

FRANCESCO VETRÒ

***EVOLUZIONI DEL DIRITTO EUROPEO DELL'ENERGIA, TRANSIZIONE
ENERGETICA E SISTEMA ISTITUZIONALE:
IL RUOLO DEL GSE S.P.A.****

** Il contributo fa parte dei risultati del Progetto scientifico "Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco". Ulteriori contributi sono in corso di redazione. Notizie e riferimenti sul Progetto scientifico si trovano nel sito <http://www.spisa.unibo.it/diritto-amministrativo-e-societa-civile>*

Sommario

1. Premessa – 2. Il Gestore dei Servizi Energetici – 3. Il Pacchetto energia pulita per tutti gli europei (*Clean energy package*) – 3.1. La Direttiva 2018/2001/UE sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. Red II): le *Renewable Energy Communities* – 3.2. Le Direttive 2018/2002/UE e 2018/844/UE: efficienza energetica e prestazioni energetiche nell'edilizia – 3.3. Il Regolamento n. 2019/943/UE e la Direttiva n. 2019/944/UE sulle norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica: i poteri delle autorità di regolazione – 3.4. Il Regolamento n. 2019/941/UE: il sistema di cooperazione multilivello nella gestione delle crisi di energia elettrica – 3.5. Il Regolamento n. 2019/942/UE: l'Agenzia europea per la regolazione dell'energia – 3.6. Il Regolamento n. 2018/1999/UE: la nuova *governance* dell'Unione dell'energia – 4. Dalla Strategia Energetica Nazionale (SEN 2017) al Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC) e la Strategia di lungo termine: struttura, contenuto e natura giuridica – 5. Il GSE nel sistema energetico nazionale: natura giuridica del soggetto e carattere delle funzioni (anche in relazione ad un nuovo possibile ruolo nel processo di transizione energetica). – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Negli ultimi 20 anni, il settore elettrico è stato scenario di radicali trasformazioni, realizzatesi in stretta connessione e per effetto del processo di liberalizzazione formalmente avviato con il D.lgs. n. 79/1999¹, di recepimento della prima Direttiva europea sul mercato interno dell'elettricità (Direttiva 96/92/CE).

L'assetto normativo e regolamentare del settore energetico sta continuando ad evolversi, ricevendo, da ultimo, una straordinaria accelerazione per effetto di un nuovo recente Pacchetto di misure europee, con il quale sono state introdotte delle rilevanti novità per tutto il settore energetico.

Nel presente lavoro saranno, quindi, esaminati alcuni dei principali contenuti del Pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei», per poi soffermarsi sulla configurazione, sulle funzioni e sul ruolo, anche in una prospettiva *de jure condendo*, di uno dei principali soggetti istituzionali della *governance* nazionale del settore energetico, costituito in forma di società per azioni²: il Gestore dei Servizi Energetici (GSE).

¹ In argomento, v. G.G. Gentile, *L'apertura del mercato dell'energia elettrica*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1999, 3 ss.; F. Di Porto, *Il Decreto Bersani (d.lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Conc. e mercato 2000*, 407 ss.; G. Napolitano, *L'energia elettrica e il gas*, in *Trattato di Diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, III, I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, a cura di S. Cassese, II ed., Milano 2003, 2189 ss.; A. Colavecchio, *Energia elettrica*, in *Dig. Disc. Pubbl. - Agg. II*, Torino, 2005, 233 ss.; F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005.

² In tema di società in mano pubblica, la letteratura è sterminata. Tra i molti, v.: M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997; C. Ibba, *Le società legali*, Torino, 2002; G. Napolitano, *Soggetti privati enti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, 810 ss.; P. Chirulli, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione: dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; A. Massera, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 889 ss.; F. Fimmanò, *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011; C. Ibba – M.C. Malaguti, *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011; F. Fimmanò – A. Catricalà, *Le società pubbliche*, Napoli, 2016; F. Auletta, *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017; F. Cintioli – F. Massa Felsani, *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, 2017; R. Garofoli – A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018; C. Ibba – I. Demuro, *Le società a partecipazione pubblica - Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018.

2. Il Gestore dei Servizi Energetici (GSE): l'istituzione e l'originaria configurazione

Il Gestore dei Servizi Energetici — come noto — nasce con il D.lgs. n. 79/1999 (c.d. decreto Bersani), il quale prevede la costituzione, da parte di Enel S.p.A., di una società cui conferire la gestione della rete elettrica e l'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica; nella sua originaria configurazione, la società aveva, infatti, la denominazione di Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale (GRTN).

A seguito della riunificazione della proprietà e della gestione della rete di trasmissione nazionale (prevista dall'art. 1-ter, comma 1, del D.lg. n. 239/2003, convertito con L. n. 290/2003, ed attuata con il D.P.C.M. 11 maggio 2004), la denominazione è mutata in quella di Gestore dei Servizi Energetici. Le funzioni inizialmente attribuite al GSE concernevano: a) la compravendita dell'energia elettrica CIP6³; b) l'emissione di certificati verdi⁴ e di certificati bianchi⁵; lo svolgimento dell'attività correlata all'attuazione delle direttive europee in tema di promozione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili; d) la gestione delle partecipazioni societarie nelle società Gestore dei Mercati Energetici e Acquirente Unico.

Successivamente, sono state attribuite al GSE ulteriori e sempre più rilevanti funzioni in materia di incentivazione della produzione elettrica da energia solare, di qualifica degli impianti di cogenerazione ad alto rendimento, nonché di erogazione del servizio di ritiro dedicato e scambio sul posto e di riconoscimento delle qualifiche di impianti alimentati

³ Si tratta del meccanismo di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili denominato, per l'appunto, "CIP6" dal provvedimento del Comitato Interministeriale Prezzi adottato il 29 aprile 1992, che ne prevedeva la iniziale disciplina.

⁴ Essi erano disciplinati dalla Legge 23 agosto 2004, n. 239 e dal Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 24 ottobre 2005.

⁵ La prima disciplina è stata introdotta con il decreto del Ministero delle Attività Produttive e del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio del 20 luglio 2004.

da fonti di energia rinnovabile (qualifica IAFR), quale prerequisito per il riconoscimento degli incentivi⁶.

Il crescente ampliamento e la diversificazione dei compiti assegnati al GSE⁷ sono quindi elementi caratterizzanti la “storia” della società, che riflettono l’evoluzione normativa registratasi a livello europeo e, poi, nazionale nel settore energetico; dall’esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell’energia elettrica, la funzione principale della società è progressivamente divenuta quella di promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso il riconoscimento di qualifiche e l’erogazione di incentivi in materia di energia da fonti rinnovabili e di efficienza energetica. Va da sé che non ci si può esimere dal guardare alle ultime misure europee adottate in ambito energetico per capire quale potrà essere il ruolo che il GSE sarà chiamato a svolgere al servizio del sistema energetico nazionale; ruolo che, come si vedrà, sarà ancor più cruciale.

3. Il Pacchetto energia pulita per tutti gli europei (*Clean energy package*)

I repentini mutamenti tecnici e tecnologici, l’esigenza di assicurare l’approvvigionamento energetico di cui i singoli Paesi necessitano per garantire l’erogazione dei servizi di interesse economico generale dell’energia elettrica⁸ e del

⁶ Per un approfondimento sui profili organizzativi e funzionali del Gestore dei Servizi Energetici si rinvia a S.M. Sambri – A. Muollo, *Il GSE (Gestore del Sistema Elettrico) e il GME (Gestore dei Mercati Energetici). Natura giuridica, funzioni, organizzazioni, tutela giurisdizionale*, in E. Picozza – S.M. Sambri (a cura di), *Il Diritto dell’energia*, Padova, 2015, 165 ss.

⁷ Per una incisiva descrizione dell’assetto societario del GSE utile è il rinvio alle Relazioni della Corte dei Conti, consultabili in www.gse.it, ove si rileva che il GSE è una società costituita *ex lege* (d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, c.d. “Decreto Bersani”) interamente e direttamente partecipata dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, Capogruppo della Società Acquirente Unico – AU S.p.A. [...], Gestore dei Mercati Energetici – GME S.p.A. [...] e Ricerca sul Sistema Energetico – RSE S.p.A. [...]. Le Società del Gruppo svolgono funzioni di natura pubblicistica nel settore energetico, seguendo gli indirizzi strategici e operativi del Ministero dello Sviluppo Economico, e operano in coerenza con i provvedimenti dell’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, secondo criteri di neutralità, trasparenza e obiettività. La terzietà del Gruppo, tesa a preservare gli interessi della collettività, garantisce il regolare svolgimento delle attività, affidate dalle istituzioni di riferimento in un mercato estremamente competitivo e complesso come quello energetico. La Società vanta un capitale sociale ammontante a 26 milioni di azioni nominative e indivisibili del valore di 1 euro ciascuna».

⁸ D. Sorace, *Il servizio d’interesse economico generale dell’energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2004, 1009 ss.

gas⁹, nonché la lotta ai cambiamenti climatici, sono alla base della continua evoluzione dell'assetto normativo e regolatorio del settore energetico.

A livello sovranazionale, l'ultima tappa, in ordine di tempo, di questa evoluzione è rappresentata da un articolato Pacchetto di misure proposte, nel novembre del 2016, dalla Commissione europea. Tale Pacchetto — da alcuni considerato «la più ampia e complessa iniziativa mai adottata in ambito energetico»¹⁰ — è stato ribattezzato sotto il nome «Energia pulita per tutti gli europei» (anche noto come *Winter package* o *Clean energy package*). Con esso la Commissione, nell'impegnarsi «affinché l'UE non soltanto si adatti alla transizione ma la guidi», ha inteso fissare alle Istituzioni e organismi europei e ai singoli Stati membri tre obiettivi principali: privilegiare l'efficienza energetica, conquistare la *leadership* a livello mondiale nelle energie rinnovabili e garantire condizioni eque ai consumatori¹¹. Le proposte della Commissione hanno inteso incidere su cinque dimensioni: sicurezza energetica, mercato interno dell'energia, efficienza energetica, decarbonizzazione, ricerca, innovazione e competitività.

Un ruolo cruciale nel processo di transizione energetica è svolto, per la loro attitudine a fungere da anello di congiunzione tra la politica energetica e quella ambientale, dalle energie rinnovabili e dall'efficienza energetica¹². L'interazione esistente tra le norme in materia di energia e quelle ambientali trova conferma nella scelta del legislatore

⁹ S. Ferla, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale*, Rimini, 2012.

¹⁰ V. Canazza – C. Checchi, *Winter Package: la maxi-iniziativa per il rilancio delle politiche energetiche europee - Newsletter del GME*, n. 101, febbraio 2017, in www.mercatoelettrico.org.

