

**Sistemi Giuridici e Sistemi Energetici da
Fonte Convenzionale ed Eletttronucleare**

*Alla mia famiglia e al ricordo
sempre vivo di mio nonno Alfonso*

Introduzione

Capitolo I

La parabola evolutiva del diritto dell'energia tra potere pubblico e istanze private

1. Alle origini della pubblicizzazione dei sistemi energetici

1.1 *Lo sviluppo del diritto dell'energia tra utilità privata e interesse generale*

1.2 *Lo Stato gestore e la struttura organizzativa dei sistemi energetici nazionali*

2. Potere pubblico e istanze private nel binomio tra tecnica e diritto

2.1 *Il ruolo della normativa privata nella disciplina dei sistemi energetici*

2.2 *La riconduzione a sistema della normativa tecnica: la politica di "normalizzazione" europea*

3. L'erosione della sovranità statale: il sistema normativo europeo e il mercato "interno" dell'energia

3.1 *I fondamenti giuridici del policy-making europeo*

3.2 *"Norme comuni" per i mercati di elettricità e gas nel primo pacchetto energia*

3.3 *Il graduale passaggio alla governance europea dei sistemi energetici*

3.4 *Il ruolo della Corte di giustizia europea nella definizione dei principi guida dell'azione dei poteri pubblici nei sistemi energetici*

Capitolo II

L'istituzionalizzazione dei meccanismi reticolari del sistema energetico da fonte convenzionale

1. Il prisma regolazione fra istanze economiche e prerogative sociali

2. Le reti dei regolatori e le politiche di rete

2.1 La "rete" come metafora giuridica

2.2 Organizzazione di un sistema europeo di regolazione "a rete"

2.3 L'istituzionalizzazione del modello reticolare: l'ACER

2.4 La rete come infrastruttura fisica: i codici di rete

2.5 L'organizzazione delle reti transfrontaliere

Capitolo III

Un regard comparé

1. La maîtrise de l'énergie dans le système normative français, public et privé

1.1 Les vagues lois sur les réseaux énergétiques pendant les années de l'état libéral

1.2 L'organisation Etat par rapport à l'énergie

2. Le Marché intérieur de l'énergie e la perte partielle de souveraineté de l'Etat sur la production normatif du secteur

2.1 L'organisation des systèmes énergétiques par rapport à la libéralisation du marché

2.2 La régulation économique: théorie et conditions

2.3 *Objet, organes particuliers et méthode de la régulation dans les secteurs de l'énergie*

2.4 *Les normes techniques: normes privées mais pour finalités de public intérêt*

Riflessioni conclusive e problemi irrisolti

1. *La circolazione "dissociata" dei modelli giuridici*
2. *Gli strumenti di ricomposizione della frammentarietà dei sistemi normativi*
3. *L'organizzazione pubblica reticolare nel mercato transnazionale dell'energia*

Parte speciale

Capitolo I

L'energia da fonte elettronucleare Un sistema normativo e di mercato composito

Introduzione

1. ***I fondamenti giuridici della disciplina elettronucleare***
 - 1.1 *Alle origini del sistema elettronucleare: le fonti pattizie*
 - 1.2 *Il Trattato EURATOM: potenzialità e limiti di un traité lois*
 - 1.3 *Il criterio ermeneutico della coerenza sistematica dei Trattati*
 - 1.4 *Il contributo dell'ordinamento europeo alla realizzazione di un sistema giuridico vincolante*
 - 1.5 *Il caso italiano e l'esperienza francese(rinvio)*

2. *Interazioni, interferenze e relazioni del nuclear safety, security e safeguard*

2.1 *Le reti delle agenzie internazionali: l' International Atomic Energy Agency e la Nuclear Energy Agency*

2.2 *I policy-networks dell'ordinamento europeo*

3. *La regolazione multilivello del mercato e della sicurezza elettronucleare*

3.1 *L'approvvigionamento di uranio*

3.2 *Realizzazione e messa in sicurezza degli impianti nucleari*

3.3 *La gestione dei rifiuti radioattivi e il decommissioning degli impianti nucleari*

Capitolo II

La discipline juridique de l'énergie nucléaire en France (renvoi)

1. *Un droit qui éclate entre plusieurs cadres et systèmes juridiques*

1.1 *L'énergie électronucléaire par rapport à la mission économique et sociaux de l'Etat dans le secteur énergétique*

1.2 *Le rapport entre l'Etat français et Euratom dans le domaine de l'approvisionnement en uranium*

1.3 *Les règles sur l'exploitation des centrales nucléaires entre droit interne et droit internationale*

1.4 *Les acteurs publics et privés dans le scénario électronucléaire national*

1.5 Sécurité et sûreté nucléaire qui échappent à la règle de la protection plus stricte

1.6 La gestion des déchets radioactifs

1.7 Portées et limites du système juridique électronucléaire français

Riflessioni conclusive parte speciale

1. *Il potere legale-razionale nel confronto con i c.d. “dispositivi dinamici” del settore elettronucleare*

2. *Il policentrismo del sistema giuridico elettronucleare : espressione e sintesi delle “aperture” del diritto contemporaneo*

3. La valeur des standards et des principes généraux dans le système juridique électronucléaire

Conclusioni finali e spunti comparatistici

Introduzione

Costituisce ormai un dato acquisito nella riflessione scientifica la consapevolezza che l'intervento dei poteri pubblici nell'economia abbia mutato le proprie connotazioni ma non sia affatto recessivo.

L'espansione dei regimi privati e dei meccanismi di produzione privata delle regole tecniche nei mercati; la conformazione secondo strutture reticolari dell'organizzazione degli attori pubblici e privati che governano i mercati stessi; la sempre maggiore interdipendenza tra pubblico e privato che connota sistemi economici le cui dimensioni sopravanzano in misura sempre più netta i confini dei singoli Stati, sono trasformazioni che la dottrina ha, ormai da qualche decennio, indicato come rivelatrici della crisi del concetto stesso di sovranità dello Stato applicato alla sfera economica.

