

## **PROCESSI DI LIBERALIZZAZIONE E INTERVENTI INFRASTRUTTURALI NEI SERVIZI A RETE**

DI MASSIMO CAPANTINI

### **1. Premessa**

I servizi energetici e quelli ferroviari si fondano sull'uso di costose e complesse infrastrutture di rete fissa che ne condizionano l'organizzazione e la regolazione<sup>1</sup>. Il carattere di *monopolio naturale*<sup>2</sup> di tali reti è stato spesso giuridicamente consacrato con affidamenti a soggetti unitari che, oltre alle attività infrastrutturali *a monte*, hanno riguardato anche quelle erogative *a valle*: così, nel caso delle ferrovie, rete e trasporto sono stati concepiti a lungo come un *unicum*, analogamente a quanto è accaduto per la produzione, il trasporto e, spesso, la distribuzione di elettricità e gas<sup>3</sup>.

La costruzione, il potenziamento, la manutenzione e la gestione di tali infrastrutture, essenziali in quanto non duplicabili<sup>4</sup>, sono stati da sempre oggetto di interesse pubblico in senso finanziario ed amministrativo. Già a livello costituzionale, il Trattato CE dedica all'argomento gli artt. 3, 154 e 155, mentre, in un chiave "domestica", anche la nostra Costituzione contiene ora un riferimento alla nozione di *rete* all'art. 117<sup>5</sup>.

---

*L'autore desidera esprimere i più sentiti ringraziamenti nei confronti di G.F. Cartei, A. Massera, F.M. Salerno e S. Torricelli per le preziose osservazioni e gli utili suggerimenti formulati rispetto alle versioni preliminari del presente scritto.*

<sup>1</sup> Sulla nozione di servizio a rete, cfr. N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999, 11; G. Hermes, *Fondamenti e strutture giuridiche della responsabilità pubblica per le infrastrutture*, in E. Ferrari (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, Raffaello Cortina, 2000, 75; R. Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002, 181. Seppure nata a fini prevalentemente descrittivi, essa presenta da tempo connotati "paragiuridici" (cfr. Commissione Ue, Comunicazione sui *Servizi di interesse generale*, G.U.C.E. 19 gennaio 2001, C 17, par. 58 e allegato I; *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM (2003) 270, def., par. 3 e 10; Comunicazione su *Infrastruttura europea dell'energia*, COM(2001) 775, def.). Relativamente ai principi tradizionali ed evolutivi del *servizio pubblico*, cfr. V. Sottili, *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in L. G. Radicati Di Brozolo (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Tonic, Giappichelli, 2001; G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; E. Scotti, *Il pubblico servizio*, Padova, CEDAM, 2003, 13 ss.

<sup>2</sup> In merito alla regolazione e ai *monopoli naturali* in materia di servizi pubblici, cfr. G. Manzi, L. Prosperetti, E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001, 57 ss.

<sup>3</sup> La rilevanza socio-economica di tali servizi ha spinto i pubblici poteri ad assumerne direttamente *ab origine* o a recuperarne, in forme diverse, la titolarità e/o l'esercizio esclusivi con modalità che, in Italia, oltre a trovare un'investitura costituzionale nell'art. 43 Cost., hanno portato ora di diritto, ora di fatto, alla creazione di numerosi monopoli legali pubblici. Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2000, 81 e 84. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, CEDAM, 11 ss.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione delle nozione di *essenzialità*, e all'interno di essa di quella di *non duplicabilità*, attraverso la giurisprudenza e le prassi decisionali antitrust statunitensi, comunitarie e nazionali, cfr. CGCE, sent. 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, causa C-7/97, in *Foro It.*, 1999, 53.

<sup>5</sup> L'art. 3 sancisce che «l'azione della Comunità comporta [...] l'incentivazione della creazione e dello sviluppo di reti transeuropee», ambito poi meglio specificato agli artt. 154 e 155 in riferimento alla costruzione, al potenziamento e all'integrazione delle reti transeuropee di trasporti, telecomunicazioni ed energia. Cfr. F. Donati, *Le reti per il trasporto dell'energia elettrica e del gas naturale*, e E. Diodato, *La Comunità e le reti di energia*, in A. Predieri, M. Morini (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, Giappichelli, 2000, 117; G. Caia, N. Aicardi, *Energia*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1997, II, 675 ss. L'art. 117 Cost., a seguito delle modifiche di cui alla legge cost. n. 3/2001, ascrive ora alle materie a legislazione concorrente di Stato e regioni le «grandi reti

Sulla costruzione e modernizzazione di infrastrutture ferroviarie ed energetiche fanno poi perno misure di integrazione europea e di coesione economica e sociale<sup>6</sup>; vi incidono tutele di tipo ambientale e paesaggistico<sup>7</sup>, obblighi connessi al regime degli appalti pubblici, vincoli di finanza pubblica per le amministrazioni in esse economicamente coinvolte; da esse dipendono, altresì, importanti politiche, quali quelle di promozione della concorrenza, di trasporto, di sicurezza degli approvvigionamenti energetici<sup>8</sup>.

Tra gli sviluppi giuridici che investono la materia, particolare rilievo acquistano i processi di liberalizzazione che, aprendo da un lato numerosi servizi di interesse economico generale alla concorrenza, dall'altro proprio per le infrastrutture in esame fanno salva la conservabilità di aree monopolistiche (in cui si ipotizzano al più forme di concorrenza *per* il mercato).

Tali processi a base comunitaria danno luogo, in sede di attuazione nel nostro ordinamento, ad alcune situazioni di cui è interessante valutare, ora separatamente, ora in una chiave comparativa, aspetti problematici e tendenze evolutive. L'obiettivo, in ultima analisi, è quello di offrire un contributo all'analisi di una materia, quella degli interventi infrastrutturali<sup>9</sup> (e in special modo dei relativi profili decisionale e finanziario), che, anche da quanto verrà messo in evidenza, manifesta *prima facie* contorni ancora incerti e contenuti a tratti opachi e contraddittori.

## **2. Gestione e sviluppo della rete nei trasporti ferroviari liberalizzati...**

In Italia la disciplina della costruzione di linee ferroviarie è maturata attorno agli istituti della riserva pubblica e della concessione di costruzione e/o di esercizio delle reti<sup>10</sup>. Queste iniziano a svilupparsi a metà del XIX sec. con il concorso di pubblico e privati, seguendo ora il sistema della costruzione diretta a carico del primo, ora (più spesso) quello della concessione a beneficio dei secondi<sup>11</sup>. In questa fase, numerose imprese private,

---

di trasporto e di navigazione [...] produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia». Cfr. S. Cassese, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Rass. Giur. En. El.*, 3/2002, 497; AA.VV., *L'attuazione del titolo V: aspetti problematici. La localizzazione delle grandi infrastrutture fra Stato e Regioni*, in *www.astrod on-line*, Roma, giugno 2002; riguardo all'individuazione delle infrastrutture pubbliche e private di preminente interesse nazionale nel rispetto del nuovo Titolo V Cost., cfr. Corte Costituzionale, sent. 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.* 203, 2675, con nota di A. Gentilini, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa a cavallo del principio di legalità*.

<sup>6</sup> Cfr. Commissione Ue, Comunicazione sui *Servizi di interesse generale*, cit., preambolo.

<sup>7</sup> Per i vincoli ambientali, cfr. legge 349/1986, *Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale*, G.U. 15 luglio 1986, n. 162, artt. 6 e ss.; per quelli paesaggistici, cfr. già il d.lgs. 490/1990, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della L. 8 ottobre 1997*, n. 352, G.U. 27 dicembre 1999, n. 302, artt. 138 ss.

<sup>8</sup> Cfr. Commissione Ue, Comunicazione su *Infrastruttura europea dell'energia*, cit., p. 2; *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo - Relazione finale sul Libro verde "Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento energetico"*, COM(2002) 0321, def.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione storica del rapporto tra pubblico e privati negli interventi infrastrutturali in materia di servizi pubblici, cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 13, note n. 7 e 8; rispetto alla nozione di "intervento infrastrutturale", cfr. M.A. Venchi Carnevale, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, 1999, 190. Per un'analisi del tema rispetto ai settori energetici, cfr. Consiglio Nazionale dell'Economia e del lavoro, pronuncia 23 aprile 2003, n. 37, *Sistema energetico italiano: la rete infrastrutturale ed il processo di liberalizzazione*.

<sup>10</sup> Cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 13-16, 22 e 34 ss.; P. Adinolfi, *Strutture organizzative e complessità, il caso delle Ferrovie dello Stato*, in *Azienda pubblica*, 1999, 425 ss.

<sup>11</sup> Cfr. legge 14 maggio 1865, n. 2279, *Raccolta ufficiale delle leggi e decreti del Regno d'Italia*, 1865, XI.

cimentatesi nella costruzione di reti con il sostegno finanziario dello Stato, entrano in crisi costringendo quest'ultimo ad una prolungata opera di riscatto che culmina con l'assunzione esclusiva in mano pubblica della proprietà della rete e della titolarità delle costruzioni<sup>12</sup>. L'esclusiva rimarrà tale anche successivamente alla legge n. 210/1985, che istituisce l'ente pubblico *Ferrovie dello Stato* e trasferisce ad esso i beni e i rapporti precedentemente «di pertinenza» dell'omonima azienda autonoma<sup>13</sup>. La situazione non cambierà nella sostanza allorché, nel 1992, lo stesso ente verrà trasformato in *Ferrovie dello Stato s.p.a.*, seppure, a causa della nuova forma privatistica, detta esclusiva torni ad essere affidata in concessione<sup>14</sup>.

In attuazione della direttiva CEE n. 91/440, il d.P.R. n. 277/1998 detta una prima e profonda riforma del settore separando da un punto di vista organico (ma non proprietario) la gestione dell'infrastruttura dall'esercizio del trasporto e garantendo un diritto d'accesso alle reti ad alcune categorie di utenti (le associazioni internazionali di imprese ferroviarie e le imprese di trasporto combinato internazionale di merci)<sup>15</sup>.

Il segmento del trasporto, storicamente in monopolio pubblico, è stato quindi parzialmente aperto, mentre la gestione della rete è rimasta interamente in mano pubblica, affidata con d.m. 31 ottobre 2000 al *Gestore dell'infrastruttura ferroviaria* (individuato ancora in *Ferrovie dello Stato s.p.a.*) tramite una concessione e un contratto di programma<sup>16</sup>. La prima non ha più ad oggetto l'erogazione del servizio, ma le sole attività di gestione, costruzione e manutenzione della rete<sup>17</sup>. Il contratto di programma, stipulato

---

<sup>12</sup> Cfr. legge n. 3048/1885. Con la legge n. 429/1907, poi, lo Stato assumerà anche l'erogazione dei servizi per mezzo dell'azienda autonoma *Ferrovie dello Stato*, cui spetterà l'esercizio diretto delle ferrovie costruite o riscattate dallo Stato e di quelle di cui venga a scadere la concessione ai privati, stante l'improbabile «esistenza di un interesse privato a chiedere di costruire linee ferroviarie ed esercitarvi poi l'attività di trasporto» (S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela del pubblico interesse*, in A. Brancasi (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, Il Mulino, 2003, 77).

<sup>13</sup> Legge 17 maggio 1985, n. 210, *Istituzione dell'Ente "Ferrovie dello Stato"*, G.U. 30 maggio 1985, n. 126, art. 2, c. 1, lett. c.

<sup>14</sup> D.l. 11 luglio 1992, n. 333 (convertito con legge 8 agosto 1992, n. 359), *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*, G.U. 11 luglio 1992, n. 162; Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE), deliberazione 12 agosto 1992, G.U. 28 agosto 1992, n. 202.

<sup>15</sup> Cfr. d.P.R. 8 agosto 1998, n. 277, *Regolamento recante norme di attuazione della direttiva 91/440/CEE relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie*, G.U. 12 agosto 1998, n. 187; la riforma del settore è stata poi completata poi dal d.P.R. 16 marzo 1999, n. 146, *Regolamento di attuazione delle direttive comunitarie 95/18/CEE e 95/19/CEE*, G.U., 24 maggio 1999, n. 119.

<sup>16</sup> Cfr. d.P.R. n. 277/1998, cit., artt. 4 e 5; cfr. d.m. Trasporti, 31 ottobre 2000, n. T-138; cfr. *Contratto di programma 2001-2005 con le Ferrovie dello Stato S.p.A.*, sottoscritto il 2 maggio 2001 dal *Ministro dei Trasporti*, sul quale cfr. CIPE, delibera 4 aprile 2001, n. 44, G.U. 4 maggio 2001, n. 104. Il contratto dispone che il gestore elabori un *Piano di Priorità degli Investimenti* (art. 6, c. 3), sottoposto in ultimo all'approvazione del CIPE (il quale, peraltro, con delibera 12/02, ha richiesto alcune modifiche al *Piano* necessarie a raccordarlo con il programma di opere strategiche, di cui alla delibera CIPE 21 dicembre 2001).

