scopo perseguito, il che presuppone, conformemente alla giurisprudenza, che non deve andare al di là di quanto indispensabile per

L'eccezione alle regole di mercato non può ostare, infatti, all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della missione di interesse economico generale, la cui verifica è disposta mediante il cosiddetto «test di proporzionalità», “vera chiave”⁴⁴⁴ dell'art. 86 CE, n. 2, poiché rende più agevole modularne l'utilizzo. Alla luce di tali riflessioni, le conclusioni dell'avvocato generale in ordine alla definizione della menzionata questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, si estrinsecano nella seguente valutazione: «*Gli artt. 3 e 23 della direttiva 2003/55/CE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una norma nazionale che, tenuto conto della particolare situazione di un mercato, ancora caratterizzato dalla mancanza di condizioni di “concorrenza effettiva”, ammetta la determinazione in via amministrativa del prezzo di riferimento del gas naturale, da indicarsi obbligatoriamente tra le offerte commerciali ai clienti domestici, purché detta norma nazionale osservi quanto disposto all'art. 3, n. 2, della direttiva 2003/55 e, segnatamente:*

- *si orienti verso un interesse economico generale, ad esempio, la necessità di mantenere i prezzi ad un livello ragionevole;*
- *superi il cosiddetto “test di proporzionalità” relativamente al tempo in cui resterà in vigore, al suo contenuto ed ai suoi destinatari;*
- *non alteri in modo sostanziale il funzionamento del mercato interno;*
- *non crei discriminazioni fra gli operatori del settore».*

raggiungere il relativo obiettivo «di interesse economico generale»: nel presente caso, il contenimento dei prezzi. Per effettuare il menzionato test di proporzionalità si utilizzano come guida i seguenti criteri, derivati dalla giurisprudenza commentata: i) Transitorietà e adattabilità (La temporalità della misura costituisce la prima e principale conseguenza del principio di proporzionalità, dal momento che l'eccezione alle regole del mercato interno perde la sua giustificazione se cambia la situazione, ad esempio quando entrano concorrenti sul mercato all'ingrosso o se si stabilizzano i prezzi); ii) Contenuto (è necessario apprezzare il contenuto dell'intervento controverso, nel senso che l'intervento pubblico deve limitarsi a detta componente del prezzo di vendita relativa alla materia prima); iii) Destinatari (la proporzionalità obbliga a circoscrivere i destinatari della decisione statale); iv) Confronto con altri strumenti (fra tutte le soluzioni possibili bisognerebbe scegliere quella meno lesiva per la libera concorrenza).

⁴⁴⁴ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale sig. Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer, 20 ottobre 2009, Causa C-265/08, in www.astrid-online.it.

9. Ipotesi di interventi pro concorrenziali nel mercato del gas.

Una prima riflessione sul processo di liberalizzazione avviato in Italia consente di evidenziare la necessità di operatori nazionali in grado di acquisire disponibilità di gas naturale all'estero con sufficiente potere negoziale rispetto ai produttori esteri.

A tal fine, è indispensabile che le politiche di liberalizzazione proseguano superando i “tetti”, ossia andando oltre la logica degli spazi di ingresso protetti, ed avviando quegli interventi infrastrutturali e di assetto di controllo tali da evitare che i nuovi entranti siano dipendenti — direttamente od indirettamente- dall'*incumbent* nazionale.

Un potenziamento delle reti estere di trasporto appare non più rinviabile sia per superare il limite dell'offerta *tarata* esattamente sulla domanda, ciò che comprime il confronto concorrenziale tra i produttori esteri, nonché consentire agli operatori di acquisire *input* dall'estero in modo indipendente e non legato alle vendite innovative dell'ex monopolista.

Ci si riferisce ai progetti di potenziamento dei gasdotti per l'importazione di gas naturale sia dai Paesi produttori del Nord Africa che dalla Russia. Un assetto economicamente efficiente comporta che si superi l'attuale assetto di controllo delle società e dei diritti di transito sulle infrastrutture di trasporto internazionali che vedono, oggi, l'operatore dominante nazionale in posizione di controllo, con evidenti effetti distorsivi sulla concorrenza della simultanea presenza tanto nel mercato dell'approvvigionamento che della vendita.

Il potenziamento delle reti comporta l'accesso di nuove capacità di gas indipendente: ciò può accadere, ragionevolmente, soltanto se i diritti di trasporto fossero concentrati in un unico soggetto terzo ed indipendente, incentivato a realizzare potenziamenti nell'ottica di massimizzare i profitti nella fase intermedia.

L'ipotesi della costituzione di un vero Independent System Operator, risultato della separazione proprietaria sia di SRG per il trasporto che di Stogit per lo stoccaggio, con il compito di gestire come soggetto terzo le infrastrutture della fase intermedia, rappresenta un passaggio indispensabile

ai fini del completamento del processo di liberalizzazione, anche a prescindere dalla natura pubblica o privata dello stesso.