Al tempo stesso, però, è altrettanto chiaro come tali trasformazioni implicino un diverso atteggiarsi dei poteri pubblici, che rimangono un elemento ineliminabile del funzionamento dei sistemi economici. Ogni ricostruzione volta a teorizzare l'inarrestabile declino della funzione dei poteri pubblici nell'economia (come del resto è chiaramente evidenziato nella fase attuale di crisi dei sistemi di mercato che stiamo attraversando) si palesa non idonea a cogliere la pluridimensionalità dei fenomeni economici, in cui le istanze private e di mercato si interrelano su terreni in cui la mediazione politica, statale e ultrastatale, è ancora rilevante.

Il presente studio nasce proprio dall'esigenza di verificare simili processi su un terreno di particolare rilevanza per l'interesse generale, qual è quello relativo al governo dei sistemi energetici.

In particolare, l'obiettivo di verificare sul campo la profondità dei processi per un verso, di scardinamento del classico potere sovrano statale riferito ai mercati e, per altro verso, di interrelazione e trasformazione del potere nel rapporto con le istanze di governo sovranazionale e le istanze private "globali", ha indotto ad articolare l'indagine su due ambiti distinti.

Sotto un primo aspetto, oggetto di analisi è il sistema energetico da fonti convenzionali (Parte generale), rispetto al quale le esigenze legate alla formazione del mercato a livello mondiale ha condotto a

erodere la sovranità statale a favore dell'Unione europea e delle esigenze di carattere tecnico che favoriscono la formazione di reti di autorità indipendenti nonché lo spazio crescente, nella produzione normativa, ad attori privati.

Distintamente, un terreno di indagine specifico (Parte speciale) è costituito dal sistema energia elettronucleare, rispetto al quale questi stessi processi assumono una connotazione del tutto differente ed uno spazio più significativo è ancora lasciato al potere sovrano.

Dal confronto tra i processi in corso nei due differenti ambiti è possibile cogliere elementi significativi sotto il profilo della ricostruzione teorica del ruolo dei poteri pubblici nella disciplina dei sistemi energetici, offrendo altresì all'interprete chiavi di lettura e di orientamento che possono essere significative nel panorama estremamente complesso e frastagliato che è oggetto di indagine.

Con riferimento al metodo di indagine utilizzato, si è scelto il metodo che utilizza i criteri propri del metodo dei sistemi.

Il concetto di sistema nasce e si diffonde in settori disciplinari estranei al diritto, come la matematica e l'economia⁽¹⁾, e viene solo successivamente adottato da una parte della dottrina giuridica per cogliere e sistematizzare fenomeni nuovi e complessi.

L'adozione di tale metodo nel campo del diritto consente infatti di dar conto dei caratteri dell'ordinamento che risultano dalle interrelazioni fra i diversi elementi che lo compongono e di superare così i limiti tanto dell'approccio formalista che di quello sostanzialista⁽²⁾. Il primo, eccessivamente ancorato all'idea che il diritto sia esclusivamente quello prodotto dallo Stato⁽³⁾, il secondo, incentrato su corpi sociali tendenzialmente stabili, come quello di ordinamento giuridico⁽⁴⁾.

¹ H. A. SIMON, *Le scienze dell'artificiale*, trad.it., Il Mulino, Bologna, 1988.

² G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, pag.1 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo comune*, Torino, 2007, pag. 30.

³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, AA.VV., *La sistematica giuridica*, Istituto enciclopedia giuridica, Treccani, Firenze, 1991; F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enc. giur.*, vol.XXIX, Roma, *Ist. Enc.Ital.*, 1993, pag.1

⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*,(1918), Firenze, 1962, pag. 106.

La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici ha avuto il merito di dare conto dell'inadeguatezza della riduzione esclusiva del diritto a quello prodotto dallo stato,

Nell'accezione comunemente condivisa, la nozione di sistema fa riferimento ad un insieme di elementi interconnessi tra di loro o con l'ambiente esterno tramite reciproche relazioni, ma che si comporta come un tutt'uno, secondo proprie regole generali.

Mentre l'ordinamento implica un'idea di pienezza, autosufficienza e quindi stabilità e chiusura, il sistema individua le relazioni esistenti tra figure, vicende accadimenti che per alcuni profili compongono altri sistemi con altre figure con le quali hanno specifiche omogeneità.

Condizione necessaria perché esso sia stabilito e mantenuto come tale (senza degenerare nell'insieme dei suoi componenti) è che gli elementi che lo compongono (attori e regole) interagiscano tra loro e, quindi, che il comportamento dell'uno influenzi quello dell'altro, svolgendo funzionalità diverse e scambiando informazioni. I sistemi non possiedono proprietà, ma ne acquisiscono continuamente, grazie al continuo interagire funzionale dei rispettivi componenti.

La materia energetica, da fonte convenzionale ed elettronucleare, rappresenta diversi elementi, sia a livello strutturale che normativo, che integrano i presupposti per l'esistenza di un sistema. A partire dalla forte interdipendenza fra i vari segmenti che compongono la c.d. filiera energetica- con le dovute differenze fra energia elettrica e gas- e fra gli attori pubblici e privati che in essa si muovono. Tale aspetto comporta una moltiplicazione e differenziazione dei vari centri decisionali⁽⁵⁾ e la messa in comune, da parte degli Stati, di rilevanti settori della propria "sovranità"⁽⁶⁾.

che non riesce a spiegare l'articolazione dei fenomeni giuridici che si manifestano nella società.

