



SAGGI

Regolazione indipendente e politica energetica nazionale

di Eugenio Bruti Liberati

ABSTRACT

In recent years, legislation and practice concerning services of general economic interest, at both national and european level, have shown a tendency towards the valorisation of independent regulation but also, at the same time, a new affirmation of the guidance and planning role pertaining to political and governmental institutions. Such developments, partially contradictory, call for a systematic and in-depth assessment of the institutional governance models that Member States should take into consideration when regulating SIEG markets.

The purpose of this essay is to perform such analysis, with special attention to the relations between the Government and Regulatory Authorities and particular (albeit not exclusive) reference to the sector of energy, whereby the mentioned developments became particularly evident after the approval of the act containing the so-called "National Energy Strategy".

SOMMARIO: 1. I mercati liberalizzati dei servizi di interesse economico generale e la questione della *governance* pubblica. – 2. La Strategia Energetica Nazionale e i pericoli di un ritorno al passato. – 3. La questione del riparto delle funzioni e la regola della competenza generale delle autorità nazionali di regolamentazione. – 3.1. La nozione di regolamentazione (o regolazione) e i suoi incerti confini. Scelte politiche, discrezionalità, regolazione finalistica, programmazione. – 3.2. L'attuazione della SEN. – 4. L'indipendenza dei regolatori indipendenti e gli atti governativi di indirizzo. – 5. Conclusioni: la *governance* dell'energia e quella degli altri SIEG.

1. I MERCATI LIBERALIZZATI DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE E LA QUESTIONE DELLA GOVERNANCE PUBBLICA

Il tema della *governance* pubblica dei mercati dei servizi di interesse economico generale è stato oggetto in questi anni di attenta considerazione da parte della dottrina giuridica, economica e politologica. Particolare interesse ha, com'è ben noto, suscitato la questione del ruolo delle autorità indipendenti di regolazione, da molti considerate elemento essenziale delle politiche di liberalizzazione di quei mercati ma non sempre adeguatamente valorizzate dalle discipline positive concretamente introdotte per i diversi settori¹.

L'Autore ringrazia molto Laura Ammannati, Sabino Cassese, Marcello Clarich, Erminio Ferrari e Giuseppe Pericu per avere letto e commentato una prima versione del lavoro.

¹ Sulla regolazione indipendente e sui nessi tra la stessa e le politiche di liberalizzazione la letteratura è notoriamente assai ampia. Nella dottrina giuridica italiana si vedano, tra gli altri, A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; A. PREDIERI, *L'eromper delle*

Gli anni più recenti hanno recato riguardo a tale tema novità significative, nella legislazione e nella prassi europee e in quelle nazionali: novità che vanno nel senso del rafforzamento e della diffusione ulteriori del modello della regolazione indipendente ma anche in quello, apparentemente contraddittorio, della decisa riaffermazione del ruolo degli organi politici e di governo.

L'istituzione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti², l'attribuzione all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni delle funzioni di regolazione dei servizi postali e all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas di quelle concernenti i servizi idrici³ hanno segnato in Italia la «rinascita della regolazione per autorità indipendenti»⁴; e a tali scelte nazionali si sono anche affiancate, in sede europea, disposizioni che con riferimento ad energia elettrica, gas naturale, comunicazioni elettroniche e trasporti hanno da un lato finalmente garantito l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione anche rispetto ai governi nazionali (e non più solo, come in passato, rispetto alle imprese regolate), dall'altro individuato un'area di competenze ad esse riservate⁵.

A fronte di tali sviluppi vi è stato peraltro, nello stesso recente lasso di tempo, l'esplicita affermazione (o, meglio, riaffermazione) del ruolo di programmazione e di indirizzo degli organi di governo nazionali, che ha avuto la sua più chiara e formale manifestazione nel settore dell'energia, con l'approvazione del documento recante la c.d. Strategia Energetica Nazionale (di seguito anche SEN)⁶; e vi è stata anche la scelta in sede referendaria, con il pieno avallo della Corte costituzionale,

autorità amministrative indipendenti, Firenze, 1997; G. Mor-bidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999; S. LABRIOLA, (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transizione del diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; S. CAS-SESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 265 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; M. CERA-G. PRESTI-M. RESCIGNO (a cura di), *Autorità indipendenti. Evoluzione della specie e lotta per la sopravvivenza*, in *Analisi giur. econ.*, 2/2002; G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, in part. p. 97 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Cedam, Padova, 2009; M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010; F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DO-NATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 52 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, *ibidem*, p. 75 ss.. Nella letteratura politologica v., tra gli altri, A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 61 ss. e 273 ss.; J. JORDANA-D. LEVI FAUR (eds.), *The politics of regulation. Institutions and Regulatory reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004; J. BLACK-M. LODGE-M. HATCHER (eds.), *Regulatory Innovation. A comparative analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005; D. COEN-A. HERITIER (eds.), *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006.

2 Avvenuta con l'art. 36 della legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. «cresci Italia»), che ha modificato l'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. «salva Italia»). Su tale disciplina, e anche per una ricostruzione della più ampia vicenda che ha condotto all'istituzione dell'Autorità, v. in dottrina A. TONETTI, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 6/2012, p. 589 ss.. V. anche A. BOITANI, *Un'Autorità di regolazione dei trasporti?*, in *L'industria*, 2000, p. 826 ss.; M. SEBASTIANI, *Le autorità indipendenti e l'autorità di regolazione dei trasporti*, Astrid on-line, 2007.

3 V. al riguardo, per i servizi postali, l'art. 21 del citato d.l. n. 201/2011, convertito con la legge n. 214/2011, e il relativo allegato; per i servizi idrici, il comma 19 del medesimo art. 21.

4 In tal senso G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 3/2012, p. 229.

5 Per l'energia elettrica v. gli artt. 35-37 della direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009; per il gas naturale v. gli artt. 39-41 della direttiva 2009/73/CE del 9 luglio 2009; per le comunicazioni elettroniche v. anzitutto gli artt. 3 e 8 della direttiva 2002/21/CE, come modificati dalla direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009; per i trasporti v., in particolare, gli artt. 55-56 della direttiva n. 2012/34/UE del 21 novembre 2012 (in materia di trasporto ferroviario).

6 V. il decreto del Ministro dello Sviluppo Economico e del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 8 marzo 2013.

a favore della possibilità di mantenere gestioni integralmente pubbliche, al di fuori di meccanismi di concorrenza nel mercato o per il mercato, dei servizi di interesse economico generale di ambito locale⁷.

Tali altre novità – relative se si guarda al dato propriamente normativo⁸, ma di grande importanza rispetto alle prassi precedenti e ancor più ai modelli interpretativi diffusi presso la nostra dottrina – hanno ovviamente rilievo sul piano delle discipline sostanziali dei mercati, giacché implicano un restringimento – è da vedere quanto ampio – degli spazi rimessi al libero esplicarsi della libertà d'impresa e delle dinamiche competitive, ma anche, simmetricamente, sotto il profilo della governance del sistema.

Ben lungi dall'assumere il carattere monistico da molti auspicato, con il riconoscimento in capo ai regolatori indipendenti di un ruolo esclusivo o largamente prevalente, l'assetto istituzionale preposto a livello nazionale alla disciplina amministrativa dei mercati dei servizi di interesse economico generale sembra invece incline ad acquisire o a consolidare una struttura dualistica, nella quale gli organi politici, anche grazie ai rinnovati poteri di programmazione e di direzione delle imprese pubbliche, continuano a mantenere una posizione del tutto centrale⁹.

Le categorie concettuali elaborate a partire dagli anni '90 del secolo scorso per dare un senso e un'organicità alle coeve politiche di liberalizzazione e di privatizzazione faticano a contenere e a spiegare gli sviluppi sopra richiamati¹⁰. Se lo Stato non è più solo o prevalentemente "regolatore" ma torna ad essere, sia pure in forme ed entro limiti diversi rispetto al passato, anche pianificatore e gestore, e se la regolazione non è solo o prevalentemente condizionale ma anche finalistica – perché i pubblici poteri non si limitano a fissare le condizioni per il corretto esplicarsi del gioco concorrenziale e a verificarne il rispetto ma anche ad orientare verso esiti determinati le scelte delle imprese – allora, qualunque sia il giudizio politico che si ritiene di esprimere su tale evoluzione, alcuni degli assunti teorici che hanno guidato in questi anni la lettura del fenomeno devono essere aggiornati e adeguati¹¹. Non per tornare regressivamente ai modelli prevalenti prima della sta-

7 È noto che il *referendum* a cui qui ci si riferisce, svoltosi in data 12-13 giugno 2011, ha avuto ad oggetto l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008. La sentenza della Corte Costituzionale sull'ammissibilità del *referendum* è del 12 gennaio 2011, n. 24. Rilevante è poi anche la successiva sentenza 17 luglio 2012, n. 199, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con l'esito referendario, della disciplina introdotta con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge n. 148/2011.

8 In particolare, l'istituto della Strategia Energetica Nazionale era già contemplato dall'art. 7 del d.l. n. 112/2008. E atti di programmazione sono previsti – hanno continuato ad essere previsti – anche dopo l'avvio dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione in tutti i settori dei servizi di interesse economico generale (v. al riguardo, in dottrina, N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Il Mulino, Bologna, 2007).

9 Sul carattere dualistico da tempo assunto dall'assetto istituzionale relativo ai settori dell'energia elettrica, del gas e delle comunicazioni elettroniche v., tra gli studi di carattere generale, M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., in part. p. 24 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., in part. p. 97 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, p. 75 ss.

10 V. al riguardo anche le recenti osservazioni di A. ROBERTS, *The Logic of Discipline. Global Capitalism and the Architecture of Government*, Oxford University Press, New York, 2012. E v. anche la riflessione di taglio economico di M. FLORIO, *Network Industries and Social Welfare*, Oxford University Press, New York, 2013.

11 È difficile sintetizzare in una nota il complesso dibattito svoltosi nella dottrina giuridica, economica e politologica, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, intorno al tema del nuovo paradigma di disciplina pubblica sull'economia, conseguente alle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione avviate prima in Gran Bretagna e negli Stati Uniti e poi anche dalla Comunità Economica Europea. Non è possibile, peraltro, non richiamare qui almeno i contributi di S. BREYER, *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1982; A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994; T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford University Press, New York, 1997; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit.

Sulla distinzione tra regolazione condizionale e regolazione finalistica è d'obbligo il rinvio alle riflessioni in più occasioni svolte da S. CASSESE (del quale v. in particolare, ma non solo, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.; *La trasformazione dei servizi pubblici*, in *Economia pubbl.*,

gione delle liberalizzazioni¹², ma per trovare ed esprimere un nuovo equilibrio tra le istanze di promozione della concorrenza e del mercato e quelle di protezione di interessi pubblici diversi dalla sola efficienza economica.

Le considerazioni che seguono mirano a contribuire alla ricerca di tale nuovo equilibrio, con particolare riferimento alle questioni inerenti alla *governance* pubblica dei mercati e, più precisamente, al ruolo da riconoscere all'interno dello spazio regolatorio ai regolatori indipendenti e, rispettivamente, agli organi di governo.

A tale scopo si prenderanno in specifica – anche se non esclusiva – considerazione le tematiche relative ai settori dell'energia elettrica e del gas, dove l'intervenuta approvazione del documento di SEN ha fatto già emergere con particolare chiarezza il modo nuovo in cui si pongono ora i due problemi tipici degli assetti istituzionali caratterizzati dalla presenza di regolatori indipendenti: quello del riparto di competenze tra gli stessi e gli organi di carattere politico e quello della misura e dell'estensione dell'indipendenza dei primi dai secondi.

