

Gli attuali scenari del riordino del comparto energetico

Gli Autori ripercorrono, attraverso un excursus della più recente dottrina e giurisprudenza, gli aspetti più significativi della distribuzione e dell'erogazione delle diverse fonti energetiche, con particolare attenzione alla natura di tali attività e ad alcuni aspetti concernenti il rapporto fra il loro esercizio e la gestione "operativa" del territorio. Ed invero, sulla base dell'analisi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali maggioritari, sembrerebbe agevole sostenere che le attività del comparto energetico possano definirsi alla stregua di "servizi pubblici" solo allorquando vi sia un'espressa qualificazione in tal senso da parte del Legislatore o nel caso in cui si tratti di attività soggette a precisi ed inderogabili obblighi di servizio. Al contrario, quelle attività classificate come "libere" ed allo stesso tempo scevre da obblighi di servizio non possono essere qualificate ex se alla stregua di un pubblico servizio, rappresentando viceversa espressione di una libertà economica privata, tutelata ed "incoraggiata" anche dall'ordinamento comunitario. Ne consegue, pertanto, l'inconfigurabilità in relazione a queste ultime delle attribuzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e per il gas ex L. n. 481/95, che, viceversa, in altri settori – come quello del gas naturale – trovano esplicito fondamento nel dettato normativo (ad es. art. 23 D. Lgs. n. 164/00). La mancanza di una qualifica normativa non impedisce comunque che l'ente locale possa assumere su di sé, come servizio pubblico locale, l'esercizio di un'attività ope legis libera, ai sensi degli artt. 42 e 112 TUEL. Tuttavia, tale assunzione di servizio pubblico dovrà dimostrarsi conforme agli inderogabili parametri di adeguatezza e proporzionalità derivanti dal diritto comunitario e relativi alle libertà economiche del Trattato. All'atto di assunzione così delineato dovrà inoltre seguire la scelta di un modello gestorio fra quelli individuati dall'art. 113 TUEL.

Riguardo poi la recente liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica del 1° luglio 2007, pubblichiamo l'intervento di Cittadinanzattiva che fa il punto sulle difficoltà del consumatore finale.

Le "nuove" e le "vecchie" forme di distribuzione di energia: fra pubblico servizio e libera iniziativa economica

di Antonella Anselmo^(*) e Francesco Salamone^(*)

^(*) Avvocati in Roma

Il proliferare, negli ultimi anni, di differenti forme di erogazione e distribuzione di fonti energetiche di tipo "classico" ed "innovativo" ha determinato, sia in dottrina che in giurisprudenza, una sempre crescente attenzione rivolta, da un lato, all'individuazione della natura di tali sistemi di fornitura energetica e, dall'altro, all'esame di taluni aspetti afferenti il rapporto fra tali servizi e

le regole concernenti la gestione del territorio (in particolare, occupazione del suolo e rilascio di titoli abilitativi edilizi).

La natura di tali forme di erogazione di energia

Punto di partenza di tale "indagine" non può che essere l'analisi del quadro normati-

vo di riferimento, costituito, principalmente, dalla L. n. 239/04 concernente la disciplina generale di riordino dell'intero comparto energetico.

Ebbene, l'art. 1 del predetto atto normativo non prevede per tutte le attività connesse all'erogazione di energia una disciplina uniforme in riferimento alla loro qualificazione come servizi di pubblica utilità.

Tale norma distingue infatti talune attività, definite "libere", da altre riconducibili invece nell'ambito del concetto di "servizio di pubblica utilità".

Ed invero, in relazione a questa seconda tipologia di attività, individuata nell'elenco di cui alle lett. *b*) e *c*) del citato art. 1, comma 2, *nulla quaestio*, potendosi tranquillamente affermare che le stesse – in virtù della loro qualificazione *ope legis* come di "interesse pubblico" o, comunque, "oggetto di concessioni amministrative" – sono da ritenersi di sicura natura pubblicistica, e pertanto soggette ai relativi poteri di regolazione da parte delle competenti Autorità di garanzia.

Al contrario, invece, qualche dubbio sorge in merito alle attività di cui alla lett. *a*) della stessa disposizione allorquando si afferma che esse sono "libere su tutto il territorio nazionale, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria e dalla legislazione vigente".

Ne discende che, stante il necessario rinvio alla disciplina comunitaria e di dettaglio ivi contenuta, occorrerà verificare se il legislatore configuri o meno la sussistenza di obblighi di servizio pubblico in riferimento alla fonte energetica in esame.