<sup>17</sup> La precedente concessione a favore di "*Ferrovie dello Stato S.p.A.*" (unitamente ad un contratto di servizio e ad un contratto di programma) riguardava, per la durata di settanta anni, tanto l'esercizio del trasporto quanto «la progettazione e la costruzione di nuove linee ed impianti di cui la Società [avrebbe dovuto] assumere l'esercizio [...] nonché il potenziamento e l'ammodernamento delle linee e degli impianti esistenti» (d.m. 26 novembre 1993, *Atto di concessione Ministero dei Trasporti – Ferrovie dello Stato S.p.A.*, art. 2). Ai sensi del d.m. 31 ottobre 2000 (adottato in esecuzione dell'art. 5, c. 2 d.P.R. 277/1998, cit.), per la costruzione di nuove infrastrutture, il gestore deve «destinare gli investimenti al potenziamento, all'ammodernamento tecnologico ed allo sviluppo degli impianti e delle linee ferroviarie» (art. 3, c. 1, lett. d), promovendo l'integrazione delle infrastrutture ferroviarie la cooperazione con gli altri gestori comunitari (art. 2).

tra concessionario e amministrazione, stabilisce nel dettaglio obiettivi e modalità del finanziamento statale per «*gli investimenti destinati alla manutenzione straordinaria, al potenziamento ed allo sviluppo delle linee e degli impianti ferroviari*»<sup>18</sup>.

La concessione in esame ha individuato quindi un soggetto deputato, in esclusiva, all'esercizio accorpato di attività "infrastrutturali". Essa, peraltro, da un lato, sembra ignorare la natura *anche* imprenditoriale del gestore, per effetto della quale esso può avere interesse a realizzare opere diverse e ulteriori rispetto a quelle individuate dalla p.A.<sup>19</sup>. Tuttavia, detta natura si impone implicitamente in quanto il gestore viene posto su un piano paritario rispetto alla p.A. in sede di stipula del *contratto di programma*, ove la seconda, legittimata a individuare liberamente le opere necessarie, deve comunque raggiungere un accordo consensuale con il primo per la loro realizzazione<sup>20</sup>. E in tal senso, un primo profilo problematico è stato rilevato nella mancato il conferimento alla p.A., in sede di concessione, di poteri unilaterali che garantiscano, all'occorrenza, il prevalere dell'interesse pubblico su quello imprenditoriale, obbligando il gestore a costruire anche nei casi in cui questi non vi abbia interesse<sup>21</sup>.

Ulteriori considerazioni si impongono, poi, a seguito di altri sviluppi normativi del settore. Dapprima con il d.l. n. 70/2000 e poi con l'art. 131 della legge n. 388/2000<sup>22</sup>, l'intera attività di trasporto è stata liberalizzata, mentre la gestione della rete è rimasta in mano alla *holding* pubblica *Ferrovie dello Stato s.p.a.* (tramite la s.p.a. *Rete ferroviaria italiana - RFI*)<sup>23</sup>. Il d.lgs. 188/2003, poi, abrogando la normativa precedente, ha dato attuazione alle direttive CE n. 12, 13 e 14 del 2001<sup>24</sup>, le quali hanno aperto ancor di più il settore nel trasporto merci, individuando nella rete europea alcune direttrici che

---

<sup>18</sup> D.m. 31 ottobre 2000, cit., art. 4, c. 1. Ai sensi dell'art. 5, c. 4, d.P.R. 277/1998, «*Nel contratto di programma [...] può essere disciplinata la concessione di finanziamenti per far fronte a nuovi investimenti, alla manutenzione ed al rinnovo dell'infrastruttura ferroviaria, finalizzati allo sviluppo dell'infrastruttura stessa [...]*». In caso di «*gravi e persistenti violazioni degli obblighi derivanti dalla concessione*» l'amministrazione può far decadere il gestore e in tal caso, questi deve comunque mettere a disposizione (per un periodo non superiore a tre anni) l'infrastruttura di cui è proprietario a fronte del rimborso delle spese e del pagamento del canone d'uso (cfr. d.m. 31 ottobre 2000, art. 10). Cfr. S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela del pubblico interesse*, cit., 53-55.

<sup>19</sup> Per qualsiasi costruzione/potenziamento della rete sembra, infatti, indispensabile «*l'emersione e la consacrazione provvedimentale di un interesse pubblico contingente che suggerisca o consenta (a seconda che risponda o meno anche all'interesse imprenditoriale) una costruzione*» (S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela del pubblico interesse*, cit., 81).

<sup>20</sup> Cfr. *ibidem*, 79.

<sup>21</sup> Cfr. *ibidem*, 82-83.

<sup>22</sup> Cfr. d.l. 28 marzo 2000, n. 70, *Disposizioni urgenti per il contenimento delle spinte inflazionistiche*, G.U. 28 marzo 2000, n. 73, art. 5; legge 23 dicembre 2000, n. 388, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, G.U. 29 dicembre 2000, n. 302, art. 131. Cfr. A. Battaglia, *Verso la liberalizzazione del trasporto ferroviario?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10/2000, 961). Tali provvedimenti hanno spinto l'apertura del trasporto ben oltre le soglie minime comunitarie, abilitando il Ministro dei Trasporti a rilasciare titoli autorizzatori all'accesso alla rete anche a soggetti diversi dalle associazioni internazionali e dalle imprese di trasporto combinato.

<sup>23</sup> All'interno del *Gruppo Ferrovie dello Stato*, in applicazione dell'art. 1 del d.m. 31 ottobre 2000, sono state distinte due entità indipendenti, preposte l'una all'espletamento di servizi di trasporto (*Trenitalia*) e l'altra alla gestione in concessione della rete (*RFI*).

<sup>24</sup> Cfr. S. Busti, *Profili innovativi nella disciplina comunitaria del trasporto ferroviario*, in *Diritto dei Trasporti 2003*, 27 ss. In materia di potenziamenti sulla rete, poi, l'art. 7 della direttiva 91/440 (come modificata dalla direttiva 2001/12) stabilisce in generale che gli Stati adottano le misure necessarie potendo, peraltro, concedere al gestore finanziamenti per far fronte a nuovi investimenti, nel rispetto degli artt. 73, 87 e 88 del Trattato CE.

costituiscono la *Rete ferroviaria transeuropea per il trasporto di merci*<sup>25</sup>. A questa, che dovrebbe progressivamente estendersi fino a coincidere con la totalità delle linee continentali entro il 15 marzo 2008, hanno diritto di accedere tutte le imprese di trasporto merci dotate della necessaria autorizzazione.

In esecuzione dell'art. 30 direttiva CE 2001/14, il decreto ha designato il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (o sue articolazioni) quale *organismo di regolazione* ferroviaria, che vigila sulla gestione della rete e può essere adito dalle imprese che, avendo richiesto capacità al *Gestore dell'infrastruttura*, ritengano di esser state trattate da quest'ultimo in modo ingiusto, discriminatorio o pregiudizievole<sup>26</sup>.

Proprio la scelta di designare il Ministero come *organismo di regolazione* fa sorgere dubbi di compatibilità, in quanto la direttiva 2001/14 dispone che detto organismo può sì coincidere con il ministero competente in materia di trasporti, purché esso sia «*indipendente, sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia finanziaria, dai gestori dell'infrastruttura, dagli organismi preposti alla determinazione dei diritti [...]»*<sup>27</sup>. In primo luogo, infatti, in Italia il Ministero non può considerarsi indipendente, nei termini richiesti, rispetto al gestore *RFI s.p.a.*, giacché questi è in proprietà esclusiva del Ministero dell'Economia che, a sua volta, è parte del Governo assieme allo stesso Ministero delle Infrastrutture. Inoltre, proprio quest'ultimo è l'organismo preposto, in ultima analisi, alla determinazione dei criteri per il calcolo del *canone* d'uso della rete (ancorché a detto calcolo provveda poi caso per caso il gestore)<sup>28</sup>.

Al di là di tali considerazioni, preme segnalare come proprio il gestore, oltre ad *elaborare un piano commerciale dei programmi di investimento e finanziamento*<sup>29</sup>, sia gravato da ulteriori adempimenti nel caso in cui una parte di rete si riveli (o stia per rivelarsi) insufficiente a soddisfare la domanda di capacità dei richiedenti. In tal caso esso deve immediatamente dichiarare “saturato” l'elemento in causa e procedere ad un'*analisi della capacità* che indichi, oltre alle cause della saturazione, i rimedi da adottare<sup>30</sup>. Successivamente, esso deve presentare un *piano di potenziamento della capacità* che mostri i vincoli della rete, le opzioni e i costi del suo potenziamento, dettando le azioni da portare avanti secondo un relativo calendario<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188, *Attuazione delle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE in materia ferroviaria*, G.U. 24 luglio 2003, n. 170, art. 3, c. 1, lett. l.

<sup>26</sup> Cfr. *ibidem*, art. 37. Le funzioni paragiurisdizionali sono attivabili sulla base di un ricorso o anche d'ufficio (art. 10, par. 7 direttiva 2001/12) e possono eventualmente concludersi con una modifica delle decisioni del gestore dell'infrastruttura; quelle di vigilanza sono obbligatorie in sede di contrattazione tra i richiedenti e un gestore relativamente al livello dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura (direttiva 2001/14, art. 30, c. 3).

<sup>27</sup> Direttiva CE 26 febbraio 2001, n. 2001/14, *relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza*, G.U.C.E. 15 marzo 2001, L 075, art. 30, c. 1 (cfr. anche d.lgs. 188/2003, cit., art. 37, c. 1).

<sup>28</sup> Cfr. d.lgs. 188/2003, cit., art. 1, c. 5; art. 17, c. 1; art. 37, c. 1.

<sup>29</sup> Cfr. *ibidem*, art. 14, c. 5. Ai sensi del c. 2, nel *contratto di programma* «è disciplinata nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato la concessione di finanziamenti per far fronte a nuovi investimenti, alla manutenzione ed al rinnovo dell'infrastruttura ferroviaria, ai fini del miglioramento della qualità dei servizi, dello sviluppo dell'infrastruttura stessa [...]».

<sup>30</sup> Cfr. *ibidem*, art. 3, c. 1, lett. c: «“*infrastruttura saturata*”, una sezione della rete infrastrutturale ferroviaria dove, anche dopo il coordinamento delle diverse richieste di assegnazione di capacità, non è possibile soddisfare pienamente la domanda, anche se solo in determinati periodi temporali di esercizio».

<sup>31</sup> Cfr. *ibidem*, art. 3, c. 1, lett. d, e art. 34. Cfr. B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in corso di pubblicazione.

Per incentivare una gestione imprenditoriale della rete, inoltre, al gestore è vietato richiedere diritti maggiorati in caso di infrastruttura carente nei periodi di congestione delle linee, qualora esso non sia in grado di presentare un *piano di potenziamento* ovvero non porti avanti le azioni in esso stabilite. L'*organismo di regolamentazione* può tuttavia autorizzare la pretesa di tali diritti se la realizzazione è impedita da ragioni che sfuggono al controllo del gestore o le opzioni disponibili non sono economicamente valide<sup>32</sup>.

### 3. (continua)...nella liberalizzazione del settore elettrico...

In Italia, la prima disciplina organica della realizzazione di reti elettriche di trasmissione e distribuzione è contenuta nel R.D. n. 1775/1933<sup>33</sup>, il quale, in un contesto di attività elettriche liberamente esercitate, riguardava in prevalenza le procedure di approvazione dei progetti contenuti nelle richieste di costruzione di linee.

Nel 1962 tutte le attività del settore venivano trasferite e/o riservate all'*Enel - Ente Nazionale Energia Elettrica*, cui spettava l'«*utilizzazione coordinata e [il] potenziamento degli impianti*», riducendo la disciplina delle infrastrutture ad aspetti per lo più «urbanistici»<sup>34</sup>. Il successivo d.P.R. n. 1962/1670, disponeva che le decisioni sulla realizzazione di reti fossero assunte da un Comitato di Ministri, con l'approvazione di programmi annuali e pluriennali elaborati da *Enel*<sup>35</sup>.