Laddove vi sia, e venga formalizzata in un atto apposito, una strategia energetica nazionale – ma lo stesso ovviamente potrebbe dirsi per una strategia nazionale dei trasporti, delle comunicazioni elettroniche, dei servizi postali o di quelli idrici – non ci si può non chiedere quale ruolo debba spettare al regolatore indipendente nell'ambito delle attività dirette a dare ad essa attuazione e se il medesimo debba intervenire in tali processi nella pienezza della sua autonomia istituzionale ovvero piegando in una certa misura la stessa al perseguimento degli obiettivi indicati dagli organi politici.

È difficile, nel formulare una prima valutazione su tali questioni, sfuggire all'impressione di una contraddizione tra l'agire indipendente delle autorità e il loro coinvolgimento in un disegno strategico che si vorrebbe organico ed unitario. Ma la realtà è che proprio la presenza – centrale e non marginale – delle autorità indipendenti nei processi di implementazione di tali strategie è essenziale per garantire che le stesse non sfocino in un puro e semplice ritorno al passato e segnino invece il passaggio ad una fase più matura dei processi di riforma del settore dei servizi di interesse economico generale, in cui il rispetto per il mercato e per le sue dinamiche efficientistiche continui ad essere adeguatamente garantito pur a fronte di un ruolo più attivo dei pubblici poteri¹³.

1995, 5, p. 5 ss.; *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit.; *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.), nonché ai lavori in tema di regolazione di mercati finanziari di L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992, e *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 55 ss.; e di G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Cedam, Padova, 1993. È ben noto, d'altra parte, il nesso tra tali approfondimenti e le riflessioni di carattere filosofico di N. LUHMANN, ad esempio in *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977.

Fondamentale, rispetto all'elaborazione di questi temi da parte della dottrina amministrativa italiana (e non solo), è stato anche il contributo di F. MERUSI, nel volume *Democrazia e autorità indipendenti*, sopra citato, nel saggio *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, e in numerosi altri lavori.

Per una sintesi di tale dibattito v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, in part. pp. 17 ss. e 97 ss.; nonché, più di recente, i diversi contributi raccolti nel volume *La regolazione dei servizi di interesse economico generale* (a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI), cit.

12 Come teme ad esempio G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 28, con riferimento a quanti in dottrina rivalutano la nozione e la categoria del pubblico servizio.

13 L'esigenza di un rafforzamento del ruolo delle autorità indipendenti anche all'interno delle nuove politiche di (maggiore) interventismo pubblico emerge del resto chiaramente anche delle scelte operate a livello europeo nel settore finanziario, con la creazione nel 2010 delle tre Autorità indipendenti per il settore bancario (Autorità bancaria europea), assicurativo e previdenziale (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali) e dei mercati finanziari (Autorità europea degli strumenti e dei mercati finanziari) (si vedano in particolare al riguardo i regolamenti del 24 novembre 2010, nn. 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010). Su tali sviluppi v. in dottrina M. CLARICH, *Le autorità finanziarie. Profili generali*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. 5, p. 151 ss.; E. CHITI,

Il lavoro è così strutturato: nel secondo paragrafo si analizzerà nei suoi contenuti essenziali il documento che contiene la Strategia Energetica Nazionale e i problemi che pone; nel terzo si valuterà il tema del riparto di competenze tra regolatori indipendenti e organi governativi, in generale e con specifico riferimento all'attuazione della SEN; nel quarto si prenderà in esame la questione della misura dell'indipendenza dei regolatori indipendenti in particolare rispetto ai poteri governativi di indirizzo; nell'ultimo saranno esposte le conclusioni e si valuterà sinteticamente la possibile estensione delle stesse ad altri settori relativi ai servizi di interesse economico generale.

2. LA STRATEGIA ENERGETICA NAZIONALE E I PERICOLI DI UN RITORNO AL PASSATO

Il documento recante la Strategia Energetica Nazionale è stato approvato, dopo un'ampia consultazione avviata nell'ottobre 2012, con Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico e del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare in data 8 marzo 2013.

Prima di vedere brevemente i contenuti di tale atto, è necessario rilevare come esso sia stato assunto in assenza di un esplicito fondamento legislativo. Le norme di legge che lo prevedevano sono state infatti – incidentalmente – abrogate con il *referendum* sull'uso del nucleare per la produzione di energia svoltosi nel giugno del 2011¹⁴.

Tale circostanza non sembra di per sé comportare dubbi sulla legittimità dell'atto in questione¹⁵, ma certo implica che allo stesso, in ossequio al principio di legalità dell'azione amministrativa, non possa riconoscersi alcuna valenza propriamente normativa. La SEN non è, almeno allo stato, un provvedimento che possa disciplinare in termini giuridicamente vincolanti – né tanto meno attribuire – poteri o competenze e nemmeno creare vincoli o obblighi giuridici in capo a soggetti privati, ma è solo un atto di indirizzo politico, in cui vengono organicamente indicate le «*linee programmatiche, gli obiettivi e le priorità della Strategia energetica nazionale nell'interesse del Paese*»¹⁶.

Così, del resto, esso si presenta ad una lettura appena attenta: come un organico inventario – finalizzato ed organizzato intorno ad alcune ben definite priorità – delle misure già previste dall'ordinamento, oppure da introdurre con nuove disposizioni normative, per realizzare gli obiettivi pubblici identificati come strategici nel settore dell'energia. E laddove si tratti di misure non ancora contemplate da norme di

Le architetture istituzionali della vigilanza finanziaria, in G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 157 ss. (e in part. p. 181 ss.).

14 L'istituto della SEN era stato previsto dall'art. 7 del d.l. n. 112/2008 (convertito con legge n. 133/2008), secondo cui il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero dello sviluppo economico, doveva appunto definire una "Strategia energetica nazionale", che avrebbe dovuto indicare "le priorità per il breve e lungo periodo" e determinare le "misure necessarie per conseguire, anche attraverso meccanismi di mercato" taluni specifici obiettivi (tra cui la realizzazione di impianti di produzione di energia nucleare). Tale norma, pur modificata dal successivo art. 5, comma 8, d.l. n. 34/2011 (convertito con legge n. 75/2011), è stata coinvolta nell'abrogazione referendaria relativa all'utilizzo della fonte energetica nucleare ed è dunque venuta meno (v. al riguardo il D.P.R. n. 114/2011).

15 Non sembra infatti esservi alcun contrasto tra finalità ed esiti del *referendum* – come si è detto, volto ad escludere la possibilità di autorizzare la realizzazione di centrali nucleari – e l'adozione di un atto diretto a formalizzare le linee strategiche della politica energetica nazionale.

16 Come in effetti afferma lo stesso d.m. dell'8 marzo 2013 nelle sue premesse. Sugli atti di indirizzo politico v. tra gli altri in dottrina M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità del diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli, 1988; M. AINIS (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione: a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Giuffrè, Milano, 1998.

legge, le stesse vengono non di rado indicate in termini generici, essendo evidentemente destinate ad essere meglio definite nei loro contenuti in occasione della loro successiva concreta introduzione.

Ciò precisato, l'impressione più immediata che si ricava dall'analisi del testo è che i due ministeri, pur riconoscendo esplicitamente i vincoli derivanti dalla liberalizzazione dei mercati dell'energia, ritengano loro compito assumere – o, meglio, riassumere, se si guarda al passato meno recente – la regia complessiva, cioè il governo, del settore per indirizzarne l'evoluzione verso gli esiti ritenuti preferibili nell'interesse generale.

L'operare delle dinamiche di mercato non è certamente negata né rinnegata – al contrario, per più aspetti si esprime l'intento di incentivarne l'ulteriore sviluppo e comunque si prevede a vari fini l'utilizzo di meccanismi di concorrenza nel mercato o per il mercato –, ma appare chiaro che l'impostazione di fondo non è certamente quella di chi intenda *solo* promuovere e regolare quelle dinamiche, accettandone i risultati come autonomamente si determinano, bensì quella di chi, quanto meno in determinati ambiti, ritiene di potere e dovere influire – attraverso incentivi e anche “comandi” – sulle scelte degli operatori.

La regolazione contemplata nella SEN – esistente o da introdurre con nuove norme – non è quindi di tipo soltanto condizionale ma anche finalistico, prevedendosi misure programmatiche, incentivanti e direttive.

Tre esempi, tra i molti possibili, appaiono sufficienti.

Il primo attiene alla pianificazione strategica degli interventi infrastrutturali: prevista già dall'art. 3 del d.lgs. n. 93/2011, essa consente al Governo di individuare gli investimenti ritenuti prioritari e di assoggettarli ad un regime di favore sul piano procedimentale, tariffario e dell'esenzione dalle misure pro-concorrenziali dell'*Unbundling* e del *Third Party Access*. Il vantaggio rispetto agli investimenti infrastrutturali non inclusi nella “lista” del Governo appare potenzialmente così notevole da far dubitare seriamente che questi ultimi – autonomamente deliberati da operatori privati – possano di fatto essere realizzati¹⁷.

Tali previsioni, che la SEN ovviamente richiama¹⁸, si affiancano d'altra parte a quelle – anche europee – che impongono ai gestori delle infrastrutture, e in primis a quelli delle reti di trasporto di gas ed elettricità, di predisporre propri piani di sviluppo e sottopongono poi i medesimi al controllo autoritativo dei regolatori, che possono imporre modifiche finalizzate, tra l'altro, a garantire la loro coerenza con la strategia energetica nazionale¹⁹.

Il secondo esempio riguarda la previsione di misure intese ad influire sulla propensione degli operatori a stipulare determinati contratti in luogo di altri: in particolare, con riferimento al settore del gas e allo scopo di ottenere una riduzione dei prezzi di mercato, la SEN ipotizza interventi regolatori intesi a promuovere una variazione delle tipologie contrattuali prevalentemente prescelte dalle imprese (dai c.d. contratti «*take or pay*» di lungo periodo a contratti «*spot*») e dei relativi contenuti (in particolare, quanto alla formula di aggiornamento del prezzo)²⁰.

Pur se i dettagli di tali interventi regolatori non sono precisati, quanto si rinviene nel

17 Su tale disciplina v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Dir. econ.*, 3/2012, p. 529 ss.

18 V. ad esempio a p. 64.

19 V. l'art. 16, comma 6, d.lgs. n. 93/2011.

20 V. in particolare a p. 62.

documento di SEN è sufficiente per comprendere il carattere fortemente finalistico della disciplina che si prevede di introdurre con riguardo al tema assai delicato – sul piano del rispetto delle dinamiche concorrenziali – delle scelte contrattuali degli operatori.

Emblematiche – pur nella loro oggettiva ambivalenza – sono poi anche le previsioni relative all'attività dell'impresa statale proprietaria delle principali infrastrutture del gas – la Snam –, di cui s'ipotizza nella SEN un impegno rilevante nello sviluppo di nuovi investimenti infrastrutturali «in modo da promuovere il ruolo del sistema italiano del gas in Europa»²¹. Anche se tali previsioni possono essere in astratto interpretate come interne ad una logica di regolazione condizionale – cioè, come intese solo a sottolineare che, a seguito della sua «*unbundlizzazione*» da Eni²², Snam, non essendo più gravata dai conflitti d'interesse connessi alla natura integrata del gruppo di cui faceva parte, potrà liberamente perseguire il suo interesse aziendale a realizzare nuovi e cospicui investimenti –, il dubbio che viceversa si prospetti qui un utilizzo strategico dell'impresa per finalità (non strettamente aziendali, ma) pubblicistiche non appare ingiustificato. Non di «uso pubblico dell'interesse privato»²³ si tratterebbe allora, ma di gestione – e inevitabilmente anche di direzione – pubblica di un'impresa per la tutela di interessi generali.