La sola separazione societaria, infatti, non garantisce una gestione degli investimenti efficiente e non condizionata dagli interessi economici nei mercati a monte e a valle.

Un operatore indipendente avrebbe i giusti incentivi economici per dar vita ad un vero mercato dello stoccaggio, trasformando l'Italia in uno *hub* mediterraneo estremamente competitivo data la posizione strategica rispetto agli altri paesi europei.

Accanto a ciò, l'urgenza di realizzare nuovi terminali di rigassificazione.

Ciò anche al fine di diversificare l'offerta di materia prima, riducendo la dipendenza nazionale dai tradizionali canali di importazione via gasdotti e incrementando l'indipendenza dei *new comers* dalle forniture dell'*incumbent*.

Tra le altre misure da promuovere per rendere la liberalizzazione del settore realmente procompetitiva è la creazione di una Borsa degli scambi di gas naturale di capacità, ossia un mercato centralizzato in grado di innescare una minima concorrenza di prezzo.. Tra i limiti economici alla competizione vi è, infatti, l'esistenza di contratti a lungo termine *take or pay* con l'*incumbent*.

Da valutare positivamente la creazione del Punto di Scambio Virtuale, nell'ambito del quale i soggetti dotati di gas naturale (gli *shippers*) possono scambiarsi il prodotto all'interno della rete nazionale e permettere di ottimizzare il bilanciamento delle quantità di gas immesse e prelevate dalla rete.

Sul piano locale, infine, le continue evoluzioni legislative che si continuano a registrare sul fronte della disciplina dei servizi pubblici locali, nonché le ripetute proroghe delle scadenze delle concessioni in essere, non consentono di esprimere un giudizio positivo sul grado di effettiva liberalizzazione del settore della distribuzione locale di gas naturale, e dunque sulla auspicata concorrenzialità del settore persistono forti perplessità. Né, tantomeno, ci si sente di formulare alcuna certezza che queste si realizzeranno compiutamente in tempi certi e ravvicinati.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La nuova disciplina delle Autorità indipendenti*, atti del seminario Astrid, 18 giugno 2007 (con contributi di M. D'ALBERTI, A. PAJNO, G. NAPOLITANO, S. LA RICCIA, C. CALABRÒ, V. CERULLI IRELLI);
- G. ABATECOLA - R. CAFFERATA - S. POGGESI, *Imprese pubbliche in tempo di liberalizzazioni: l'Eni nel settore del gas (2000-2005)*, in R. CAFFERATA - M. MARTELLINI - D. VELO (a cura di), *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione Europea*, Bologna, 2007;
- G. ABBAMONTE, *Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione*, in *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 35;
- S. AGOSTA, *La Corte costituzionale dà finalmente la... "scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale)* in www.forumquadernicostituzionali.it;
- N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI - G. GREGO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.
- C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 3/4 2001, 493;
- R. ALESSI, *Reti e contratti d'impresa*, in A. PREDIERI e M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 65;
- A. ALESINA - F. GIAVAZZI, *Goodbye Europa. Cronache di un declino economico e politico*, Milano, 2006.
- M. ALESIO, *La compatibilità comunitaria del regime di proroga nel settore distribuzione gas: le censure del T.A.R. Brescia e le conclusioni dell'avvocato Ue*, in *La Gazzetta degli Enti Locali* 2/7/2008
- G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 645-647 -655 Ss.;
- G. AMATO — F. DENOZZA — H. SCHWEITZER — A. NICITA — D. STALLIBRASS, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2/2009, 381 ss.
- F. AMMAN, *Il settore del gas naturale nazionale ed il mercato interno europeo*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 1996, 150.
- L. AMMANNATI, (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005;

- L. AMMANNATI — M.A. CABIDDU — P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001;
- L. AMMANNATI e P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, Torino, 2008;
- AMMANNATI L., *Governance e regolazione attraverso reti*, in L. AMMANNATI - P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, in www.astrid-online.it, 2008;
- L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali: il caso del gas*, in L. AMMANNATI, (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 311;
- G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Padova, 1992.
- S. AMOROSINO, *Le funzioni dei pubblici poteri nazionali nell'era delle reti*, in *Foro amm.*, 2000, pp. 3778-3779
- S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 4/2004, 725;
- L. ARCIDIACONO, *Governo autorità indipendenti e pubblica amministrazione*, in S. LABRIOLA (a cura di) *Le autorità indipendenti*, , Milano, 1999, 68 ss;
- L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2/2009, 355;
- L. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2/2005, 377;
- U. ARRIGO - M. BECCARELLO - D. DONATI - R. FAZIOLI, *Il sistema tariffario nel settore del gas. Un confronto europeo*, Milano, 1999;
- M. ARSI', *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003;
- A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 86 ss.;
- E. BARUCCI - F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Roma, 2007
- C. BASEGGIO e M. CALGANILE, *Società in house providing. Rassegna ragionata di giurisprudenza*, in www.giustamm.it, 2008;