In tal senso E. EHRLICH, in chiave critica rispetto alla dogmatica positivista, sosteneva che il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione, né nella scienza giuridica, né nella giurisprudenza, ma nella società stessa. E. EHRLICH. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlin, Duncker & Humblot, 1913, pag. 436.

⁵ A. M. SLAUGHTER, *A new World Order*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 2005. B. KINGSBURY, N.KRISCH e R.B.STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, pag.15; M.C. PONTHEAU, *Trois interpretation de la globalization juridique. Approches critique des mutations du droit public*, in *Actualité juridique. Droit Administratif*, 2006, pag. 20.

⁶ Fino alla fine del XIX secolo quest'ultimo fenomeno si è manifestato nella classica forma dei trattati internazionali, di regola bilaterali, con cui gli Stati membri

Da qui il superamento della concezione piramidale e monolitica, espressione di un modello organizzativo «per linee verticali», ad una concezione «diffusa» della sovranità : «*i poteri pubblici, una volta ordinati come una piramide, sono ora ordinati come una rete* (⁷)».

Procedendo per ordine, nei capitoli successivi si prenderanno in esame le “matrici” del sistema, evidenziandone le caratteristiche principali dapprima sotto la visuale dei singoli ordinamenti, italiano e francese, e poi nell’interazione con l’ordinamento europeo ed internazionale.

Nella parte speciale, dedicata al sistema giuridico della fonte elettronucleare, l’analisi non può invece che partire dal panorama internazionale, e ciò in ragione del carattere transazionale che fin dalle origini lo contraddistingue. Si prenderà in considerazione quell’evoluzione degli istituti, sostanziali e processuali così come dei processi di formazione delle regole vicine alle vicende «pratiche» dell’*applicatio*, in quanto è un diritto che vive nell’effettività sviluppando un percorso di prevedibilità e di certezza innovativo.

Le parti conclusive saranno invece dedicate al confronto fra regole e istituti proprie dell’ordinamento italiano e francese, ma alla luce di parametri comuni, che vincolano- o comunque influenzano-entrambi.

Rispetto alla comparazione classica non si tratta più di una comparazione tra diversi ed estranei ordinamenti, ma di “insiemi” connessi in un medesimo sistema, in cui varietà e differenze si configurano, nella maggior parte dei casi, come modi diversificati di attuare principi comuni.

stabilivano delle forme integrate di amministrazione che non mettevano però in discussione l’esclusività del ruolo statale, né i distinti tratti delle amministrazioni coinvolte.

⁷ S. CASSESE, *Le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, pag.375.:«i poteri pubblici» risultano di fatto «sempre più ordinati secondo il criterio della dispersione», nel senso che accanto al corpo centrale (lo Stato) vi sono altri corpi centrali e corpi decentrati, le cui dimensioni sono, ormai, pari a quelle del corpo centrale tradizionale.M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, pag. 389.

CAPITOLO I

LA PARABOLA EVOLUTIVA DEL DIRITTO DELL'ENERGIA TRA POTERE PUBBLICO E ISTANZE PRIVATE

1. Alle origini della pubblicizzazione dei sistemi energetici

1.1 *Lo sviluppo del diritto dell'energia tra utilità privata e interesse generale*

Il termine energia è uno di quei concetti polisensivi evocativo di significati e quadri tematici differenti⁽⁸⁾ che il giurista non ha contribuito ad elaborare, limitandosi a ricavarlo, unitamente alle sue distinzioni concettuali, da altre discipline ed ad assumerlo in

⁸La dottrina giuridica d'oltralpe partendo dall'etimologia della parola ha evidenziato che: *Le terme énergie vient du grec « energeia » qui signifie force en action. La définition du terme énergie n'est pas aisée. La perplexité commence avec la consultation des dictionnaires anciens. La notion désigne en général « un terme générique sans signification déterminée. Elle se définit comme l'aptitude d'un système à fournir un travail. Les plus prestigieux des lexicographes, Emile Littré, ne connaît dans son dictionnaire de langue française, que la « puissance active de l'organisme » étendue à « la vertu naturelle et efficace que possèdent les choses », la « force d'amé » et un terme de théologie. La science et la technique sont absentes, ce qui prouve que le terme a évolué en même temps que la société.*

Le Petit Larousse illustré définit, quant à lui, l'énergie en physique comme « la faculté que possède un système de corps de fournir du travail mécanique ou son équivalent ».

L'énergie et également perçue par les biais des sources qui la véhiculent. Celles-ci doivent être transformées pour être utilisées : de leur état d'énergie primaire, elle se muent en énergie secondaire ou en énergie de consommation, pour devenir de l'énergie utile. Ces sources d'énergie sont les matières premières et phénomènes naturels utilisées pour la production d'énergie: « charbon, hydrocarbures, uranium, houille blanche, soleil, géothermie, vent et marée ».

L'énergie est ainsi un élément polymorphe, en tant qu'elle permet de transformer les divers éléments les uns en les autres pour le mettre sous la forme la mieux adaptée à l'usage escompté».

E. ROUX, *Energie électrique et civilisation*, Flammarion, Paris, 1945; M. BOITEUX, *L'énergie électrique, données, problème, perspectives*, *Rev. franç. de l'Energie*, n°123, nov. 1960; E. GRIPPO, F. MANCA, *Manuale Breve di diritto dell'energia*, Cedam, Padova, 2008, pag.4.

un'accezione utile a rappresentare, di volta in volta, la natura e gli ambiti del suo intervento in materia⁽⁹⁾.

Si pensi al concetto di “fonte di energia” utilizzato nel linguaggio tecnico-scientifico per indicare le fonti primarie, come il carbone, il gas ed il petrolio, mentre nel linguaggio giuridico ha assunto sfumature diverse fino a ricomprendere anche “*le imprese di trasformazione ed i relativi impianti*”.