Con il d.lgs. n. 79/1999 (*decreto Bersani*)<sup>36</sup>, l'assetto del settore è stato radicalmente modificato sotto la pressione comunitaria, con la liberalizzazione di tutte le attività ad eccezione di quelle di trasmissione e dispacciamento (mantenute in riserva allo Stato) e della distribuzione (affidata in concessione su scala locale); ai grandi consumatori di energia (i *clienti idonei*) è stato riconosciuto un diritto di accesso alla rete di trasporto regolamentato dall'Autorità per l'energia elettrica ed il Gas (AEEG)<sup>37</sup>.

La trasmissione ed il dispacciamento, con la trasformazione dell'*Enel* in s.p.a. (d.l. n. 333/1992), erano già state attribuite a quest'ultima in concessione. Tale concessione è stata quindi trasferita ad una s.p.a. all'uopo costituita da *Enel* e denominata *Gestore della rete di*

---

<sup>32</sup> Cfr. *ibidem*, art. 17, c. 5 e art. 34, c. 5.

<sup>33</sup> R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, *T.U. delle Acque pubbliche e degli impianti elettrici*, G.U. 8 gennaio 1934, n. 5, artt. 107-118. Cfr. G.G. Gentile, P. Gonnelli, *Manuale di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1994, 278. Per una ricostruzione dell'ordinamento dell'energia elettrica e del gas, cfr. G. Napolitano, *L'energia elettrica ed il gas*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 2189 ss. Con particolare attenzione alle reti relative, cfr. F. Donati, *Le reti per il trasporto dell'energia elettrica e del gas naturale*, cit.

<sup>34</sup> Legge 6 dicembre 1962, n. 1643, *Istituzione dell'Ente nazionale per la energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche*, G.U. 12 dicembre 1962, n. 316. Cfr. G.G. Gentile, P. Gonnelli, *Manuale di diritto dell'energia*, cit., 280.

<sup>35</sup> Cfr. art. 1, legge 1643/1962, cit., e d.P.R. 15 dicembre 1962, n. 1670, *Organizzazione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica*, G.U. 19 dicembre 1962, n. 323, art. 1. In base all'art. 2 del regolamento, spettava poi al Ministro dell'Industria vigilare sulla conformità dell'attività dell'*Enel* rispetto a quanto disposto dal Comitato dei Ministri.

<sup>36</sup> D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, *Attuazione della direttiva n. 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, G.U. 31 marzo 1999, n. 75. La direttiva CE n. 96/92 prevedeva l'istituzione di *gestori della rete* di trasmissione, responsabili anche «*della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo della rete*» (art. 7), e di *gestori* delle reti di distribuzione a bassa tensione (art. 10), con responsabilità analoghe, ma su scala locale.

<sup>37</sup> Cfr. *ibidem*, art. 2, c. 6: «*Cliente idoneo è la persona fisica o giuridica che ha la capacità, per effetto del presente decreto, di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista, sia in Italia che all'estero*».

trasmissione nazionale (*GRTN s.p.a.*)<sup>38</sup>, il quale ha l'obbligo di connettere alla rete di trasmissione nazionale (*RTN*) tutti i soggetti che ne facciano richiesta ed esercita l'attività in concessione nel rispetto di una convenzione stipulata con (l'allora) Ministero dell'Industria<sup>39</sup>.

E' importante rilevare che la proprietà della *RTN* è stata mantenuta ad *Enel s.p.a.*<sup>40</sup> e che il *decreto Bersani* ha altresì imposto ai proprietari, o a coloro che hanno comunque la disponibilità<sup>41</sup> della rete, la costituzione di una o più società, *titolari* esclusivamente dei beni e dei rapporti relativi alla trasmissione di energia elettrica<sup>42</sup>. Queste garantiscono in ogni momento sulla propria rete, la trasmissione di cui *GRTN* è responsabile in quanto concessionario: la società di gran lunga più importante al riguardo è *Terna s.p.a.*, creata all'interno del gruppo *Enel* e proprietaria del 95% della *RTN*.

*GRTN* ha il compito istituzionale di deliberare, nel rispetto degli indirizzi ministeriali, gli interventi di manutenzione e di sviluppo della rete<sup>43</sup>. I secondi, in particolare, si possono distinguere in *a*) interventi che si effettuano a partire da infrastrutture esistenti e *b*) interventi che invece portano alla costruzione di nuove linee e/o stazioni.

a) Nel primo caso, le opere sono a carico dei soggetti proprietari (o aventi la disponibilità) della rete ed il gestore deve a sua volta stipulare *anche* con essi convenzioni che disciplinino l'intervento<sup>44</sup>, conformandosi ad una *convenzione-tipo* adottata con d.m. 22 dicembre 2000<sup>45</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. d.m. Industria, 17 luglio 2000, *Concessione alla società "Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.a." delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica nel territorio nazionale* (e la convenzione ad esso allegata), G.U. 1 agosto 2000, n. 178, (in esecuzione dell'art. 3, c. 4, del *decreto Bersani*). Con d.m. 21 gennaio 2000, art. 1, c. 2., le azioni di *GRTN s.p.a.* sono state trasferite a titolo gratuito da *Enel* al Ministero dell'Economia, che esercita i relativi diritti di azionista d'intesa con il Ministero delle Attività Produttive. Cfr. G. Bruno, *Spunti sulla trasmissione di energia elettrica*, in *Rass. Giur. Ener. El.*, 2000, 24; relativamente all'organizzazione complessiva del segmento della trasmissione elettrica, cfr. F. Di Porto, *Il decreto Bersani (D.LGS. N: 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorrenza e Mercato*, 2000, 427.

<sup>39</sup> Cfr. d.lgs. 79/1999, cit., art 3, c. 1 e c. 5; cfr. d.m., 17 luglio 2000, cit.

<sup>40</sup> La *RTN* è stata individuata con d.m. 25 giugno 1999 (G.U. 30 giugno 1999, n. 151). Al gestore sono state cedute le sole attrezzature per il dispacciamento. Relativamente alle problematiche inerenti la separazione tra proprietà e gestione della *RTN*, cfr. G. Paternò, *Il nuovo assetto dell'attività di trasmissione dell'energia elettrica e a costruzione di nuovi elettrodotti necessari alla rete di trasmissione*, in *Rass. Giur. Ener. El.*, 2000, 302 ss.; F. Di Porto, *Il decreto Bersani (D.LGS. N: 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, cit., 40 (e le note ivi riportate).

<sup>41</sup> E' il caso delle porzioni di rete di proprietà di *Ferrovie dello Stato s.p.a.* gestite da *Enel*.

<sup>42</sup> Cfr. d.lgs. 79/1999, cit., art. 3, c. 7.

<sup>43</sup> Cfr. *ibidem*, art. 3, c. 2; e art. 8, c. 1 e 2 e art. 10 della *convenzione* tra *GRTN* e Ministero. In base alla *convenzione* suddetta, *GRTN* predispone annualmente un *programma triennale di sviluppo* (per il cui contenuto cfr. art. 9, c. 1 *convenzione*), approvato dal Ministero delle Attività Produttive.

<sup>44</sup> Cfr. d.lgs. 79/1999, cit. art. 3, c. 8; art. 10, c. 2 della *convenzione* *GRTN*-Ministero. In caso di mancata stipula, dette *convenzioni* sono sostituite da decreti del Ministro delle Attività Produttive su proposta dell'AEEG (art. 3, c. 9, *decreto Bersani*).

<sup>45</sup> D.m. Industria, 22 dicembre 2000, *Approvazione della convenzione tipo di cui all'art. 3, comma 8, del D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79*, recante in allegato la *Convenzione-tipo per la disciplina degli interventi di manutenzione e di sviluppo della rete di trasmissione nazionale e dei dispositivi di interconnessione con altre reti*, G.U. 19 gennaio 2001, n. 15. In realtà, oltre alla disciplina degli interventi di manutenzione (artt. 8-9) e di sviluppo (artt. 10-11) della rete, la *convenzione-tipo* disciplina l'interezza dei rapporti tra *GRTN* e *Titolari* della rete. In essa si definisce "sviluppo" «un intervento di espansione o di evoluzione della rete, ivi inclusa l'eventuale riduzione della sua capacità di trasporto, con conseguente variazione dello stato di consistenza». L'intervento può essere dettato da esigenze funzionali alla trasmissione, da obblighi normativi o provvedimenti autoritativi di adeguamento degli impianti alle norme ambientali o sanitarie e da esigenze

In quanto concessionaria dell'attività di trasmissione, *GRTN* indica gli interventi di sviluppo da eseguire, seppur nel quadro di una procedura piuttosto complessa<sup>46</sup>. Individuato, infatti, un intervento *tale da richiedere l'affidamento diretto al titolare*, il gestore invita quest'ultimo a presentare un'offerta tecnico-economica<sup>47</sup>. Se la proposta è congrua, il titolare procederà alla sua realizzazione; viceversa, in caso di proposta insoddisfacente, il gestore chiederà al titolare di formularne una nuova. Se anche quest'ultima è ritenuta economicamente inadeguata, spetterà ad un collegio arbitrale determinare le condizioni soddisfacenti; se invece l'inadeguatezza riguarda altri profili, *GRTN* può decidere di non procedere all'affidamento, avvalendosi di poteri sostitutivi<sup>48</sup>. Detti poteri stabiliscono che solo in caso di persistente difformità del progetto presentato, il gestore può affidarne ad altre imprese l'esecuzione.

*GRTN* dispone anche di poteri prescrittivi esercitabili qualora alcune opere, affidate in via diretta al titolare, siano realizzate discostandosi dal progetto in modo tale da poterne compromettere l'adeguatezza. In tale circostanza, *GRTN* richiede al titolare di rendere l'opera conforme e può rifiutarsi di accettarla fino al momento in cui detti interventi non siano stati effettuati. Anche in questo caso, solo decorso tale termine, il gestore può eseguire a spese del titolare le prestazioni non adempiute, potendo scegliere mediante gara il soggetto cui affidare gli interventi necessari<sup>49</sup>.

b) Per la realizzazione di nuove linee o stazioni, il gestore, «*ove non intenda procedere direttamente*», individua mediante gara, il soggetto titolare del nuovo impianto<sup>50</sup>. Quanto alla disciplina dei rapporti tra questo e *GRTN*, sono previste: a) una *convenzione* relativa alla costruzione dell'impianto e b) un'ulteriore *convenzione* (conforme alla già vista *convenzione-tipo*) riguardante l'esercizio e la manutenzione della rete (che spettano al soggetto medesimo).

Il complicato assetto di cui sopra presenta numerosi nodi problematici, legati per lo più al fatto che la gestione e la proprietà della rete non coincidono nello stesso soggetto<sup>51</sup>, tema che il legislatore ha iniziato ad affrontare con il d.l. n. 239/2003 approvato per ovviare ai gravi episodi di *black out* dell'intero sistema elettrico nazionale<sup>52</sup>.

---

del titolare della rete (art. 2, lett. *ll*). Il d.m. si occupa all'art. 2 anche del coinvolgimento delle regioni nella localizzazione degli interventi di sviluppo delle reti (cfr. AA.VV., *L'attuazione del titolo V: aspetti problematici. La localizzazione delle grandi infrastrutture fra Stato e Regioni*, cit.).

<sup>46</sup> Mentre per la manutenzione *GRTN* decide principalmente sulla base delle proposte elaborate dal titolare in un *piano annuale di manutenzione*, (cfr. *convenzione* allegata al d.m. 22 dicembre 2000, art. 8 ss.).

<sup>47</sup> Cfr. *convenzione-tipo*, art. 10, c. 2. Ai sensi dell'art. 3, c. 8, lett. *c* del *decreto Bersani*, l'attività e gli investimenti degli operatori devono essere adeguatamente remunerati. Viceversa, per gli interventi proposti dal *Titolare* (art. 2, lett. *ll*, punto 3 e art. 11, c. 1), il gestore decide con riguardo alla conseguente variazione dello stato di consistenza della rete. In ogni caso, poi, detti interventi non devono comportare adeguamenti del canone.

<sup>48</sup> Cfr. *convenzione-tipo* allegata al d.m. 22 dicembre 2000, art. 10, c. 2 e c. 4.,

<sup>49</sup> Cfr. *ibidem*, art. 25.

<sup>50</sup> Cfr. *convenzione GRTN-Ministero*, art. 10, c. 3.

<sup>51</sup> Funzioni del tutto contigue sono spartite tra gestore e *titolare*: si pensi al *piano annuale di manutenzione* predisposto dal titolare e al *programma triennale di sviluppo* redatto invece dal gestore; *GRTN*, inoltre, soffre di asimmetrie informative rispetto ai proprietari della rete, affrontando considerevoli costi per valutare (*a priori* e *a posteriori*) l'operato di questi ultimi (cfr. artt. 5 e 6 della *convenzione-tipo*).