¹¹ Comunicato stampa del 30 novembre 2016, *Energia pulita per tutti gli europei: liberare il potenziale di crescita dell'Europa*, in ec.europa.eu.

¹² Nel Rapporto dell'European Environment Agency (EEA), *Adaptation challenges and opportunities for the European energy system. Building a climate - resilient low - carbon energy system*, 2019, in www.eea.europa.eu, p. 10, si è infatti ribadito che «all parts of the energy system, from energy production and transformation to its transmission, distribution, storage and demand, can be affected by weather and climate, including long-term climate change. Gradual changes in the climate can affect the availability of important resources such as water for hydropower and for cooling thermal power plants. They can also affect energy demand, in particular in relation to heating cooling and water supply. Weather extremes such as floods and storms can lead to blackouts due to flooding electric substations or windfall on power lines. Sea level rise can threaten coastal and offshore energy infrastructure»

europeo — inaugurata con il «Pacchetto 20-20-20» — di intervenire con un approccio integrato sul settore energetico e su quello ambientale¹³. Il Pacchetto 20-20-20, lo si ricorda, si è sostanziato nell'adozione di due direttive: la Direttiva 2009/29/CE (recepita con il D.lgs. n. 30/2013) e la Direttiva 2009/28/CE (recepita con il D.lgs. n. 28/2011); alle due menzionate Direttive del 2009, nel solco della cornice normativa tracciata dal «Pacchetto 20-20-20», ha poi fatto seguito la Direttiva 2012/27/UE, la quale, nella consapevolezza che l'efficienza energetica «migliora la sicurezza di approvvigionamento dell'Unione, riducendo il consumo di energia primaria e diminuendo le importazioni di energia»¹⁴, è stata adottata in ragione del fatto che «l'obiettivo di efficienza energetica dell'Unione non è in via di realizzazione e che sono necessari interventi decisi per cogliere le notevoli possibilità di risparmio energetico nei settori dell'edilizia, dei trasporti, nei prodotti e dei processi di produzione»¹⁵.

La posizione dell'Italia quanto al raggiungimento degli obiettivi fissati dall'Unione europea con il «Pacchetto 20-20-20» è certamente positiva: nel 2018 la quota di energia da FER sui consumi finali totali è stata pari a circa il 18%, superiore all'obiettivo del 17% assegnato dalla Direttiva 2009/28/CE per il 2020. Tuttavia gli obiettivi del processo di transizione energetica continuano ad essere sempre più sfidanti. L'approccio integrato energia-clima ha trovato una vera consacrazione nell'ambito del pacchetto di misure presentate dalla Commissione europea nel novembre 2016.

Trattasi di otto provvedimenti, improntati, appunto, alla logica integrata energia-clima, che incidono profondamente nel settore energetico nel suo complesso: il Regolamento UE n. 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia, la Direttiva UE 2018/2002

¹³ Al fine di prevedere misure destinate a trovare applicazione per il periodo successivo al Protocollo di Kyoto del 1997, con il Pacchetto in parola è stato fissato, a livello europeo, il triplice obiettivo (da conseguire entro il 2020) di ridurre le emissioni di gas serra del 20%, alzare al 20% la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili e portare al 20 % il risparmio energetico.

¹⁴ Considerando 1 della Direttiva 2012/27/UE.

¹⁵ Considerando 7 della Direttiva 2012/27/UE.

sull'efficienza energetica, la Direttiva UE 2018/2001 sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. Red II), la Direttiva n. 2018/844/UE sulle prestazioni energetiche nell'edilizia, il Regolamento n. 2019/943/UE sul mercato interno dell'energia elettrica, la Direttiva n. 2019/944/UE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, il Regolamento n. 2019/941/UE sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e il Regolamento n. 2019/942/UE sull'istituzione di una Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER). Nei paragrafi che seguono ci si soffermerà, pertanto, su alcune delle più importanti novità introdotte da detti provvedimenti.

3.1. La Direttiva 2018/2001/UE sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. *Red II*): le *Renewable Energy Communities*

La promozione delle energie rinnovabili, all'interno del Pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei», è disciplinata dalla Direttiva 2018/2001/UE. Detta Direttiva, nel considerare che «i regimi di sostegno all'energia elettrica da fonti rinnovabili si sono dimostrati efficaci nel favorirne la diffusione»¹⁶, ha fissato nuovi obiettivi vincolanti per il 2030: il 32% di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Esaminare l'intero contenuto della direttiva non è evidentemente possibile in questa sede. Per questo ci si soffermerà su quello che appare uno dei profili più interessanti e innovativi, rappresentato dalla introduzione delle c.d. Comunità di energie rinnovabili (nel seguito, dall'acronimo in lingua inglese: REC). L'articolo 22 della Direttiva, dopo aver sancito il diritto per i clienti finali dei singoli Stati membri di partecipare all'interno di comunità energetiche, ha imposto ai singoli Stati di assicurare produzione, consumo, conservazione e vendita di energia rinnovabile, stabilendo, altresì, che sia

¹⁶ Considerando 16 della Direttiva 2018/2001/UE.

fornito un quadro di sostegno, così come delineato nella norma medesima, che consenta l'abolizione di ogni ostacolo (formale e sostanziale) per lo sviluppo di siffatte realtà.

È pertanto inevitabile che, dinanzi a tale previsione, se si può dire, “a maglie larghe”, si aprano numerosi e distinti scenari e si configuri, in qualche modo, un futuro del sistema energetico dove le conseguenze dell'apertura del legislatore europeo ad altre forme di utilizzo e produzione del bene “energia”, in qualche modo alternative a quella tradizionale, rappresentino, da un lato, un valore aggiunto e, dall'altro lato, invero, una criticità. Si tratta, pertanto, di comprendere in quali termini lo stesso legislatore europeo si sia preoccupato di individuare i confini della REC, anche perché è proprio innanzi a tali confini che il legislatore italiano, dall'altra parte, deve, in qualche modo, prendere le misure ed adattare quel modello, seppur dai contorni indefiniti, alle forme dettate a livello sovranazionale.

Dinnanzi a tali presupposti, il problema maggiore è, dunque, non tanto comprendere come e in quali termini queste comunità si possano costituire, quanto come, una volta costituite, le stesse comunità si relazionino all'attuale sistema di regolazione dell'intero settore. E non si parla soltanto della veste giuridica che dovranno (potranno) assumere, bensì, più problematicamente, di come debba essere gestito il complesso meccanismo legato al pagamento degli oneri generali di sistema e delle tariffe di rete.

I profili problematici che ne derivano sono diversi e riguardano, in particolar modo: la forma giuridica, ovvero il “vestito” che deve essere indossato dalle REC per soddisfare i requisiti richiesti sia dal legislatore europeo sia da quello nazionale; il regime fiscale che siffatte realtà devono in caso osservare; se sussistano potenziali “barriere” alla estromissione dei membri delle REC. In questo caso specifico, appare evidente come il legislatore europeo abbia in qualche modo lasciato ai singoli Stati membri dell'Unione la facoltà/diritto di auto-organizzazione, trattandosi (ancora) di un fenomeno (quello

della energia autoprodotta), che non può considerarsi, *ratione materiae* e *ratione loci*, soggetto a regolazione sovranazionale.

3.2. Le Direttive 2018/2002/UE e 2018/844/UE: efficienza energetica e prestazioni energetiche nell'edilizia

Il Pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei» non poteva non intervenire in materia di efficienza energetica, la quale «dovrebbe essere riconosciuta quale un elemento essenziale e una considerazione prioritaria nelle decisioni di investimento future per quanto riguarda l'infrastruttura energetica dell'Unione»¹⁷. La Direttiva 2018/2002/UE, nel modificare la Direttiva 2012/27/UE, ha fissato nuovi e più ambiziosi obiettivi per gli Stati membri: il 32,5% di risparmio energetico per il 2030¹⁸.

Tra le più significative novità introdotte dalla Direttiva vi sono le diverse previsioni volte a rafforzare i diritti dei consumatori energetici attraverso il miglioramento degli strumenti di misurazione intelligente dei consumi finali (c.d. *smart metering*). Ciò si pone in perfetta linea di corrispondenza con il dato che «la riduzione della spesa per consumi di energia dovrebbe essere raggiunta aiutando i consumatori a ridurre il loro consumo di energia diminuendo il fabbisogno energetico degli edifici e migliorando l'efficienza degli apparecchi, da combinarsi con la disponibilità di modi di trasporto a basso consumo di energia integrati con il trasporto pubblico e la bicicletta»¹⁹.

L'idea di fondo, rintracciabile anche nella nuova Direttiva²⁰, è quella di configurare il consumatore energetico come un consapevole protagonista nel conseguimento degli obiettivi unionali in materia di efficienza energetica. La “consapevolezza” richiesta al consumatore energetico, però, non richiede solo la reiterazione di comportamenti

¹⁷ Considerando 3 della Direttiva 2018/2002/UE.

¹⁸ Art. 1, par. 2, della Direttiva 2018/2002/UE.

¹⁹ Considerando 25, *ivi*.

²⁰ Sul punto si veda la comunicazione della Commissione del 15 luglio 2015 dal titolo “Un ‘new deal’ per i consumatori di energia” (COM (2015) 0339).

improntanti ad un utilizzo oculato dell'energia (molti dei quali comportamenti sono incentivati)²¹, ma anche la possibilità per questi di verificare i risultati effettivamente conseguiti; una sorta di *feedback* attendibile che possa fungere anche da stimolo nel continuare a prodigarsi per un efficiente utilizzo delle risorse energetiche.

Per questo la nuova direttiva mira ad innalzare i livelli di precisione e di trasparenza degli strumenti di fatturazione e informazione dei consumi energetici, richiedendo agli Stati membri di provvedere affinché i clienti finali possano disporre, a prezzi concorrenziali, di contatori capaci di riflettere il consumo effettivo e, comunque, di informazioni affidabili e precise di fatturazione e consumo, cui accedere gratuitamente.

In tema di efficienza energetica si inserisce anche la Direttiva n. 2018/844/UE la quale, nell'intento di «arrivare a disporre di un parco immobiliare decarbonizzato e ad alta efficienza energetica e garantire che le strategie di ristrutturazione a lungo termine diano luogo ai progressi necessari per la trasformazione degli edifici esistenti in edifici a energia quasi zero»²², ha previsto per gli Stati membri l'adozione di una serie di regole e di obblighi (fornire orientamenti, promuovere un accesso paritario al finanziamento, anche per i segmenti del parco immobiliare nazionale caratterizzati dalle prestazioni peggiori, *etc.*) che sono andati a modificare incisivamente la disciplina in materia.