È dunque nel significato finalistico, come risultato della transizione paradigmatica da una sfera disciplinare all'altra che la nozione va colta, come coacervo di elementi e relazioni, sia statiche che dinamiche.

Prima di essere un concetto, l'energia è però un fenomeno che secondo le leggi della fisica si avvera quando una potenza incontra una resistenza e sprigiona una forza che cagiona il mutamento di uno stato anteriore. Il passaggio dal concetto fisico di energia a quella di fonte, ed il suo riconoscimento quale bene economico essenziale è relativamente breve⁽¹⁰⁾.

Come osserva G. Gentile: «l'energia è un fenomeno esistente in natura di cui l'*homo oeconomicus* ha scoperto e ha da ultimo avvertito con crescente intensità la singolare importanza, sollecitando così l'attenzione del giurista verso i meccanismi che ne presiedono l'emersione, la circolazione e l'utilizzazione: postulandone, in sintesi, un'acconcia regolamentazione»⁽¹¹⁾.

L'acquisita rilevanza dell'energia come bene economico essenziale, per il singolo così come per collettività, spiana così la strada al giurista a cui si chiede l'affinamento di istituti “originali”

⁹ Nella “transizione paradigmatica” da una sfera disciplinare all'altra i tecnolinguaggi perdono, infatti, il loro significato originario, ovvero parte della loro importanza, assumendo quello che le esigenze di regolamentazione e tutela, storicamente contingenti, richiedono.

¹⁰ Sull'energia come bene economico, A.M. ANGELINI, voce *Fonti primarie di energia*, in *Enc. Novecento*, II, Roma, 1977, pag. 511.

¹¹ G. GENTILE, *Lezioni di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 3.

Per un approfondimento sul rilievo dell'energia nella storia delle società umane si vedano: R.P. SIEFERLE, *The Subterranean Forest. Energy Sistem and the Industrial Revolution*, Cambridge, 2001; Id, *The energy system. A basic concept of environmental history*, in P. BRIMBLECOMBE, C. PFISTER (a cura di), *The silent countdown. Essays in european environmental hystory*, Bwrlin-Heidelberg, 1990, pag. 9. C.M. CIPOLLA, *Le fonti dell'energia nella storia dell'umanità*, in *Enc.int.delle fonti di energia*, 1961, pag.773.

volti a regolare le problematiche sottese al gioco incrociato di interessi che si agitano al “margine delle risorse”⁽¹²⁾.

Una sfida che appare più semplice per gli interessi che attraverso l'utilizzo del metodo deduttivo sono immediatamente riconducibili nell'alveo di fattispecie giuridiche già codificate; più articolata e complessa per altri che invece richiedono l'adozione di un metodo induttivo, basato sull'analisi sostanziale della complessa dinamica dei rapporti che li lega al fatto, ovvero, al fenomeno da cui hanno tratto origine⁽¹³⁾.

Presupposto fondamentale è comunque l'esercizio di un potere⁽¹⁴⁾, cioè di «un'energia capace di spostare le posizioni giuridiche dei soggetti di un ordinamento mediante un atto»⁽¹⁵⁾, così come cristallizzata in «divieti, norme, procedure che configurano spesso delle politiche assai precise»⁽¹⁶⁾.

Nella storia del diritto dell'energia le prime ad esserne investite sono le fonti c.d. primarie, in particolare l'acqua, la cui utilizzazione (disciplinata con decreto del 20 novembre 1916 n.1664) era, nelle parole dell'allora Ministro dei lavori pubblici Bonomi, «compito dello Stato il quale non può lasciare ad altri le forze naturali che sono della collettività»⁽¹⁷⁾.

¹² G.D. COMPORTI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino 2010, pag.253.

¹³ Il metodo deduttivo è basato sulla centralità del principio, dal quale si deduce la comprensione dei fenomeni; mentre quello induttivo è basato sul fenomeno, dal quale si ricavano i principi. La distinzione fra metodo induttivo e deduttivo risale alla filosofia greca, a partire da quella presocratica. Sul punto si veda: J. STUART MILL, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, trad.it., Utet, Torino, 1988. Le due teorie hanno dato poi vita a due approcci: il primo nominalistico-formalista e il secondo sostanzialista-fenomenologico.

¹⁴ G. D. COMPORTI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, cit, pag.253.

¹⁵ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1957, pag.22.

¹⁶ P. BEVILACQUA, *Demetra e Clio. Uomini e ambiente nella storia*, Laterza, Roma, 2001, pag. 34.

¹⁷ Il decreto Bonomi prevedeva una deroga al criterio del primo richiedente laddove fossero state avanzate domande di concessione delle acque e ne «proponessero una migliore e più vasta utilizzazione» o «presentassero uno speciale e prevalente motivo di interesse pubblico»; statuiva che le concessioni avessero un termine massimo di 50 anni, allo spirare del quale, sarebbero passate allo Stato, senza compenso, «tutte le opere di raccolta, regolazione e derivazione» mentre «ogni altro edificio, impianto o macchinario avrebbe dovuto essere pagato agli ex concessionari al valore venale». Il decreto 20 novembre 1916, n. 1664 ed il discorso di IVANOE BONOMI è pubblicato integralmente in appendice a A. MARRACINO, E. CONTE, *Commentario delle nuove disposizioni legislative sulle acque pubbliche*, Tip. Soc. Cartiere Centrali, Roma, 1917,

Con la costruzione delle prime centrali elettriche è invece l'attività di somministrazione di energia, o meglio i rapporti e le situazioni soggettive che in essa si intersecano a rivendicare un adeguato livello di protezione giuridica.

Prende così avvio un accesso dibattito, dottrinario e istituzionale, volto a chiarire in che termini l'energia possa figurare come base di relazione fra gli uomini e, quindi, divenire oggetto di diritti.