- S. BATTINI - G. VESPERINI, *L'indipendenza dei regolatori nazionali nel diritto europeo e globale*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it;
- A.M. BENEDETTI, *Il diritto delle Regioni*, Bologna, 2008;
- J. BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, in *Urb.e App.*, 6/2005, 637;
- V. BERLINGÒ, *Servizio di distribuzione del gas e riscatto "monofunzionale" (del servizio) nella giurisprudenza amministrativa*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4/2005, 759;
- L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2007, 1793.
- A. BIANCARDI e F. FONTINI, *Liberi di scegliere? Mercati e regole nei settori dell'energia*, Bologna Roma, 2005, 12 ss.
- F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova 2000, 87 ss.;
- F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996.
- U. BORSI, *le funzioni del Comune italiano*, in *Trattato Orlando*, II, Milano, 1915, 279;
- E. BOSCOLO, *le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000
- F. BOSCHI e G. CERVIGNI, *Lo scorporo delle reti di trasmissione del gas da Eni e l'assetto organizzativo del mercato del gas italiano*, Short notes series, n. 15, aprile 2007, Centre for research on the public sector, Università Commerciale Bocconi, www.astrid-online.it;
- G. BOZZI, *Municipalizzazioni*, *Enc. Dir.*, 1977;
- E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 9 ss.
- C. BUZZACCHI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2006, 797 ss.;
- R. CAFFERATA - M. MARTELLINI - D. VELO, (a cura di), *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione Europea*, Bologna, 2007;
- G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it .

- G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 2.
- G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *www. giustizia-amministrazione.it*, 2005;
- G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/2005, 137;
- G. CAIA - S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, in *Rass. Giur. En.elett.*, 2000, 339;
- C. CAMBINI - A. IOZZI - P. VALBONESI, *Quali tariffe di trasporto nel settore del gas naturale*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2004, 157.
- E. L. CAMILLI - M. CLARICH, *I poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in *www.astrid-online.it*;
- M. CAMMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999;
- M. CAMMELLI - M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008;
- M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 7 ss.;
- M. CAMMELLI, *comunicazione*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 108 ss;
- M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme. Relazione al convegno "la nuova disciplina sui servizi pubblici locali*, IUAV, 27 settembre 2002, in *Riv. Trim. app.*, 3/2003, 513;
- M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, Rimini, 1989;
- M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme. Relazione al convegno "la nuova disciplina sui servizi pubblici locali*, IUAV, 27 settembre 2002, in *Riv. Trim. app.*, 3/2003, 513;
- M. CAMMELLI, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 1161;
- E. CANNIZZARO, *Regole di concorrenza e reti transeuropee: la coerenza tra politiche comunitarie*, in *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 101;
- M. CAPANTINI, *Il sistema elettrico italiano e il diritto degli appalti: l'acquirente unico s.p.a. come contraente pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 5/2005, 1307;

- O.M. CAPUTO, *Competenza legislativa regionale sui servizi pubblici locali e disciplina delle società affidatarie in house*, in *Urbanistica e Appalti*, 5/2006, 551;
- V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, 341,346;
- M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.com.*, 2003, 99 ss;
- V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1019;
- M. CARASSITI — D. LANZI, *Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 2002, n. 5, 93;
- E. CARDI, *La nozione di rete. Seminario reti europee*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 17;
- E. CARDI, *Mercati e regole*, Padova, 2005;
- G. F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5/2005, 1219;
- G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002;
- R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I Garanti Delle Regole*, Bologna, 1996, 165;
- M. CARASSITI - D. LANZI, *Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. Pubbl.*, 2002, 5, 93;
- H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469;
- F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa "alla prova" della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005, 262 ss. 29
- F. P. CASAVOLA, *Quale statuto per le autorità indipendenti, Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 22;
- S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1985, 375.