<sup>52</sup> D.l. n. 239/2003 (convertito in legge 27 ottobre 2003, n. 290, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 agosto 2003, n. 239. Delega al Governo in materia di remunerazione della capacità produttiva di energia elettrica e di espropriazione per pubblica utilità*, G.U. 28 ottobre 2003, n. 251).

E' stata ravvisata, innanzitutto, una forte compressione delle facoltà di disposizione e godimento della rete da parte dei proprietari, data la prioritaria destinazione del bene al transito di energia di cui *GRTN* è concessionaria<sup>53</sup>. Inoltre, il titolare che «*compia gravi e ripetuti inadempimenti*» a pregiudizio della rete e del sistema elettrico, può vedersi imposto dal gestore un programma di interventi urgenti. Se poi l'inadempienza persiste, *GRTN* può affidare l'esercizio, la manutenzione e lo sviluppo del tratto di rete ad altro soggetto da selezionare mediante gara<sup>54</sup>. In tale evenienza, non è chiaro se e come il titolare, cui rimane la nuda proprietà del bene, possa continuare ad utilizzare la rete per scopi diversi dalla trasmissione.

Incertezze, poi, sorgono in merito al trattamento della porzione di rete sviluppata<sup>55</sup>. Il testo originario del *decreto Bersani* dispone che la proprietà degli impianti potenziati rimane ai titolari. Rispetto agli impianti costruiti *ex novo*, invece, una volta che siano accettati da *GRTN*, questi stipula con il titolare la convenzione di cui al d.m. 22 dicembre 2000 (lasciando così intendere che *GRTN* non ne sarà proprietario)<sup>56</sup>. Sia in caso di ammodernamenti che di nuove costruzioni, *GRTN* si limita comunque ad accettare (o rifiutare) l'impianto oggetto dell'intervento: con l'accettazione, il titolare diviene responsabile dell'esercizio e della manutenzione e soggetto agli obblighi di sviluppo della rete convenzionalmente assunti<sup>57</sup>. L'assetto attuale, tuttavia, dovrebbe semplificarsi con l'unificazione della proprietà e della gestione della rete di trasmissione nazionale in *GRTN*, prospettata dal d.l. n. 239/2003<sup>58</sup>.

Ma il rilievo critico forse più interessante è quello relativo agli affidamenti diretti, da parte di *GRTN*, dei lavori di potenziamento e dei servizi di manutenzione delle reti. *GRTN*, infatti, sembra senz'altro qualificabile come *organismo di diritto pubblico*<sup>59</sup>. In caso di lavori o servizi di importo superiore alle soglie previste, esso non potrebbe dunque optare per l'affidamento diretto ai titolari, come invece si ricaverebbe più volte dalla normativa

---

<sup>53</sup> Cfr. G. Paternò, *Il nuovo assetto dell'attività di trasmissione dell'energia elettrica e a costruzione di nuovi elettrodotti necessari alla rete di trasmissione*, cit., 304-305, il quale segnala come lo stesso limite condizioni anche la costituzione di eventuali diritti a favore di terzi per l'utilizzazione degli impianti. Inoltre, se da un lato le società proprietarie non possono mettere fuori esercizio le strutture senza il consenso di *GRTN*, quest'ultimo può invece includere tra gli interventi di sviluppo anche la dismissione di elementi della rete (dietro un indennizzo unilateralmente stabilito), pregiudicando all'apparenza qualsiasi ulteriore utilizzo o destinazione decise dal proprietario.

<sup>54</sup> Cfr. art. 25, c. 9 della *convenzione-tipo*.

<sup>55</sup> Cfr. G. Paternò, *Il nuovo assetto dell'attività di trasmissione dell'energia elettrica e a costruzione di nuovi elettrodotti necessari alla rete di trasmissione*, 307.

<sup>56</sup> Cfr. art. 10, c. 3 della *convenzione GRTN-Ministero*.

<sup>57</sup> Cfr. art. 10, c. 7 e 8, e art. 25, c. 1 della *convenzione-tipo*.

<sup>58</sup> I criteri, le modalità e le condizioni di tale unificazione dovrebbero essere definiti con d.P.C.M. su proposta del Ministro dell'Economia, di concerto con il Ministro delle attività produttive (cfr. d.l. 239/2003, cit., art. 1ter).

<sup>59</sup> Sulla qualifica di organismo di diritto pubblico, cfr. in ultimo la direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, G.U.C.E. 30 aprile 2004, L 134, art. 1, c. 9. Nel senso di una qualificazione di *GRTN* addirittura come ente pubblico economico, cfr. G. Bruno, *Spunti sulla trasmissione di energia elettrica*, cit., 28-29. La qualifica di *organismo di diritto pubblico* di *GRTN* poggia su: a) il *considerando* 25 della direttiva 96/92, secondo cui proprio per soddisfare esigenze di pubblico interesse «ogni rete di trasmissione dev'essere soggetta a una gestione e a un controllo centrale per garantirne la sicurezza, l'affidabilità e l'efficienza nell'interesse dei produttori e dei loro clienti»; b) sul fatto che *GRTN* è dotato di personalità giuridica ed è parte del gruppo *Enel s.p.a.* le cui azioni sono in proprietà maggioritariamente pubblica. Cfr. (anche se in riferimento a *Ferrovie dello Stato s.p.a.*) M. Mensi, *Appalti servizi pubblici e concessioni*, Padova, CEDAM, 1999, 473.

suvvista<sup>60</sup>, ma dovrebbe operare selezioni tramite procedure ad evidenza pubblica<sup>61</sup>. Inoltre, sotto tale profilo, la stessa *convenzione-tipo* non sembra conforme al suo atto legitimante (art. 3, c. 8 *decreto Bersani*): questo dispone che, per disciplinare gli interventi di manutenzione e di sviluppo della rete, *GRTN* stipula convenzioni *anche* con le società che dispongono delle reti di trasmissione. La *convenzione-tipo* è invece espressamente concepita per regolare i soli rapporti tra gestore e *titolari* della porzione di rete interessata, con la conseguenza che questi ultimi sembrano essere gli unici a poter intervenire.

Anche in questo caso, peraltro, il problema andrebbe a ridimensionarsi (o quanto meno a riformularsi) con l'accorpamento in un unico soggetto della proprietà e della gestione della rete, previsto (in attuazione del d.l. 239/2003) con D.P.C.M. 11 maggio 2004<sup>62</sup> e da realizzarsi entro il 31 ottobre 2005. Per quella data, infatti, dovranno essere «trasferiti a Terna S.p.a., eventualmente anche attraverso conferimento, le attività, le funzioni, i beni, i rapporti giuridici attivi e passivi [...] facenti capo a GRTN S.p.a.»<sup>63</sup>.

In tal modo, l'affidamento dei lavori di costruzione e dei servizi di manutenzione potrebbe presumibilmente prescindere da qualsiasi procedura concorsuale e realizzarsi secondo le modalità di affidamento c.d. *in house*. Se a ciò si aggiunge poi la circostanza della privatizzazione sostanziale di *Terna* (quale già parzialmente avviata da *Enel* nel giugno del 2004<sup>64</sup>), la stessa fattispecie di appalto *pubblico* andrebbe quanto meno verificata *ex novo*. Un gestore della rete *privato* potrebbe infatti qualificarsi come *organismo di diritto pubblico* solo laddove si accertasse la presenza di un controllo pubblico sulla sua gestione che, non scaturendo più dall'esercizio dei diritto proprietari, dovrebbe ora essere assicurato in via normativa.

Peraltro, proprio tale processo di privatizzazione, solleva problemi ben più generali e di non poco conto in materia di investimenti nella rete, evidenziati dall'*Autorità* antitrust. Il Garante della Concorrenza ha più volte segnalato, infatti, come «*in specifiche fasi della filiera produttiva dei settori "a rete" di pubblica utilità, specificamente le fasi centrali di trasmissione/trasporto dell'energia elettrica, del gas naturale o, ancora, dei servizi di telecomunicazione e ferroviari, può essere opportuno, se non necessario, conservare la natura pubblica dell'impresa. In ogni caso, anche in settori nei quali la privatizzazione della rete si è realizzata (il riferimento è, ad esempio, al settore delle telecomunicazioni) o potrebbe realizzarsi a breve (il richiamo è al settore dell'energia elettrica), rimane un problema centrale connesso a una scelta di politica industriale in merito alla struttura di mercato. La decisione di privatizzare il leader nazionale, lasciando in essere una struttura verticalmente integrata lungo tutte le fasi della filiera produttiva/distributiva, può infatti, da un lato, incentivare l'uso strumentale della rete per ostacolare la concorrenzialità nei mercati a monte e/o a valle teoricamente liberalizzati, dall'altro, non condurre alla*

---

<sup>60</sup> Cfr. art. 10, c. 2 e art. 25, c. 3, *convenzione-tipo*; art. 10, c. 3, *convenzione GRTN-Ministero*

<sup>61</sup> Cfr. in materia di servizi, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, *Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*, G.U. 6 maggio 1995, n. 104; in materia di lavori, legge 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, G.U. 19 febbraio 1994, n. 41 (e successive modificazioni) e più in generale direttiva CEE 14 giugno 1993, n. 93/37, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*, G.U.C.E. 9 agosto 1993, L 199.

<sup>62</sup> Cfr. *Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione*, G.U. 18 maggio 2004, n. 115.

<sup>63</sup> D.P.C.M. 11 maggio 2004, cit., art. 1. Lo stesso articolo enumera i rapporti che non saranno trasferiti: tra essi, quelli più importanti per l'assetto del settore elettrico, riguardano le partecipazioni detenute da *GRTN* nelle società Gestore del Mercato Elettrico S.p.a. ed Acquirente Unico S.p.a.

<sup>64</sup> Cfr. *ex multis*, F. Redina, *Enel, mezza rete sul mercato*, in *Il sole 24 ore* del 13 maggio 2004.

*realizzazione di investimenti per l'ampliamento e il miglioramento dell'infrastruttura, dato l'incentivo dell'operatore integrato a non favorire capacità competitiva che andrebbe anche a vantaggio dei terzi concorrenti»<sup>65</sup>.*

Quantunque il richiamo dell'*Autorità* vada pur sempre ricondotto alla precipua funzione istituzionale di tutela (e promozione) della concorrenza, è senz'altro da registrare come significativo il richiamo di questa alla necessità di una *politica industriale pubblica* focalizzata sulle reti energetiche.

Significativo, inoltre, è anche il fatto che l'*Autorità*, dopo aver già sostenuto l'opportunità della terzietà delle strutture condivise dagli operatori in concorrenza nei servizi a rete (dapprima in materia di telecomunicazioni e più di recente anche rispetto a reti energetiche)<sup>66</sup>, suggerisca ora per la prima volta *anche* il carattere di pubblicità della rete e della sua gestione e sviluppo. Ciò in quanto gli interessi che animano gli operatori ex monopolisti ed attuali gestori (quale *Enel* tramite *Terna* nel caso dell'elettricità), orientati *in primis* al profitto e all'apprezzamento finanziario, e restii rispetto a politiche di investimento di lungo periodo, potrebbero non garantire l'auspicato potenziamento delle reti, se non addirittura il congruo livello della manutenzione<sup>67</sup>.

Tale esigenza, inoltre, rispetto all'assetto attuale in cui la rete è di proprietà di uno degli operatori del mercato elettrico, sembra mal conciliarsi con le misure di sterilizzazione del potere decisionale di *Enel* (che, si ricorda, è ancora una delle massime espressioni del *pubblico* nel settore elettrico, stante la posizione di azionista di maggioranza del Ministero del Tesoro) in seno a *Terna*. In costanza di tale sterilizzazione, auspicata dalla stessa *Autorità* antitrust e imposta dal D.P.C.M. 11 maggio 2004<sup>68</sup>, *Enel* non potrà avere infatti più del 5% dei diritti di voto nel soggetto unificato che nascerà dalla fusione tra *Terna* e *GRTN*, pur potendo detenere in tale soggetto fino al 20% delle azioni (soglia massima consentita a qualunque azionista a partire dal 1 luglio 2007<sup>69</sup>).

Per il settore elettrico novità emergono, infine, con l'attuazione della direttiva CE n. 2003/54<sup>70</sup>, la quale dispone che per la gestione della *RTN* possano ora esser designati più gestori, competenti per distinte aree geografiche. Di questi sono specificati i compiti,

---

<sup>65</sup> Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Relazione annuale sull'attività svolta nel 2003 (presentazione del Presidente G. Tesauro), disponibile in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>66</sup> Cfr. segnalazione 15 aprile 2004, AS278, *Riunificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale*, Boll. 15/2004.