Si pensi alla *querelle* sulla fattispecie a cui ricondurre la sottrazione di energia all'insaputa del produttore, poi risolta dal legislatore penale che, all'art. 624, qualifica l'elettricità- così come ogni altra energia che abbia un valore economico- in termini di *res* mobile, facendo rientrare il suo impossessamento nella fattispecie del furto⁽¹⁸⁾. Su simili costrutti anche il legislatore civile interviene in materia introducendo, all'art. 814 del cod. civ., il principio secondo cui si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico⁽¹⁹⁾.

pag. 511. Sull'argomento si veda anche: G. MORTARA, *Lo sviluppo dell'industria elettrica in Italia*, in *Nel Cinquantenario della società Edison. 1884-1934*, Soc. Edison, Milano, 1934, pag. 107; A. VITALE, *Il regime delle acque nel diritto pubblico e nel diritto privato italiano*, Hoepli, Milano, 1920, pag. 322.

¹⁸ L'energia elettrica si considera cosa mobile sempre che ci si possa appropriare dell'energia senza appropriarsi anche della cosa che la produce. Si considera "cosa mobile" ogni entità oggettiva materiale non qualificabile come persona e idonea ad essere trasportata da un luogo ad un altro secondo la sua funzione sociale.

Menzionando le sole energie che abbiano valore economico, il campo di applicazione dell'art. 624, secondo la dottrina allora dominante, sarebbe condizionato dalla necessaria esistenza di impianti per la produzione o trasformazione quantitativa o qualitativa delle energie.

D. MESSINETTI, *Energie*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965 pag.856; A. GAMBARO, La proprietà, in *Trattato Iudica*, Milano, Zatti, 1990, pag. 28. O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1982, pag.340; R. PARDOLESI, *Le energie*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, Torino, 1982, pag. 423; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Cicu, Messineo*, VII, Giuffrè, Milano, 1995, pag.12; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSSINO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 2000, pag. 66.

¹⁹ Un elemento che contraddistingue questa seconda norma rispetto a quella penale è la menzione delle sole energie naturali, interpretata dalla dottrina nel senso di tutte le energie aventi un valore economico che a qualunque titolo sono presenti in natura, ad esclusione delle energie degli animali la cui fruizione segue tradizionalmente tecniche giuridiche differenti.

M. S. GIANNINI, *Prefazione*, in P. DELL'ANNO (a cura di), *Energia ed assetto del territorio: profili istituzionali*, Cedam, Padova, 1983. L'Autore è uno dei primi ad assumere una posizione critica nei confronti della distinzione fra energie naturali ed artificiali, al punto di considerarla un vero e proprio "pasticcio". Sull'argomento, F.

Nonostante la formulazione controversa che facendo menzione delle sole energie naturali sembra discriminare le uniche forme di energia suscettibili di un apprezzamento economico, e quindi “riconoscibili” in senso giuridico ⁽²⁰⁾, la norma civilistica appare comunque funzionale a delimitare l’ambito della materia dal punto di vista ermeneutico e, presupponendo un trattamento industriale dell’energia, ad indirizzare l’indagine giuridica ⁽²¹⁾.

Significativa è, peraltro, la circostanza che il richiamo alla nozione di bene consente di immettere l’analisi nel circuito dinamico e fecondo degli interessi e bisogni umani e, quindi, delle prestazioni deputate alla loro soddisfazione.

L’indagine giuridica riguarda, infatti, non la *res* in sé ma il suo comportamento rispetto ai bisogni dell’uomo e quindi la dimensione funzionale legata al suo uso: l’utilità che ne ritraggono gli utenti ⁽²²⁾. Da qui l’avvio di un percorso di rilettura delle corrispettive prestazioni negoziali entro una più ampia cornice istituzionale in cui il risultato si compenetra intimamente con quel processo dinamico di

CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. Dir. comm.*, 1913, I, pag. 354 ss.; P. BONFANTE, *Natura del contratto di somministrazione dell’elettricità*, in *Foro it.*, 1901, I, pag. 901.

²⁰ L’energia prodotta dal sole, dall’acqua o dal vento acquista infatti un valore economico se non a mezzo di un impianto attraverso cui viene trasformata in altra qualità di energia o ridotta in quantità specifiche.

Egual discorso vale per l’energia elettronucleare. Il Trattato EURATOM distingue quattro tipi di materiali -minerali, materie grezze, uranio arricchito in uranio 235 o 233, materie fissili speciali- di cui solo gli ultimi due sono utilizzabili per la produzione diretta di energia. L’energia nucleare economicamente utilizzata non è quella che proviene da materie fissili, ma l’energia che nei vari processi assume la forma di energia termica a sua volta trasformata in energia meccanica ed infine in energia elettrica.

²¹ Con tale disposizione venne introdotta una distinzione importante tra le energie che pur rimanendo tali sono suscettibili di separazione dall’entità da cui provengono e il bene o servizio che viceversa sono servite a produrre. A. MASI, *L’energia elettrica come cosa nella dottrina italiana degli inizi del secolo*, in *L’energia elettrica nell’esperienza giuridica di inizi del secolo XX*, Giuffrè, Milano, 1994, pag.1. La dottrina prevalente riteneva, inoltre, che le energie potessero essere considerate beni materiali, fungibili e consumabili anche se sprovviste di quelle caratteristiche come l’individualità, l’isolabilità e l’autonomia, ritenute tradizionalmente attributi indispensabili per la qualificazione delle cose quali beni in senso giuridico. D. MESSINETTI, *Energie*, in *Enc. Dir.*, XIV, cit. pag.856; A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato Iudica*, Milano, Zatti, 1990, pag. 28. O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche*, cit, pag.340; R. PARDOLESI, *Le energie*, in *Trattato di Diritto Privato*, cit., pag. 423; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Cicu, Messineo*, cit., pag.128.