- S. CASSESE, *La regolamentazione dei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *L'industria*, 1992, 167;
- S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, *Mercato Concorrenza e Regole*, 2002, 271;
- S. CASSESE, *Dalla Sec alla Consob*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004;
- S. CASSESE - C. FRANCHINI, (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;
- S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2004;
- S. CASSESE, *Privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv.it. dir. Pubbl. comunit.*, 1996, 579;
- S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, 392.
- S. CASSESE, *I servizi pubblici locali nel Mezzogiorno*, in *Ricerche Formez*, 1969, 7 ss;
- S. CASSESE, *Azionariato*, in *Enc. Dir.* 1959;
- S. CASSESE, *Intervento*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, Atti del Convegno Roma 2-3 febbraio 1996, in *Quaderni della Rassegna giuridica dell'en. Elett.*, n. 13, Milano, 1996, 68;
- S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2/2002, 265;
- S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2/2005, 331;
- S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 43;
- S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 360 ss.;
- A. CAVALIERE, *La rete dell'energia*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/2005, 5;
- A. CAVALIERE, *I servizi pubblici locali: riforme, regolamentazione e concorrenza*, in F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI, (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 233;
- A. CAVALIERE, *Liberalizzazioni e accesso alle essential facilities: regolamentazione e concorrenza nello stoccaggio di gas naturale*, in *Politica economica*, 1/2007;

- L. CAVALLO - G. COCO, *La remunerazione del capitale investito nelle imprese soggette a regolazione*, in *Econ. Pubbl.*, 2002, n. 4, 175.
- R. CAVALLO PERIN - D. CANALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 1/2006, 51;
- F. CAVAZZUTI, *Quattro passi nella concorrenza*, in *www.lavoce.info*;
- F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e privatizzazione dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. It.*, 1991, 248;
- C. CAZZOLA, *La "volpe e il coniglio": monopolio e concorrenza nel mercato del gas naturale in Italia*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2000, 331;
- V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle autorità indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di BASSI - F. MERUSI, Milano, 1993;
- V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica di cose produttive: i beni minerari*, in *Foro amm.*, 1982, 1126.
- V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse economico generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5/2006, 747;
- V. CERULLI IRELLI, *Liberalizzazione, monopolio e regolazione*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 12, 1995, 128.
- G. CERVIGNI — M. D'ANTONI, *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Roma, 2001;
- G. CESTONE, *Corporate governance e concorrenza*, in F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 39;
- O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *www.forumquadernicostituzionali.it*;
- M.P. CHITI, *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2008;
- M. P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn.dir.amm.*, 10/2009, 1116;
- L. CICI, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 1998, 731;
- F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Relazione al convegno "Il nuovo

- diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, Firenze, Palazzo Incontri, 5 maggio 2006, Fondazione Cesifin Alberto Predieri;
- I. CIOLLI, *L'autorità per la vigilanza sui llpp: il primo passo....*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3806;
- C. CIUFFETTI, *Il mercato del gas*, in *Rass.giur.en.elett.*, 2001, 596;
- M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1995, 519;
- M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181;
- M. CLARICH, *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Dir. Amm.*, 1999, 181;
- M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2003, 96;
- M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1998, 41;
- M. CLARICH, *Servizio pubblico universale in Italia*, in E. FERRARI (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, Milano, 2000, 86;
- M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, 893 ss.;
- M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, Relazione all'XI Colloquio italo-tedesco di diritto pubblico sul tema "Il processo costituzionale europeo dopo Nizza", Tubingen, 10-11 maggio 2002, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1/2003, 91;
- A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it;
- A. CLARIZIA, *La corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it;
- A. COLAVECCHIO, *Gli affidamenti in house a "future" società miste*, in www.lexitalia.it;
- A. COLAVECCHIO, *I mercati dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari*, in *Rass.giur.en.elett.*, 2001, 481;

- S. COLOMBARI, *transizione amministrativa verso il mercato nella distribuzione del gas naturale: durata delle concessioni, riscatti e gare*, in www.giustamm.it;
- V. VISCO COMANDINI, *L'analisi economica delle autorità indipendenti*, in *Rassegna di Astrid*, 19/09;
- G. CONTI, *Le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Dir. Econ.*, 1996, 383;
- E. CORALI, *Il "servizio pubblico" nella norma comune europea per il mercato interno del gas naturale*, in *Amministrare*, 2001, 117 — 145.
- G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, 94 ss.,
- L. COSSU, *Questioni aperte e soluzioni nuove*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- M.P. CHITI - G. GRECO, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007;
- C. CONTESSA - N. DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e Appalti*, 5/2006, 501;
- G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 21-23 settembre 1995), Milano, 1997, 21.
- G. CORSO, *Servizi pubblici e Costituzione, Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, (a cura di) G. MARONGIU — G.C. DE MARTIN, Milano, 1992;
- R. CREATINI, *Il settore dell'energia: come liberalizzare in modo energetico*, in F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 65;
- F. CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedimentali*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana

- Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 359;
- M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992.
- M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO — M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione concorrenza*, Bologna, 2000, 184.
- M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000;
- L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.
- P. DE MARCO, *Il servizio universale nell'ordinamento italiano*, in *Rass.giur.en.elett.*, 1998, 71;
- G. DE MINICO, *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22 lett. e) l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, 1666;
- G. DE MINICO, *Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'antitrust e della consob*, in *Politica del Diritto*, 1998, 243;
- R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. appal.*, 2008, 1109 ss.;
- D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, 1995, 249;
- G. DE VERGOTTINI, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 1996, 279-284;
- C. DE VINCENTI, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo*, in *Rassegna Astrid 17/09*, in www.astridonline.it
- F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato e concorrenza*, 2000, 474;
- C. DE VINCENTI - A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Astrid, 2006;
- G. DELLA CANANEA (a cura di), *I mercati dell'amministrazione*, *Quad. giorn. Dir. Amm.*, 2006;
- G. DELLA CANANEA — G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998;

- J.M. DIAZ LEMA, *La liberalización de las redes europeas de gas y electricidad (un estudio de las directivas comunitarias 2003/54 y 2003/55)*, in *Servizi pubblici a appalti*, 2005;
- M. DIDONNA, *il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 4/2006, 377;
- E. DIODATO, *La Comunità e le reti dell'energia*, in AA.VV., *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 157;
- L. DI FRANCO E L. NIVARRA, *Liberalizzazione dei servizi pubblici in Europa*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 671 — 706;
- R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007;
- V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, Relazione al Convegno “La privatizzazione dei servizi pubblici locali: le prospettive dopo la finanziaria 2002, Padova, 25 gennaio 2002, in *Il diritto della Regione*, 4/2002, 637;
- F. DONATI, *Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, in AA.VV., *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 111;
- M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Quaderni del Giorn. Dir. Amm.*, 2001;
- M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2581;
- M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1219 ss.
- M. DUGATO, *Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*, in *Dir.amm.*, 1995, 415 ss.,
- M. DUGATO, *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2/2002, 153;
- M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *dir. Amm.*, 3/2004, 561;
- M. DUGATO, *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *giorn. Dir. Amm.*, 10/2005, 1051;
- M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*, 1/2002, 169;

- M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, Relazione al convegno “La nuova disciplina sui servizi pubblici locali”, IUAV, 27 settembre 2002, in *Riv. Trim. app.*, 3/2003, 519;
- M. ELEFANTI (a cura di), *L'evoluzione delle imprese pubbliche locali*, Mulino, collana Fondazione Edison, 2006;
- P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Antitrust Between EC Law And National Law*, a Cura Di E.A. RAFFAELLI, Bruxelles Milano, 2000, 295;
- M. FORTIS e C. POLI, *Le grandi infrastrutture di rete. L'Europa dell'energia: Francia e Italia*, Bologna (collana Fondazione Edison), 2004.
- E. FERRARI (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, Milano, 2000, 86;
- E. FERRARI, *I servizi sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 891
- G.F. FERRARI, *Commento a Consiglio di Stato, sezione II, parere 18 aprile 2007, n. 456*, in *www.giustamm.it*, n. 8/2007;
- G. F. FERRARI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, 31 ss, in M.P. CHITI, *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2008,
- G. FERRARINI., *A Chi La Difesa Della Società Bersaglio?*, in *Mercato E Concorrenza*, 2000, 140
- F. FONDERICO, *L'igiene pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 711;
- F. FRANCIOSI, *Le miniere, le cave e le torbiere*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza* (voce), *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 7.
- M. FRANCESCA, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 173;
- E. FRENI, *Il Consiglio di Stato salva le società miste ma non il mercato e la concorrenza*, in *Le Regioni*, 2007, 1119 ss.;

- C. GABRI, *Il metano: produzione, trasporto, utilizzazione*, Torino, 1950.
- R. GALBIATI — G. VACIAGO — L.R. PERFETTI, *Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 359;
- F. GALGANO, artt. 41-43, G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1982.
- M. GALESÌ, *In house providing: vero una concreta definizione del "controllo analogo"?*, in *Urb.e App.*, 8/2004, 930;
- M. GALLI, *Monopolio pubblico e attività imprenditoriale*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 115;
- M. GALLI, *Monopolio pubblico e attività imprenditoriale*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007,, 115.
- S. GARGIULO, *Diritto comunitario e potere normativo dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2002, 2180 — 2191
- R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, Relazione tenuta al colloquio biennale dell'Associazione italiana diritto comparato su *Le privatizzazioni*, Modena 12-14 giugno 1997, in *Riv. It. Dir pubbl. com.*, 1/98, 159;
- V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, *Rass.giur.en.elettr.*, 1998.
- F. GAVERINI, *Prime pronunce sull'affidamento del servizio di distribuzione del gas a pochi mesi dalla scadenza anticipata delle concessioni in essere*, in www.lexitalia.it;
- M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953, 611
- M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, *riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 2004, 929;