Al riguardo, si veda, ad esempio, quanto previsto in materia di gas naturale dall'art. 14 del D.Lgs. n. 164/2000, laddove il Legislatore, pur definendo l'attività di distribuzione e vendita del gas naturale come attività libere, impone comunque precisi obblighi di servizio tra cui l'obbligo di allaccio e fornitura nei confronti dei clienti (artt. 16, co. 2 e 18, co. 1), tipica espressione del servizio universale, di chiara derivazione comunitaria.

Ne discende quindi che, come peraltro dimostrato anche dall'art. 23 del D.Lgs. n. 164/00, a tali attività debba applicarsi la

disciplina in materia di controllo e vigilanza da parte dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas con particolare riferimento all'art. 2, co. 12, della L. n. 481/1995.

Viceversa, analoghe disposizioni concernenti obblighi di servizio e poteri regolatori dell'Autorità difettano nella disciplina di dettaglio inerente altri settori afferenti il comparto energetico ma differenti da quello del gas naturale.

Sui poteri di regolamentazione

Come già accennato, diretta conseguenza dell'inserimento di una determinata attività fra le cd. "attività libere e scevre da obblighi di servizio" è rappresentata dall'impossibilità di ricondurre le stesse fra quelle soggette a poteri regolatori da parte dell'Autorità di garanzia.

Difatti, secondo i più recenti insegnamenti giurisprudenziali, la ripartizione effettuata dal Legislatore nel summenzionato art. 1 dimostrerebbe che le attività libere (lett. *a*), contrariamente alle attività di cui alle lettere *b*) e *c*), "non sono oggetto di interesse pubblico, e pertanto non possono non essere sottratte al potere regolatorio dell'Autorità di settore"¹.

Il Legislatore attraverso la L. n. 239/04 avrebbe quindi sancito la piena libertà delle attività comprese nell'elencazione di cui all'art. 1, comma 2, lett. *a*) della L. n. 239/04, sottraendole in tal modo ai poteri regolatori dell'Autorità e creando una riserva di legge in quanto una norma nazionale disponga in tal senso.

Il principio della "piena libertà" nello svolgimento di tali attività trova del resto ampio riscontro anche nella relazione di accompagnamento alla stessa Legge n. 239/04 (pag. 5).

I poteri dell'Autorità sarebbero pertanto fatti salvi dalla normativa settoriale unicamente in relazione alle attività di interesse pubblico o oggetto di riserva, mentre le attività libere sarebbero regolate solamente nei casi previsti da norme di legge, ovverosia in presenza di puntuali obblighi di servizio. Diversamente il potere regolatorio dell'Autorità indipendente risulterebbe privo di ade-

guato e specifico fondamento normativo di legittimazione dello stesso.

Dunque, la mancata previsione di specifici obblighi di servizio da parte della disciplina di settore comporta che le suddette attività, pienamente libere, siano assoggettate alle sole regole del mercato, escludendosi qualsivoglia potestà di ingerenza da parte dei pubblici poteri.

Ed infatti, l'interferenza dell'Amministrazione pubblica, in assenza di specifici obblighi di servizio, non sarebbe né adeguata né giustificata tramutandosi in elemento distorsivo del mercato, come affermato costantemente la giurisprudenza comunitaria della Corte di Giustizia.

Sul punto, il Giudice amministrativo ha inoltre ribadito che: "l'attività di vendita è attività libera e per la quale non è individuabile un fondamento legislativo o comunitario che disponga un obbligo di servizio pubblico"².

L'emaneazione della Legge n. 239/04 avrebbe quindi confermato, per quelle tipologie di attività cd. "libere" e svincolate da obblighi di servizio, l'esaurimento dei poteri dell'Autorità, poiché il legislatore avrebbe ritenuto già esaurita la fase di "transizione protetta" al mercato non vincolato, inibendo con detta normativa all'Autorità stessa ogni ulteriore intervento regolatorio sulle stesse che non fosse fondato su una disposizione di legge o su una norma comunitaria.

Tale orientamento giurisprudenziale conferma peraltro quanto sostenuto da autorevole dottrina, secondo la quale le difficoltà applicative dei criteri soggettivo ed oggettivo farebbero pensare all'impossibilità di tracciare una nozione univoca e definita di servizio pubblico, specie in seguito agli intervenuti condizionamenti imposti dal diritto comunitario³.

Il ruolo della giurisprudenza (segue)

In linea con quanto sinora osservato appare essere anche la recente – seppur scarsa – giurisprudenza amministrativa.