Non si può non ricordare che, proprio a seguito di quanto già avvenuto con la Direttiva 2010/31/UE, l'Unione ha previsto la possibilità, in sede di ispezione, di valutare il corretto dimensionamento del generatore di calore e di fornire delle indicazioni di risparmio energetico economicamente convenienti. Le ispezioni sugli impianti termici civili, ad esempio, introdotte nel nostro ordinamento, dapprima con la L. n. 10/1991 e, poi, successivamente con il D.lgs. n. 192/2005 e con il D.P.R. n. 74/2013 non sono state

²¹ La funzione di incentivare gli interventi di efficienza energetici e termica è riconosciuta al GSE. Per una descrizione del quadro normativo e, ancor più, per la consultazione dei dati statistici sull'attuale stato degli incentivi in materia di efficienza energetica si rinvia al Rapporto delle attività 2018 del GSE, in www.gse.it.

²² Considerando 9, *ivi*.

soggette ad una valutazione positiva da parte dell'UE, che dovendo considerare *a posteriori* gli effetti di normative pregresse, ha espressamente riconosciuto che «le disposizioni concernenti le ispezioni degli impianti di riscaldamento e di condizionamento d'aria sono risultate inefficienti, in quanto non sono sufficienti a garantire le prestazioni iniziali e continue di tali sistemi tecnici. Perfino soluzioni tecniche per l'efficienza energetica a basso costo, ammortizzabili in tempi molto brevi, quali il bilanciamento idraulico dell'impianto di riscaldamento e l'installazione o la sostituzione delle valvole termostatiche, oggi non sono sufficientemente prese in considerazione»²³.

«Le disposizioni in materia di ispezioni dovrebbero essere modificate per assicurare migliori risultati. Le modifiche richieste dovrebbero porre l'accento sulle ispezioni degli impianti di riscaldamento centralizzato e degli impianti di condizionamento d'aria, anche laddove tali impianti siano combinati con impianti di ventilazione. Dette modifiche dovrebbero escludere i piccoli impianti di riscaldamento, quali i radiatori elettrici e le stufe a legna, quando non raggiungono le soglie di ispezione ai sensi della Direttiva 2010/31/UE, come modificata dalla presente Direttiva»²⁴.

Il tema delle ispezioni, intese come procedimento amministrativo di controllo, è molto rilevante in questa direttiva, se si considera che il legislatore europeo, addirittura modificando le sue precedenti indicazioni in materia (rispettivamente con la Direttiva 2010/31/UE e la 2012/27/UE), ha stabilito come queste debbano essere eseguite sia sugli impianti di riscaldamento sia sugli impianti di condizionamento dell'aria²⁵, in riforma delle precedenti statuizioni; ha stabilito, altresì, che i sistemi di automazione e controllo degli edifici siano in grado di operare una serie di “meccanismi intelligenti” atti a misurare e monitorare l'andamento dell'efficienza energetica degli edifici. È

²³ Considerando 35 della Direttiva UE n. 2018/844/UE.

²⁴ Considerando 35 della Direttiva UE n. 2018/844/UE.

²⁵ Artt. 14 e 15.

evidente come il legislatore europeo abbia deciso di entrare profondamente nel tessuto normativo, già stratificato nel caso italiano, sino ad inciderlo e a creare nuove regole che involgono direttamente le attività di interesse. Del resto, in epoca assai recente, si è assistito allo sviluppo di misure sull'efficienza energetica nel patrimonio edilizio, il c.d. *ecobonus*, prorogato per l'anno 2019, con la L. n. 145/2018.

3.3. Il Regolamento n. 2019/943/UE e la Direttiva n. 2019/944/UE sulle norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica: i poteri delle Autorità di regolazione

Non può prescindersi dall'analisi, seppure sommaria, della Direttiva e del Regolamento sui mercati dell'energia elettrica: rispettivamente, la Direttiva 2019/944/UE ed il Regolamento n. 2019/943/UE.

Partendo dalla prima, si nota difatti come non tanto il legislatore abbia inteso stabilire degli obiettivi in tema di regolazione degli obblighi a carico dei protagonisti della filiera elettrica (ad esempio, l'indipendenza del gestore di sistema di trasmissione, la separazione e la trasparenza nella contabilità, la promozione e l'incentivazione dello stoccaggio), ma anche che gli obblighi posti a carico di tutti coloro che contribuiscono a generare questa filiera siano sempre più delineati e fissati nei loro contorni.

Colpisce — a nostro avviso — soprattutto un passaggio della direttiva, laddove il legislatore europeo insiste nel ribadire che «la separazione proprietaria, la quale implica la designazione del proprietario della rete come gestore del sistema e la sua indipendenza da qualsiasi interesse nelle imprese di fornitura e di produzione, rappresenta chiaramente un modo efficace e stabile per risolvere il suddetto intrinseco conflitto d'interessi e per garantire la sicurezza degli approvvigionamenti»²⁶.

²⁶ Considerando 68.

Non vi è dubbio, infatti, che questi principi, oramai da considerare acquisiti da tempo nell'attuale disciplina che regola tutto il mercato dell'energia, debbano ora nuovamente modellarsi e trovare un rinnovato campo di applicazione nel settore delle fonti rinnovabili e della loro gestione, come è attestato nella stessa Direttiva 2019/944/UE, dove si rimarca «la necessità di organizzare i mercati dell'energia elettrica in modo più flessibile e di integrare pienamente tutti gli attori del mercato, tra cui i produttori di energia da fonti rinnovabili, i nuovi fornitori di servizi energetici, i fornitori di stoccaggio dell'energia e la domanda flessibile».

Tanto a dire che non sia possibile (né lo potrebbe essere), in questa logica “fluida” del divenire del nostro diritto, fermare gli obblighi (*rectius*, gli obiettivi) al raggiungimento di un determinato stato del mercato dell'energia. Piuttosto appare necessario, adesso, convogliare i principi precedentemente dettati in tema di separazione dei “poteri”, al fine di evitare logiche distorsive della concorrenza, verso il mercato delle fonti rinnovabili, incentivandone la regolazione in questa direzione.

Siffatta conclusione è talmente evidente che lo stesso legislatore europeo ha richiamato tutti gli Stati membri a rafforzare il ruolo dei Regolatori nazionali, ivi prevedendo che «le autorità di regolazione dovrebbero essere dotate dei poteri necessari per assumere decisioni vincolanti per le imprese elettriche e per imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle imprese elettriche che non rispettano i loro obblighi o proporre che un tribunale competente imponga tali sanzioni. A tal fine le autorità di regolazione dovrebbero poter richiedere informazioni pertinenti alle imprese elettriche, effettuare opportune e sufficienti indagini e dirimere controversie. Alle autorità di regolazione dovrebbe inoltre essere conferito il potere necessario per adottare, indipendentemente dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza, le misure idonee a garantire vantaggi per il consumatore promuovendo la concorrenza

effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica»²⁷.

Nel nostro sistema, il potere sanzionatorio dell'ARERA, ad esempio, è piuttosto esteso, e tocca diversi settori di propria competenza (si veda, da ultimo, la delibera 250/2019/s/com in tema di violazioni di condizioni contrattuali di fornitura di energia elettrica e gas), o la deliberazione 24/2019/s/com in tema di violazione di obblighi informativi in materia di anagrafiche dell'autorità e di reclami presentati allo sportello per il consumatore energia e ambiente); ma, a ben vedere, pur avendo conosciuto una sua peculiare evoluzione nel tempo, ancora appare passibile di lacune, se, ad esempio, si pensa al potere sanzionatorio di ARERA in rapporto alle funzione del GSE.

Ad esempio, l'art. 11, comma 1, secondo periodo, del D.M. 31 gennaio 2014 contiene un generico richiamo a delle non meglio specificate violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, diversi delle violazioni rilevanti di cui all'Allegato 1 del summenzionato Decreto ministeriale. La disposizione stabilisce, nello specifico, che «al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'allegato 1, qualora il GSE rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate».

Vero è che anche, a tutt'oggi, se la norma successiva, ovvero l'articolo 12 del medesimo Decreto, stabilisce l'onere di informare l'ARERA, nel caso in cui le violazioni, rilevabili ai fini dell'irrogazione delle sanzioni da parte di quest'ultima, siano accertate, di fatto come debba esplicitarsi questo potere sanzionatorio in questo specifico

²⁷ Considerando 84 della Direttiva 2019/944/UE.

procedimento, non è ancora oggetto di puntuale normazione da parte del legislatore italiano.

Né nel Regolamento europeo, in relazione alle strategie operative da attuare strettamente nei mercati degli Stati membri, sembrerebbe riscontrarsi un diverso avviso, perché comunque, di fatto, restano indicazioni assai poco “incisive” su come si debbano estrinsecare questi poteri di controllo (e di connessa sanzione). Per siffatta ragione, trattandosi di soggetti che, per numerose fattispecie del loro agire, sono da considerare “vincolati” (ARERA e GSE), si auspica che, a breve, rientrino in un intervento normativo, di rango primario, che possa loro conferire un potere decisionale/sanzionatorio maggiormente circoscritto e tipizzato nei suoi elementi integrativi.

3.4. Il Regolamento n. 2019/941/UE: il sistema di cooperazione multilivello nella gestione delle crisi di energia elettrica

In un così ampio Pacchetto di riforme del settore energetico non poteva mancare la previsione di una disciplina organica concernente le azioni da porre in essere per prevenire e, nel caso, fronteggiare situazioni di crisi dell’energia elettrica, per tale dovendosi intendere «una situazione esistente o imminente di significativa carenza di energia elettrica quale definita dagli Stati membri e descritta nei piani di preparazione ai rischi, o di impossibilità di fornire energia elettrica ai clienti»²⁸. Tra le ultime misure adottate, in ordine di tempo, per dare attuazione al *Clean energy package*, v’è il regolamento 2019/941/UE.

Sino a prima del suddetto Regolamento, la disciplina sulla preparazione ai rischi nel settore dell’energia elettrica era dettata dalla Direttiva 2005/89/CE, le cui disposizioni

²⁸ Art. 2, n. 9, del Regolamento n. 2019/941/UE.

«sono state in gran parte superate da atti legislativi successivi, in particolare per quanto riguarda le modalità di organizzazione dei mercati dell'energia elettrica al fine di assicurare la disponibilità di capacità sufficiente, il modo in cui i gestori dei sistemi di trasmissione devono collaborare per garantire la stabilità del sistema e l'esistenza di infrastrutture adeguate»²⁹.

Muovendo dalla premessa che «anche in mercati e sistemi ben funzionanti e interconnessi non si può escludere il rischio di una crisi dell'energia elettrica (per effetto di calamità naturali quali condizioni climatiche estreme, attacchi dolosi o penurie di combustibile)»³⁰, il Regolamento 2019/941/UE va a stabilire «un quadro comune di norme sulle modalità di prevenzione, preparazione e gestione delle crisi dell'energia elettrica, migliorando la trasparenza nella fase di preparazione e durante una crisi, e garantendo che le misure siano adottate in modo coordinato ed efficace»³¹.