Rispetto a tali indicazioni della SEN, e alle altre che pure potrebbero richiamarsi, non si vuole affatto esprimere in questa sede un giudizio di merito, positivo o negativo²⁴. E nemmeno si vuole mettere in dubbio la loro conformità alla disciplina europea, quanto meno non nella formulazione che quelle indicazioni hanno avuto nella SEN: fermo restando che il Terzo Pacchetto Energia del 2009²⁵ ha inequivocabilmente riaffermato la scelta a favore di mercati dell'energia aperti e concorrenziali assegnando alla regolazione il compito prioritario di promuovere il pieno sviluppo degli stessi, deve sottolinearsi che anche tale normativa UE ammette e anzi prevede interventi programmatori degli Stati membri; e deve anche rilevarsi che le più recenti proposte della Commissione europea vanno nel senso di un deciso rafforzamento del ruolo pubblico nella definizione e promozione di infrastrutture energetiche considerate strategiche²⁶.

L'attuazione della disciplina dettata dall'art. 3 del d.lgs. n. 93/2011, sempre che

21 V. al riguardo a p. 69.

22 L'art. 15 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27 ha imposto la separazione proprietaria tra le attività di produzione e vendita facenti capo ad Eni S.p.a. e quelle inerenti alla gestione delle infrastrutture di trasporto, stoccaggio, rigassificazione e distribuzione all'epoca riconducibili alla sua controllata Snam S.p.a. La disciplina attuativa di tale norma è stata dettata dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 maggio 2012, che ha tra l'altro previsto il passaggio del controllo azionario su Snam da Eni a Cassa Depositi S.p.a.

23 Per tale formula – di per sé neutrale ma comunque interna alla logica dello Stato regolatore e non gestore – v. C. SCHULTZE, *L'uso pubblico dell'interesse privato*, Guerini Editore, Milano, 1993.

24 Si noti che un orientamento almeno in parte analogo verso un maggiore interventismo pubblico sta emergendo anche in Gran Bretagna, cioè nel Paese che, notoriamente, ha avviato per primo le politiche di liberalizzazione e privatizzazione anche delle public utilities: v. al riguardo, proprio con riferimento al settore dell'energia, I. RUTLEDGE-P. WRIGHT (eds.), *UK Energy Policy and the End of Market Fundamentalism*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

25 È bene ricordare che fanno parte di tale Pacchetto le due direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE su energia elettrica e gas naturale, il regolamento n. 713/2009 che istituisce l'Agenzia per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia e i regolamenti n. 714/2009 e 715/2009 in tema di accesso alle infrastrutture di trasporto/trasmissione di gas ed elettricità.

26 V. ad esempio la Proposta di Regolamento 19/10/2011, COM(2011) 658, «*On guidelines for trans-European energy infrastructure*». E v. anche, in dottrina, D. BUCHAN, *From Liberalisation to Intervention: Europe, the UK, and the Changing Agenda*, in I. RUTLEDGE-P. WRIGHT (eds.), *UK Energy Policy and the End of Market Fundamentalism*, cit., p. 401 ss.

non si traduca in un'indebita penalizzazione sul piano giuridico (e non solo fattuale) dei privati che intendono realizzare investimenti che il Governo non ha qualificato come prioritari, non dovrebbe pertanto sollevare questioni di legittimità comunitaria. Quanto poi alla regolazione diretta ad incentivare la stipula di determinati contratti e al futuro ruolo di Snam (ma anche della Società statale che gestisce la rete di trasmissione dell'energia elettrica, cioè Terna), tutto dipenderà dai contenuti concreti della prima e dal modo in cui il Governo eserciterà il suo duplice ruolo di azionista (indiretto, tramite la Cassa Depositi e Prestiti) e di pianificatore.

La valutazione della legittimità – e del resto anche dell'apprezzabilità politica – delle misure ipotizzate nella SEN potrà dunque essere operata solo quando le stesse verranno più chiaramente definite. Ma fin d'ora può rilevarsi che, se gli obiettivi del Governo – ridurre i prezzi dell'energia, promuovere la sostenibilità ambientale delle produzioni energetiche e la sicurezza degli approvvigionamenti²⁷ – appaiono per più ragioni condivisibili, e se d'altra parte l'impostazione che emerge dalla SEN è nella sostanza coerente con il più generale ripensamento del rapporto tra Stato e mercato indotto dalla crisi di questi ultimi anni, tuttavia non sembra ragionevole ignorare i pericoli insiti in un approccio che restituisce ai pubblici poteri un ruolo più interventista – di programmazione, di indirizzo e in parte anche di gestione – rispetto ai mercati dell'energia e più in generale dei servizi di interesse economico generale.

La memoria degli eccessi di dirigismo e delle inefficienze, in termini di costi e qualità dei servizi, del sistema anteriore alle riforme degli anni novanta del secolo scorso è troppo fresca perché si possa guardare a tali sviluppi senza sottolineare immediatamente la necessità di individuare i limiti che questo nuovo interventismo pubblico non può non incontrare alla luce della scelta fondamentale di liberalizzazione dei mercati.

Com'è già stato evidenziato in dottrina, tali limiti sono anzitutto di carattere sostanziale e procedurale e attengono al necessario rispetto dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento e all'adozione di forme procedurali aperte e partecipate nonché, sia pure in modo selettivo, di meccanismi di analisi dell'impatto regolatorio²⁸.

In questa sede interessano peraltro specificamente i limiti di carattere istituzionale, quelli che attengono al modello di *governance* pubblica dei mercati che possono considerarsi coerenti con quella scelta di liberalizzazione e con la relativa normativa applicativa.

Sotto questo profilo, la questione nella sostanza più rilevante riguarda, come si è sopra rilevato, il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione, in generale rispetto alla disciplina amministrativa dei mercati e in particolare con riguardo all'attuazione delle decisioni strategiche assunte dai governi (e dai parlamenti): e ciò in quanto tali autorità, se adeguatamente valorizzate, costituiscono di per sé un argine alla naturale propensione degli organi politici a svalutare, laddove ciò

²⁷ V. in particolare alle p. 2 ss. della SEN.

²⁸ Per tali limiti v., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., in part. p. 104 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., in part. p. 169 ss.. Sull'analisi di impatto della regolazione v. N. GRECO (a cura di), *Introduzione all'Analisi dell'impatto della regolamentazione*, Scuola Superiore della pubblica amministrazione, Roma, 2003; R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta: dalla teoria all'analisi di impatto della regolamentazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 49 ss.; A. GRECO, *L'analisi di impatto della regolamentazione: origine e tendenze recenti*, in www.federalismi.it, 2009; di recente N. RANGONE, *Autorità indipendenti e AIR*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 135 ss.

possa risultare politicamente vantaggioso, le logiche di efficienza economica e le esigenze di stabilità della regolazione da cui in misura significativa dipende il buon funzionamento dei mercati.

Rispetto a tale fisiologica tendenza, i regolatori indipendenti, se realmente tali, dovrebbero fornire maggiori garanzie: di attenzione alle compatibilità economiche delle scelte regolatorie e di prevedibilità della revisione delle stesse.

Diviene quindi prioritario affrontare i temi, già sopra richiamati, del riparto di competenze tra autorità e governo e della misura dell'indipendenza delle prime dal secondo.

3. LA QUESTIONE DEL RIPARTO DELLE FUNZIONI E LA REGOLA DELLA COMPETENZA GENERALE DELLE AUTORITÀ NAZIONALI DI REGOLAMENTAZIONE

Nel caso dell'energia, è noto che l'assetto istituzionale preposto a livello nazionale, in Italia, alla regolazione dei mercati è oggi di tipo dualistico: se nell'impostazione originariamente delineata dalla legge istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas – la legge n. 481/1995 –, la maggior parte delle competenze avrebbe dovuto spettare alla medesima, solo residuando in capo al Ministero di riferimento alcune specifiche funzioni (come quelle attinenti al rilascio di atti autorizzatori o concessori), la successiva evoluzione legislativa ha invece distribuito o redistribuito tra Autorità e Ministero nuove e vecchie attribuzioni in termini tali da configurarli entrambi come regolatori dei mercati dell'energia²⁹.

La logica di fondo sottesa a tale disciplina organizzatoria appare tutt'altro che univoca: se è chiaro che taluni ambiti disciplinari sono attribuiti all'Autorità (come quelli relativi alla regolazione dell'accesso alle infrastrutture, all'*Unbundling* e in generale alle misure di promozione della concorrenza, nonché alla tutela degli utenti e della qualità dei servizi), e altri al Ministero (così per gli interventi in tema di sicurezza del sistema oppure in materia di incentivazione alle fonti rinnovabili), è però anche vero che tale ripartizione incontra non poche eccezioni (ad esempio, spettano al Ministero e non all'Autorità la disciplina delle importazioni di energia elettrica o le decisioni in materia di rilascio delle esenzioni dal *Third Party Access* e dall'*Unbundling*) e che d'altro canto vi sono molti casi in cui all'Autorità sono conferiti funzioni non decisionali bensì propositive, consultive o attuative – cioè, in definitiva, “serventi” – rispetto a scelte di competenza del Ministero³⁰.

Tale assetto dualistico è stato mantenuto anche dopo che le direttive europee di terza generazione – la direttiva 2009/72/CE sull'energia elettrica e la direttiva 2009/73/CE sul gas naturale –, finalmente superando la “timidezza” mostrata sul punto dalle direttive precedenti, hanno disciplinato finalità, compiti e poteri delle autorità nazionali di regolamentazione³¹.

Nei confronti del sistema di *governance* appena descritto non sono mancate critiche anche severe da parte della dottrina, che ne ha rimarcato la disorganicità e l'inadeguatezza funzionale rispetto alle opportunità offerte dalla presenza di un

29 Oltre ai lavori di carattere generale citati sopra alla nota 9, v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra Autorità per l'energia e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 442 ss.; M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, p. 401 ss.

30 V. ancora E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra Autorità per l'energia e il governo*, cit., in part. p. 444 ss.

31 Si vedano i già citati artt. 36-37 della direttiva 2009/72/CE e 40-41 della direttiva 2009/73/CE.

regolatore indipendente.³²

Occorre chiedersi peraltro se, a prescindere dalle critiche formulabili sul piano politico-amministrativo, non si debbano ora sollevare dubbi anche riguardo alla coerenza di tale modello con le previsioni contenute nelle due direttive del 2009 e dunque alla sua stessa legittimità³³.

Sul punto, è bene anzitutto ricordare che le norme delle direttive identificano una serie di competenze che gli Stati membri devono attribuire alle autorità nazionali di regolamentazione (di seguito, anche ANR), salvo poi prevedere – (solo) per talune di esse – la possibilità di deroghe a favore di organi diversi³⁴.

È poi rilevante il fatto che entrambe le direttive enuncino la regola generale secondo cui «ciascuno Stato membro *designa un'unica autorità nazionale di regolamentazione* a livello nazionale»³⁵. Regola la cui rilevanza è sottolineata anche nelle premesse delle medesime direttive, laddove si afferma che «ai fini del buon funzionamento del mercato interno ... i regolatori dell'energia devono essere in grado di prendere decisioni *su tutti gli aspetti della regolamentazione* ed essere interamente indipendenti da altri interessi pubblici o privati»³⁶.