²² F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie*, cit., pag. 359.

trasformazione tecnica ed economica del bene- già avuto di mira con il varo della legge mineraria, r.d. 29 luglio 1927, n.1443⁽²³⁾- che avrebbe ben presto disvelato il protagonismo assunto da altri interessi ed altri attori.

Nelle disposizioni che integrano la c.d. Costituzione economica (artt. 41-44)⁽²⁴⁾ il legislatore costituzionale sottrae il bene dalle strette maglie della sfera civilistica e sancisce il dato storico dell'inflessibile incidenza nel settore energetico di interessi di carattere generale, riconoscendo a favore dello Stato (enti pubblici o comunità di lavoratori o utenti) la possibilità di riservare originariamente o trasferire successivamente, mediante espropriazione e salvo indennizzo, imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio che abbiano carattere di preminente interesse generale.

Contestualmente, nel pensiero dottrinario inizia a profilarsi l'idea di un trattamento differenziato del settore energetico rispetto ad altri ambiti nei quali possa essere istituita la riserva operativa dello Stato. In questi ultimi, le imprese sono qualificate non per l'oggetto dell'attività, ma per la sua disciplina giuridica o per la posizione assunta dalle stesse nei confronti di quelle concorrenti e, in generale, del mercato.

Specificatamente si osservava che quando ci si riferisce ai servizi pubblici essenziali non si è in grado di pre-determinare i campi nei quali l'attività deve svolgersi sotto forma di pubblico servizio. L'individuazione di tali settori varia storicamente e dipende,

²³ Con il r. .d. 29 luglio 1927, n.1443 si assoggettò al regime giuridico delle miniere le energie del sottosuolo. Rilevante è che la norma richiedeva per le energie, così come per le sostanze minerali, che esse fossero «industrialmente utilizzabili». espressione si collega ad un processo di trasformazione tecnica ed economica e quindi, all'esistenza di un impianto.

²⁴ Impresa e proprietà sono insieme contemplate sotto il titolo dei rapporti economici, in due coppie di articoli (41 e 43 per l'impresa- 42 e 44 per la proprietà) che presentano notevoli punti di contatto anche sul piano sistematico: per entrambe vi è un riconoscimento solenne, accompagnato però da un fermo richiamo all'utilità sociale e temperato dalla possibilità di ablazione di fronte al sopraggiungere dell'interesse generale.

E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 260 ss., 303-304; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, pag.582 ss.; G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica* (a cura di), G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO, Il Mulino, Bologna, 1998, pag.11.

in concreto, dalle scelte di politica sociale ed economica del legislatore. Per ciò che riguarda le imprese energetiche, invece, sembra che siano assoggettate alla disciplina costituzionale per il fatto di riferirsi alle fonti di energia. È dunque la materia a qualificare l'impresa e ad imporre la riserva pubblica⁽²⁵⁾.

Parafrasando le parole utilizzate da G. Gentile per descrivere sinteticamente le tappe evolutive di quello che (Egli) ritiene di poter definire un autonomo e unitario “diritto delle fonti di energia” si può affermare che si tratta di «un diritto che ha ottenuto nella Carta Costituzionale un riconoscimento che, andando oltre lo scarno riferimento testuale, pone in un certo senso le premesse per la costruzione di un vero e proprio sistema»⁽²⁶⁾.

1.2 *Lo Stato gestore e la struttura organizzativa dei sistemi energetici nazionali*

L'anfibologica nozione di “utilità generale”⁽²⁷⁾ di cui all'art. 43 della Costituzione ha consentito al potere pubblico di superare gli

²⁵ G. GUARINO, *Unità ed autonomia del diritto dell'energia* (1961) ora in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, pag. 225.

²⁶ G. GENTILE, *Lezioni di diritto dell'energia*, cit. pag. 19. Secondo l'A. «l'applicazione di norme specificatamente dedicate all'oggetto rispetto alle quali le norme comuni svolgono solo una funzione complementare e di integrazione, secondo l'A. indurrebbe al riconoscimento di un autonomo ed unitario “diritto delle fonti di energia”.

Nella panoplia delle legislazioni che si occupano ciascuna di settori limitati, l'A. individua una serie di principi informatori o tratti sistematici comuni tra cui: a) il penetrante intervento dei pubblici poteri nella gestione; b) lo stretto collegamento con le problematiche ambientali; c) la marcata accentuazione dei caratteri transnazionali volendo, con tale espressione, sottolineare la presenza di istituti analoghi a quelli di altre legislazioni o solo da questi condizionati, ovvero in senso tecnico riferirsi ad enti ed organizzazioni internazionali esercitanti poteri diretti, in settori specializzati, nei confronti dei Paesi associati.

Analogamente, E. CHITI, *Organizzazione europea ed organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv.trim.dir. pubbl.*, 2/2009, pag. 370. L'A. afferma: “benché caratterizzata da una pluralità di comparti e di settori regolati da discipline autonome, dal punto di vista giuridico l'energia può essere considerata, in modo unitario, come la materia concernente le attività connesse alla produzione, al trasporto, alla distribuzione di prodotti energetici.

N. IRTI, *L'età della decodificazione*, III ed., Giuffrè, Milano, 1989; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma/Bari, Laterza ed. 2006, pag. 232.

²⁷ L'espressione “anfibologica” è ripresa da E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit. pag. 65. In senso estensivo dei poteri dello Stato sovrano, l'ambito di applicazione della norma Costituzionale ha finito con l'abbracciare non solo le fonti di energia ma anche le

angusti confini della “sicurezza dei fini privati” in cui era stato costretto nel corso dell’età liberale e intervenire attivamente nei settori economico-produttivi per indirizzarli verso lo scopo unitario del “bene comune”(28). Quest’ultimo non si presenta come il risultato della giustapposizione di aspirazioni private ma dalla loro mediazione e dall’eventuale sacrificio nel confronto con gli interessi tendenzialmente permanenti e generali della comunità.