<sup>67</sup> L'*Autorità* sostiene nella segnalazione AS278, cit., la preferibilità di una attribuzione della proprietà e della gestione della rete «ad un soggetto mosso da strette finalità pubblicistiche, sia per quanto riguarda le decisioni relative all'accesso, sia soprattutto per quanto attiene alle scelte di investimenti strutturali di rete. Ai fini della sicurezza degli approvvigionamenti e della continuità del servizio, infatti, il sistema di rete dovrebbe dare adeguato risalto all'obiettivo di assicurare costantemente la disponibilità di un livello adeguato di capacità trasmissiva; obiettivo che, per altro verso, potrebbe essere non sempre agevolmente perseguibile da parte di operatori guidati da logiche privatistiche, con il conseguente rischio di una sistematica carenza delle dotazioni infrastrutturali». Il rilievo è particolarmente significativo in quanto si consideri che l'*Autorità*, la quale in ragione del proprio ruolo istituzionale manifesta per solito un generale favor nei confronti dei fenomeni di liberalizzazione e privatizzazione, in tale circostanza segnali una decisa preferenza verso una situazione non solo di monopolio, ma addirittura di monopolio pubblico.

<sup>68</sup> Cfr. art. 3, c. 2 lett. b.

<sup>69</sup> Cfr. art. 1ter comma 4 del decreto-legge n. 239/2003 cit., e anche la segnalazione dell'*Autorità* antitrust, n. AS278, cit.

<sup>70</sup> Direttiva CE 26 giugno 2003, n. 2003/54, *Norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE*, G.U.C.E. 15 luglio 2003, n. L 176. Cfr. M. Carta, *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4/2003, 791 ss.

l'indipendenza e l'ambito dei possibili rapporti con le eventuali imprese madri in cui sono incorporati: in particolare, viene sottolineata l'indipendenza con cui i gestori devono decidere in ordine al mantenimento e allo sviluppo della rete<sup>71</sup>.

In materia di costruzione e potenziamento di raccordi tra la rete elettrica nazionale e quelle estere, invece, vengono di recente in rilievo il regolamento CE n. 1228/2003 e il citato d.l. n. 239/2003<sup>72</sup>.

Il regolamento prevede che, in caso di installazione di nuove linee di trasmissione transfrontaliere (*interconnectors*) o di significativi aumenti di capacità di quelle esistenti, ove ricorrano precise condizioni, si possa discrezionalmente applicare un regime speciale, teso a compensare l'investimento sostenuto<sup>73</sup>: per un periodo di tempo determinato, rispetto a tali elementi di rete o ad una parte della loro capacità, possono essere esclusi il normale diritto di accesso di terzi e/o l'applicazione delle consuete regole di calcolo per le tariffe d'accesso<sup>74</sup>. Tale decisione deve essere comunicata alla Commissione, che può chiedere agli Stati di modificarla ovvero annullarla.

Il d.l. 239/2003 si è sovrapposto a tale disciplina (direttamente applicabile), specificando che i soggetti non titolari di concessioni di trasporto e distribuzione di energia elettrica che realizzano a proprie spese nuove interconnessioni con l'estero possono richiedere, rispetto ad esse, l'esenzione dalla disciplina che prevede il diritto di accesso dei terzi. Tale esenzione è accordata dal Ministero delle Attività Produttive, caso per caso, per un periodo compreso tra dieci e venti anni dall'entrata in esercizio delle nuove linee e per una quota compresa fra il 50 e l'80% delle nuove capacità<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Al riguardo, occorrerà tener conto di ciò che l'autorità di regolazione del settore stabilisca (o approvi) in fatto di condizioni per l'accesso alla rete, in particolare in materia di tariffe di trasmissione e distribuzione, il cui ammontare deve compensare gli investimenti necessari alla funzionalità dell'infrastruttura (cfr. *ibidem*, art. 10 e art. 23). I meccanismi di supervisione dell'impresa madre si concretano in misure di carattere "periodico", quali l'approvazione del bilancio annuale e dei livelli massimi di indebitamento finanziario del gestore, mentre sono escluse ingerenze sulla gestione corrente della rete e sulle singole decisioni di ammodernamento o di costruzione delle linee di trasmissione. L'ordinamento dell'infrastruttura di distribuzione, poi, continua ad essere del tutto analogo a quello della trasmissione, seppur su scala locale.

<sup>72</sup> Cfr. regolamento CE 26 giugno 2003, n. 1228/2003, *Condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica*, G.U.C.E. 15 luglio 2003, L 176; d.l. n. 239/2003, cit., art. 1*quinquies*, c. 6.

<sup>73</sup> Cfr. regolamento CE 1228/2003, art. 7: le condizioni più significative consistono nella previsione di un rafforzamento della concorrenza nella fornitura di energia, di un elevato livello di rischio dell'investimento e nel fatto che l'*interconnector* sia «di proprietà di una persona fisica o giuridica distinta, almeno in termini di forma giuridica, dai gestori nei cui sistemi tale *interconnector* sarà creato».

<sup>74</sup> Tale regime speciale, che riguarda il transito di corrente *continua* e solo eccezionalmente quello di corrente *alternata*, esenta il detentore dell'*interconnector*, oltre che dall'applicazione degli artt. 20 e 23, c. 2, 3 e 4 della direttiva 2003/54, anche da quella dell'art. 6, c. 6 lett. c del regolamento 1228/2003, per il quale le autorità di regolamentazione devono tener conto dei proventi derivanti dall'assegnazione delle capacità di interconnessione, in sede di approvazione del metodo di calcolo delle tariffe della rete e/o in sede di valutazione dell'opportunità o meno di modificare le tariffe.

<sup>75</sup> Cfr. d.l. 239/2003, cit., art. 1*quinquies*, c. 6: il Ministero procede al riguardo una volta sentito il parere dell'AEEG.

#### 4. (continua)...e in quella del gas naturale.

Per il gas naturale (*GN*), come per l'elettricità, la disciplina delle reti si è legata a quella dell'attività di trasporto, a sua volta funzionalmente connessa a quelle di distribuzione, stoccaggio e dispacciamento<sup>76</sup>.

La normativa si è sviluppata nel quadro della disciplina mineraria a partire dal R.D. n. 1443/1927, giungendo ad una prima svolta con la legge n. 136/1953. Questa assegnava al neo-istituito *ENI - Ente Nazionale Idrocarburi* a totale partecipazione pubblica, il diritto esclusivo (per zone chiave del paese) di ricerca e coltivazione di idrocarburi, e di costruzione ed esercizio delle condotte di trasporto (art. 23)<sup>77</sup>. In forza di questa, e di altre leggi successive, l'*ENI* ha poi, come noto, costituito un monopolio di fatto sull'intera filiera del *GN*<sup>78</sup>.

Sotto la pressione comunitaria, tale assetto muta con il d.lgs. n. 625/1996<sup>79</sup> (che, pur eliminando le riserve a favore di *ENI* e liberalizzando la costruzione e gestione delle condotte di *GN* (art. 23), avrà tuttavia nel complesso un debole impatto innovativo<sup>80</sup>) e, soprattutto, con il d.lgs. 164/2000 (*decreto Letta*)<sup>81</sup>. Quest'ultimo, in particolare, ha liberalizzato le attività di importazione, esportazione, trasporto, dispacciamento, distribuzione e vendita, eliminando i privilegi di *ENI* con l'abrogazione dell'art. 23 della legge 136/1953 e l'istituzione di un regime parificato per la dichiarazione di pubblica utilità delle infrastrutture relative<sup>82</sup>.

---

<sup>76</sup> Le reti di *GN* consistono di gasdotti ad alta pressione in cui si innestano reti di distribuzione locale a bassa pressione, direttamente allacciate alle utenze finali. Il *GNL* (*GN* portato allo stato liquido), invece, è trasportabile in navi metaniere a lunga percorrenza, che necessitano, nel punto di sbarco, di un terminale di scarico per la rigassificazione, lo stoccaggio e, in seguito, l'immissione del gas nella rete di trasporto. Per "trasporto", poi, si intende il «veicolamento del *GN* attraverso la rete dei gasdotti ad alta pressione dai paesi produttori, dai giacimenti di produzione nazionale, dai campi di stoccaggio sino all'imbocco delle reti di distribuzione a cui le varie utenze finali sono allacciate»; la "distribuzione", si distingue in "primaria" nel caso di vendite da parte delle società di trasporto dirette alle utenze finali (industriali e termoelettriche) o intermedie (alle aziende di distribuzione civile, quali comuni, aziende speciali o municipalizzate, imprese private concessionarie); e "secondaria" nel caso di vendita da parte delle aziende di distribuzione alle utenze civili. Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva sul settore del gas metano*, in *Boll.* 45/1997, par. 1, 11 e 13; G. Napolitano, *L'energia elettrica e il gas*, cit., 2190 ss.

<sup>77</sup> Legge 10 febbraio 1956, n. 136, *Istituzione dell' Ente Nazionale Idrocarburi (E.N.I.)*, G.U. 27 marzo 1953, n. 72, art. 23.

<sup>78</sup> Cfr. S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, cit., 99. Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva sul settore del gas metano*, cit., p. 7-14. Relativamente al regime amministrativo inerente la costruzione di gasdotti e metanodotti precedente al 2000, cfr. G.G. Gentile, P. Gonnelli, *Manuale di diritto dell'energia*, cit., 333 ss.

<sup>79</sup> D.lgs. 25 novembre 1996, n. 625, *Attuazione della direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi*, G.U. 14 dicembre 1996 n. 293. Per una ricostruzione degli interventi comunitari in materia, cfr. F. Donati, *Le reti per il trasporto dell'energia elettrica e del gas naturale*, cit., 125 ss.

<sup>80</sup> Da un lato *ENI* (frattanto trasformato in s.p.a. con d.l. 333/1992) ha potuto esigere il rinnovo dei diritti esclusivi maturati nel precedente regime, lasciando, così, la situazione di fatto inalterata; dall'altro, il mantenimento della dichiarazione di pubblica utilità *ex lege* delle opere realizzate di *ENI* ha preservato per quest'ultima cospicui vantaggi sui concorrenti in termini di tempi e costi per espropriazione dei suoli privati (cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva sul settore del gas metano*, cit., par. 20-21 e 39).

<sup>81</sup> D.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, *Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144*, G.U. 20 giugno 2000, n. 142.

<sup>82</sup> Cfr. d.lgs. 164/2000, cit., art. 32. Il decreto ha previsto (art. 30) un regime soggettivamente indifferenziato per la dichiarazione di pubblica utilità per le opere necessarie all'importazione, al trasporto, allo stoccaggio

Senza prevedere la figura del *gestore unico* per le attività infrastrutturali di trasporto, distribuzione e stoccaggio<sup>83</sup>, il decreto ha regolato l'accesso al *sistema* di reti di *GN*, imponendo agli operatori l'obbligo generale di far accedere alle proprie strutture i "grandi consumatori" di gas (i *clienti idonei*) che ne facciano richiesta<sup>84</sup>. L'accesso può essere rifiutato solo qualora: *a*) vi sia carenza di capacità, o *b*) esso possa impedire agli operatori di adempiere ai propri obblighi di servizio pubblico, ovvero *c*) da esso derivino gravi difficoltà economico-finanziarie alle imprese in relazione a contratti di tipo "take or pay"<sup>85</sup>. Chi espleta, in particolare, le attività di trasporto e dispacciamento (le quali, pur essendo liberalizzate sono anche accreditate di pubblico interesse) è tenuto ad allacciare alle proprie strutture gli utenti che ne facciano richiesta, ove il sistema abbia idonea capacità, e purché le opere a ciò necessarie siano tecnicamente ed economicamente realizzabili<sup>86</sup>.

Tecnicamente l'accesso al sistema di *GN*, e in particolare alla rete di trasporto, specie per l'approvvigionamento dall'estero, può avvenire in due modi: tramite gasdotti o attraverso terminali di *gas naturale liquefatto (GNL)*<sup>87</sup>. In base agli artt. 24-25 del *decreto Letta*, l'AEEG fissa i criteri atti a garantire a tutti gli utenti della rete la parità di accesso alle strutture, procede alla verifica dei casi di rifiuto di accesso (in particolare per mancanza di capacità, di connessione o per obblighi di servizio pubblico) e attesta l'eventuale irrealizzabilità dei necessari interventi infrastrutturali<sup>88</sup>. Lo stesso art. 25

---

di gas naturale, e per i terminali di *GNL*, compresi gli impianti di rigassificazione (e ciò riguardo al gas di provenienza sia nazionale che estera). Rispetto alle nuove infrastrutture, per le opere necessarie al trasporto e alla distribuzione, tale dichiarazione «è disposta nel caso in cui non sia possibile effettuare l'attività di trasporto e distribuzione a mezzo delle reti di trasporto e distribuzione esistenti a causa di mancanza di capacità delle stesse o, nel caso l'opera sia necessaria per rifornire un cliente idoneo, a causa di intervenuto rifiuto di accesso al sistema. Negli altri casi il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato o, per gasdotti di distribuzione, la regione competente possono comunque disporre con atto motivato la dichiarazione di pubblica utilità ove ritengano la realizzazione delle opere necessaria alla sicurezza del sistema del gas» (art. 31).