A fronte di tale regola generale appare oggettivamente assai incerta la legittimità di un assetto istituzionale così strutturalmente dualistico come quello italiano: se l'autorità nazionale di regolamentazione deve essere una e l'attribuzione di determinate competenze ad organi diversi dalla stessa deve essere una deroga, cioè un'eccezione, sembra difficilmente accettabile che le deroghe in concreto previste siano così estese e generalizzate da fare del Ministero un secondo regolatore. E ciò anche a prescindere dalla circostanza che non tutte le competenze allo stato assegnate al medesimo sembrano rientrare tra le ipotesi di deroga previste dalla normativa comunitaria³⁷.

Sembra d'altra parte corretto, in tale contesto, ritenere che la scelta di assegnare all'organo di governo determinate attribuzioni, proprio in quanto derogatoria rispetto alla regola generale della competenza dell'autorità nazionale di regolamentazione, non possa essere arbitraria e debba invece risultare coerente con il complessivo assetto istituzionale definito dalle direttive e con le finalità a cui lo stesso è preordinato.

Tali finalità emergono con chiarezza, pur se in modo sintetico, proprio dalla premessa, comune alle due direttive, che si è appena citata: la generale competenza delle autorità indipendenti di regolamentazione è necessaria per assicurare il corretto funzionamento del mercato interno. E ciò in quanto solo un regolatore pienamente autonomo da interessi "privati" (cioè, aziendali) può assicurare l'assenza di quei conflitti d'interesse – e dunque disporre della terzietà regolatoria – che invece gli organi di governo non possono garantire se sul mercato sono presenti anche imprese statali; e, d'altra parte, solo un regolatore pienamente autonomo

32 V. ancora gli A. citati alle note 9 e 27.

33 Cenni al riguardo si rinvengono anche nel volume *Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese, Italiadecide*, Rapporto 2011-2012, Bologna, 2012, in part. p. 89 ss.

34 V. in particolare l'art. 37 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41 della direttiva 2009/73/CE.

35 V., rispettivamente, l'art. 35, par. 1, della direttiva 2009/72/CE e l'art. 39, par. 1, della direttiva 2009/73/CE (sottolineatura aggiunta).

36 Così i Considerando 34 della direttiva 2009/72/CE e 30 della direttiva 2009/73/CE (sottolineatura aggiunta).

37 Ciò vale in particolare per la competenza a disciplinare le importazioni di energia elettrica, che la normativa italiana assegna oggi al Ministero dello sviluppo economico e che invece sembra rientrare tra quelle che la direttiva 2009/72, all'art. 37, par. 6, lett. c) assegna inderogabilmente alle autorità nazionali di regolamentazione.

da interessi “pubblici”, e cioè da condizionamenti legati al ciclo politico-elettorale, può assicurare adeguatamente sul fatto che i dati tecnico-economici sottesi alle scelte regolatorie (e in *primis* i dati relativi ai costi di produzione e di fornitura di beni e servizi) non siano pretermessi o comunque indebitamente svalutati per ragioni di ordine politico e sul fatto che quelle scelte regolatorie, su cui le imprese fondano le loro decisioni d’investimento, non vengano poi modificate estemporaneamente ma rimangano tendenzialmente stabili (fatto salvo il loro aggiornamento sulla base di parametri prefissati).

Come le direttive non mancano di sottolineare esplicitamente, la scelta di sistema a favore di mercati liberalizzati implica che la regolazione debba preoccuparsi anche di promuovere la fiducia degli operatori nel mercato³⁸, così, tra l’altro, da incentivare la loro propensione all’investimento e in generale all’assunzione di iniziative imprenditoriali: è in coerenza con tale impostazione che le direttive del 2009 si sono spinte sino a porre in termini espressi la regola della competenza generale, salvo deroghe, dei regolatori indipendenti, che quella fiducia sembrano poter promuovere, per ragioni oggettive, assai meglio di quanto non possano fare gli organi di governo.

Occorre aggiungere che, nel sistema delineato dalle direttive e dai regolamenti europei del 2009, le ANR costituiscono anche il canale principale di collegamento con gli organi di governo europeo e con le linee comunitarie di politica energetica: e ciò sia attraverso l’Agenzia per la Cooperazione dei Regolatori dell’Energia³⁹ sia per il tramite della loro diretta sottoposizione agli “orientamenti” formulati dalla Commissione⁴⁰. Il principio della competenza generale delle Autorità indipendenti di regolamentazione è pertanto funzionale anche a garantire che tale collegamento possa operare senza incontrare ostacoli o limitazioni legate alle dinamiche politiche nazionali.

È dunque alla luce delle finalità ora richiamate che deve essere valutata la legittimità delle norme nazionali che, in deroga a quella regola generale, assegnino una competenza regolatoria ad organi diversi dall’autorità indipendente di regolamentazione: se esiste il rischio che ciò possa determinare discriminazioni o disparità competitive tra le imprese in concorrenza oppure un’indebita svalutazione delle necessarie compatibilità tecnico-economiche o anche l’instabilità delle scelte regolatorie, appare ragionevole che tale legittimità possa essere messa in discussione.

Si noti, tra l’altro, che in questi ultimi anni, la Commissione europea ha ripetutamente assunto iniziative finalizzate a contestare le soluzioni di *governance* pubblica adottate dagli Stati membri per i servizi di interesse economico generale. E se, da un lato, tali iniziative sono state in molti casi rivolte a censurare la mancata istituzione in sé di regolatori indipendenti⁴¹, vi è almeno un caso recente in cui la

38 Così ad esempio il Considerando 39 della direttiva 2009/2/CE.

39 Su tale Agenzia v. in dottrina F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, cit.; E. CHITI, *La trasformazione delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, in part. p. 61 ss.; L. AMMANATI, *Il ruolo dell’Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell’Energia nella governance e nella regolazione del settore dell’energia*, in *Astrid-on line*, 2011.

40 Tali orientamenti sono previsti da varie disposizioni delle direttive e dei regolamenti del 2009. In generale, per la disciplina relativa all’osservanza degli stessi v. l’art. 39 della direttiva 2009/72/CE e l’art. 43 della direttiva 2009/73/CE.

41 Dal non recente caso francese de *La Poste* (Commissione, Decisione 2002/344/CE) a quelli italiani relativi ancora ai servizi postali (Procedura d’infrazione n. 2009/2149) e ai servizi di tra-sporto ferroviario (Procedura d’infrazione n. 2008/2097).

procedura d'infrazione – e poi la conforme sentenza della Corte di Giustizia – hanno avuto ad oggetto l'illegittimità di norme di legge che sottraevano indebitamente ad un regolatore nazionale indipendente la competenza a disciplinare discrezionalmente determinati aspetti del mercato⁴².

Tale nuovo approccio più interventista della Commissione, che in taluni settori può ora fondarsi su un'espressa disciplina europea in tema di competenze dei regolatori indipendenti ma che – com'è bene sottolineare – sembra incline ad interpretare estensivamente tali discipline⁴³, si ricollega anche palesemente al fatto che, come si è già sopra accennato, la più recente normativa europea colloca la Commissione stessa al vertice di un sistema comune di regolazione, con rilevanti poteri di indirizzo e di "approvazione" degli atti dei regolatori nazionali⁴⁴. Con forme e in misura variabili a seconda dei diversi mercati dei servizi di interesse economico generale, talora (solo) direttamente, in altri casi per il tramite delle neo-istituite Agenzie europee per il coordinamento dei regolatori nazionali⁴⁵, la Commissione ha oggi una forte presa sulle scelte regolatorie nazionali di rilevanza europea, e ciò, appunto, grazie anche alla sua diretta o indiretta influenza sulle ANR.

La circostanza che norme legislative nazionali attribuiscono determinate competenze ad organi governativi o anche esercitino direttamente le medesime ovvero ancora limitino significativamente il potere discrezionale delle autorità di regolamentazione incide quindi immediatamente sul ruolo e sulle prerogative della Commissione e può pertanto indurla a reagire con maggiore decisione rispetto al passato.

3.1. LA NOZIONE DI REGOLAMENTAZIONE (O REGOLAZIONE) E I SUOI INCERTI CONFINI. SCELTE POLITICHE, DISCREZIONALITÀ, REGOLAZIONE FINALISTICA, PROGRAMMAZIONE

Si pone peraltro qui, ovviamente, il problema di chiarire cosa esattamente debba intendersi per funzioni di regolamentazione, e cioè quali siano le funzioni riguardo alle quali opera la regola generale della competenza, salvo deroga, dei regolatori

42 V., in materia di comunicazioni elettroniche, Corte Giustizia UE, sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424, Commissione c. Repubblica Federale di Germania.

43 V. ancora la sentenza n. 424/2009 della Corte di Giustizia.

44 Sul "concerto regolamentare" europeo v. anzitutto S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale dir. amm.*, 6/2002, p. 689 ss.; E. CHITI, *Le ambivalenze del "concerto regolamentare europeo" nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 19 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 385 ss.; L. AMMANATI, *La regolazione "cooperativa" del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia*, in L. AMMANATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 311 ss.; F. SCUTO, *La governance del settore energia e gas attraverso la "rete" europea delle autorità indipendenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, p. 267 ss.; G. NAPOLITANO, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 1469 ss.; F. DI PORTO, *Il coordinamento tra le autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni a livello europeo: spunti da una comparazione*, in P. BILANCIA-L. AMMANATI (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance reticolare multilivello*, Giuffrè, Milano, vol. II, 2008, p. 229 ss.; D. COEN-M. THATCHER, *Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies*, in *Jnl Publ. Pol.*, 28, I, 2008, p. 49 ss.; S. LAV-RUSSEN-L. HANCHER, *Networks on Track: from European Regulatory Networks to European Regulatory Network Agency*, in *Legal Issues on Economic Integration*, 34, 1, 2008, p. 23 ss.

45 Oltre alla già citata ACER (su cui v. gli A. citati sopra alla nota 37), è qui da ricordare l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), istituito con il regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, sul quale v. ancora E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, cit., p. 57 ss.; e F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, p. 52 ss.; nonché B. ARGJOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale dir. amm.* 2/2011, p. 191 ss.

indipendenti.

Al riguardo, è ben noto che non esiste una nozione generalmente condivisa di “regolazione” o “regolamentazione”⁴⁶: in dottrina ne sono state proposte svariate formulazioni, più o meno convincenti⁴⁷, ma in definitiva la soluzione che appare preferibile è quella di definire di volta in volta i confini della categoria in relazione allo specifico problema o alla specifica disciplina da considerare⁴⁸.

Nel testo delle direttive su elettricità e gas, e più in generale nella normativa europea relativa a questi settori, una definizione esplicita di quei termini non si rinviene. Sembra pertanto corretto che la loro puntualizzazione venga operata sulla base di un criterio funzionalistico, e dunque sulla base della *ratio* sottesa alla disciplina che prescrive agli Stati membri di identificare una sola autorità nazionale di regolamentazione pienamente indipendente dalle aziende in concorrenza e dai governi nazionali e di metterla «in grado di prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione»⁴⁹.

Come si è già rilevato, lo scopo di tale disciplina è dichiaratamente quello di assicurare «il buon funzionamento del mercato interno», garantendo ai consumatori, agli operatori e ai loro finanziatori un assetto istituzionale strutturalmente idoneo ad evitare discriminazioni e favoritismi e a produrre decisioni regolatorie adeguate sul piano tecnico e ragionevolmente stabili.