- R. GOSO, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*, in *Urbanistica e Appalti*, 5/2006, 586;
- G.G. GENTILE, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 2001, 429;
- M. GIGANTE, *L'istruzione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 779;
- M. GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urb. appal.*, 2007, 984 ss.;
- F. GOBBO - G. UTILI, *Deregolamentazione e politica della concorrenza*, in *L'industria*, 1992, 225;
- M. GOLA, *Commento all'art. 2, commi 17 18 e 19*, in *Commentario alla l. 14 novembre 1995, n. 481*, in A. BARDUSCO - G. CAIA - G. DI GASPARE (a cura di), *Nuove leggi civ. comm.*, , 1998, 366.
- G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffr , 1962;
- G. GUARINO, *L'intervento dello Stato italiano in materia di idrocarburi*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 275, 280;
- A. GRAZIANO, *Servizi pubblici locali: modalit  di gestione dopo le riforme di cui alla L. 24.11.2003 n. 326 e alla L. 24.12.2003 n. 350 e compatibilit  con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia (sentenze Stadt Halle del 11.1.2005; Parking Brixen del 25.10.2005 e Modling del 10.11.2005)*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?* Relazione al convegno "le societ  pubbliche", Venezia 25-26-27 novembre 2004, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2005, 61;
- M. GRILLO — L. SCORCIARINI COPPOLA, *La concorrenza nel settore dell'energia: riassetto strutturale e intervento antitrust*, in *Il Mulino*, 1999, 351;
- M. GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in A. VIGNERI - C. DE VINCENTI (a cura di), *Le virt  della concorrenza*, Mulino, 2006, 194, 202.

- G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. appal.*, 2004, 701 ss;
- G. GUZZO, “*La nuova disciplina degli affidamenti in house e delle società miste alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale nazionale e comunitaria più recente e dell’articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modifiche, nella legge n. 133 del 6 agosto 2008*”, Relazione al Convegno “*La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*”Vallo della Lucania — 26 giugno 2009, in www.giustizia-amministrativa.it;
- G. HERMES, *Il servizio universale in Germania*, in AA.VV., *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, 140.
- L. IANNOTTA, *L’adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in www.giustamm.it;
- D. IELO., *La nuova disciplina europea sulla vigilanza integrata tra Autorità antitrust*, in *Amministrare*, 3/2004, 357;
- C. IMBRIANI, *Le origini istituzionali dei deficit di spesa nel sistema democratico*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO, (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell’economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 3;
- N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 110 ss;
- R. JANNOTTA, nota a sentenza 272/2004, in *Foro amm.*, 7/8 2004, 1971;
- G.V. JORDANA, *Il concetto di servizio universale nella normativa comunitaria*, in *Rass.giur.en.elett.*, 1998, 63;
- E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, , 2005;
- E. LAMARQUE, *Continuità e discontinuità fra limiti del diritto privato della potestà legislativa regionale e riserva allo Stato dell’ordinamento civile nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale*, in M. CAMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007;
- P. LAZZARA, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all’Autorità per l’energia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 361 ss.
- P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Roma, 2001;
- P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti del sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2/2006, 179;

- A. LA SPINA, *La protezione sociale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 823;
- A. LA SPINA — G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.
- A. LIPPI, *Il policy making europeo come “rete”*, in AA.VV., *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 1;
- M. LOCCO, *Le previsioni della “Legge Marzano” e del “decreto Letta” relative alla proroga del periodo transitorio della distribuzione del gas naturale, alla luce della circolare ministeriale del 10 novembre 2004*, in www.lexitalia.it;
- M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5/2005, 1351;
- A. MACCHIATI, *Regolamentazione e concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, in *Il Mulino*, 1994, 82.
- C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in *I Garanti Delle Regole*, Bologna, 2000, 41;
- M. MANETTI, *Autorità Indipendenti*, in *Enc. Giur. It.*, Vol. IV, Roma, 1997, 6;
- S. MANGIAMELI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008;
- G. MARCHEGGIANI, *Alcune considerazioni in tema di società miste, in relazione ad un recente parere del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, n. 10/2007
- G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2005, 27 ss.,
- G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2000, 125.
- B. MARTINIS, *Petrolio e gas naturale: origine, accumulo, ricerca e coltivazione*, Torino, 1984.
- N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in *I Garanti Delle Regole*, Bologna, 103;
- C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale. Profili generali*, In *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 Ss.;
- A. MASSERA, *L'in house providing: una questione da definire*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8/2004, 849;

- A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 5/2005, 1201;
- U. MATTEI - A. GALLARATI - S. PUGNO - A. ROSBOCH, *I monopoli pubblici, i giudici delle leggi e la Costituzione economica neo liberista*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007;
- M. MEGLIANI, *L'accesso alle infrastrutture*, in L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, 61.
- M. MELI, *Monopolio statale ed esigenze di socializzazione della produzione*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 69;
- U. MENEGAZZI, *Intorno alla struttura giuridica dell'Eni*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1956, 116;
- F. MERUSI, *Democrazia E Autorità Indipendenti*, Bologna, 2000;
- F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1/2004, 37;
- F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Mulino, 1990;
- F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, 1970, 220.
- G. MIELE, *Servizi pubblici, diritto amministrativo*, in *Enc. It.*, Roma, 1936, 476;
- G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933, 172
- M. MONTINI, *Il nuovo modello di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 452;
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 1123; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, 175.
- G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità di regolazione*, in A. VIGNERI - C. DE VINCENTI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 37, 46;
- G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2006;
- G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 1999.