<sup>83</sup> Ai soggetti esercenti tali attività è stato imposto solamente: *a*) di non discriminare tra utenti (o categorie di utenti) nell'accesso al sistema, specie a favore delle imprese collegate; *b*) di adottare contabilità separate per le tre attività.

<sup>84</sup> Cfr. d.lgs. 164/2000, cit., art. 24. Il decreto definisce come *clienti idonei* le persone fisiche o giuridiche che possono stipulare contratti di fornitura, acquisto e vendita di grandi quantitativi di *GN* con qualsiasi produttore, importatore, distributore o grossista, sia in Italia che all'estero (art. 2, c. 1, lett. *c*). Ai sensi dell'art. 2, lett. *ee*, nel *sistema* sono tra l'altro incluse le reti di trasporto, di distribuzione, gli stoccaggi e gli impianti di *GNL*.

<sup>85</sup> Cfr. d.lgs. 164/2000, cit., art. 24 c. 3 e c. 4. I contratti "take or pay" devono essere stati sottoscritti prima dell'entrata in vigore della direttiva CE 98/30. In nessun caso, inoltre, può essere rifiutato l'accesso relativamente al *GN* prodotto nel territorio, nel mare territoriale e nella piattaforma continentale italiani.

<sup>86</sup> Cfr. *ibidem*, art. 8. I criteri di realizzabilità delle opere vengono stabiliti dall'AEEG, anche per quelle relative alla distribuzione, mentre per le opere funzionali allo stoccaggio detti criteri sono stabiliti con decreto del Ministero delle Attività produttive – (cfr. dd.mm. 9 maggio 2001 e 26 settembre 2001). Un obbligo analogo è stabilito anche in capo alle imprese di stoccaggio, attività cui è implicitamente riconosciuto un interesse pubblico in quanto esercibile in regime di concessione ministeriale per singole aree geografiche (art. 11).

<sup>87</sup> I criteri per la determinazione delle tariffe di trasporto e dispacciamento del *GN* e per l'utilizzo dei terminali di *GNL* sono stati fissati dalle delibere AEEG n. 120/01 (G.U. 27 giugno 2001, n. 147) e n. 127/02 (G.U. 29 luglio 2002, n. 176).

<sup>88</sup> Sulla base dell'art. 24, per cui l'AEEG fissa i «criteri atti a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, la massima imparzialità e la neutralità del trasporto e del dispacciamento e dell'utilizzo dei terminali di *GNL*», l'Autorità ha emanato la delibera AEEG 17 luglio 2002, n. 137/02, *Adozione di garanzie di libero accesso al servizio di trasporto del gas naturale e di norme per la predisposizione dei codici di rete*, G.U. 14 agosto 2002, n. 190, soprattutto *Parte 2, Titolo I*. Ai criteri della

stabilisce poi che «*L'accesso non può essere rifiutato ove il cliente sostenga il costo delle opere necessarie per ovviare alla mancanza di capacità o di connessione*». Per ciascuna delle due suddette modalità di accesso, l'AEEG ha quindi disciplinato quest'ultima previsione rispettivamente con la delibera n. 91/02 per la costruzione (o il potenziamento) di terminali di *GNL* e con la delibera 137/02 per la costruzione e/o il potenziamento di gasdotti<sup>89</sup>.

La delibera 91/02 è volta ad incentivare la realizzazione di nuovi impianti di *GNL* che, oltre a diversificare gli approvvigionamenti, costituiscono un'importante alternativa ai gasdotti per un il nostro sistema nazionale, il quale dipende quasi totalmente dall'estero ma è privo di interconnessioni esterne diverse dalla rete fissa di *Snam Rete Gas*<sup>90</sup>. L'AEEG riconosce che, dati gli ingenti investimenti che tali terminali comportano, l'unico modo in cui questi possono essere realizzati dagli operatori è quello di finanziarli tramite «*contratti a lungo termine che ne garantiscano la disponibilità ad uno o più utilizzatori*»<sup>91</sup>. Ai soggetti che abbiano sostenuto l'intero costo di costruzione della nuova capacità è quindi riconosciuto un accesso prioritario ad essa, in deroga al principio dell'accesso garantito a tutti i *clienti idonei*. Detta priorità non può tuttavia superare l'80% della nuova capacità né estendersi per oltre vent'anni dalla data di entrata in servizio<sup>92</sup>.

L'art. 11 della delibera 137/02 tratta, invece, i casi in cui, a fronte di una richiesta di accesso da parte di un utente, l'impresa di trasporto rifiuti di provvedere alla necessaria realizzazione di nuovi gasdotti e/o di potenziare quelli esistenti<sup>93</sup>. Anche in questo caso, l'utente che «*sostenga, anche attraverso il ricorso alla finanza di progetto, il costo delle opere necessarie*», godrà di un accesso prioritario alla nuova capacità, negli stessi limiti visti per i terminali di *GNL*<sup>94</sup>.

Per il *GN* è mancata fino ad oggi la figura unitaria (omologa a *GRTN*) preposta alla gestione della rete nazionale di gasdotti. La direttiva CE 2003/55<sup>95</sup>, tuttavia, applica al settore gli stessi principi da tempo propri del comparto elettrico, compresi quelli relativi

---

delibera devono informarsi i "codici di rete", che ciascun operatore adotta obbligatoriamente per rendere pubbliche regole e modalità di gestione delle proprie infrastrutture e sul rispetto dei quali vigila l'AEEG (art. 8, c. 5).

<sup>89</sup> Cfr. delibera AEEG 15 maggio 2002, n. 91/02 (G.U. 30 maggio 2002, n. 125) in *Rass. Giur. En. El.* n. 2/2002, 453 (commento di O. Torrani); delibera n. 137/02, cit., art. 11.

<sup>90</sup> Cfr. O. Torrani, cit., 455. Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, segnalazione AS238, *Nuova capacità di rigassificazione di terminali di GNL*, Boll. 20/2002, par. 3.

<sup>91</sup> AEEG, *Tariffe per l'utilizzo delle attività di trasporto e stoccaggio e dei terminali di GNL nel sistema del gas*, documento di consultazione del 24 ottobre 2000, in [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it).

<sup>92</sup> A nessun soggetto, inoltre, è riconoscibile l'accesso prioritario ad una capacità di rigassificazione superiore a un terzo di quella complessiva nazionale (delibera AEEG n. 91/02, cit. art. 3, c. 3). In base all'art. 3, c. 2 della delibera, «*il soggetto che detiene il terminale di GNL negozia con il soggetto titolare dell'accesso prioritario [...] le condizioni economiche per l'erogazione del servizio di rigassificazione*». L'AEEG vigila *a posteriori* sull'utilizzo effettivo della capacità soggetta a priorità: il soggetto che, su base annuale e per cause diverse dalla forza maggiore, non utilizzi parte della capacità cui ha accesso prioritario, decade dalla priorità con rispetto alla stessa parte (art. 5, c. 1).

<sup>93</sup> Al riguardo, due sono le possibili tipologie di opere: a) quelle necessarie a trasportare *GN* da sistemi esteri interconnessi al sistema nazionale; b) quelle finalizzate alla traduzione di *GN* rigassificato da terminali di *GNL* alla rete nazionale di gasdotti.

<sup>94</sup> Cfr. delibera 137/02, cit., art. 11, c. 1. L'accesso prioritario può riguardare, di nuovo, un massimo dell'80% della nuova capacità per non più di venti anni (art. 11, c. 4). Anche le disposizioni sull'accertamento della titolarità dell'accesso prioritario (c. 7 e 8) e sulla decadenza da tale diritto (c. 11) sono del tutto analoghe a quelle viste per i terminali di *GNL*.

<sup>95</sup> Direttiva CE 26 giugno 2003, n. 2003/55, *Norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE*, G.U.C.E. 15 luglio 2003, L. 176.

alle infrastrutture. Queste, quindi, saranno suddivise in strutture di trasmissione (inclusive anche degli impianti di stoccaggio e di trattamento del GNL) e in reti di distribuzione. Verranno inoltre designati uno o più *Gestori del sistema di trasmissione*, con i tipici compiti di gestione, mantenimento e sviluppo della rete e dotati di un'indipendenza analoga a quella prevista nel caso dell'energia elettrica<sup>96</sup>, rispetto ai quali ricorrono gli stessi vincoli di terzietà e pubblicità ricordati dall'*Autorità* antitrust e già visti sopra a proposito del comparto elettrico<sup>97</sup>.

Preme piuttosto sottolineare come, nel caso del gas, una simile tendenza all'accorpamento della gestione dell'infrastruttura, se per un verso può offrire garanzie di conservazione e sviluppo della rete nell'interesse del mercato, per un altro andrà coordinata con il possibile proliferare di nuove infrastrutture e reti di soggetti terzi, che proprio la disciplina sull'accesso prioritario vuole favorire. Al riguardo, poi, la direttiva 2003/55 contiene previsioni che rischiano di ridurre il *favor* che il nostro ordinamento riconosce alle imprese che si accollino i costi di nuovi *assets*. In essa, infatti l'accesso prioritario ad «*interconnector tra Stati membri, impianti di GNL e impianti di stoccaggio*» non è riconosciuto alle imprese come un diritto (seppure nei limiti percentuali e temporali suvvisi), bensì viene accordato dalle autorità di ogni Stato membro in via discrezionale, caso per caso, e ciò anche laddove l'impresa non si trovi in posizione dominante e la nuova infrastruttura non risulti essenziale (in termini di non duplicabilità)<sup>98</sup>.

### **5. Sviluppi normativi nei settori energetici tra black out e tentativi di federalismo (il d.l. 239/2003 e d.d.l. Marzano)**

Il disegno di legge n. 3297/2002 (*d.d.l. Marzano*) prevede un riordino della disciplina accorpata delle attività elettriche e di GN, come già accaduto di fatto con le direttive CE del 2003 n. 54 e 55. Tra i principi ispiratori del d.d.l., si conferma l'interesse pubblico per le attività di rete, ammettendo la possibilità di attribuire in concessione, tra l'altro, la distribuzione di energia, lo stoccaggio di idrocarburi, nonché la trasmissione e il dispacciamento di elettricità<sup>99</sup>.

Il d.d.l. mira inoltre a disegnare un assetto di competenze amministrative rispettoso del nuovo Titolo V Cost.<sup>100</sup>. Per ciò che qui interessa, in materia di elettricità, allo Stato spetterebbero tra l'altro:

<sup>96</sup> Cfr. *ibidem*, artt. 7-9. L'indipendenza riguarda la formazione delle decisioni sullo sviluppo della rete, le ingerenze da parte dell'impresa madre in cui il gestore sia eventualmente inquadrato e il regime proprietario degli *assets*.

<sup>97</sup> V. *supra*, paragrafo 3.

<sup>98</sup> Cfr. direttiva 2003/54, cit., art. 22, contenente anche disposizioni relative agli *interconnectors* tra Stati membri, analoghe a quelle del regolamento CE 1228/2003 cit. in materia di energia elettrica. Cfr. E. Bruti Liberati, intervento al convegno *Comparative Experiences in Network Service Regulation*, Roma, 26 marzo 2004, ove si sostiene che l'accesso prioritario dovrebbe discendere automaticamente dal diritto di iniziativa economica e da quello di proprietà.

<sup>99</sup> Cfr. d.d.l. n. 3297/2002, art. 2, c. 2 e 3. Altro principio di interesse è quello dell'equilibrata localizzazione territoriale delle infrastrutture energetiche *tout court* (art. 4, c. 1 lett. f) con adeguato coinvolgimento delle regioni interessate.

<sup>100</sup> Cfr. d.d.l. n. 3297/2002, cit., artt. 5-9 e anche art. 13. Sul tema, cfr. AA.VV., *L'attuazione del titolo V: aspetti problematici*, cit.; G. Napolitano, *L'energia elettrica ed il gas*, cit., 2215; L.R. Perfetti, *Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione del quadro delle competenze*; C. Scarpa, *Titolo V e politica energetica: per favore, riformiamo la riforma*, in *MCR*, 2002, 360 ss.; S. Cassese, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Rass. Giur. En. El.*, 3/2002, 497; F. Di Porto, *Tre tendenze della Corte Costituzionale su energia e nuovo Titolo V della costituzione*, in

- a) l'affidamento in concessione della trasmissione e del dispacciamento nazionale e l'adozione dei relativi indirizzi;
- b) l'approvazione degli indirizzi di sviluppo della RTN;
- c) l'aggiornamento della *convenzione-tipo* per disciplinare gli interventi di manutenzione e di sviluppo della RTN e dei dispositivi di interconnessione<sup>101</sup>.