Se tale è la funzione della normativa di cui si discute, sembra logico concludere nel senso che ai fini dell'applicazione della regola della competenza generale, salvo deroga, delle ANR, debba essere accolta una nozione assai ampia di regolamentazione, che dovrebbe tendenzialmente includere tutti i compiti che possano incidere sul corretto funzionamento del mercato interno e sulla fiducia che i soggetti che in esso operano nutrono sullo stesso.

In particolare, non sembra che rispetto al tema in esame possano assumere rilievo la tesi che – ad altri fini – tende ad identificare la regolazione indipendente con la sola regolazione condizionale⁵⁰ e quella che esclude che tra i compiti dei regolatori indipendenti possa esservi anche l'esercizio di potestà discrezionali⁵¹. Non rientrano invece, ovviamente, tra le competenze di regolamentazione quelle in cui si esplica la politica energetica degli Stati; e nemmeno sembrano rientrare

46 Sul fatto che regolazione e regolamentazione costituiscano “notoriously contested concepts”, riguardo ai quali è controverso anche se tali due termini designino fenomeni in tutto o in parte coincidenti, c'è largo consenso tra giuristi, politologi ed economisti: v., tra gli altri, L. HANCHER-M. MORAN, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research* 1989, p. 129 ss.; A. OGDEN, *Regulation. Legal form and Economic Theory*, cit.; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., in part. p. 117 ss.; R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, II ed., 2011, in part. p. 2 ss.; J. BLACK, *Critical Reflections on Regulation*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002, 27, p. 1 ss. (ma v. anche *LSE Centre for the Analysis of Risk and Regulation Discussion Paper*, 4, 2002); L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de regulation en droit administratif francais*, LGDJ, Paris, 2008.

47 Una definizione o quanto meno un tentativo di circoscrivere l'ambito dei fenomeni designati da tali termini, o più spesso del solo termine “regolazione” o “regulation”, si rinviene tendenzialmente in tutti i lavori in materia. V. comunque, al riguardo, gli A. citati alla nota precedente, nonché S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., p. 266 ss., che propone una nozione di regolazione fortemente caratterizzata e circoscritta (tendenzialmente coincidente con la regolazione condizionale delle autorità indipendenti); M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 180 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 945 ss. (e in part. p. 951 ss.).

48 In questo senso v. anche, ad esempio, G. MARZI-L. PROSPERETTI-E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Il Mulino, Bologna, 2001, in part. p. 17 ss.

49 V. ancora i Considerando 34 e 30 delle due direttive del 2009.

50 V. in particolare, S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 265 ss.

51 V. in tal senso G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 101 ss.

tra le stesse quelle attinenti all'adozione di atti di programmazione.

È bene naturalmente chiarire e precisare.

Che le scelte di politica energetica – quelle in cui si esprime liberamente la volontà dello Stato rispetto ai fini da perseguire nel settore, senza vincoli prefissati nell'apprezzamento degli interessi in gioco e nella definizione delle priorità tra gli stessi – competano ai governi e ai parlamenti e non ai regolatori indipendenti è una puntualizzazione del tutto ovvia e anzi superflua, che discende *de plano* dai principi costituzionali proprio del nostro come degli altri Paesi dell'Unione Europea; ed è d'altra parte da escludere, ai sensi dell'art. 194, secondo paragrafo, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che possa esservi in questo campo un'ingerenza della legislazione europea⁵².

Meno scontato, alla luce del dibattito dottrinale svoltosi in questi anni relativamente alla possibilità di un agire discrezionale delle amministrazioni indipendenti e alla stessa possibilità teorica di ricondurre i poteri (o, meglio, alcuni poteri) delle stesse al *genus* della discrezionalità⁵³, è che le competenze da assegnare in via generale, e salvo eccezione, alle ANR includano anche funzioni che implicano ponderazioni di interessi.

Si è – sia pur problematicamente – osservato, dal primo punto di vista, che laddove riguardo ad una decisione regolatoria «sussistono margini di discrezionalità amministrativa», e dunque occorra «una valutazione e una mediazione tra i vari interessi pubblici e privati coinvolti», allora sarebbe «preferibile l'intervento di un'autorità politica» e non di un regolatore indipendente⁵⁴.

D'altro canto, nella seconda prospettiva, e dunque valutando l'astratta riconducibilità della funzione regolativa all'archetipo del potere amministrativo discrezionale, si è affermato che «se si tiene ferma la concezione di questo come ponderazione alla luce dell'interesse pubblico primario di una pluralità di interessi pubblici e privati secondari, emerge chiaramente l'irriducibilità della funzione regolativa a tale modello. Non vi è, infatti, alcun interesse pubblico primario, che nei governi le singole decisioni ...»⁵⁵.

Per quanto attiene alla prima osservazione, deve anzitutto rilevarsi che il legislatore europeo, e la stessa Corte di Giustizia, non sembrano nutrire dubbi sul fatto che, non solo in materia di energia, i regolatori indipendenti possano, e talora anzi debbano, essere titolari anche di potestà discrezionali⁵⁶ – sino al punto di cen-

52 Il testo delle direttive del 2009 su energia elettrica e gas mostra, del resto, di riconoscere chiaramente tale prerogativa degli Stati membri: in particolare, tanto l'art. 35 della direttiva 2009/72/CE quanto l'art. 39 della direttiva 2009/73/CE, nel sancire la sottrazione delle autorità nazionali di regolamentazione a interventi direttivi puntuali del governo riguardo all'esercizio delle loro funzioni di regolamentazione, hanno cura di sottolineare che resta fermo il potere del governo di adottare orientamenti di «politica generale» (su tale disciplina v. più ampiamente infra il par. 4).

53 V. al riguardo G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit. in part. p. 97 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., in part. p. 33 ss.; F. MERUSI-M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 143 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 356 ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, cit., p. 82 ss.

54 In tal senso v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., p. 34, il quale peraltro sottolinea poi l'estrema difficoltà nella concreta applicazione di tale criterio (v. ancora a p. 34; e v. anche le successive considerazioni critiche alle p. 57 ss.).

55 Così G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 102 (sottolineatura aggiunta), secondo cui «la regolazione, ..., a differenza delle funzioni amministrative di tipo tradizionale, non è rivolta alla cura di un interesse pubblico "di apparato" e nemmeno di un "interesse pubblico collettivo. Il suo tratto caratteristico appare, piuttosto, quello di conciliare principi e valori di sistema, in una prospettiva sempre più *market oriented*, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati».

56 Si veda ad esempio i Considerando 33 della direttiva 2009/72/CE e 29 della direttiva 2009/73/CE, rispettiva-

surare i legislatori nazionali che si azzardino a non riconoscerli⁵⁷. E, del resto, anche la normativa italiana ha chiaramente incluso vere e proprie ponderazioni di interessi nel fascio di apprezzamenti da porre in essere nell'esercizio di competenze – come quelle tariffarie – pacificamente attribuite all'autorità indipendente di regolazione, e cioè all'Autorità per l'energia⁵⁸.

Né, d'altro canto, sembra possibile dubitare fondatamente della coerenza di tale previsioni, o delle altre dello stesso tenore che potrebbero essere introdotte, con il principio di sovranità popolare e con l'indiscusso nesso tra scelte politiche e diretta o indiretta legittimazione elettorale.

Gli apprezzamenti *discrezionali* affidati ai regolatori indipendenti – non anche, com'è bene sottolineare, quelli di carattere tecnico-economico – hanno infatti un carattere necessariamente attuativo rispetto alle scelte di politica energetica (o anche dei trasporti o dei servizi postali o delle comunicazioni elettroniche o dei servizi idrici) operate da Parlamento e al Governo, e devono dunque attenersi agli assetti di interessi e alle priorità definiti nelle norme di legge e negli indirizzi governativi di politica generale⁵⁹.

È anche per questo che una parte della dottrina e della giurisprudenza hanno sostenuto con decisione la piena applicazione del principio di legalità, almeno in senso formale, anche alle autorità indipendenti di regolazione⁶⁰ nonché la sottoposizione delle stesse agli indirizzi (non specifici ma) di politica generale del Governo: perché tali vincoli garantiscono, o dovrebbero garantire, il carattere attuativo e non libero degli apprezzamenti *discrezionali* delle medesime e così ricondurli nell'alveo di una sia pur parziale e del tutto peculiare legittimazione democratica⁶¹.

Quanto alla seconda obiezione sopra richiamata, secondo cui le scelte dei regolatori indipendenti non potrebbero mai essere riportate allo schema teorico della discrezionalità amministrativa, essa pone in realtà una questione di ordine concettuale che non sembra avere implicazioni significative rispetto al tema qui in

mente in materia di energia elettrica e di gas. E v. anche il Considerando 18 della direttiva 2009/140/CE in materia di comunicazioni elettroniche.

57 V. ancora Corte Giustizia UE, sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424, cit., in cui la Corte ha affermato che le normative europee in materia di comunicazioni elettroniche del 2002 (e in particolare la c.d. direttiva "accesso" 2002/19/CE, la c.d. direttiva "quadro" 2002/21/CE e la c.d. direttiva "servizio universale" 2002/22/CE) attribuivano alle autorità nazionali di regolamentazione il potere discrezionale di «valutare caso per caso la necessità di regolamentare un mercato in funzione della singola situazione» (così al par. 61), bilanciando i diversi obiettivi della regolamentazione indicati dalle direttive (v. esplicitamente in tal senso il par. 91); e ha correlativamente dichiarato l'illegittimità delle norme di legge tedesche dirette a circoscrivere tale potere discrezionale (su tale pronuncia v. il commento di B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in *Giornale dir. amm.*, 6/2010, p. 589 ss.).

58 V. ad esempio l'art. 23 del d.lgs. n. 164/2000, in forza del quale in sede di determinazione delle tariffe per l'accesso alle infrastrutture di trasporto e dispacciamento, stoccaggio, rigassificazione e distribuzione si deve tener conto, oltre che del criterio della congrua remunerazione del capitale investito, anche di svariati interessi pubblici, come quello di non penalizzare le aree del paese con minori dotazioni infrastrutturali o quello di promuovere l'utilizzo delle fonti rinnovabili.

59 Come si è già accennato e come si vedrà meglio nel successivo paragrafo 4, anche il legislatore europeo riconosce, proprio nelle norme dirette a sancire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione, che le stesse devono attenersi agli indirizzi di politica generale del Governo (v. rispettivamente gli artt. 35 e 39 delle due direttive del 2009).

60 È noto che sul tema dell'applicazione del principio di legalità alle autorità di regolazione si è sviluppato in questi anni un ampio dibattito dottrinale, anche alla luce dei diversi orientamenti interpretativi emersi in giurisprudenza: si vedano in particolare, al riguardo, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., in part. p. 124 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.; P. PANTALEONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in *Astrid on-line*, 2012.

61 Sul tema v. anche *infra*, par. 4.

discussione.

La dottrina che l'ha formulata ammette infatti, inequivocabilmente, che anche i regolatori indipendenti possano porre in essere ponderazioni di interessi⁶² e solo ritiene che le stesse si atteggiino in modo differente rispetto a quelle delle amministrazioni tradizionali – così differente da non meritare che ad esse venga dato il *nomen* di valutazioni “discrezionali”⁶³.

Tale chiarimento dogmatico, pertanto, può eventualmente assumere rilievo sul piano del regime giuridico applicabile in relazione ad altri profili, ma non sembra in alcun modo incidere sulla questione del riparto di competenze tra organi di governo e autorità indipendenti.