Il passaggio dalla *res* all’interesse generale è coronato dall’avvento della figura dello Stato “gestore” la cui missione era quella di risollevare l’economia nazionale partendo da settori cruciali per lo sviluppo economico, ma tenendo sempre lo sguardo rivolto verso le istanze di ordine sociale(29).

imprese che si riferiscono ad esse e, quindi, qualsiasi elemento che concorra con caratteri di funzionalità ed istituzionalità all’utilizzazione dell’energia finale.

²⁸ *During the Middle Age, the intervention of the State had been selective, not anticipating the entire market mechanism. It was mostly limited to ex post situations, when among contracting parties failed to perform its obligations. In the periods of codification of the Law and Contracts and the enactment of the first company laws and codifications of the civil law, entry of the State in the sphere of an absolute dominance of the autonomy of will of private parties should not be interpreted as a limitation of their freedoms, but quite the reverse, as an explicit guarantee of those freedoms to bona fide parties. A cradle of a modern Economic Law is State interventionism, an attempt of State to eliminate market failures that appeared as a result of the economic crisis of 1930s and after the Second War». F. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. I, 1923; AAVV, *L’ interventionnisme de la puissance publique. Etudes en l’honneur du Doyen Georges Péquignot*, C.E.R.A.M., Montpellier, 1984, pag.549.*

²⁹ In verità di nazionalizzazione dell’industria elettrica in un Paese come l’Italia povero di carbone, si cominciò a discutere già nel 1898. Francesco Saverio Nitti fu il primo ad aver formulato una compiuta ed esplicita proposta in materia nella quale la nazionalizzazione figurava come un efficiente fattore costitutivo di un nuovo, vitale e moderno svolgimento dell’economia e della società italiana. Muovendo dalla premessa che l’industria elettrica nella penisola avrebbe dovuto essere principalmente idroelettrica in virtù delle enormi disponibilità della risorsa e dei clamorosi progressi dell’elettrotecnica, Nitti prospettava una revisione in senso vincolistico e produttivistico della legge 1884, sostenendo che le derivazioni dovessero essere assegnate ai privati, per impianti di ragguardevole consistenza, a canoni bassissimi e per un periodo tale da consentire l’ammortamento del capitale investito (ma alla cui scadenza lo Stato sarebbe dovuto subentrare gratuitamente al concessionario). La proposta ricevette flebili consensi fino ad essere totalmente accantonata con l’argomentazione quasi unanimemente condivisa dell’incapacità dello Stato di assumere funzioni imprenditoriali soprattutto in un settore in febbrile evoluzione. Sull’argomento si v. G. MORI, *La nazionalizzazione in Italia: il dibattito politico-economico*, in *Storia dell’industria elettrica in Italia*, Vol. 5, Gli sviluppi dell’ENEL, 1963–1990, ed. Zanetti, Laterza, Bari, 1990. pag. 93

Un compito, quest'ultimo, che non poteva essere lasciato all'iniziativa privata, che aveva già dimostrato di riuscire a corrispondere un'efficienza prettamente imprenditoriale priva di garanzie, sia per l'intero settore che per il sistema Paese⁽³⁰⁾.

I pochi gruppi industriali di grandi dimensioni allora esistenti che operavano in regime di monopolio o oligopolio agivano, infatti, come dei centri autonomi di decisione⁽³¹⁾. In particolare, «il trust elettrico costituiva il nucleo centrale, la mente dirigente del sistema monopolistico italiano ed i suoi collegamenti finanziari e le sue alleanze societarie con gruppi siderurgici (Falk), con gruppi fornitori di beni strumentali e di apparecchiature (Pirelli, Pesetti) nonché con la finanza vaticana, ne facevano uno Stato nello Stato»⁽³²⁾.

Strumenti come la manovra fiscale, la determinazione autoritaria dei prezzi e la politica degli incentivi si erano rivelati a loro volta insufficienti per ottenere dei risultati più conformi all'interesse generale, essendo ormai predominante un atteggiamento “anarchico” degli operatori del settore⁽³³⁾.

Per corrispondere alla prospettiva di un'evoluzione economica non fondata unicamente sugli automatismi di mercato e volta, invece, a conseguire un maggior grado di benessere sociale, le strategie adottate, di ispirazione keynesiana, riconoscevano allo Stato un ruolo chiave nella domanda aggregata dei beni e servizi ad un livello al quale le risorse fossero pienamente impiegate⁽³⁴⁾.

³⁰ Emblematica è l'espressione utilizzata da Adam Smith per sottolineare tale forma di egoismo economico-imprenditoriale: «*c'est n'est pas de la bienveillance du boulanger que nous attendons notre diner, mais bien du soin qu'il apporte à son intérêt*». A. SMITH, *Recherche sur la nature et l'origine de la richesse des Nations*, trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, Newton Compton Editori, Roma, 1976, pag. 235.

³¹ Gli studi teorici di economia manageriale più influenti in quegli anni avevano contribuito all'edificazione del mito della grande impresa secondo il modello fordista-organizzazione di grandi dimensioni, spiccata tendenza all'accentramento e all'isolamento rispetto alle altre imprese operanti nel settore- considerato il più vantaggioso per le economie di scala dimensionali e tecnologiche. Le medesime teorie saranno poi adottate dai sostenitori della proprietà pubblica per dimostrare l'assoluto vantaggio in termini economico-aziendali di tale strumento, nel fornire il servizio anche laddove, in presenza di una pluralità di imprese private, sarebbe antieconomico.

³² E. SCALFARI, *La storia segreta dell'industria elettrica*, Laterza, Bari, 1963, pag. 89.