- G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2189-2221.
- G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 548 ss.,
- G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 5-6 2006, 999;
- G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *dir. Amm.*, 4/2003, 801;
- G. NAPOLITANO, *Le regole per liberalizzare i servizi pubblici*, in F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 27;
- G. NATALICCHI, *Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio tra concorrenza e regolamentazione*, in AA.VV., *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 181;
- A.C. NAZZARO, *Natura giuridica del bene, proprietà pubblica e monopolio*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, 91.
- A. NERVI, *Regolamentazione della concorrenza e Autorità garante*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 379;
- R. OCCHIOLUPO, *Le società in house*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 525 ss.
- A. PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it;
- G. PALLIGGIANO, *"L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali"*, Relazione al Convegno *"La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"* Vallo della Lucania — 26 giugno 2009, in www.giustizia-amministrativa.it;
- F. PAMMOLLI - C. CAMBINI - A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007;
- L. PAROLA, *Contratti di somministrazione di gas naturale "take or pay" e project finance*, in *I Contratti*, 2002, 195 — 204.

- P. PEPE, *Brevi cenni sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *La Gazzetta degli enti locali*, 19/12/2005;
- L.R. PERFETTI - P. POLIDORI, *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Padova 2003;
- L.R. PERFETTI, *Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione del quadro delle competenze*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 360 ss.;
- A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 26 ss.
- A. PERICU, *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *www.aedon.it*, 1/2002;
- E. PICOZZA, *Intervento dello Stato in economia e finalità sociali: dalla programmazione economica imperativa e per obiettivi alla dismissione dei beni e delle aziende pubbliche. Una parabola necessaria?*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 41;
- E. PICOZZA, *I servizi pubblici locali e le loro forme di gestione, con riguardo al regime di diritto comunitario, nazionale e regionale*, in *Nuova rass.*, 1995, 1005;
- E. PIGA, *Privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e liberalizzazione; antichi e nuovi schemi organizzativi nella evoluzione della normativa, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali afferenti i servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Rass. Giur. Energia elettr.*, n. 3/2005, 463;
- G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir.Amm.*, 4/2005, 962;
- G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società in house*, su *www.forumcostituzionale.it*, in corso di pubblicazione su *le Regioni*, 2009.
- P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, in AA.VV., *La spa per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1995;

- F. POLETTINI, *Gasdotti internazionali e posizione dominante: il caso Eni-TTPC (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 15 febbraio 2006, n. 15174)*, in *Dir. Industriale* 2/2006, 148;
- A. POLICE - W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004, 831;
- A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, in *Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997;
- A. POLICE, *Ordinamento civile e differenziazione amministrativa*, in M. CAMELLI (a cura di) *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, , Bologna, 2007, 439 ss.;
- M. POLO — F. DENOZZA, *Le reti*, in AA.VV., *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, (a cura di) E. BRUTI LIBERATI — M. FORTIS, Bologna, 2001, 41 ss.
- M. POLO - C. SCARPA, *Gas: quanta concorrenza passerà attraverso i tubi?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2000, 363;
- U. POTOTSCHNIG., *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass.giur. en. Elett.*, 1992, 269;
- U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964;
- S. POZZOLI, *Quale riforma per le società partecipate dagli enti locali. Note al ddl Lanzillotta*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;
- A. PREDIERI e M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001;
- A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, 425;
- A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997, 76;
- E. PRESUTTI, *Commentario della legge comunale e provinciale*, Roma, 1934, II, 501;
- L. PROSPERETTI, *Monopolio, concorrenza, regolazione: i pubblici servizi in un mercato che cambia*, in *Econ. e pol. Indus.*, 1993, n. 80, 105;
- N. RANGONE, *I pubblici servizi*, Bologna, 1999.
- N. RANGONE, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 433;
- N. RANGONE, *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giorn.dir.amm.*, 1997, 386;