In conclusione, sembra corretto ritenere che la regola della competenza generale, salvo deroga, delle autorità nazionali di regolamentazione riguardi anche le funzioni regolatorie che implicano scelte discrezionali.

E così pure, per ragioni in parte coincidenti, sembra doversi ammettere che rientrino nell'ambito di applicazione di tale regola anche i compiti regolatori di tipo finalistico⁶⁴, sempre che – com'è opportuno specificare subito – gli stessi abbiano un carattere attuativo.

La tesi secondo cui la regolazione dei regolatori indipendenti *normalmente* è di tipo condizionale e non finalistico, per quanto sia formulata in termini apparentemente descrittivi⁶⁵, ha in realtà anche un'implicita connotazione prescrittiva: senonché, tale connotazione non sembra avere ad oggetto la questione dell'allocazione delle competenze regolatorie tra organi di governo e autorità indipendenti ma piuttosto quella della coerenza della previsione in sé di tali competenze con l'esistenza di mercati liberalizzati. Non sembra, cioè, che tale tesi sia volta a sostenere che laddove regolazioni dirette ad influire finalisticamente sulle scelte degli operatori siano previste dalla legge, le stesse debbano necessariamente essere affidate ad organi politici – né comunque essa reca, a quanto consta, argomenti a ciò diretti. Ciò che sembra implicare tale orientamento interpretativo è solo che quelle previsioni legislative siano o possano essere, quanto meno in taluni casi, di dubbia compatibilità con la scelta di aprire i mercati ad una concorrenza tra le imprese.

Se comunque si volesse esprimere il dubbio che regolazioni di quel genere – che non si limitino a fissare le condizioni per l'esplicitarsi della concorrenza tra privati ma cerchino di orientarla verso esiti predeterminati – non siano conciliabili con l'autonomia dalla politica dei regolatori indipendenti, sembrerebbe ragionevole replicare con gli stessi argomenti che si sono sopra richiamati trattando della legittimazione dei medesimi a porre in essere scelte discrezionali.

Anche quando siano chiamati dalla legge ad adottare decisioni regolatorie di carattere finalistico – ad esempio a fissare delle tariffe intese anche ad incentivare la

62 Afferma G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 103, che «l'esercizio della funzione [regolativa] è caratterizzato, ora, dalla ponderazione-conciliazione tra interessi di sistema e privati (si pensi alle determinazioni tariffarie); ora, dal semplice bilanciamento di interessi privati contrapposti ...; ora dal puro giudizio, in funzione di controllo o soluzione delle controversie».

63 V. appunto G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 101 ss.

64 Sulla distinzione tra regolazione finalistica e condizionale, tra misure volte ad indirizzare verso esiti predeterminati le dinamiche di mercato e misure intese solo a fissare le condizioni per il corretto esplicarsi di tali dinamiche e dell'iniziativa economica delle imprese, v. ancora gli A. citati sopra alla nota 11.

65 Osserva ad esempio S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., p. 267, che «normalmente, la regolazione è condizionale. Essa è, infatti, retta dal principio “if ... what”, perché consiste di prescrizioni non direttive, ma ipotetiche, dal verificarsi delle quali le norme o la regolazione stessa fa discendere conseguenze che sono predeterminate» (corsivo aggiunto).

realizzazione o il potenziamento di infrastrutture⁶⁶ ovvero, in ipotesi, a sostenere le fonti rinnovabili di energia⁶⁷ – le autorità nazionali di regolamentazione sono tenute ad operare in attuazione delle indicazioni di legge e/o degli eventuali indirizzi governativi di politica generale. Le loro valutazioni non sono libere nei fini, come quelle propriamente politiche, ma vincolate – discrezionalmente vincolate – quanto agli interessi da perseguire e alle priorità da dare agli stessi, e tale vincolo può essere ovviamente azionato in sede giurisdizionale da chi sia stato leso dalla sua trasgressione.

Il che appare sufficiente per concludere che anche siffatte competenze debbano includersi nel novero di quelle che in linea generale, e salvo deroghe non arbitrarie, sono da conferire alle autorità nazionali di regolamentazione.

Resta infine da chiarire perché, viceversa, non sembra che tale conclusione possa valere per le competenze di tipo programmatico.

Al riguardo, è bene anzitutto prendere atto del fatto che, come la dottrina ha in tempi recenti puntualmente evidenziato, la grande varietà di forme, contenuti ed effetti giuridici degli atti di programmazione – quale risulta dalle norme di legge e dalle prassi applicative – rende estremamente difficile formulare relativamente agli stessi considerazioni di carattere unitario e in particolare definire in modo univoco una nozione di programmazione economica⁶⁸.

Dato che a tale difficoltà concettuale e definitoria si combina quella, già rilevata, inerente alla nozione di regolazione, ben si comprende come la distinzione tra tali due categorie di atti possa risultare in concreto assai sfuggente ed incerta⁶⁹. Non agevole appare in particolare distinguere tra gli atti di programmazione a rilevanza esterna e quelli di regolazione finalistica, giacché in entrambi i casi si tratta o può trattarsi di provvedimenti finalizzati (anche) ad indirizzare l'attività delle imprese pubbliche o private verso determinati obiettivi.

Nonostante tale parziale sovrapposibilità, sembra comunque corretto riconoscere che negli atti propriamente programmatici dei soggetti pubblici vi sia di norma un contenuto di scelta politica – di libera ponderazione di fini ed interessi, di definizione delle priorità tra gli stessi e di individuazione delle risorse da destinare per il loro conseguimento – che sembra richiedere, più di quanto accada per le regolazioni anche finalistiche, un'effettiva legittimazione e rappresentatività democratica.

Non sembra un caso, pertanto, che le normative europee sull'energia elettrica e il gas, che pure, come si è già sopra notato, prevedono possibili interventi programmatici degli Stati membri⁷⁰, non inseriscano nessun compito di tal genere tra quelli da conferire alle autorità nazionali di regolamentazione⁷¹: anche il legislatore euro-

66 V. i già citati artt. 23, d.lgs. n. 164/2000 e 3, d.lgs. n. 93/2011.

67 Come si è sopra accennato, tale compito in realtà oggi, laddove non sia assolto direttamente dalla legge, è affidato al Ministero dello Sviluppo Economico. Si veda al riguardo E. BRUTI LIBERATI, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, *Annuario di diritto dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 47 ss.

68 V. al riguardo N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., in particolare pp. 147 ss. e 201 ss.

69 Per una recente riflessione sui rapporti tra regolazione e programmazione (o pianificazione) con particolare riferimento agli orientamenti della Corte costituzionale v. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 ss.

70 V. ad esempio l'art. 3, par. 2, delle due direttive del 2009, secondo cui «in materia di sicurezza dell'approvvigionamento, di efficienza energetica e di gestione della domanda e per il conseguimento degli obiettivi ambientali e degli obiettivi relativi all'energia da fonti rinnovabili di cui al presente paragrafo, gli Stati membri possono attuare una programmazione a lungo termine ...».

71 Si vedano ancora gli artt. 37 e 41 delle due direttive, che prevedono solo la – ben diversa – competenza delle ANR a vigilare sui piani di sviluppo dei gestori delle reti di trasmissione o trasporto.

peo, evidentemente, riconosce che in quegli interventi si esprime una politicità che mal si concilia con la posizione istituzionale dei regolatori indipendenti.

3.2. L'ATTUAZIONE DELLA SEN

Alla luce delle conclusioni a cui si è pervenuti, in merito alla particolare ampiezza dell'ambito di applicazione della regola sulla competenza generale salvo deroga delle autorità nazionali di regolamentazione, appare sostanzialmente condivisibile la posizione recentemente espressa dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas relativamente al tema del riparto di compiti tra essa e il Governo ai fini dell'attuazione della Strategia Energetica Nazionale.

Secondo l'Autorità, è «necessario che la funzione di regolazione, affidata ad un organismo tecnicamente qualificato e ad eminente specializzazione settoriale, indipendente dalle pur legittime spinte di breve termine connessi ai cicli politici e dagli interessi di parte, *comprenda in sé l'attuazione delle scelte di politica energetica del Governo*», giacché «in un ordinato riparto di competenze, al Governo competerebbe, ..., la definizione degli indirizzi e degli obiettivi di politica energetica, mentre al regolatore indipendente spetterebbe l'individuazione degli strumenti tecnici più adatti per perseguire tali obiettivi»⁷².

Pur se con qualche necessaria precisazione – non è detto in particolare che l'individuazione degli strumenti attuativi sia sempre e comunque esente da connotazioni di vera e propria politica energetica (ad esempio, si pensi alla scelta del regime di sostegno delle fonti rinnovabili di energia tra meccanismi di mercato e meccanismi di tipo tariffario)⁷³ –, tale prospettazione, il criterio di fondo che suggerisce per il riparto e le ragioni che lo giustificano⁷⁴ appaiono ben in linea con le considerazioni sopra espresse. Con una rilevante differenza, peraltro: che, mentre l'Autorità, con ovvia prudenza istituzionale, formula la sua proposta in termini di opportunità e di convenienza sul piano politico-amministrativo, la tesi che si è precedenza sostenuta suggerisce che dalla normativa europea discenda un vincolo giuridico per il legislatore nazionale a privilegiare il regolatore indipendente in sede di attribuzione delle competenze regolatorie, salva la possibilità di deroghe non arbitrarie e coerenti con la logica di fondo del modello europeo di *governance*.

Come per l'assetto istituzionale attualmente previsto dalla normativa italiana, così pure per le scelte organizzative che verranno adottate rispetto all'attuazione della SEN, è dunque possibile che in un futuro anche prossimo vi siano contestazioni e censure in sede europea (o anche in sede nazionale, laddove risulti possibile identificare un nesso tra quelle scelte organizzative e il carattere lesivo di atti di regolazione emanati da organi di governo).

Del resto, gli inconvenienti e i problemi derivanti da un modello istituzionale che non valorizza adeguatamente il ruolo del regolatore indipendente – anche per quanto concerne la regolazione finalistica – sono emersi con chiarezza nell'esperienza italiana di questi anni.

Si pensi, per citare solo il caso più eclatante, alla regolazione incentivante in ma-

⁷² Così nella Memoria depositata dall'Autorità al Senato, in data 24 ottobre 2012, nell'ambito dell'Indagine conoscitiva svolta dalla X Commissione in merito alla Strategia Energetica Nazionale (corsivo aggiunto).

⁷³ Al riguardo v. le (non coincidenti) considerazioni svolte da M. GRILLO, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, cit., p. 61 ss.; e da E. BRUTI LIBERATI, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, cit., p. 47 ss.

⁷⁴ V. ancora, per tali ragioni, la citata Memoria dell'Autorità per l'energia, in particolare alle p. 3 ss.

teria di fonti rinnovabili di energia: qui, una competenza quasi esclusivamente politica – legislativa e ministeriale – ha prodotto prima una disciplina degli incentivi non adeguatamente approfondita nei suoi contenuti tecnico-economici e nei suoi effetti, anche a causa del mancato esperimento di procedure di consultazione aperte e partecipate e di analisi dell’impatto regolatorio; e poi una fortissima instabilità regolatoria, che ha riguardato prima la scelta di fondo tra un regime di incentivazione basato su meccanismi di mercato o su strumenti di tipo tariffario e dopo l’entità e la durata degli incentivi⁷⁵.