Nel settore del GN, invece, lo Stato manterrebbe soprattutto compiti:

- a) di indirizzo per le imprese attive nel trasporto, nel dispacciamento e nella rigassificazione di GNL;
- b) di individuazione della rete<sup>102</sup>.

Il d.d.l. inoltre eleva al rango di legge ordinaria quanto previsto dalla delibera AEEG n. 91/02, prevedendo l'*accesso prioritario* quale compensazione per i soggetti che si accollino la costruzione di nuovi terminali di GNL<sup>103</sup>.

Alcune disposizioni inizialmente contenute nel *d.d.l. Marzano*, sono state peraltro stralciate ed inserite nel d.l. n. 239/2003. Questo ha introdotto, in primo luogo, una disciplina semplificata per i provvedimenti di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di elettrodotti, oleodotti e gasdotti facenti parte delle reti nazionali, ed alcuni principi relativi alle autorizzazioni di competenza regionale<sup>104</sup>.

Ma soprattutto, il d.l. 239/2003 ha modificato il *decreto Bersani* in vista di quella che sembrava la prospettiva assodata dell'unificazione di proprietà e gestione dell'infrastruttura di trasmissione in capo a *GRTN s.p.a.* Questa viene infatti legittimata ad essere proprietaria della rete e a deliberare «*gli interventi di manutenzione e di sviluppo della rete, a proprio carico, se proprietario della rete, o a carico delle società proprietarie*»<sup>105</sup>. Essa inoltre, sempre ai sensi del decreto, risponde direttamente al Ministero delle Attività Produttive (il quale è ancora titolare di un potere di indirizzo sullo sviluppo delle reti nazionali di trasporto di energia elettrica e di GN ed approva i relativi

---

www.amministrazioneincammino.luiss.it, ove, con particolare riferimento alla sent. n. 7/2004, si sottolinea che la Corte sembra fare salve, anche dopo l'approvazione della legge cost. n. 3/2001 che riscrive il Titolo V della Costituzione, il riparto di competenze amministrative in precedenza operato a livello di fonte statale con la legge 15 marzo 1997, n. 59 (*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*, G.U. 17 marzo 1997, n. 63, cd. *legge Bassanini*) e con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (*Conferimento di funzioni e compiti dello Stato alle Regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*, G.U. 21 aprile 1998, n. 92), di attuazione della prima: nel dettaglio, la legge aveva trasferito poteri e funzioni alle Regioni e agli Enti locali, mantenendo in capo allo Stato «*i compiti di rilievo nazionale*» relativi tra l'altro alla «*ricerca, produzione, trasporto e distribuzione di energia*», e quelli «*preordinati alla programmazione, progettazione, esecuzione e manutenzione delle grandi reti infrastrutturali*»; il decreto ha poi specificato che allo Stato spetta la «*determinazione dei criteri generali tecnico-costruttivi e le norme tecniche essenziali degli impianti di produzione, conservazione e distribuzione dell'energia*» (art. 29, c. 2, lett. c).

<sup>101</sup> Cfr. d.d.l. 3297/2002, cit., art. 5, c. 2.

<sup>102</sup> Cfr. *ibidem*, art. 5, c. 3.

<sup>103</sup> Il d.d.l. contemplava anche una previsione analoga in materia di nuove linee di interconnessioni elettriche con l'estero, la quale è stata invece disciplinata, come visto, con il d.l. 239/2003, cit.

<sup>104</sup> Cfr. d.l. n. 239/2003, cit., art. 1-*sexies*, c. 1.

<sup>105</sup> All'AEEG spetterebbe definire le tariffe di remunerazione delle reti di trasporto e distribuzione (d.l. 239/2003, cit., art. 1-*quinquies*, c. 7; cfr. anche art. 10, c. 4, *d.d.l. Marzano*).

piani di sviluppo predisposti annualmente dai relativi gestori) della tempestiva esecuzione degli interventi deliberati rispetto alle parti di sua proprietà<sup>106</sup>.

Con la privatizzazione parziale di *Terna* ed il trasferimento ad essa della gestione, (disposto con il D.P.C.M. 11 maggio 2004 emanato proprio in esecuzione del d.l. 239) detta prospettiva viene invece “congelata”, prevedendo per il momento l'esercizio delle funzioni di gestione da parte di un soggetto proprietario della rete e privatizzato per una quota significativa del proprio capitale. Anzi, proprio riguardo al regime proprietario degli *assets*, il decreto vieta, a partire dal 1 luglio 2007, a qualunque soggetto operante nella produzione, importazione, distribuzione, vendita di elettricità o di gas, di detenere, direttamente o indirettamente più del 20% del capitale delle società proprietarie e gestrici delle reti nazionali di trasporto di energia elettrica e di gas naturale<sup>107</sup>.

## 6. Alcune considerazioni conclusive

Oltre alle singole problematiche segnalate in ciascun settore, che danno effettivo conto di alcune criticità di una materia in larga parte ancora indeterminata, quanto visto nei paragrafi precedenti consente di svolgere anche alcune considerazioni di carattere generale.

I processi di liberalizzazione che hanno coinvolto i settori in esame si sono concentrati generalmente sull'apertura dei mercati con l'abbattimento di barriere normative ed amministrative, col riconoscimento di diritti di accesso alle infrastrutture esistenti e, in generale, con l'applicazione delle regole di concorrenza<sup>108</sup>. Assai minore è stata l'attenzione inizialmente dedicata allo sviluppo delle reti in una prospettiva di lungo periodo, aspetto che la stessa Commissione ha riconosciuto nel *Libro verde sui servizi di interesse generale* del 2003 e che nel nostro Paese, ad esempio relativamente al comparto elettrico, già troverebbe preoccupanti riflessi<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Cfr. d.l. 239/2003, come modificato dalla legge di conversione n. 290/2003, cit., art. 1ter, c. 2.

<sup>107</sup> Cfr. *ibidem*, c. 4. Si noti come il D.P.C.M. 11 maggio 2004, cit., art. 3, c. 2, oltre alla produzione, importazione, distribuzione, vendita, aggiunga anche l'attività di trasmissione, sembrando in tal modo precludere a *GRTN* ogni futura possibilità di controllo del soggetto gestore per una quota superiore al 20% del capitale.

<sup>108</sup> Cfr. M. Conticelli, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei servizi pubblici a rete*, in *MCR*, 2/2001, 369; M. Megliani, *L'accesso alle infrastrutture*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, cit., 61 ss. Rispetto agli aspetti più evolutivi del diritto di accesso della c.d. *essential facilities doctrine*, cfr. M. Siragusa, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in E. A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1998; C. Cazzola, *La dottrina delle essential facilities e la politica antitrust*, in F. Bonelli, S. Cassese, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1999; G. Moglia, D. Durante, *Le essential facilities e la creazione di nuovi mercati concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione*, in *Concorrenza e mercato*, 1999, 299; A. Valeriani, *L'essential facilities doctrine: sviluppi normativi ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Responsabilità, Comunicazione, Impresa*, 2/2001, 187.

<sup>109</sup> Cfr. Commissione Ue, Libro verde 21 maggio 2003, *I servizi di interesse generale*, COM(2003) 270, p. 91, ove in merito alla valutazione di legittimità delle misure pubbliche di finanziamento degli obblighi di servizio pubblico rispetto alle norme sulla concorrenza e gli aiuti di Stato, la Commissione ammette che «Non sono oggetto di studi specifici gli effetti del meccanismo scelto sugli investimenti a lungo termine dei fornitori di servizi e di infrastrutture e la sicurezza della fornitura». Rispetto alla diminuzione degli investimenti effettuati sulla rete di trasmissione di energia ed il conseguente degrado fisico delle infrastrutture, e in particolare al problema della diminuzione degli incentivi e degli obblighi ad investire, cfr. C. Scarpa, *Chi ha paura della concorrenza nel settore dell'elettricità*, in *MCR*, 1999, 119; A. Clò, *Fatti e misfatti/2 Dal deficit al blackout elettrico*, in *Energia*, n. 4/2003, 7 ss., in cui si osserva come fino al 1998 il livello degli investimenti è rimasto a livelli adeguati alle esigenze, mentre ha fatto registrare una drastica riduzione dal 1999 in avanti, passando dai 500 milioni di euro del 1998 ai 200 milioni nel 2000; e come a

L'assetto gestionale delle reti per i settori esaminati si va ora formando secondo modelli in buona parte ancora da definire<sup>110</sup>, con un grado di complessità e lentezza elevato, specie se comparato con quanto avvenuto nel settore guida delle liberalizzazioni dei servizi a rete, quello delle telecomunicazioni. In esso, come noto, dopo un'era di monopolio pubblico che abbracciava l'approntamento sia di infrastrutture che di servizi, la costruzione di reti è stata liberalizzata e sottoposta unicamente a procedure autorizzatorie<sup>111</sup>. La rete di telefonia fissa, tuttavia, è rimasta sostanzialmente (in alcune sue parti) un monopolio naturale, oggetto sì di estesi obblighi regolatori di accesso ed interconnessione, ma comunque assolutamente non neutrale. La sua proprietà spetta infatti ad un operatore (*Telecom*) interamente privato (ex monopolista pubblico), libero di potenziare e mantenere la rete sostanzialmente secondo le proprie strategie e tramite i diritti legittimamente richiesti agli operatori che su tale rete basano i propri servizi.

Nei settori testé esaminati, viceversa, la neutralità della rete si impone nella misura in cui questa non è ragionevolmente duplicabile. Essa viene perseguita tramite un modello in cui rete ed operatori devono essere separati. Tuttavia, al momento è quanto mai opportuno distinguere il caso dei trasporti ferroviari, ove essa risulta ancora *debole* (di tipo solo strutturale), dai settori energetici, ove invece acquisisce (o sembra destinata ad acquisire) un carattere sempre più forte (di tipo proprietario).

Ciò posto, gli sviluppi storico-economici che hanno interessato l'ambito dei servizi a rete negli ultimi anni sembrano suggerire che quello della terzietà della rete può non essere l'unico carattere desiderabile. Sembra infatti opportuno distinguere due profili della gestione, che possiamo definire rispettivamente l'uno "statico" e l'altro "dinamico".

Il primo concerne l'amministrazione dell'infrastruttura considerata come un dato immutabile: in tal senso la garanzia dell'accesso sembra poter essere soddisfatta dal solo carattere della terzietà (possibilmente di tipo proprietario), in forza del quale nessun operatore di servizi sulla rete deve poter beneficiare di privilegi o vantaggi nel momento in cui la capacità viene assegnata ad esso e ai suoi concorrenti.

Il profilo dinamico considera invece la rete come una variabile, in quanto oggetto di continue opere di manutenzione ed adeguamento alle esigenze sia degli operatori del mercato che dell'utenza. In tal senso, esso presuppone di nuovo la terzietà, in quanto lo sviluppo dell'infrastruttura non può avvenire unicamente ad opera di un operatore desideroso di soddisfare le proprie strategie, ma deve semmai essere orientato

---

tale diminuzione si è aggiunto il problema del coordinamento tra gestione (*GRTN*) e proprietari della rete (*Terna*, in special modo) che non hanno dato esecuzione al piano di investimenti programmato dal gestore della rete (cfr. anche gli interventi di C.A. Bollino e M. Romano, tutti disponibili in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)); L. De Paoli, *Blackout, sviluppo delle reti e liberalizzazione del settore elettrico*, in *MCR*, 2004, 103 ss. Per un'analisi economica dell'argomento, cfr. M. Di Palma, C. Mazziotta, *Infrastrutture, competitività e sviluppo: il caso italiano*, in *Economia italiana*, 3/2003, 533 ss.

110 Cfr. le prospettazioni teoriche comparativiste formulate da L. De Paoli con riferimento al settore elettrico ma generalizzabili a quello del gas e delle ferrovie, e tesse a riproporre un ruolo pubblico (del Governo o dell'Autorità di regolazione) nel controllo della programmazione delle reti affidata al Gestore del sistema (in *Blackout, sviluppo delle reti e liberalizzazione del settore elettrico*, cit., 123 ss.).