- V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 337.
- E. RAJNERI, *Impresa pubblica e responsabilità civile*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 143;
- E. ROLANDO, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni nelle "materia trasversale" della tutela della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2005, 836;
- A. ROMANO, *Amministrazione, legalità ed ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 141
- E. RONCORONI, *Gas*, in *I servizi di pubblica utilità in Italia. Terzo Rapporto Osp. Stato e condizioni di sviluppo*, Torino, 1999.
- R. ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle essential facilities*, in *Dir. Amm.*, 4/2006, 967
- G. ROSSI, *Le regole del gioco*, Adelphi, 2006;
- G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 685 ss.;
- F. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, 2004,
- M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*. Relazione svolta al convegno I.I.S.A. su "Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni", Firenze 28 gennaio 2005, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 167;
- M.A. SANDULLI, *La gestione dei servizi pubblici locali nei settori speciali*, convegno I.I.S.A. 18 novembre 2005, Bologna, 2006;
- G. SANVITI, *Le autorità dei servizi*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996;

- M. SEBASTIANI (a cura di), *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza* (bozza provvisoria), in www.astrid-online.it, giugno 2008;
- M. SEBASTIANI, *I servizi pubblici locali: lavori in corso? (dal d.l. 112/2008 al d.l. 133/2009, passando per la legge 42/2009)*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it;
- T. SALONICO, *Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio fra concorrenza e regolamentazione*, in A. PREDIERI e M. MORISI, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 181;
- C. SCARPA, *Titolo V e politica energetica: per favore, riformiamo la riforma*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 360 ss.;
- G. SCIULLO, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Aedon*, 3/2004;
- G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in www.lexitalia.it, n. 7-8, 2004,
- G. SCIULLO, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte Costituzionale*, in www.aedon.it, 3/2004;
- G. SCIULLO, *Stato, Regione e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it;
- F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI - A. ROMANO - F. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III, Bologna, 2001, 606.
- F.G. COCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 247 ss.;
- F.G. COCA, *La concessione di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 32;
- E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003;
- E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico-privato*, in *dir. Amm.*, 4/2005, 915;
- D. SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001, 371;
- D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1997, 51
- D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ pubbl.*, 1993, 11 ss;
- D. SORACE, *Il modello di regolazione dell'energia: profili generali*, Relazione al convegno "il nuovo diritto dell'energia", Firenze, 5 maggio 2006;

- D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 371;
- B. SPADONI, *I servizi pubblici locali in mezzo al guado*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;
- J. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico. Fondamenti teorici*, Milano, 2003, 114
- G. TELESE, *La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture: aspetti generali*, in L. AMMANNATI — M.A. CABIDDU — P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, 169.
- V. TERMINI, *Strategie di approvvigionamento nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in C. DE VINCENTI - A. VIGNERI, *Le virtù della concorrenza*, Mulino, 2006, 90.
- G. TESAURO — M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.
- A. TIZZANO, *Cooperazione rafforzata e flessibilità*, in AA.VV., *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 49;
- V. TONDI DELLA MURA, *Regioni e persone giuridiche private*, Padova, 1995.
- L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. appal.*, 2006, 223 ss.
- J. TORRITI - L. LO SCHIAVO - E. FUMAGALLI, *L'AIR nella pratica di una Autorità indipendente. L'esperienza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Mercato Concorrenza e regole*, 2/2009, 283;
- S. TRENTO - P. RUBINO, *Come liberare l'energia*, in www.lavoce.info;
- R. URSI, *Le c.d. società in house*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 1649 ss.
- S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004;
- S. VENTURI, *Lo strumento contrattuale di pianificazione territoriale della società di trasformazione urbana*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 4/2005, 569;
- F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, 151 - 178.
- F. VETRO', *Le Autorità indipendenti di regolazione: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass.giur.en. elett.*, 2001, 453;

- F. VETRO', *Il settore del gas naturale*, in AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*. – (atti del convegno) Lecce, 30-31 marzo 2007, Torino 2008;
- A. VIGNERI, *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d.l. 30 dicembre 2005 n. 273*, in www.astridonline.it, *Rassegna* n.1 del 2006;
- A. VIGNERI, *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it, 20/2005;
- R. VILLATA, *I servizi pubblici. Temi e problemi*, Milano, 2003.
- R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2008, 315 ss.;
- R. VILLATA, *Un esempio di liberalizzazione di pubblici servizi: la riforma del settore della distribuzione del gas naturale*, in *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003, 229.
- C. VOLPE, *Società miste tra poteri pubblici e strumenti privati, l'ibrido continua*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- E. ZANELLI, *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in *Politica del Diritto*, 1/2004, 175;
- G. ZAVATTONI, *Il decreto Letta sulla direttiva gas: profili antitrust e commerciali*, in *Rass.giur.en.elett.*, 2000, 337;
- A. ZITO, *La legge istitutiva dell'Enel nella sentenza della Corte Costituzionale n. 14 del 1964: considerazioni inattuali sulla sua attualità*, in R. DI RAIMO - V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 59;