Pur senza voler mitizzare le virtù della regolazione indipendente, appare verosimile che, ferma restando la competenza esclusiva del Parlamento e del Governo quanto alla fissazione degli obiettivi e delle linee di fondo della disciplina di sovvenzione, un assetto istituzionale che riconosca uno spazio più adeguato al regolatore indipendente nella definizione e nella puntuale regolamentazione degli strumenti attuativi garantirebbe una maggiore qualità ed efficienza del relativo prodotto regolatorio⁷⁶, oltre a risultare più coerente con la finalità di assicurare “il buon funzionamento del mercato interno” e la fiducia nello stesso di consumatori, operatori e finanziatori.

4. L’INDIPENDENZA DEI REGOLATORI INDIPENDENTI E GLI ATTI GOVERNATIVI DI INDIRIZZO

È ben noto che l’effettività dell’indipendenza dei regolatori dipende da una molteplicità di elementi, da tempo indicati dalla dottrina e di cui tanto la legge italiana istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità quanto le direttive europee sull’energia hanno tenuto ampiamente (anche se non perfettamente) conto⁷⁷.

Tra tali elementi quello che è apparso sin da subito più delicato – insieme alla questione, tuttora parzialmente irrisolta, delle nomine⁷⁸ – è quello relativo all’esistenza

⁷⁵ Su tali questioni v. ancora i contributi raccolti nel volume curato da G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, cit. (e in particolare i saggi di E. BRUTI LIBERATI, M. GRILLO, G. LANDI e C. SCARPA, B. CARAVITA DI TORITTO e le conclusioni di G. NAPOLITANO); nonché L. AMMANATI, *L’incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011, p. 1 ss.

⁷⁶ Sul tema, oggi molto discusso, della qualità della regolazione v. il recente contributo di M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011.

⁷⁷ V. in particolare l’art. 2 della legge n. 481/1995 e, rispettivamente, gli artt. 35 e 39 delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE. In dottrina v. al riguardo D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, 2, p. 337 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, p. 672 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., in part. p. 21 ss.; S. FREGLUPPI, *L’amministrazione regolatrice*, cit., p. 26 ss.; F. VETRÒ, *Le autorità indipendenti di regolazione: l’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2001, p. 453 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l’Autorità per l’energia e il governo*, cit., p. 457 ss.; M. D’ALBERTI, *Il valore dell’indipendenza*, in M. D’ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 11 ss.; S. BATTINI-G. VESPERINI, *L’indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, ivi, p. 61 ss.

⁷⁸ Riguardo alla quale la legge n. 481/1995 e anche la successiva legge n. 249/1997 (istitutiva dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) dettano una disciplina sulla carta assai garantista, che però non ha impedito che anche le nomine dei vertici delle autorità siano divenute terreno di spartizione tra partiti di maggioranza ed opposizione. Le direttive del 2009, mentre si occupano del tema pure spinoso della revoca dei componenti degli organi di vertice delle autorità nazionali di regolamentazione (v. l’art. 35, par. 5, della direttiva 2009/72, l’art. 39, par. 5, della direttiva 2009/73/CE e l’art. 3, par. 3-bis, della direttiva 2002/21/CE, come introdotto dalla direttiva 2009/140/CE), nulla prevedono invece sulla questione della nomina, pur se qualche correttivo sarebbe stato possibile ed utile per meglio indirizzare una prassi comunque condizionata dalla ridotta inclinazione meritocratica delle nostre classi dirigenti (ad esempio, imporre prima della nomina l’audizione pubblica dinanzi alle commissioni parlamentari competenti dei componenti designati dal Governo o addirittura dei diversi candidati renderebbe più difficile quanto meno la scelta di persone non adeguatamente qualificate, nei fatti, sul piano tecnico). Rilievo non marginale ha anche, al riguardo, la questione della sindacabilità giurisdizionale degli atti di nomina, su cui deve registrarsi in tempi di recente qualche interessante apertura da parte della giurisprudenza (v. ad esempio TAR Lazio, Roma, I, 5 marzo 2012, n. 2223, in tema di nomina dei componenti del Collegio della Agenzia del Set-

e ai caratteri di un potere di indirizzo del Governo nei confronti delle autorità. Tale tema, assai dibattuto in dottrina anteriormente all'emanazione delle due direttive del 2009⁷⁹, assume ora una connotazione particolare alla luce del ruolo che appare corretto riconoscere al regolatore indipendente – e che la stessa Autorità per l'energia, come si è visto, rivendica – anche rispetto all'attuazione della SEN. Occorre infatti chiedersi se, una volta che si sia affermata la competenza tendenzialmente generale di tale regolatore indipendente, con le deroghe e le esclusioni di cui sopra si è detto, il carattere intrinsecamente organico e finalizzato di tale Strategia nazionale non comporti una qualche necessaria compressione della sua autonomia di giudizio e di scelta.

Amnesso che il legislatore italiano – sua sponte o su pressione della Commissione europea e/o della Corte di Giustizia – aderisca all'impostazione sopra delineata e allochi presso l'Autorità settoriale tutte o larga parte delle competenze definibili come di regolamentazione, deve ritenersi che essa, nell'esercizio delle stesse, sia in una qualche misura condizionata dal disegno complessivo risultante dalla SEN?

Al riguardo, è bene anzitutto ricordare che sui rapporti tra autorità nazionali di regolamentazione e organi di governo le normative europee sull'energia forniscono ora indicazioni sufficientemente univoche.

Secondo quanto previsto da entrambe le direttive del 2009, gli Stati membri devono provvedere affinché, nell'espletamento delle competenze ad esse conferite dalle medesime o dalla normativa connessa, le autorità di regolamentazione «*non sollecitino né accettino istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici. Tale requisito lascia impregiudicati ... gli orientamenti di politica generale elaborati dal governo, non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione*» indicati dalle direttive⁸⁰.

Il principio appare dunque chiaro: le autorità devono attenersi agli indirizzi governativi di carattere generale, attinenti in primis agli obiettivi della regolazione e alle priorità tra gli interessi in gioco, non invece ad eventuali prescrizioni puntuali del governo riguardanti il contenuto di specifici atti di regolazione – che risulterebbero illegittime e conseguentemente da esse disapplicabili.

Tale indicazione fondamentale riguarda peraltro – per esplicita previsione delle direttive in questione – le competenze regolatorie disciplinate dalle stesse e dalla normativa “connessa”. Deve pertanto valutarsi se la medesima regola valga anche per le funzioni assegnate dalle discipline nazionali alle autorità di regolamentazione in aggiunta a quelle conferite dalle regole europee o se invece riguardo alle stesse debba ammettersi una più penetrante ingerenza degli organi di governo. Sul punto, occorre in primo luogo rilevare che la normativa italiana, pur senza fissare come quella europea un divieto assoluto per l'Autorità per l'energia di «accettare o sollecitare» istruzioni puntuali del Governo in ordine a singoli atti di regolazione, tuttavia prevede – e autorizza – soltanto, su tale tema, il potere del Consiglio dei Ministri di adottare, su proposta del Ministro competente e sentite le relative

tore Postale (oggi venuta meno, ovviamente, con l'attribuzione delle funzioni di regolazione del settore all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni)).

79 V. al riguardo, tra gli altri, MERUSI-PASSARO, voce Autorità indipendenti, cit., p. 167; FA. ROVERSI MONACO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 59 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia e il Governo*, cit., p. 473 ss.

80 V. ancora i già citati artt. 35, par. 5, della direttiva 2009/72/CE e 39 della direttiva 2009/73/CE.

commissioni parlamentari, «indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità per l'energia»⁸¹.

Interventi governativi o del singolo ministro, finalizzati ad incidere sul contenuto di provvedimenti determinati dell'Autorità, risulterebbero quindi sprovvisti di una specifica base legislativa legittimante⁸²: e infatti, anche prima o comunque indipendentemente dalle normative europee del 2009, la dottrina e la giurisprudenza nazionali per lo più escludevano che tali interventi potessero considerarsi legittimi⁸³.

Oltre che sull'assenza di un adeguato fondamento legislativo, tale orientamento si basava sulla palese contraddizione tra il riconoscimento di un pervasivo potere governativo di indirizzo, da un lato, e i principi di fondo enunciati dalla legge n. 481/1995 in tema di autonomia delle autorità e le finalità sottese all'istituzione delle stesse, dall'altro: quelle stesse esigenze di terzietà rispetto alle imprese in concorrenza, di attenzione al dato tecnico-economico e di ragionevole stabilità delle scelte regolatorie che richiedono, come si è visto, la tendenziale unificazione delle funzioni di regolazione in capo alle autorità nazionali di regolamentazione esigono altresì che l'indipendenza delle stesse sia pienamente ed effettivamente garantita.

Una cosa è che le autorità di regolamentazione, nell'esercitare i loro poteri discrezionali, e dunque nel ponderare interessi, debbano attenersi, oltre che alle indicazioni rinvenibili nella legge, agli indirizzi generali del Governo – il che appare, per le ragioni in precedenza esposte, non solo legittimo ma anche opportuno per ricondurre quelle ponderazioni ad una logica, sia pure peculiare, di legittimazione democratica. Una cosa ben diversa è che il Governo abbia titolo – per le funzioni non riconducibili a quelle contemplate dalla normativa europea – ad intervenire sulle specifiche prescrizioni regolatorie da adottare per piegarle ai suoi obiettivi immediati di carattere politico.

Per i motivi sopra richiamati, tale ultima soluzione risulterebbe in contrasto con la *ratio* delle normative di liberalizzazione, che impongono in generale agli Stati membri di garantire il buon funzionamento dei mercati dell'energia e dunque anche di definire un sistema di *governance* idoneo a promuovere la fiducia dei consumatori, degli operatori e dei finanziatori.

Tale conclusione vale anche – non può non valere – per le funzioni attuative della Strategia Energetica Nazionale: rispetto alle quali le istanze di coerenza complessiva e di efficacia nel perseguimento dei fini indicati dal Governo devono necessariamente contemperarsi con quelle di adeguatezza tecnica e di rispetto degli affidamenti negli operatori che solo un regolatore sufficientemente autonomo – strutturalmente e funzionalmente autonomo – dalle dinamiche politico-elettorali può assicurare.

Anche quando è chiamata ad attuare aspetti essenziali della SEN – ad esempio,

81 Così recita l'art. 1, comma 11, legge n. 239/2004. Si noti che i commi successivi dello stesso articolo prevedono altresì l'obbligo dell'Autorità di riferire nella sua relazione annuale in merito alle iniziative assunte in conformità ai suddetti indirizzi governativi di politica generale nonché un potere sostitutivo del Governo laddove l'Autorità non adotti nei termini provvedimenti di sua competenza.

82 Esistono solo norme di legge che prevedono in generale il potere di indirizzo del ministro ma senza prevedere che lo stesso possa essere esercitato anche nei confronti dell'Autorità.

83 V. F. MERUSI-M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, cit., p. 167; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia e il Governo*, cit., p. 473 ss. (in senso contrario v. peraltro F.A. ROVERSI MONACO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., p. 59 ss.). In giurisprudenza v., tra le altre, TAR Lombardia, Milano, III, 10 aprile 2009, n. 3239.

per richiamare le misure a cui sopra si è fatto cenno, a definire tariffe incentivanti per l'accesso alle infrastrutture incluse dal Governo nel piano di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 93/2011 oppure le tariffe che dovrebbero incentivare gli operatori a preferire contratti di approvvigionamento del gas c.d. *spot* rispetto ai contratti "take or pay" di lunga durata – l'Autorità deve tenere conto delle eventuali indicazioni governative solo per quanto attiene ad obiettivi e priorità rilevanti in sede di ponderazione discrezionale degli interessi in gioco e non anche rispetto a possibili – ma illegittime – istruzioni specifiche e puntuali sui contenuti degli atti di regolazione. È la logica dei mercati liberalizzati, che le direttive del 2009 hanno inequivocabilmente riaffermato (pur nel contesto di una forte attenzione alle esigenze di tutela della sicurezza ed universalità delle forniture energetiche), che lo impone: e anche gli interventi di politica energetica oggi più esplicitamente rivendicati dal Governo italiano ed incardinati nella SEN devono rispettarla.