La “filosofia” che sovrintende al Regolamento in esame è, anche in questo caso, quella di realizzare una sinergica cooperazione tra Istituzioni europee e Stati membri, nonché tra Stati membri; cooperazione che si sostanzia, principalmente, nell'impiego di una metodologia comune — presentata dalla Rete europea dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica (ENTSO) e approvata dall'ACER — per la individuazione degli scenari di crisi a livello regionale e nazionale. Emblematico è l'art. 15, paragrafo 1 che, sotto la rubrica «Cooperazione e assistenza», stabilisce che «gli Stati membri agiscono e cooperano in uno spirito di solidarietà al fine di prevenire e gestire le crisi dell'energia elettrica».

Ma un ulteriore importante elemento di novità introdotto dal Regolamento consiste nella previsione per cui ciascuno Stato membro designi un'autorità nazionale, governativa o

²⁹ Considerando 4 del Regolamento n. 2019/941/UE.

³⁰ Considerando 2 del Regolamento n. 2019/941/UE.

³¹ Considerando 6 del Regolamento n. 2019/941/UE.

di regolazione, come «autorità competente»³². Detta autorità è deputata a cooperare con i vari soggetti coinvolti (gestori dei sistemi di trasmissione, gestori dei sistemi di distribuzione, le autorità di regolazione, la Rete europea dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica (ENTSO) e con i centri regionali di coordinamento ed eventualmente con altri soggetti interessati)³³ nel prevenire e fronteggiare i possibili scenari di crisi energetica.

Tra le principali funzioni attribuite all'Autorità competente rientrano: a) l'individuazione degli scenari nazionali di crisi dell'energia elettrica sulla base degli scenari regionali di crisi individuati dalla Rete europea dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica (ENTSO), secondo la metodologia approvata dall'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia³⁴; b) l'elaborazione, sulla base degli scenari (regionali e nazionali) di crisi dell'energia elettrica, del c.d. Piano di preparazione ai rischi³⁵. Quanto a quest'ultima funzione, giova segnalare che l'efficacia e la coerenza del Piano di preparazione ai rischi elaborato da ciascuna autorità competente è sottoposta alla valutazione della Commissione europea, la quale, previa consultazione del Gruppo di coordinamento per l'energia elettrica (ECG), emette un parere non vincolante con il quale si raccomanda il riesame del Piano³⁶.

Fino al Capo III, le disposizioni del Regolamento n. 2019/941/UE si preoccupano di disciplinare la fase di preparazione alle crisi dell'energia elettrica. Ma qual è la procedura da seguire allorché vi sia l'elevato rischio che si stia per verificare una crisi dell'energia elettrica?

³² Artt. 3 e 4 del Regolamento n. 2019/941/UE.

³³ Per una analisi di simili forme di cooperazione, nella logica della rete di produzione normativa, v. S. Lucattini, *La rete procedimentale europea dell'energia*, in *Munus*, 2015, 15 ss.

³⁴ Art. 7 del Regolamento 2019/941/UE.

³⁵ Il contenuto dei Piani, che devono prevedere sia misure per prevenire, preparare e attenuare crisi energetiche nazionale, sia misure di prevenzione, preparazione e attenuazione di crisi regionali o bilaterali, è disciplinato dagli artt. 11 e 12 del Regolamento 2019/941/UE.

³⁶ Art. 13 del Regolamento 2019/941/UE.

In primo luogo, è previsto che l'Autorità competente dello Stato membro nel quale sussista il rischio serio e concreto che si verifichi una crisi dell'energia elettrica è tenuta ad emettere un preallarme, trasmettendo anche le informazioni sulle cause della possibile crisi dell'energia elettrica, sulle misure programmate o adottate per prevenire una crisi dell'energia elettrica e sull'eventuale bisogno di ricevere assistenza da altri Stati membri; nei casi più gravi, l'autorità competente dichiara lo stato di crisi dell'energia elettrica³⁷. In secondo luogo, è previsto che l'autorità competente trasmetta (entro tre mesi dalla fine della crisi dell'energia) al Gruppo di coordinamento per l'energia elettrica (ECG) e alla Commissione europea una relazione di valutazione *ex post* della crisi³⁸.

3.5. Il Regolamento n. 2019/942/UE: l'Agenzia europea per la regolazione dell'energia
Nel novero dei provvedimenti di cui si compone il Pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei» assume indubbio rilievo anche il Regolamento n. 2019/942/UE sull'istituzione di una Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER)³⁹.

Non è questa la sede per entrare nel dettaglio del Regolamento in esame. Valga, quindi, soltanto ricordare che la rinnovata attenzione del legislatore europeo per l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (istituita con il Regolamento n. 713/2009/CE) trova la sua ragione giustificativa nella finalità di

³⁷ Art. 15 del Regolamento.

³⁸ Art. 17 del Regolamento.

³⁹ V., tra i tanti: L. Ammannati, *L'agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, 675 ss.; G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, 2012; V. Termini, *Dall'armonizzazione al mercato unico: ACER - l'Agenzia europea per la regolazione dell'energia*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 131 ss.; A. Pototschnig – S. Vaona, *Un'agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia: partecipazione e cooperazione strutturale tra le autorità nazionali di regolamentazione nell'interesse dell'Unione attraverso un organismo indipendente*, in F. Merusi – S. Antoniazzi (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017, 153 ss.

incrementare e migliorare il coordinamento tra le autorità di regolazione nell'affrontare le questioni transfrontaliere. Ciò in quanto «l'assenza di coordinamento delle azioni nazionali può ostacolare seriamente il funzionamento del mercato, in particolare nelle zone strettamente interconnesse in cui le decisioni nazionali sogliono avere un impatto tangibile sui Paesi vicini»⁴⁰. In questa prospettiva, dunque, il nuovo Regolamento incide sull'assetto organizzativo e funzionale di questo «organismo dell'Unione dotato di personalità giuridica»⁴¹ ampliando, in modo anche piuttosto significativo, i compiti e le funzioni ad esso spettanti.

3.6. Il Regolamento n. 2018/1999/UE: la nuova *governance* dell'Unione dell'energia

È un dato risaputo quello per cui il settore energetico — sotto il profilo dei soggetti deputati ad operare in esso — è contraddistinto per una *governance* decisamente complessa multilivello⁴². Ciò è vero sia quanto alla potestà legislativa, dal momento che l'energia rientra tra le materie concorrenti tra Unione europea e Stati membri, ai sensi degli artt. 4, lett. i) e 194 TFUE⁴³, e tra quelle concorrenti tra Stato e Regioni ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.⁴⁴, sia quanto alle funzioni amministrative, in quanto vi è una ripartizione di competenze esclusive e concorrenti a più livelli (Stato, Regioni, enti locali), sia ancora dal punto di vista istituzionale, caratterizzato dalla compresenza di funzioni esercitate dal Governo e dal Regolatore indipendente, nonché da altri organismi, quali, oltre al GSE, il Gestore dei mercati energetici (GME), l'Acquirente

⁴⁰ Considerando 4 del Regolamento.

⁴¹ Art. 16 del Regolamento.

⁴² In argomento cfr., tra gli altri, N. Bassi – E. Bruti Liberati – F. Donati, *La "Governance dell'energia", Rapporto per l'Osservatorio sulla politica energetica*, Roma, 20 novembre 2012; Italiadecide, *Rapporto 2011-2012. Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese*, Bologna, 2012; L. Chieffi – F. Pinto, (a cura di), *Il governo dell'energia dopo Fukushima. Indirizzi europei ed evoluzione delle politiche nazionali*, Napoli, 2013.

⁴³ R. Miccù, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in R. Miccù (a cura di), *Multilevel regulation and government. Implementation of the «Third Package» and promotion of renewable energy*, Napoli, 2016, 3 ss.

⁴⁴ A. Colavecchio, *La materia "energia" tra "nuovo" e "nuovissimo" Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 358 ss.

unico (AU), la Ricerca per il sistema energetico (RSE), i gestori delle reti di trasmissione (TSO, secondo l'acronimo dall'inglese): Terna e Snam.

Nei settori energetici, la complessità della *governance* è aumentata nel tempo anche per la crescente europeizzazione ed integrazione dei mercati, con un trasferimento di responsabilità e di poteri dal livello nazionale ad istituzioni e ad organizzazioni sovranazionali, quali la Commissione europea e l'ACER. Non solo rispetto alla definizione dei macro-obiettivi di politica energetica ed ambientale, ma anche con riferimento alla scelta degli strumenti e alla definizione delle regole, il processo decisionale si è, nel tempo, evoluto verso un modello di collaborazione e coordinamento sovranazionale.

In questa direzione muove, in forte discontinuità con il passato, il Regolamento sulla *governance* dell'Unione dell'energia n. 2018/1999/UE, uno dei pilastri dell'Unione per l'energia, che instaura un meccanismo di coordinamento delle politiche energetiche e ambientali dei singoli Stati membri, volto a garantire il raggiungimento degli obiettivi energia-clima stabiliti a livello europeo per il 2030. Il Regolamento in parola, infatti, «stabilisce la necessaria base legislativa per una *governance* inclusiva, efficace sotto il profilo dei costi, trasparente e prevedibile che garantisca il conseguimento degli obiettivi e dei traguardi a lungo termine fino al 2030 dell'Unione dell'energia, in linea con l'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici»⁴⁵.

Ad uno sguardo attento non sfugge che la nuova *governance* dell'Unione dell'energia presuppone: a) una stretta «cooperazione regionale»⁴⁶, al punto che «ogni Stato membro dovrebbe avere la possibilità di presentare osservazioni sui piani nazionali integrati per l'energia e il clima degli altri Stati membri prima della loro definizione finale, in modo da evitare incongruenze ed eventuali effetti negativi su altri Stati membri e garantire il

⁴⁵ Considerando 1 del Regolamento n. 2018/1999/UE.

⁴⁶ L'art. 12 del Regolamento è specificamente dedicato alla Cooperazione regionale.

conseguimento collettivo degli obiettivi comuni»⁴⁷; b) una «cooperazione tra gli Stati membri e Unione»⁴⁸. Lo strumento principale di realizzazione della cooperazione regionale ed europea è stato individuato nei c.d. Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima (PNIEC). Per vero, l'intero meccanismo di *governance* è basato sui Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima destinati a coprire periodi di dieci anni a partire dal decennio 2021-2030⁴⁹.