Difatti, se fino a pochi anni fa, il Giudice amministrativo aveva costantemente ritenuto

che l'intera filiera del settore energetico potesse essere ricondotta al concetto di servizio pubblico inteso in senso oggettivo⁴, successivamente, invece, la stessa giurisprudenza amministrativa, con la già citate sentenze del TAR Lombardia del 2005, ha mutato tale precedente orientamento, affermando – in sintonia con quanto già sostenuto da una parte della dottrina – che "la L. n. 481 del 1995 non contiene una definizione del concetto di servizio di pubblica utilità sicché l'interprete, per ricostruirlo, deve guardare alle normative di settore, le quali danno la misura delle attività che rientrano nella nozione e che, perciò, sono soggette al potere regolatorio dell'Autorità"⁵.

Pertanto, secondo quest'ultimo orientamento, attento anche all'evoluzione del diritto comunitario in tema di libertà economiche protette dalle disposizioni del Trattato, la definizione di servizio di pubblica utilità non sarebbe altrimenti rinvenibile nell'ordinamento se non basandosi sulla disciplina di settore, che, come visto, nel comparto energetico, si identifica sostanzialmente con la L. n. 239/04 e con le differenti discipline di dettaglio che, non sempre, prevedono espliciti obblighi di servizio a carico degli operatori di mercato.

In linea con una recente letteratura, è inoltre possibile sostenere che la summenzionata impostazione giurisprudenziale rappresenterebbe, fra l'altro, l'ulteriore prova dell'illogicità di ritenere che qualsiasi attività di impresa, per il solo fatto di essere pertinente al settore energetico, debba essere considerata come un servizio di pubblica utilità.

In altri termini, non tutte le attività che compongono tale settore possono – per ciò stesso – rientrare nell'ambito dei servizi di pubblica utilità e dunque essere sottoposte ai poteri regolatori dell'Autorità⁶.

Quest'ultima potrà invece esercitare i propri poteri di regolazione unicamente in relazione a quelle attività che o siano dichiaratamente sottoposte dal Legislatore a tali poteri e per tale ragione siano certamente qualificabili come servizi di pubblica utilità o che, seppur "libere", siano comunque sottoposte al rispetto di precisi ed inderogabili obblighi di servizio.

Diversamente, l'attività economica resterebbe una normale attività di impresa, soggetta alle comuni regole di mercato e non qualificabile come servizio di pubblica utilità, e pertanto sottratta ai poteri di controllo e vigilanza dell'Autorità non esplicitamente attribuiti.

Tale approccio ermeneutico è peraltro da ritenersi conforme alla logica cd. di "*Economic and Laws*", di derivazione americana, che permea le radici stesse del diritto comunitario, e che influenza i diritti nazionali, per effetto del principio del suo primato.

L'intervento del potere pubblico nel mercato è quindi giustificato e ritenuto adeguato solo nel caso in cui l'interesse generale non possa essere soddisfatto dalla sola iniziativa economica privata.

Ed invero, tale ipotesi ricorre nella sola circostanza di fallimento del mercato, cd. "*market failure*", che è configurabile laddove le dinamiche economiche non siano sufficienti a garantire contemporaneamente la fornitura del servizio, la copertura dei costi, il perseguimento del profitto ed infine la cd. utenza marginale, intesa quale accessibilità al servizio universale ed essenziale da parte degli utenti meno abbienti.

Il suddetto orientamento giuridico-economico, che assegna un ruolo recessivo e compensativo all'iniziativa pubblica nel mercato, trova riscontro anche nel dettato costituzionale, ed in particolare negli artt. 41 e 43 Cost. sui rapporti economici, nonché nell'art. 118, co. 4 Cost. in materia di sussidiarietà.

Tale posizione, seppur sostenuta da una cospicua parte di dottrina e giurisprudenza, è comunque da ritenersi non priva di critiche, come dimostrato da una recente ed autorevole giurisprudenza secondo la quale, anche in presenza di attività libere, sussisterebbe comunque un potere di regolazione delle stesse in capo alle Autorità di garanzia, a tutela delle dinamiche concorrenziali e dell'utenza⁷.

È comunque opportuno sottolineare come le statuizioni del Consiglio di Stato adottate con la succitata sentenza possano – ad ogni modo – dirsi potenzialmente inapplicabili a quei settori caratterizzati da una distribuzione "segmentata" della fonte energeti-

ca. Ciò in virtù del fatto che, contrariamente alle filiere di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale, l'approvvigionamento di energia mediante infrastrutture "frammentate" avviene, di norma, attraverso una filiera discontinua, in quanto il prodotto, una volta venduto ai soggetti che ne abbiano fatto richiesta, viene di solito stoccato in apposite cisterne ed, infine, distribuito, attraverso diramazioni interne, ai medesimi soggetti.