Si noti del resto che il vincolo a non violare l'autonomia delle autorità nazionali di regolamentazione vale non solo per i governi ma anche per i legislatori nazionali: come attesta la sopra citata sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 3 dicembre 2009, n. 424, in materia di comunicazioni elettroniche, anche a questi ultimi è precluso di interferire con l'esercizio puntuale delle funzioni di regolamentazione conferite ai regolatori indipendenti, sostituendosi agli stessi o ponendo limiti alla loro discrezionalità. Disposizioni di legge che abbiano tale contenuto contrastano con le norme europee tanto quanto quelle che attribuiscono tali poteri di ingerenza ad organi di governo.

5. CONCLUSIONI: LA GOVERNANCE DELL'ENERGIA E QUELLA DEGLI ALTRI SIEG

L'analisi svolta con riferimento ai settori dell'energia elettrica e del gas naturale ha confermato che l'immagine dello "Stato regolatore" – pur così efficace nel segnare il passaggio da un paradigma di intervento pubblico nell'economia ad un altro – non rispecchia più, nella sua complessità e pienezza, neanche in chiave prospettica, la realtà del ruolo dei pubblici rispetto alla disciplina di tali mercati.

Dal documento di SEN emerge chiaramente la volontà del Governo di guidare il processo di sviluppo dei settori energetici verso gli esiti ritenuti più soddisfacenti nell'interesse generale, senza mettere in discussione ciò che non può essere messo in discussione – l'esistenza di mercati liberalizzati comunitariamente "garantiti" – ma orientando sotto più profili l'attività degli operatori con misure di regolazione finalistica e con atti di programmazione anche a rilevanza esterna.

A fronte di tale intenzione, che alla luce degli esiti del processo di consultazione svoltosi prima dell'approvazione della SEN sembra godere di largo consenso tra i diversi attori del mercato, appare, come si è rilevato, doveroso per chi abbia memoria dei ben noti eccessi dirigistici del nostro passato accompagnare l'apprezzamento per gli obiettivi perseguiti dal Governo con uno sforzo diretto ad identificare con precisione limiti e contrappesi di tale nuovo interventismo pubblico.

Sotto questo profilo, la piena valorizzazione del ruolo del regolatore settoriale indipendente appare uno strumento non solo utile e anzi essenziale – come da tempo sottolineato da una nutritissima letteratura giuridica, economica e politologica – ma anche sostanzialmente imposto dalla normativa europea in materia di energia.

Come si è sopra mostrato, tale normativa non si limita a sancire in termini non più

equivocabili l'obbligo degli Stati membri di garantire la piena indipendenza delle autorità di regolamentazione anche rispetto ai governi nazionali, ma pone anche il principio della tendenziale unificazione delle competenze regolatorie in capo a tali autorità.

Deroghe a tale principio sono ammesse. Tuttavia, secondo la ricostruzione che si è ritenuto di dover accogliere, la possibilità di prevederle da parte dei legislatori nazionali è subordinata al vincolo della coerenza con le finalità sottese al medesimo: appare pertanto da escludere la legittimità di deroghe alla competenza del regolatore indipendente laddove le stesse possano implicare pericoli di disparità e di discriminazioni tra le imprese in concorrenza ovvero rischi significativi di inadeguatezza tecnico-economica o di instabilità delle scelte regolatorie.

Resta ovviamente ferma l'esclusiva competenza di Parlamento e Governo riguardo alle scelte di politica energetica nazionale e così pure, per le ragioni sopra precisate, quella del Governo (o eventualmente di organi politici regionali o locali) per gli atti di programmazione settoriale. Rientrano invece nell'ambito di applicazione della regola della competenza generale, salvo deroga, dei regolatori indipendenti anche le funzioni regolatorie che comportino ponderazioni discrezionali e/o abbiano contenuto finalistico.

La riespansione del ruolo dello Stato, con il ritorno di istituti che si credevano ormai dismessi o relegati ad un ruolo marginale, deve abbinarsi, secondo l'impostazione che si è sopra motivata, ad un'estensione delle competenze del regolatore indipendente: a cui spetta ora non solo di produrre ed applicare regole condizionali ma anche di incentivare efficientemente gli operatori verso gli obiettivi indicati dal legislatore e dal Governo nei suoi atti generali di indirizzo.

È ovvio che tale evoluzione nel modo di rappresentare e ricostruire il fenomeno della regolazione pone con forza il tema dell'*accountability* dei regolatori indipendenti – che è stata peraltro già irrobustita dal loro (già sopra rilevato) inserimento nel sistema europeo di regolazione. Ma, sottolineata tale esigenza, e ribadito che in ogni caso i contenuti discrezionali e finalistici degli atti dei medesimi non possono che essere attuativi rispetto alle scelte di politica energetica operate in sede legislativa e governativa, sembra chiaro che l'assetto istituzionale così delineato fornisce garanzie di rispetto della logica di fondo della liberalizzazione dei mercati dell'energia più adeguate di quelle di una *governance* largamente centrata su regolatori ministeriali.

Rimane da chiedersi se e in che misura quanto si è ora evidenziato relativamente ai settori dell'elettricità e del gas possa valere anche per gli altri servizi di interesse economico generale, e in particolare per quelli caratterizzati dalla presenza di un regolatore indipendente.

È indubbio che anche per tali altri comparti – le comunicazioni elettroniche, i trasporti, i servizi postali e quelli idrici – si pongano le stesse esigenze sostanziali – di terzietà dei regolatori e di adeguatezza tecnica e di stabilità delle scelte regolatorie – che si sono sopra richiamate, e che anche per essi siano d'altro canto possibili atti del Governo finalizzati a definire le linee strategiche di intervento o comunque atti di programmazione di varia tipologia⁸⁴.

Deve tuttavia rilevarsi che, come per altri profili della loro regolamentazione, anche per le questioni inerenti alla *governance* la disciplina in concreto adottata dal legi-

84 Sulle diverse forme di programmazione previste con riferimento ai settori dei servizi di interesse economico generale v. ancora N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., in part. p. 67 ss.

slatore europeo per tali differenti settori presenta significative varianti.

Le maggiori analogie con l'assetto relativo all'energia si trovano, com'è noto, nel comparto delle comunicazioni elettroniche⁸⁵, riguardo al quale le garanzie del regolatore indipendente nei confronti di eventuali tentativi degli organi politici di influire sul contenuto di specifici atti di regolazione sono poste dalle norme europee in termini non dissimili da quelli in precedenza visti per elettricità e gas⁸⁶ e l'inderogabilità delle competenze attribuite allo stesso da tali disposizioni appare assai salda⁸⁷, pur se non è esplicitata la regola della competenza generale, salvo deroga, di tale regolatore indipendente⁸⁸.

Diversa è la situazione per i servizi di trasporto e per quelli postali, e ancor più per quelli idrici: per i primi la disciplina europea è articolata con riferimento ai diversi sotto-settori (ferrovie, trasporto aereo o marittimo, servizio autostradale, etc.) e mentre si rinvengono disposizioni tendenti ad assicurare con pienezza l'indipendenza del regolatore⁸⁹, non è posta – quanto meno, non in termini chiari – una regola di generale competenza dei medesimi; per i secondi, la disciplina europea, anche recente, prevede (ancora) la facoltà degli Stati membri di designare più autorità nazionali di regolamentazione e garantisce l'indipendenza delle stesse solo rispetto alle imprese statali e non anche rispetto ai governi⁹⁰. Per i servizi idrici la normativa europea nemmeno impone agli Stati l'istituzione di regolatori indipendenti⁹¹.

È quindi chiaro che non possono estendersi a tali ultimi settori le conclusioni sopra formulate con riferimento alla *governance* dell'energia. In particolare, risulta per essi difficile, allo stato, mettere in dubbio la legittimità delle norme nazionali che ripartiscono tra i regolatori indipendenti – peraltro, appena istituiti (o individuati come competenti anche per tali settori) – e il ministero di riferimento le competenze di regolamentazione del settore e affermare l'esistenza di un vincolo giuridico, sia pure relativo e derogabile, a privilegiare i primi nell'allocatione delle medesime anche rispetto all'attuazione di eventuali provvedimenti di pianificazione strategica.

È peraltro verosimile che, con l'ulteriore sviluppo dei processi di liberalizzazione,

85 Per l'assetto istituzionale in materia di comunicazioni elettroniche – anch'esso, a livello nazionale, dualistico come quello dell'energia – v., tra gli altri, M. LIBERTINI, I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1287 ss.; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 99 ss.; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo*, cit.; F.M. SALERNO, *Soggetti, funzioni e procedure della regolazione*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 69 ss.; G. DELLA CANANEA, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 9 ss.; M. MENSI, *Il riparto di competenze fra Autorità e Ministero nel settore delle comunicazioni elettroniche*, ivi, p. 37 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., p. 33 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 45 ss.; G. NAPOLITANO, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, cit.; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 245 ss.

86 V. in particolare l'art. 3-bis della direttiva 2002/21/CE, come introdotto dalla direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009 e il Considerando 13 di quest'ultima direttiva.

87 Si veda ancora, al riguardo, la già citata sentenza della Corte di giustizia n. 424/2009.

88 Sul fatto che la disciplina europea in tema di comunicazioni elettroniche imponga agli Stati membri l'attribuzione di tutte le competenze di regolamentazione ad un'unica autorità il dibattito è da tempo aperto: in tal senso v., tra gli altri, S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo*, cit., p. 34 s.; F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 98; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 263.

89 V. ad esempio l'art. 55 della direttiva 21 novembre 2012, n. 2012/34/UE.

90 V. l'art. 22 della direttiva 15/12/1997, n. 96/67/CE, come modificata dalla direttiva 2002/39/CE e dalla direttiva 2008/6/CE.

91 V. la direttiva 23/10/2000, n. 2000/60/CE.

anche in tali comparti il modello di *governance* pubblica possa essere definito e disciplinato a livello europeo in termini più omogenei a quelli sopra considerati: sempre che, naturalmente, tale ulteriore sviluppo effettivamente si verifichi e non prevalgano invece le spinte – oggi particolarmente evidenti nel settore dei servizi idrici – a ripristinare spazi rilevanti per la fornitura degli stessi al di fuori di meccanismi di mercato.

Per tutti i comparti in questione, in ogni caso, occorre affermare con forza l'esigenza di una piena valorizzazione del ruolo dei regolatori indipendenti: la loro istituzione è ovviamente in sé un fatto positivo per chi sia interessato al corretto funzionamento dei mercati dei servizi di interesse economico generale, ma se l'obiettivo di tale scelta è quello di porre dei vincoli reali – di razionalità e di coerenza – a chi detiene il potere politico, occorre che competenze e anche garanzie di effettiva indipendenza siano adeguate allo scopo.

Per sfuggire al canto delle sirene «Ulisse si fa legare all'albero della nave, ma non dimentica di mettere della cera nelle orecchie dei rematori»⁹².

92 J. ELSTER, *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 7.