Il Regolamento non contiene una «definizione nozionistica» dei Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima, ma piuttosto una «definizione descrittiva», la quale è principalmente desumibile nel Considerando 25 e negli articoli 3 e 4 del Regolamento n. 2018/1999/UE. Da essi si evince che tali Piani — chiamati a prendere come riferimento temporale un periodo di dieci anni (2021-2030) — devono fornire una panoramica del sistema energetico e dell'assetto programmatico correnti nel singolo Stato membro (c.d. *parte ricognitiva*), stabilire gli obiettivi nazionali per ciascuna delle cinque dimensioni dell'Unione dell'energia (c.d. *parte pianificatoria*) e prevedere le misure volte a consentire il raggiungimento di tali obiettivi (c.d. *parte programmatica*).

Il legislatore europeo — oltre che alla struttura e al contenuto⁵⁰ — si è fatto carico di dettare una puntuale disciplina del procedimento che gli Stati membri sono chiamati a rispettare nella predisposizione dei loro Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima. All'esito di una consultazione pubblica, detti piani devono essere trasmessi alla Commissione in forma provvisoria (c.d. Proposta di Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima)⁵¹. Soltanto dopo la trasmissione della Proposta — valutata dalla Commissione, che può rivolgere raccomandazioni⁵² — lo Stato membro è tenuto a

⁴⁷ Considerando 31.

⁴⁸ Art. 41 del Regolamento in esame.

⁴⁹ Art. 1, par. 2, del Regolamento n. 2018/1999/UE.

⁵⁰ Artt. 3, 4, 5, 6, 7 e, del Regolamento n. 2018/1999/UE.

⁵¹ Art. 9 del Regolamento.

⁵² Art. 9, parr. 2, 31 e 34, del Regolamento.

notificare alla Commissione il proprio Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima «entro il 31 dicembre 2019, quindi entro il 1° gennaio 2029 e successivamente ogni dieci anni»⁵³.

Ma i Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima non sono l'unico strumento di cooperazione regionale. Ad essi, infatti, si affianca un ulteriore documento destinato ad operare su una base temporale più ampia: la c.d. Strategia a lungo termine. Anche in questo caso manca una definizione. È comunque previsto che ciascuno Stato membro elabori e comunichi alla Commissione, entro il 1° gennaio 2020 e quindi entro il 1° gennaio 2029 e successivamente ogni 10 anni, la propria strategia a lungo termine in una prospettiva di almeno 30 anni⁵⁴.

Gli strumenti di cooperazione summenzionati si sarebbero potuti tradurre in atti contenenti mere enunciazioni e formule propagandistiche, nient'affatto seguite da azioni capaci di assicurare il conseguimento degli obiettivi dell'Unione dell'energia al 2030. Ecco che per evitare un simile inconveniente, il Regolamento ha dedicato l'intero Capo IV a dettare la disciplina di un articolato «sistema di interazione», che prevede l'obbligo dei singoli Stati membri di trasmettere, a scadenze prestabilite e avvalendosi di una piattaforma *online*⁵⁵, delle relazioni e delle comunicazioni preordinate ad informare la Commissione in merito allo stato di avanzamento dei loro Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima (ad es., Relazioni intermedie nazionali integrate sull'energia e il

⁵³ Art. 1 del Regolamento.

⁵⁴ Le Strategie a lungo termine sono atti contenenti misure inerenti: il totale delle riduzioni delle emissioni di gas a effetto serra e degli aumenti degli assorbimenti tramite pozzi di assorbimento; le riduzioni delle emissioni e l'aumento dell'assorbimento nei singoli settori, fra cui energia elettrica, industria, trasporti, il settore del riscaldamento, raffreddamento e dell'edilizia (residenziale e terziario), agricoltura, rifiuti e destinazione del suolo, cambiamenti di destinazione del suolo e silvicoltura (LULUCF); i progressi attesi nella transizione verso un'economia a basse emissioni di gas a effetto serra, compresa l'intensità dei gas serra, l'intensità di CO₂ del prodotto interno lordo, le relative stime degli investimenti a lungo termine, e le associate strategie di ricerca e sviluppo e innovazione; l'effetto socioeconomico previsto delle misure di decarbonizzazione inclusi, tra l'altro, gli aspetti relativi allo sviluppo macroeconomico e sociale, ai rischi e benefici sanitari e alla tutela ambientale; i collegamenti con altri programmi e obiettivi nazionali a lungo termine e con altre politiche, misure e investimenti

⁵⁵ Art. 28 del Regolamento in esame.

clima, Comunicazioni integrate sulla politica e misure relative ai gas a effetto serra e sulle proiezioni, Comunicazioni integrate relative all'energia rinnovabile, Comunicazioni integrate sull'efficienza energetica, Comunicazioni integrate sul mercato interno dell'energia, Relazione annuale, Relazione sugli obiettivi 2020, *etc.*).

Il predetto «sistema di interazione» non è, ovviamente, fine a sé stesso. Le relazioni e le comunicazioni che gli Stati membri sono tenuti a trasmettere sono strumentali a consentire alla Commissione europea di valutare i progressi di ogni singolo Stato membro nell'attuazione dei rispettivi Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima e Strategie di lungo termine, nonché i relativi impatti⁵⁶ e, nel caso di incoerenze⁵⁷ o insufficienze⁵⁸ con gli obiettivi unionali, formulare raccomandazioni agli Stati membri.

Tra le previsioni di rilievo — specie se guardate dall'angolo visuale in cui questo lavoro si pone — v'è l'obbligo di ciascuno Stato membro di mantenere inalterata la quota di energie rinnovabili fissata per il 2020⁵⁹, con la conseguenza che, qualora una simile quota dovesse subire variazioni negative, lo Stato membro è tenuto ad adottare misure supplementari⁶⁰ per colmare il divario rispetto agli obiettivi 2020. A tal proposito, è previsto che la Commissione, entro il 1° gennaio 2021, istituisca un Meccanismo unionale di finanziamento per l'energia rinnovabile, il quale nel prevedere bandi di gara per nuovi progetti in materia di energia rinnovabile, consentirà agli Stati membri che

⁵⁶ Art. 41 del Regolamento.

⁵⁷ Art. 30.

⁵⁸ Art. 31.

⁵⁹ Art. 32, par. 4.

⁶⁰ Le misure supplementari sono individuate: a) nelle misure nazionali volte ad aumentare la diffusione dell'energia rinnovabile; b) l'adeguamento della quota di energia da fonti rinnovabili nel settore del riscaldamento e raffreddamento; c) l'adeguamento della quota di energia da fonti rinnovabili nel settore dei trasporti; d) un pagamento finanziario volontario al meccanismo di finanziamento dell'Unione per l'energia rinnovabile istituito a livello unionale per contribuire a progetti in materia di energia da fonti rinnovabili gestiti direttamente o indirettamente dalla Commissione; e) l'utilizzo dei meccanismi di cooperazione previsti dalla Direttiva 2018/2001/UE.

non dovessero mantenere invariati gli obiettivi 2020 in tema di energie rinnovabili di colmare il divario⁶¹.

Da quanto sin d'ora rilevato, se ne ricava che la nuova configurazione della *governance* dell'Unione dell'energia possa essere in grado di consentire agli Stati membri — in cooperazione tra di loro e in cooperazione con la Commissione — di avviarsi verso il tempestivo conseguimento dei nuovi, più sfidanti, obiettivi 2030 nelle cinque dimensioni della politica energetica europea.

4. Dalla Strategia Energetica Nazionale (SEN 2017) al Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e la Strategia di lungo termine: struttura, contenuto e natura giuridica

Gli strumenti attraverso i quali si estrinseca la cooperazione tra Stati membri e Istituzioni europee in ambito energetico — sulla base del quadro ordinamentale appena esaminato — sono il Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e la Strategia a lungo termine

Trattasi di uno “schema” di strumenti contraddistinto da elementi di novità e di rilevante impatto. Sino a prima dell'adozione del Regolamento n. 2018/1999/UE lo strumento di pianificazione e programmazione delle azioni e delle misure che lo Stato italiano si impegnava ad adottare per il raggiungimento degli obiettivi unionali in ambito energetico era costituito dalla Strategia Energetica Nazionale (SEN)⁶².

Il primo fondamento normativo di tale strumento era rinvenibile nell'art. 7 del D.lg. n. 112/2008, convertito nella L. n. 133/2008. Successivamente, la SEN era stata disciplinata dall'art. 5, comma 8, del D.lg. n. 34/2011, convertito nella L. 26 maggio

⁶¹ Art. 33 del Regolamento.

⁶² In argomento, v. i contributi raccolti da L. Carbone – G. Napolitano – A. Zoppini (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2019. La Strategia Energetica Nazionale. Governance e strumenti di attuazione*, Bologna, 2020.

2011, n. 75. A seguito del *referendum* del 2011, il citato art. 5 è stato abrogato, così da far venire meno il fondamento giuridico della SEN. Malgrado ciò, sono state adottate due SEN: la prima, con Decreto interministeriale dell'8 marzo 2013 e la seconda con Decreto ministeriale del 10 novembre 2017.

Traducendosi in un atto prevalentemente ricognitivo degli obiettivi unionali, la SEN non ha posto particolari problemi quanto alla compatibilità dei suoi contenuti con l'ordinamento europeo; così come non dovrebbero porsi neppure con riguardo al Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e alla Strategia di lungo termine, che dovranno essere adottati dall'Italia, assorbendo, di fatto, la SEN.

L'8 gennaio 2019 è stata inviata alla Commissione europea la proposta italiana del Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC). Trattasi di un articolato documento di 237 pagine, suddiviso in due Parti (Parte 1 – “Quadro generale” e Parte 2 – “Elenco dei parametri e delle variabili da riportare della sezione B dei piani nazionali”), le quali si compongono, poi, di una Sezione A – “Piano Nazionale” e di una Sezione B – “Base analitica”. A loro volta, la Sezione A) si compone di 3 macro-paragrafi e di 27 sotto-paragrafi, nei quali sono descritti la situazione politica attuale nel settore energetico italiano, gli obiettivi che l'Italia si impegna a conseguire entro il 2030 e le misure da adottare per il conseguimento degli stessi; la Sezione B) si compone, invece, di due macro-paragrafi e di 15 sotto-paragrafi, in cui si dà atto delle attuali dimensioni del settore energetico nazionale, del livello di emissioni di gas ad effetto serra, nonché dell'impatto che le misure previste potranno essere in grado di produrre.

Gli obiettivi indicati nella proposta del PNIEC consistono: a) nella produzione di una percentuale di energia da FER nei Consumi Finali Lordi di energia pari al 30%, in linea con gli obiettivi previsti per il nostro Paese dalla UE; b) nella produzione di una quota di energia da FER nei Consumi Finali Lordi di energia nei trasporti del 21,6%, a fronte

del 14% previsto dalla UE; c) nella riduzione dei consumi di energia primaria rispetto allo scenario PRIMES 2007 del 43%, a fronte di un obiettivo UE del 32,5%; d) nella riduzione dei gas serra, rispetto al 2005, per tutti i settori non ETS del 33, a fronte di obiettivo UE del 30%.