111 Per una ricostruzione delle situazioni di privativa statale e di organizzazione normativa delle attività rispetto a reti e servizi di telecomunicazioni, cfr. N. Rangone, *I servizi pubblici*, cit., 194 e ss. Il regime di installazione di reti di telecomunicazione (e più in generale di *comunicazioni elettroniche*) è stato in ultimo modificato ed ispirato alla figura dell'autorizzazione generale, con d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, G.U. 15 settembre 2003 n. 214, art. 25 ss. (per il quale cfr. A. Ali, *Le autorizzazioni generali di reti e servizi di comunicazione elettronica (articoli 25-39)*, in G.F. Cartei, M. Clarich, *Il nuovo diritto delle comunicazioni elettroniche – Commentario sistematico al d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259*, Milano, Giuffrè, 2004, in corso di stampa).

primariamente alla possibilità di creare un contesto concorrenziale di servizi prestati da più operatori. Oltre alla terzietà, però, si impone l'esigenza che la rete non venga gestita in chiave unicamente imprenditoriale, ma bensì nel rispetto anche di esigenze di pubblico interesse, di cui si fanno necessariamente (e storicamente) carico i pubblici poteri, in senso decisionale e, se del caso, finanziario. Interesse che, sebbene in ossequio all'impianto di liberalizzazione dei servizi a rete costringa progressivamente la discrezionalità amministrativa nelle sponde della razionalità economica, ossia del funzionamento concorrenziale del mercato, dovrebbe permanere pur sempre pubblico ed *originario*<sup>112</sup>, svincolato cioè da valutazioni esclusivamente imprenditoriali ed economiche (salvo, semmai, quelle legate ai problemi di finanza pubblica<sup>113</sup>). E' da tutto questo che discende, rispetto a tale profilo dinamico, l'opportunità della proprietà (e gestione) pubblica della rete, come attività dai connotati assimilabili, forse, all'esercizio di una funzione.

E ciò anche in ragione del fatto che neppure la disciplina codicistica dei beni pubblici può in principio assistere l'interesse generale, in conseguenza dei processi di privatizzazione (formale e/o sostanziale) dei soggetti qui considerati (*Enel, ENI, Ferrovie dello Stato*). Come autorevolmente rilevato, infatti, manca nel nostro ordinamento, «una regolamentazione dei beni destinati ad un pubblico servizio [quale è la fornitura di reti ferroviarie o energetiche] in quanto tali, che prescindano dall'appartenenza pubblica o privata», giacché se il proprietario delle reti è un ente pubblico, troveranno applicazione le norme sui beni demaniali o sui beni patrimoniali indisponibili (con i relativi vincoli di inalienabilità, imprescrittibilità ed impossibilità di costituire garanzia patrimoniale per i creditori), mentre se proprietario è un privato, troveranno applicazione le sole norme del codice civile sulla proprietà<sup>114</sup>.

In secondo luogo, l'azione comunitaria di liberalizzazione ha da un lato circoscritto, dall'altro esaltato per importanza le aree monopolistiche che persistono nelle fasi infrastrutturali “a monte” dei settori considerati, al punto da prescrivere, essa direttamente, l'individuazione di soggetti unitari responsabili della gestione in monopolio di reti e strutture non duplicabili (i *Gestori della rete ferroviaria* e quelli *della rete di trasmissione (e di distribuzione) di energia elettrica* e di *GN*). In rapporto all'ambito italiano, peraltro, tale processo di accentrimento disposto a livello comunitario, costituisce la versione aggiornata di pregresse situazioni di monopolio legale nei casi di ferrovie ed energia elettrica, mentre per il *GN* esso si impone (almeno formalmente) come una novità.

Ora, l'esperienza maturata nel settore elettrico (dei tre, quello forse più sviluppato da un punto di vista regolatorio) suggerisce con forza che detti soggetti gestori debbono essere anche proprietari della rete, onde evitare frammentazioni e complicità nei

---

<sup>112</sup> Cfr. B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit.

<sup>113</sup> Si ricordi al riguardo il dibattito sulla (apparente?) rigidità e indifferenza dei vincoli derivanti dal Patto di stabilità comunitario rispetto agli investimenti pubblici in infrastrutture, e si veda al riguardo l'evoluzione delle soluzioni ipotizzate dalla Commissione nel *Libro verde sui servizi di interesse generale*, cit. (n. 85 e, nell'allegato, n. 62, lett. a), tra le quali spicca in tal senso il possibile ricorso a fondi strutturali comunitari. Sull'argomento, cfr. A. Pedone, *Le infrastrutture europee tra esigenze di crescita e vincoli di finanziamento*, in *Economia italiana*, 3/2003, 567 ss.

<sup>114</sup> Cfr. G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 4/2003, 505 ss.; cfr. anche G. Napolitano, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *MCR*, 3/2003, 537 ss. e *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Diritto amministrativo* n. 4/2003, 801 ss.

momenti decisionali sul suo sviluppo, nonché il necessario coordinamento di tali decisioni con l'esercizio dei diritti di proprietà e con la normativa in materia di appalti pubblici<sup>115</sup>.

Tale orientamento, tuttavia, va in prospettiva coordinato con gli auspicati effetti di quel *favor* che dapprima la normativa nazionale sul *GN*, e successivamente anche quella comunitaria in materia energetica (seppure con un connotato di non automaticità potenzialmente disincentivante), riconoscono agli operatori che investano consistenti risorse nella realizzazione di nuove infrastrutture di rete, delle quali saranno poi proprietari, gestori e, temporaneamente, anche fruitori privilegiati. Se da un lato, infatti, detto *favor* concorre in alcuni casi a realizzare obiettivi già fatti propri dal Trattato CE (artt. 154-155), in piena attuazione del conclamato principio comunitario di sussidiarietà orizzontale, d'altro canto esso comporta il proliferare di installazioni non riconducibili ai gestori "istituzionali", con una conseguente frammentazione nella gestione delle infrastrutture che si pone in piena controtendenza rispetto al sopraindicato processo di accentramento.

Quanto appena detto, poi, si collega al fenomeno di tendenziale privatizzazione e, ineluttabilmente, anche di liberalizzazione delle attività infrastrutturali a monte. E' evidente, per quanto visto, che aprire il comparto dei servizi alla concorrenza significa anche accettare processi di "demonopolizzazione" delle attività di rete. Il riconoscimento di diritti d'accesso giunge infatti ad "intaccare" le relative scelte di gestione e finanche di sviluppo delle reti<sup>116</sup>. In ambito energetico la partecipazione di operatori privati all'adeguamento della dotazione infrastrutturale si sostanzia in veri e propri diritti (talora dequotati dalle norme comunitarie ad autorizzazioni concesse discrezionalmente dall'Amministrazione) ed è sostenuta dall'assegnazione di un *accesso privilegiato*. In campo ferroviario, invece, quest'ultimo è uno strumento ancora ignoto, ma le domande di accesso inevase possono bensì portare gli operatori di rete, per così dire, "sulla soglia" dell'esecuzione degli interventi necessari, i quali comunque spettano ancora (in concessione esclusiva) ad un organismo unico.

Ma la privatizzazione delle attività di rete emerge anche in chiave amministrativa, rispetto agli strumenti decisionali esperibili per la "cura" dell'interesse pubblico connesso alle reti. Le funzioni pubbliche in merito allo sviluppo infrastrutturale, in origine quasi esclusivamente autorizzatorie e concessorie, si sono in larga parte rarefatte, nel secolo scorso, nel quadro della gestione pubblica diretta ed esclusiva dei servizi in esame. Oggi tendono a recuperare la loro configurazione originaria, devolvendo all'autonomia imprenditoriale le decisioni in materia di investimenti e potenziamenti. Il ruolo dei pubblici poteri, ispirato in misura crescente a politiche infrastrutturali che coinvolgono risorse e soggetti privati<sup>117</sup>, si esprime in atti che non sono più espressione unilaterale ed

---

<sup>115</sup> Cfr. in ultimo anche la previsione di meccanismi tesi all'aggregazione in un unico soggetto (*Terna*) della proprietà della rete elettrica nazionale di trasmissione ai sensi del D.P.C.M. 11 maggio 2004, cit., art. 2.

<sup>116</sup> Il che nel lungo periodo può altresì avere il positivo effetto di compensare il fatto che, in generale, il riconoscimento di diritti di accesso da parte di terzi alle reti disincentiva la costruzione di nuove infrastrutture (cfr. in materia di telecomunicazioni R. Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*, cit., 199).

<sup>117</sup> Cfr. legge 21 dicembre 2001, n. 443, *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive (Legge Obiettivo)*, G.U. 27 dicembre 2001, n. 299, art. 1, c. 2, lett. a, ove il Governo viene legittimato ad emanare uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo relativo alla realizzazione delle infrastrutture oggetto della legge nei quali detta tra l'altro la disciplina della tecnica di finanza di progetto per finanziare e realizzare, con il concorso del capitale privato, le infrastrutture stesse. Nella stessa direzione va poi il d.l. n. 63/2002, istitutivo delle società Patrimonio dello Stato *spa* e *Infrastrutture spa*. Ancorché con riguardo ai servizi

autonoma (ancorché in forma privatistica) del volere di *enti pubblici* (*Enel, ENI e Ferrovie dello Stato*), ma che necessitano, in qualche misura, di una composizione negoziale e bilaterale tra i soggetti proprietari, quelli gestori delle reti, e tra questi e le amministrazioni competenti in materia (Ministeri delle Infrastrutture e delle Attività Produttive). Di tale fenomeno di frammentazione e “contrattualizzazione” del governo delle reti sono espressione i sopraccitati *contratti di programma* nei trasporti ferroviari, le *convenzioni* in fatto di reti elettriche e, presumibilmente in futuro, di *GN*<sup>118</sup>. E proprio in prospettiva futura, tale contrattualizzazione appare la modalità di governo più plausibile ove alcune parti del sistema di rete fossero costruite da (e di proprietà di) privati e/o si optasse per una (discutibile) privatizzazione in senso sostanziale degli stessi gestori istituzionali: avendo premura, in tal caso, di valutare se e quali obblighi la parte contraente pubblica preposta all'amministrazione delle reti possa attivare (su base ordinatoria pubblicistica ovvero contrattuale privatistica) ai fini della garanzia dell'interesse pubblico.

Comparando i tre settori analizzati, infine, è di tutta evidenza che, rispetto al comparto energetico, i trasporti ferroviari offrono un assetto ancora condizionato dai regimi precedenti ed una regolazione a tratti strutturalmente non conforme (se non illegittima) rispetto alle indicazioni comunitarie, in ragione dalle commistioni, più forti che altrove, tra i soggetti economici, politici e di amministrazione implicati. Di ciò sono manifestazione l'assenza di un'autorità di regolazione indipendente di settore e la competenza ancora esclusiva di *RFI* in ordine allo sviluppo della rete: caratteri, questi, che sembrano tuttavia destinati ad essere superati, con un avvicinamento del settore rispetto agli altri servizi a rete, nel quadro della politica comunitaria di promozione del trasporto (soprattutto di merci) su rotaia<sup>119</sup>.

---

pubblici locali, un esempio in tal senso è fornito dal c. 7 dell'art. 113 d.lgs. 267/2000 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, G.U. 28 settembre 2000, n. 227), il quale dispone che l'eventuale gara per l'affidamento del servizio è aggiudicata, tra l'altro, sulla base «dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti». Sull'argomento cfr. L. De Pierris, F. Medda, *Operatori e capitali privati nella realizzazione delle infrastrutture di pubblica utilità*, in *Economia italiana*, 3/2003, 615 ss.

<sup>118</sup> In relazione alla contrattualizzazione dell'attività amministrativa, si pensi anche al diffondersi dei *contratti di servizio* quali strumenti di disciplina dei rapporti tra p.A. e gestori di reti o servizi pubblici (cfr. art. 113 d.lgs. 267/2000, cit., c. 11). Cfr. A. Romano Tassone, *Il contratto di servizio*, in *Diritto dei Trasporti* 1998, 613; C. Marzuoli, *Il contratto di servizio in materia radiotelevisiva: un contratto autentico?*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 3/2000; A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, 452 ss.; M. Lottini, *Il contratto di servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1/2002, 53 ss. G. Napolitano, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Rivista giur. quadr. pubbl. serv.*, 2/3/2002, 28 e ss.; A. Massera, C. Taccola, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali* (in corso di pubblicazione).

<sup>119</sup> Cfr., specie in materia di trasporto merci, Commissione Ue, Libro Bianco 12 settembre 2001, *La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte*, COM(2001) 370, nonché il nuovo pacchetto di direttive presentato dalla Commissione Ue nel marzo 2004, che prevede l'apertura del mercato del trasporto internazionale di passeggeri nel 2010 (in G.U.C.E. 30 aprile 2004, L 164).