Viene pertanto meno, in assenza di una rete continua e generale, l'esigenza di garantire un accesso alla stessa "regolato" dall'*Authority* allo scopo di salvaguardare la concorrenza, trattandosi di settori che, anche in forza della discontinuità delle loro reti di distribuzione, possono dirsi di fatto *ex se* effettivamente concorrenziali.

Ragionando diversamente, si arriverebbe inoltre a contraddire il fondamentale principio, accolto anche dalla più volte citata recente giurisprudenza del TAR Lombardia, secondo la quale l'esercizio dell'attività di regolazione, essendo preordinato a favorire la concorrenza, dovrebbe arrestarsi qualora possa dirsi che la concorrenza, come nel caso delle attività libere e scevre da obblighi di servizio, sia effettivamente realizzata.

Il ruolo degli enti pubblici locali

La predetta assenza di una qualifica di servizio pubblico da parte della disciplina statale di settore in relazione a talune ipotesi di fornitura energetica non è comunque di per sé ostativa alla configurazione dell'assunzione da parte dell'ente locale di tali attività quale servizio pubblico locale.

Detta eventualità richiede tuttavia la contemporanea presenza di un atto di assunzione del servizio quale espressione dell'autonomia dell'ente territoriale e della scelta di un modello gestorio tra quelli indicati dal Legislatore.

In particolare l'atto di assunzione dovrà contenere una serie di elementi quali: la definizione del fine, inteso come individuazione dei bisogni sociali della comunità, il ricono-

scimento di una situazione di “*market failure*”, nonché l’indicazione del programma, intesa come scelta di un modello gestorio, fra quelli previsti dall’art. 113 TUEL, per la realizzazione dell’obiettivo predeterminato⁸.

Pertanto, solo ove l’attività di fornitura energetica assuma la valenza di servizio pubblico locale in virtù di un legittimo atto di assunzione, il conseguente adeguamento ai modelli gestori di cui al summenzionato art. 113 e la decadenza delle concessioni in essere dovrà avvenire nel rispetto delle sanzioni temporali fissate dal comma 15 *bis* del predetto art. 113, ossia nel rispetto del termine generale del 31 Dicembre 2006, salvo le eccezioni previste dalla stessa norma e senza alcuna espressa delibera da parte dell’ente affidante.

Il rapporto fra la gestione del territorio e la fornitura di energia

Nel complesso e variegato panorama dei rapporti giuridici intercorrenti tra l’operatore economico e l’ente territoriale è comunque possibile individuare talune ipotesi, afferenti la gestione del territorio, in presenza delle quali è da ritenersi esclusa l’applicazione della normativa sul servizio pubblico locale, seppur in presenza di atti della P.A. che, ad un primo esame, possano apparire simili – se non addirittura identici – agli atti attraverso i quali l’ente territoriale “assume” l’erogazione di un servizio pubblico locale.

Sicuramente la più importante fra tali “particolari” ipotesi è rappresentata da quegli atti mediante i quali l’Amministrazione comunale conceda al privato non l’erogazione del servizio ma solo la facoltà di poter occupare determinate porzioni di suolo pubblico o di poter eseguire dei lavori su suolo pubblico (ad es. concessione di suolo pubblico per posa di condotte lungo strade comunali o titoli abilitativi edilizi).

I predetti atti concessori rilevano, difatti, solo ed esclusivamente sul piano dell’occupazione e/o su quello dell’edilizia – come peraltro dimostrato dalla normativa in genere richiamata negli stessi provvedimenti

– non potendo tali atti rappresentare, allo stesso tempo, uno strumento *ex se* idoneo a costituire una concessione di pubblico servizio per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, per i loro contenuti e le loro finalità, concernenti non l’erogazione di un servizio ma solo la concessione a realizzare un’opera o ad occupare una porzione di suolo pubblico, ferma restando pertanto la natura “libera” delle attività eseguite o da eseguire su tali terreni. In altri termini, volendo esemplificare, tali provvedimenti producono gli stessi effetti giuridici di quei provvedimenti concessori rilasciati dai Comuni ai ristoratori che intendano esercitare la propria attività sulla pubblica via.

In secondo luogo, in virtù del fatto che, come già detto, l’intervento di un atto concessorio e/o autorizzatorio non comporta di per sé l’attrazione dell’attività, astrattamente libera ed oggetto di concessione urbanistico-edilizia, all’interno della categoria delle attività di pubblico servizio, in quanto non è imputabilità all’organizzazione pubblica a determinare la qualificazione giuridica di un’attività come attività di pubblico servizio, rilevando, al contrario, le finalità connesse al suo svolgimento o comunque il suo assoggettamento ad una disciplina di settore che ne assicuri l’esercizio secondo finalità di pubblico interesse.