Ora, si è detto che la SEN non ha posto problemi quanto ai contenuti. Di contro, si è questionato attorno alla sua natura giuridica, giungendosi ad affermare — condivisibilmente — che la stessa fosse suscettibile di essere ascritta nella categoria degli «atti politici»⁶³. Stante l'assorbimento della SEN nel PNIEC e nella Strategia a lungo termine⁶⁴, la domanda che occorre porsi è la seguente: la qualificazione di «atto politico» può estendersi *de plano* anche al Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e alla Strategia a lungo termine? La risposta è tutt'altro che agevole. Tuttavia sembra possibile rintracciare diversi elementi che depongono per una natura diversa rispetto a quella di «atto politico»⁶⁵.

Cominciando dagli elementi negativi, che sembrano escluderne la natura di «atto politico». In primo luogo, la circostanza che il Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e la Strategia di lungo termine, diversamente dalla SEN, trovano la loro legittimazione giuridica in un'ampia cornice legislativa (per di più di rango sovranazionale) che ne prevede l'obbligo di adozione. In secondo luogo, la esplicita previsione, diversamente dalla SEN, di una articolata e puntuale procedura per la loro adozione. In terzo luogo, la non rintracciabilità di quella libertà di fini che è propria degli atti politici: gli Stati membri sono infatti vincolati a perseguire gli obiettivi fissati

⁶³ Sull'argomento, v. G. Vercillo, *Procedimento di formazione e natura giuridica della SEN*, in L. Carbone – G. Napolitano – A. Zoppini (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2019. La Strategia Energetica Nazionale. Governance e strumenti di attuazione*, cit., 97 ss.

⁶⁴ Al considerando 25 del Regolamento si legge che gli Stati membri possono basarsi sulle strategie o sui piani nazionali esistenti.

⁶⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che l'atto politico è quello adottato da un organo costituzionale (elemento soggettivo) e connotato dalla libertà di fine e dall'assenza di parametri giuridici alla stregua dei quali poterne verificare la legittimità.

dalla normativa europea, sebbene godano di ampia discrezionalità quanto alla scelta delle misure da adottare.

Da qui, dunque, la possibile sussumibilità del Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e della Strategia di lungo termine in una categoria diversa dagli atti politici. Ma quale? Deve escludersene la natura regolamentare. Difatti, il PNIEC e la Strategia a lungo termine non possono ascrivere alla categoria dei regolamenti adottati *ex art. 17, comma 1, lett. a)*, della L. n. 400/1988 per dare esecuzione a Regolamenti comunitari. Una simile qualificazione richiederebbe, infatti, il rispetto di specifici requisiti di forma (Decreto del Presidente della Repubblica) e di una puntuale procedura (deliberazione del Consiglio dei Ministri e parere del Consiglio di Stato).

Per converso, la Proposta di PNIEC è stata comunicata alla Commissione europea dal Ministero dello Sviluppo Economico, così che la versione definitiva di essa sarà plausibilmente adottata con decreto interministeriale. Se così fosse (com'è probabile che sia), si potrebbe essere tentati di riconoscere a tali atti una natura comunque regolamentare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della L. n. 400/1988: *id est*, regolamenti interministeriali adottati dal Ministero dello Sviluppo Economico e dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare nell'esercizio di funzioni statali loro attribuite⁶⁶.

Senonché, anche una simile opzione interpretativa non pare propugnabile per (almeno) due ordini di ragioni. In primo luogo, perché anche i regolamenti adottati nella forma di decreti ministeriali e interministeriali (oltre al visto e alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) presuppongono la previa comunicazione al Consiglio dei Ministri e il parere del Consiglio di Stato; requisiti che — fino ad oggi — non sembrerebbero integrati. In secondo luogo, perché le previsioni contenute nel PNIEC, così come quelle che saranno

⁶⁶ L'adozione dei decreti interministeriali sarebbe giustificata, per il MiSE, dall'art. 28 del D.lgs. n. 300/1999 e per il MIBCAT dall'art. 35, comma 2, del D.lgs. medesimo.

inserite nella Strategia a lungo termine, si traducono in linee generali d'azione che, per essere prive di autosufficienza, non sono in grado di innovare l'ordinamento giuridico, come invece richiesto ai decreti ministeriali o interministeriali aventi natura regolamentare.

Si può quindi ritenere che il PNIEC e la Strategia a lungo termine possano essere qualificati come «atti di alta amministrazione»⁶⁷, assolvendo a quella «funzione di raccordo tra il momento politico e quello amministrativo»⁶⁸.

Di tali atti, invero, sembrano presentare (a differenza della SEN) i tratti indefettibili: a) sono destinati ad atteggiarsi a primo momento attuativo, anche se per linee generali, dell'indirizzo politico in materia energetica; b) sono inoltre espressione di un potestà che, seppur ampiamente discrezionale nella individuazione delle misure, è vincolata nei fini da perseguire (pianificare e prevedere le misure che dovranno essere adottate per il conseguimento degli obiettivi unionali nel settore energetico); c) sono soggetti al principio di legalità, dovendo essere adottati ed aggiornati entro determinati termini, recare un certo contenuto e rispettare regole procedimentali; d) sono adottati alla luce di «riferimenti giuridici» (i regolamenti e le direttive di cui si compone *Clean energy package*) che, oltre a costituire l'antecedente logico-giuridico della loro genesi, assurgono anche a parametri rispetto ai quali valutare l'idoneità del loro contenuto ad assicurare il raggiungimento degli obiettivi vincolanti previsti dalla normativa euro-unitaria.

⁶⁷ In argomento, v. G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973; C. Tubertini, *Atti politici e di alta amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, I, 516 ss.

⁶⁸ TAR Lazio, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223; Cons. St., Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502.

5. Il GSE nel sistema energetico nazionale: natura giuridica del soggetto e carattere delle funzioni (anche in relazione ad un nuovo possibile ruolo nel processo di transizione energetica)

Si è rilevato, in apertura del presente lavoro, che la “storia” del GSE è contraddistinta da un continuo ampliamento e da una notevole diversificazione dei compiti assegnati allo stesso come conseguenza dell’evoluzione normativa europea e nazionale relativa al settore energetico.

Il Pacchetto energia pulita per tutti gli europei impone quindi di interrogarsi sul ruolo che il GSE potrà essere chiamato a svolgere al fine di favorire il processo di transizione energetica. Come prima cosa, però, pare utile comprendere quale sia la categoria soggettiva all’interno della quale lo stesso possa essere ricondotto. Il GSE deve considerarsi una pubblica amministrazione o piuttosto un ente di diritto privato?

Una risposta ferma e draconiana non sembra possibile. A favore della tesi della natura di pubblica amministrazione depongono diversi elementi. È un dato oramai acquisito che la nozione di «pubblica amministrazione», configurandosi come un fenomeno connesso alle evoluzioni e ai mutamenti cui è esposto il tessuto sociale e culturale della comunità organizzata, è destinata ad essere tutt’altro che “statica” e “immutabile”⁶⁹.

Muovendo dall’assunto secondo cui la pubblica amministrazione (*sotto un profilo soggettivo*) costituisce l’insieme delle figure organizzative in cui si articolano gli apparati pubblici, mentre (*sotto un profilo oggettivo*) si sostanzia nell’esercizio di funzioni preordinate alla cura concreta dell’interesse pubblico⁷⁰, si è da tempo autorevolmente affermato che per essa è da intendersi un «complesso di soggetti e di

⁶⁹ V. le considerazioni lungimiranti di M.S. Giannini, *Il problema dell’assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell’attuale momento*. Convegno di studi su «*Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature*» (Napoli 20-21 ottobre 1973), in *Rass. giur. ENEL*, 1974, 23 ss. e di V. Cerulli Irelli, “Ente pubblico”: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, 499 ss. Più di recente il tema connesso alle difficoltà di delimitare l’esatto perimetro della pubblica amministrazione è affrontato da B.G. Mattarella, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 61 ss.

⁷⁰ G. Napolitano, *Pubblica amministrazione in Italia*, in *Libro dell’anno*, www.treccani.it, 2009.

strutture»⁷¹ deputate a porre in essere «quella serie di azioni ad utilità di tutta la società politica, eseguita per autorità sovrana o delegata sopra le materie appartenenti a tutta la società medesima»⁷². A ben vedere, già da questa definizione si desume la intrinseca attitudine della p.a. a configurarsi come nozione “aperta”; *id est*, idonea a ricomprendere, di volta in volta, un numero affatto rigido e predeterminato di entità organizzative.

La vocazione «a geometrie variabili» della pubblica amministrazione ha trovato definitiva conferma per effetto della pervasiva influenza che, in un sistema giuridico multilivello, l'ordinamento euro-unitario sortisce sugli ordinamenti dei singoli Stati membri e dei processi di privatizzazione che nei primi anni '90 hanno determinato in Italia la trasformazione in società per azioni dei più importanti enti pubblici economici⁷³.

Il diritto europeo, invero, nel considerare neutrale e, in certo senso, irrilevante la forma giuridica rivestita da un determinato soggetto, predilige un approccio teleologico volto ad accordare prevalenza all'aspetto funzionale: assume, quindi, carattere dirimente l'esercizio di funzioni amministrative dirette a perseguire interessi pubblici⁷⁴.

Ed è proprio in aderenza a tale impostazione, che la giurisprudenza nazionale è giunta ad affermare che «ai fini dell'identificazione della sostanziale natura pubblica di un soggetto, la forma societaria è neutra»⁷⁵. Ne è discesa la convinzione del giudice nazionale che «la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può

⁷¹ F.G. Scoca, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. Mazzaroli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 459.

⁷² G.D. Romagnosi, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, Firenze, 1939, 359.

⁷³ Sul processo di privatizzazione si rinvia all'ampio e analitico studio condotto in materia da Ricerche e Studi S.p.A. – Ufficio studi Mediobanca, *Le privatizzazioni in Italia dal 1992*, in www.mbres.it, 2000.

⁷⁴ In argomento, per un più ampio approfondimento, tra gli altri, v. D. Sorace, *L'ente pubblico fra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 357 ss.; A. Sciortino, *Qualche osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario*, *ivi*, 1994, 389 ss.; S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 915 ss.; J.A. Moreno Molina, *Le distinte nozioni comunitarie di amministrazione pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 561 ss.; M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000.

⁷⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2434, in www.giustizia-amministrativa.it.

ritenersi fissa e immutabile. Al contrario, dovendosi ammettere che l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico; si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi privatistici»⁷⁶.

Il pacifico accoglimento di una nozione dinamica di pubblica amministrazione, unita all'esigenza di stabilire, caso per caso, quando un soggetto possa essere considerato di natura pubblicistica, hanno determinato l'insorgere dell'esigenza (affatto secondaria) di individuare l'approccio attraverso cui comprendere, in maniera coerente con i principi e le categorie dogmatiche che sovrintendono al diritto amministrativo, quand'è che un soggetto possa considerarsi, effettivamente, pubblico.

La soluzione individuata dalla giurisprudenza è stata quella del c.d. esame per "test" degli indici sintomatici della pubblicità. Ai fini della ascrivibilità di un soggetto giuridico nella categoria della pubblica amministrazione occorre abbandonare l'impiego di criteri formali e di rigide classificazioni normative, per ricorrere ad un esame prognostico finalizzato ad accertare la sussistenza degli indici di pubblicità, i quali vengono correntemente individuati nell'istituzione per legge, nell'esercizio di funzioni amministrative e nel connesso perseguimento di interessi pubblici, nell'influenza esercitata sul soggetto da organi dello Stato, *etc.*

Non è un caso che a questo riguardo, il Giudice amministrativo abbia stabilito che «gli indici sintomatici e non necessariamente cumulativi della pubblicità sono rappresentati, in particolare: dall'istituzione per legge e dalla costituzione ad iniziativa pubblica; dal rapporto di strumentalità con lo Stato o ente territoriale, che implica l'esercizio di poteri di indirizzo e controllo; dal finanziamento pubblico; da fine di interesse pubblico che

⁷⁶ Cons. St., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in www.giustizia-amministrativa.it.

deve essere perseguito; dall'attribuzione di poteri pubblici»⁷⁷. Ebbene, con riferimento al GSE sembrano ricorrere tutti gli indici sintomatici della natura di pubblica amministrazione.

In primo luogo, l'istituzione per legge, dal momento che il GSE — come si ha avuto modo di anticipare — è stato istituito *ex lege* per iniziativa del Ministero dello Sviluppo Economico (già Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato) in base all'art. 3 del D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (c.d. decreto “Bersani”), sia pure con l'originaria denominazione di Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale (GRTN)⁷⁸. Pertanto, dal momento che l'art. 4 della L. n. 70/1975 dispone che nessun nuovo ente pubblico possa essere istituito o riconosciuto se non per legge e considerato che la giurisprudenza amministrativa ha affermato come «la c.d. nozione funzionale di ente pubblico non contrasta con la previsione contenuta nell'art. 4 della legge n. 70 del 1975, in quanto essa non postula che un soggetto possa essere qualificato come “pubblico” a prescindere dall'esistenza di una base legislativa che sottoponga quel soggetto ad un regime pubblicistico»⁷⁹, può affermarsi che per il GSE sussiste il primo degli indici sintomatici della pubblicità.

In secondo luogo, il rapporto di strumentalità con lo Stato. L'istituzione del GSE trova la sua ragione giustificatrice – come s'è detto – nell'esigenza di svolgere delle funzioni

⁷⁷ Cons. St., Sez. VI, 26 luglio 2016, n. 3387, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁸ L'art. 1 del D.P.C.M. 11 maggio 2004, recante “Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione”, ha disposto che «Entro il 31 ottobre 2005 sono trasferiti a Terna S.p.a., eventualmente anche attraverso conferimento, le attività, le funzioni, i beni, i rapporti giuridici attivi e passivi - ivi inclusa la titolarità delle convenzioni di cui all'art. 3, commi 8, 9 e 10, del decreto legislativo n. 79 del 1999 - facenti capo a GRTN S.p.a. ad eccezione di:

a) beni, rapporti giuridici e personale afferenti alle funzioni di cui all'art. 3, commi 12 e 13, e di cui all'art. 11, comma 3, del decreto legislativo n. 79 del 1999, nonché le attività correlate di cui al decreto legislativo n. 387 del 2003;

b) le partecipazioni detenute nelle società Gestore del Mercato Elettrico S.p.a. ed Acquirente Unico S.p.a.;

c) gli eventuali oneri, ed i relativi eventuali stanziamenti di copertura, di natura risarcitoria e sanzionatoria per le attività poste in essere - fino alla data di efficacia del trasferimento di cui al presente comma - dallo stesso GRTN S.p.a. [...]. Il trasferimento di cui al comma 1 avviene a titolo oneroso. [...] Alla data di efficacia del trasferimento di cui al comma 1, Terna S.p.a. assume la titolarità e le funzioni di Gestore di cui all'art. 3, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 79 del 1999. Con effetto dalla medesima data, GRTN S.p.a. e Terna S.p.a. provvedono a modificare le rispettive ragioni sociali».

⁷⁹ Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043, in www.giustizia-amministrativa.it.

strumentalmente idonee a consentire allo Stato italiano di onorare gli impegni, europei e internazionali, assunti nell'ambito del settore dell'energia; funzioni di cui è attributario per effetto di un «processo di esternalizzazione»⁸⁰ di funzioni tipicamente amministrative. La più accreditata giurisprudenza ha statuito che le società strumentali sono destinate a produrre beni e servizi finalizzati alle esigenze dell'ente pubblico, differenziandosi in questo dalle altre società pubbliche che, invece, producono beni o servizi destinati agli utenti finali (consumatori o utenti)⁸¹. Ne discende che il GSE è una società strumentale: la sua strumentalità rispetto al perseguimento di un interesse pubblico risiede nel fatto che essa è chiamata a rendere un servizio preordinato a soddisfare, *in via immediata e diretta*, l'esigenza dell'amministrazione pubblica controllante e vigilante (il Ministero dell'Economia e delle Finanze e il Ministero dello Sviluppo Economico) di garantire che venga immessa nella rete elettrica nazionale una certa quota di "energia pulita" e solo, *in via mediata e indiretta*, l'interesse degli operatori a conseguire gli incentivi economici previsti dalla legge per quanti siano titolari di impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile⁸².

⁸⁰ Sull'argomento, v. A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e funzioni amministrative*, Riv. Corte Conti, 2004, 276 ss. e *Id.*, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; nonché i due Rapporti curati dall'Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione (IRPA), *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2007 e *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2009.

⁸¹ Cons. St., Ad. Pl., 4 agosto 2011, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸² In questo senso depono l'art. 4 dello Statuto "Oggetto della società", ai sensi del quale «la società, nello svolgimento della propria attività, provvede a: a) ritirare l'energia elettrica di cui al comma 3 dell'articolo 22 della legge 9 gennaio 1991, n. 9, offerta dai produttori a prezzi determinati dall'ARERA in applicazione del criterio del costo evitato; b) acquisire l'energia elettrica ed i relativi diritti di cui al Titolo IV, lettera b), del provvedimento CIP n. 6/1992; c) cedere al mercato l'energia acquisita ai sensi delle precedenti lettere a) e b); d) qualificare gli impianti alimentati da fonti rinnovabili e gli impianti di cogenerazione abbinati al teleriscaldamento nonché effettuare il riconoscimento della cogenerazione ad alto rendimento; e) rilasciare la garanzia d'origine dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, nonché da impianti di cogenerazione ad alto rendimento; f) emettere i certificati verdi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nonché da impianti di cogenerazione abbinati al teleriscaldamento; g) acquisire i diritti relativi agli impianti di cui all'art. 3, comma 7 della legge 14 novembre 1995 n. 481 e collocare sul mercato elettrico i "certificati verdi" relativi ai medesimi impianti; h) tenere ed aggiornare il registro degli operatori abilitati alle transazioni dei "certificati verdi"; i) identificare gli impianti alimentati da fonti rinnovabili nonché gestire ed emettere le certificazioni di origine per i suddetti impianti, relativamente alla composizione del mix energetico utilizzato, ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 125 e del decreto ministeriale 31 luglio 2009; j) effettuare le verifiche ed i controlli sulle autocertificazioni dei soggetti tenuti all'adempimento degli obblighi di cui all'art. 11 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e sull'adempimento degli obblighi; k)

In terzo luogo, l'esercizio di poteri di indirizzo e controllo da parte del Ministero dell'economia e delle Finanze e del Ministero dello Sviluppo Economico, il perseguimento di finalità di interesse pubblico e l'attribuzione di poteri pubblici. Come desumibile dall'art. 4 dello Statuto, il GSE svolge, infatti, le attività di cui all'oggetto sociale nel rispetto delle norme vigenti e in conformità agli indirizzi strategici ed operativi definiti dal Ministero dello Sviluppo Economico, mentre ai sensi degli artt. 15 e 17 del medesimo Statuto i membri del Consiglio di amministrazione e il Collegio sindacale sono nominati dall'assemblea dei soci: vale a dire dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, in qualità di azionista unico⁸³. Per giunta, la finalità perseguita dal GSE è di indubbio interesse pubblico, dovendosi identificare nel contribuire a migliorare – mediante l'incentivazione degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile – le condizioni di salubrità dell'ambiente (art. 9 Cost.) e quelle della qualità della salute pubblica (art. 31 Cost.). E nel perseguimento di tale finalità, il GSE

effettuare le verifiche ed i controlli sugli impianti alimentati da fonti rinnovabili e sugli impianti di cogenerazione, inclusi quelli abbinati al teleriscaldamento; l) effettuare le segnalazioni all'ARERA previste dal decreto legislativo 29 dicembre 2003 n. 387 per i provvedimenti conseguenti; m) svolgere i compiti di cui all'art. 3, comma 15, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche ed integrazioni; n) effettuare le verifiche previste ai fini del riconoscimento ai produttori della produzione combinata di energia elettrica e calore come cogenerazione disciplinate dall'ARERA ai sensi dell'articolo 2, comma 8, del decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79 e successive modifiche e integrazioni; o) fornire supporto per lo svolgimento dei servizi specialistici in campo energetico alle Amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; p) espletare attività in avvalimento dell'ARERA per il rafforzamento delle funzioni relative alla tutela dei consumatori di energia, anche con riferimento alle attività di cui all'art. 2, comma 12 lett. l) e m) della legge 14 novembre 1995, n. 481, nonché per l'esecuzione di attività tecniche sottese all'accertamento e alla verifica dei costi posti a carico dei clienti come maggiorazioni e ulteriori componenti del prezzo finale dell'energia».