È infatti evidente che i provvedimenti concessori di occupazione di suolo o aree pubbliche sono volti solo ed esclusivamente a regolamentare l’uso eccezionale del bene pubblico, in contrapposizione al suo uso ordinario, corrispondente, quest’ultimo, alla generale destinazione riconosciuta indistintamente a tutta la collettività.

Pertanto tali provvedimenti concessori, regolando, anche dal punto di vista economico, l’uso eccezionale del bene pubblico, non rilevano, di per sé, ai fini della qualifica pubblicistica o privatistica dell’attività svolta dal concessionario su tali aree.

Conclusioni

Secondo i maggioritari orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sinora esposti, è

quindi possibile concludere sostenendo che le attività del comparto energetico possono definirsi alla stregua di “servizi pubblici” solo allorché vi sia un’espressa qualificazione in tal senso da parte del Legislatore (lett. *b* e *c* art. 2 L. n. 239/04) o nel caso in cui si tratti di attività soggette a precisi ed inderogabili obblighi di servizio.

Al contrario, quelle attività classificate come “libere” ed allo stesso tempo scevre da obblighi di servizio non possono essere qualificate *ex se* alla stregua di un pubblico servizio, rappresentando viceversa espressione di una libertà economica privata, tutelata ed “incoraggiata” anche dall’ordinamento comunitario.

Ne consegue, pertanto, l’inconfigurabilità in relazione a queste ultime delle attribuzioni dell’Autorità per l’energia elettrica e per il gas *ex* L. n. 481/95, che, viceversa, in altri settori – come quello del gas naturale – trovano esplicito fondamento nel dettato normativo (ad es. art. 23 D. Lgs. n. 164/00).

La mancanza di una qualifica normativa non impedisce comunque che l’ente locale possa assumere su di sé, come servizio pubblico locale, l’esercizio di un’attività *ope legis* libera, ai sensi degli artt. 42 e 112 TUEL.

Tuttavia, tale assunzione di servizio pubblico dovrà dimostrarsi conforme agli inde-

rogabili parametri di adeguatezza e proporzionalità derivanti dal diritto comunitario e relativi alle libertà economiche del Trattato, dovendone dar conto in sede di individuazione delle finalità e delle risorse economiche e patrimoniali (riferibili queste ultime anche alla necessaria proprietà/disponibilità della rete ed degli impianti).

All’atto di assunzione così delineato dovrà inoltre seguire la scelta di un modello gestorio fra quelli individuati dall’art. 113 TUEL.

Pertanto, solo laddove risultino rispettati tali requisiti, configurandosi nel caso di specie un servizio pubblico locale, sarà applicabile anche il regime transitorio previsto dall’art. 113 TUEL.

Ad ogni modo, sotto il profilo della gestione del territorio, è comunque possibile escludere l’applicazione della disciplina in materia di servizi pubblici locali in presenza di atti che – ad un più esame attento – non possono dirsi rilevanti ai fini della qualifica di servizio pubblico locale, rilevando, al contrario, solo ai fini di altri procedimenti amministrativi relativi all’edilizia, all’urbanistica o ad altre materie concernenti non la natura dell’attività da realizzarsi ma esclusivamente la gestione “operativa” del territorio nel quale tali attività dovranno svolgersi.

Note

¹ TAR Lombardia, 28 luglio 2005, n. 3478; nonché TAR Lombardia 6 ottobre 2005, n. 3699.

² Ancora TAR Lombardia, 6 ottobre 2005, n. 3699; TAR Lombardia, 28 luglio 2005, n. 3478.

³ M.S. GIANNINI, “Diritto amministrativo”, vol. II, terza ed., Milano, 1993, pag. 24; o ancora, F. SALVIA, “I servizi pubblici nella letteratura recente”, in *Annuario dell’Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo*, Milano, 2001, pag. 94.

⁴ TAR Lombardia, sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 6091.

⁵ In letteratura, vedasi G. CAIA, “L’organizzazione dei servizi pubblici”, in L. MAZZAROLLI ed altri, *Diritto Amministrativo*, I, Bologna, 2001, pag. 1008; S. COLOMBARI, “L’attività di vendita del gas tra regolazione e liberalizzazione”, in *Foro Amministrativo*, 2003, pag. 408.

⁶ In dottrina, cfr. F. BIANDRONNI, “Quale nozione di servizio pubblico?”, nota a sent. Tar Lombardia, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 3478, in *Foro Amministrativo*, 2005, pag. 3413.

⁷ Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 2006, n. 3352.

⁸ Sul punto cfr. Corte Costituzionale sent. n. 29/2006.