⁸³ Per un inquadramento generale sulla portata dei poteri esercitati dalle amministrazioni in senso tradizionale sulle società pubbliche, v. R. Ravà, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1933, 333 ss.; G. Verucci, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1965, 35 ss.; F.A. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, 258 ss., V. Donativi, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali*, in *Riv. società*, 1998, 1258 ss.; *Id.*, *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 309 ss.; R. Ursi, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss.; *Id.*, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012; A. Maltoni – M. Palmieri, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, II, 2009, 267 ss.; M.G. Della Scala, *Le società a partecipazione pubblica: "società-impresa" ed enti pubblici in forma societaria. Profili di disciplina applicabile*, in www.ius-publicum.com, 2013.

esercita funzioni di natura pubblicistica⁸⁴. Il carattere pubblicistico delle funzioni del GSE è stato confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali hanno affermato che «la società Gestore dei Servizi Energetici svolge funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico. Nell'attribuzione di benefici per impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili essa esercita potestà amministrative e valuta un pubblico interesse, così che il privato nei confronti di tali atti è titolare di un interesse legittimo»⁸⁵. Tali poteri pubblici — come d'ovvio — sono esercitati in modo procedimentalizzato, attraverso il rispetto dei principi e l'applicazione delle regole fissate dalla L. n. 241/1990 (c.d. legge sul procedimento amministrativo). Da ultimo, la natura provvedimentoale - autoritativa e non paritetica – degli atti di verifica del GSE (in riferimento al caso in cui il GSE accerti il mancato rispetto della c.d. quota d'obbligo di energia rinnovabile) è stata recentemente riconosciuta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁸⁶, secondo la quale «il compito di verifica affidato al GSE si risolve in una eminente funzione amministrativa di controllo sull'attività economica privata»; così come – autoritativa e non paritetica – è l'attività del GSE di stipulare le Convenzioni per il riconoscimento degli incentivi pubblici alla produzione di energia da fonti rinnovabili. A tal proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che il GSE, nello stipulare le predette Convenzioni, «è chiamato ad intervenire non nella veste di mera controparte, capace perciò di soli atti paritetici, ma come pubblica amministrazione destinata ad operare in posizione di supremazia

⁸⁴ Ai sensi dell'art. 4, comma 1, dello Statuto «la società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di natura pubblicistica del settore elettrico e in particolare delle attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'articolo 3, commi 12 e 13 e di cui all'articolo 11, comma 3 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche e integrazioni, nonché le attività correlate di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2003 n. 387 e successive modifiche e integrazioni, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze, diritti e poteri ad esse inerenti».

⁸⁵ C. Cass., SS.UU., 24 febbraio 2014, n. 4326, in *Foro it.*, 2015, I, 1066.

⁸⁶ Cons. St., Ad. Pl., 3 settembre 2019, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it. Un approfondito commento della decisione lo si deve a A. Colavecchio, *Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico*, in *Gior. dir. amm.*, n. 1/2020, 90 ss.

mediante l'esercizio di poteri autoritativi finalizzati ad assicurare l'attuazione della superiore volontà di legge»⁸⁷.

In quarto luogo, l'assoggettamento delle norme di contenimento della spesa pubblica, essendo inserito nell'elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni⁸⁸ che concorrono a formare il conto economico consolidato dello Stato⁸⁹.

Tuttavia, la natura di pubblica amministrazione del GSE — specie alla luce di un eventuale mutamento dell'attuale quadro normativo di riferimento — potrebbe essere messa in discussione. Il GSE rappresenta un esempio paradigmatico della crisi della “rigidità” del concetto di soggetto pubblico e della teoria dell'ente, in base alla quale la natura di quest'ultimo può essere desunta, nella stragrande maggioranza dei casi, dalle funzioni che gli sono (o che gli sono state, nel tempo) attribuite.

Nonostante la giurisprudenza, sino ad oggi, sembri concorde nel negare la riconducibilità del GSE nel novero dei soggetti di diritto privato, ribadendo in più occasioni che si tratta di un soggetto equiparabile alla pubblica amministrazione per via delle funzioni dallo stesso esercitate, appare però quasi paradossale sostenere questa ricostruzione e, nel contempo, ritenere che sia un soggetto che opera al pari di una amministrazione pubblica.

⁸⁷ C. Cass., SS.UU., 4 maggio 2017, n. 10795, in *CED Cass.*, n. 266612.

⁸⁸ Cons. St., parere, 22 dicembre 2011, n. 706-4782 (in www.giustizia-amministrativa.it) il quale ha stabilito che vanno considerate amministrazioni pubbliche, in difetto di una specifica disciplina di riferimento, tutte quelle elencate dall'art. 1, comma 2, del D.lgs. n. 165/2001; gli enti e gli altri soggetti inseriti nel conto economico consolidato individuati, ai sensi dell'art. 1, commi 2 e 3, del D.lgs. n. 196/2009, dall'ISTAT. Di contro, sono soggetti privati, tutte le società pubbliche ad esclusione di quelle inserite nel conto economico consolidato e individuate dall'ISTAT e di quelle che hanno per legge «personalità giuridica di diritto pubblico».

⁸⁹ Sull'argomento, v. M. Di Lullo, *Soggetti privati «pubbliche amministrazioni» ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amm. – TAR*, XII, 2013, 3579 ss. Le condizioni in base alle quali un soggetto può essere ricompreso nella sezione delle pubbliche amministrazioni possono essere, sinteticamente, individuati nella circostanza che il 50% dei beni e servizi prodotti non siano destinabili alla vendita e nel controllo prevalente da parte di amministrazioni pubbliche. In Italia, la Legge 31 dicembre 2009, n. 196 (c.d. legge di contabilità e finanza pubblica) ha affidato all'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) la ricognizione annuale delle amministrazioni pubbliche che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica sulla base dei principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica⁸⁹. Stante la ricorrenza delle condizioni previste per l'inserimento nell'elenco ISTAT, il GSE è stato inserito dal 2014 nell'elenco ISTAT all'interno della categoria delle «Amministrazioni centrali - Enti di regolazione dell'attività economica».

Siffatta affermazione non può essere sostenuta ed è proprio in questo che si evince la crisi del concetto (o meglio, del metodo) interpretativo che svela l'identità del soggetto in base alle funzioni attribuite. Il GSE non può considerarsi — a nostro avviso — *tout court* un ente pubblico, perché alcuni suoi meccanismi sono, invece, oggetto di regolazione privatistica e da tale regolazione traggono, peraltro la loro fonte legittimante.

Non può non essere evidenziato il fatto che, in questo momento, la “autoritatività” delle istituzioni potrebbe considerarsi, in certo senso, pressoché compromessa dall'attuale sistema delle regole del settore energetico. Ciò non equivale – sia beninteso – a considerare il GSE come un soggetto di diritto privato, bensì ad affermare che non sia più possibile (o non lo sia più come prima), a livello interpretativo, concludere che un determinato ente (sia pur esso considerato di diritto pubblico), possa essere identificato come tale in base alle funzioni “autoritative” che svolge, considerato che siffatte funzioni sono destinate a mutare nel tempo e sono destinate a rispondere sempre di più a logiche di “fluidità”, quali effetto di politiche energetiche dettate in sinergia con altri Paesi.

Piuttosto, potrebbe equivalere ad affermare che l'opera dell'interprete (anche ai fini del riparto della giurisdizione), non possa più solo limitarsi all'osservazione dell'oggetto sociale (sperando di trarne indizi utili all'individuazione della natura dell'ente sul quale si pone l'indagine) ma, per non sbagliare, deve – soprattutto in questo settore – aprirsi ora ad una visuale complessiva, che tenga conto delle possibili “rotture della membrana” statale e della conseguente permeabilità a nuove influenze (di derivazione extranazionale) che travolgono la “precostituzione” degli assetti.

Il che equivarrebbe, in qualche modo, ad affermare che anche la c.d. devoluzione al giudice amministrativo di «tutte le controversie relative alle procedure ed ai

provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, ivi comprese quelle inerenti l'energia da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative a infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti», di cui all'art. 113 del c.p.a. rischia di non essere più sufficiente a ricomprendere tutte le situazioni che si possono configurare e che possono dare luogo alle numerose e (più o meno) tipizzate pretese di riconoscimento dei propri interessi. Tanto più se, come accade di sovente, la forma di società per azioni, tradisce negli addetti ai lavori non poca incertezza in ordine alla c.d. riconducibilità di quest'ultimo nel novero di pubblica amministrazione. La conseguenza appare pertanto nella sua immediatezza: è il concetto di funzione ed insieme quello di autoritatività che, nel disvelare, tradizionalmente, l'ombra di un soggetto pubblico, sono entrati in crisi.

6. Conclusioni

Il venir meno dei consueti confini a livello di politiche energetiche ha determinato, in questo settore specifico, il corrispondente venir meno di una fissità dei ruoli, unitamente ad una strutturale difficoltà di comprendere se ci si trovi all'interno di un ambito privato, pubblico o, piuttosto, all'interno di un nuovo concetto di "istituzionalità ibrida", che però, in tal modo, resta in qualche modo sottratto ad ogni tradizionale inquadramento giuridico.

Se la conseguenza di tale conclusione, per alcuni versi azzardata, fosse quella di considerare il GSE quale risultato di un complesso sistema di regole e di normative poste a presidio delle nuove incentivazioni di energia rinnovabile anche di derivazione extra-europea – che richiedono di volta in volta uno sforzo interpretativo legato alla

esatta collocazione di quest'ultimo in funzione delle diverse relazioni che si creano – le ripercussioni, per gli “addetti ai lavori”, sarebbero di non poco conto.

Pertanto, gli atti che sovrintendono al funzionamento del settore elettrico e i soggetti istituzionali chiamati ad operare in tale ambito, rendono il mondo dell'energia un “terreno privilegiato di osservazione” per esaminare, con rinnovata attenzione, un tema di teoria generale del diritto, che incide sulla mai sopita questione dei rapporti tra diritto privato e diritto amministrativo: la crisi della soggettività giuridica, quale tematica che finisce con l'assumere ulteriori interessanti contorni, se guardati anche alla luce delle recenti elaborazioni⁹⁰.

Abstract

Il contributo esamina le recenti evoluzioni del diritto europeo dell'energia, con particolare riferimento alle principali innovazioni introdotte dal “*Clean energy package*”, un ampio e articolato pacchetto di misure – approvato nel maggio 2019 – improntate alla logica integrata energia-clima, che incidono profondamente nel settore energetico nel suo complesso. In tale scenario di radicali trasformazioni, il contributo, evidenziandone la loro ricaduta sul piano nazionale, si sofferma, quindi, sui caratteri, sulle funzioni e sul ruolo, di uno dei principali soggetti istituzionali della *governance* nazionale del settore energetico, il GSE S.p.A., per metterne in luce, in una prospettiva diacronica, il continuo ampliamento e la progressiva diversificazione dei compiti allo stesso assegnati.

⁹⁰ Sul punto, v. le interessanti ed originali considerazioni svolte da G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2018.