³³ Le decisioni circa l'ubicazione o il tipo di impianti da realizzare erano determinati non da calcoli di mera convenienza tecnica, nel suo complesso, ma dall'ampiezza di zona e dalle caratteristiche delle utenze servite. Inoltre, il settore elettrico richiede(va) degli investimenti elevati che superavano la dimensione anche della grande impresa.

³⁴ In Inghilterra, ad esempio, il Rapporto Beveridge, di chiara ispirazione keynesiana, venne adottato dai laburisti come una sorta di codice della politica

Una figura di potere sovrano, imprenditore diretto, dispensatore di beni e ingegnere sociale, incorniciata da una programmazione tanto economica che specificatamente energetica, a carattere non coercitivo, e finalizzata all'eliminazione degli squilibri settoriali e regionali e dalla realizzazione di un regime di pieno impiego; così come dall'estensione della proprietà pubblica per ridimensionare le posizioni monopolistiche e di rendita e a favorire il potenziamento infrastrutturale e delle attività di interesse collettivo⁽³⁵⁾.

Efficienza energetica, unificazione tecnico-economica del sistema e coordinamento con i centri di direzione politica possono essere considerati i tre pilastri su cui si reggevano gli istituti giuridici della programmazione e della nazionalizzazione delle industrie energetiche⁽³⁶⁾.

Ad aprire il varco fu la legge del 10 febbraio 1953 n.136, istitutiva dell'Ente Nazionale Idrocarburi (ENI) a cui venne attribuito il diritto esclusivo di ricerca e coltivazione di idrocarburi nell'area all'epoca considerata maggiormente promettente, la Valle

economica e sociale. V. CASTRONOVO, *Le nazionalizzazioni nelle politiche economiche del secondo dopoguerra in Europa*, in V. CASTRONOVO (a cura di), *Storia dell'industria elettrica in Italia. Dal dopoguerra alla nazionalizzazione. 1945-1962*, Laterza, Bari, 1994, v. 4, pag.3

³⁵L'estensione della proprietà pubblica interessò, in particolare, le fonti di energia che nell'ampia accezione accolta in dottrina, ricomprende: "tutto ciò che concorre, in modo diretto o indiretto, alla produzione di ciascun tipo di energia: dalle materie prime direttamente utilizzate nei processi energetici, alle imprese di trasformazione ed ai relativi impianti".

³⁶In verità di nazionalizzazione dell'industria elettrica in un Paese, come l'Italia, povero di carbone, si cominciò a discutere già nel 1898. Francesco Saverio Nitti fu il primo ad aver formulato una compiuta ed esplicita proposta in materia nella quale la nazionalizzazione figurava come un efficiente fattore costitutivo di un nuovo, vitale e moderno svolgimento dell'economia e della società italiana. Muovendo dalla premessa che l'industria elettrica nella penisola avrebbe dovuto essere principalmente idroelettrica in virtù delle enormi disponibilità della risorsa e dei clamorosi progressi dell'elettrotecnica, Nitti prospettava una revisione in senso vincolistico e produttivistico della legge 1884, sostenendo che le derivazioni dovessero essere assegnate ai privati, per impianti di ragguardevole consistenza, a canoni bassissimi e per un periodo tale da consentire l'ammortamento del capitale investito (ma alla cui scadenza lo Stato sarebbe dovuto subentrare gratuitamente al concessionario). La proposta ricevette flebili consensi fino ad essere totalmente accantonata con l'argomentazione quasi unanimemente condivisa dell'incapacità dello Stato di assumere funzioni imprenditoriali soprattutto in un settore in febbrile evoluzione. G. MORI, *La nazionalizzazione in Italia. Il dibattito politico economico*, ed. G. ZANETTI cit., pag. 93.

Padana⁽³⁷⁾. L'ENI oltre ad essere il monopolista della ricerca e coltivazione di idrocarburi, di fatto, figurava anche come soggetto dominante nella ricerca, produzione, trasporto e distribuzione dei combustibili liquidi e gassosi, nonché come braccio operativo dello Stato in vari segmenti industriali legati al settore petrolchimico.

L'unificazione del sistema energetico, allora supportato dall'idea della sussistenza di vantaggi organizzativi e tecnico-economici nella gestione unitaria su tutto il territorio nazionale di un settore soggetto ai limiti dei monopoli naturali⁽³⁸⁾, venne completata con il varo della legge n. 1643 del 6 dicembre 1962 istitutiva dell'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica. L'art. 1 comma 3 (l. 1643/62) individuava gli obiettivi a cui l'ente era preposto sancendo che: «ai fini di utilità generale l'Ente nazionale provvederà alla utilizzazione coordinata ed al potenziamento degli impianti, allo scopo di assicurare con minimi costi di gestione una disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico del Paese».

L'attività dell'Enel e dell'Eni era così governata dal diritto “privato” durante tutto il suo svolgimento e delimitata dal potere “pubblico” nei momenti iniziali (istituzione, organi) e finali (appropriazione e valutazione del risultato).

I due enti, assumendo la fisionomia di bracci operativi dello Stato-imprenditore, c.d. enti pubblici (economici), erano chiamati garantire il soddisfacimento dei fini di utilità generale⁽³⁹⁾ e il

³⁷ I compiti dell'Eni, definito “ente autonomo di gestione”, venivano espletati attraverso varie società organizzate come società di diritto privato, ancorché assoggettate al regime di controllo e designazione degli organi di direzione statale. Per un approfondimento si veda: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, pag. 1125; M. S. GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1985.

³⁸ Per quanto riguarda il primo profilo, la scelta compiuta in Italia come in altre esperienze europee (Francia, Inghilterra) per lo svolgimento delle attività economiche della produzione e dello scambio è stata quella degli istituti giuridici del diritto privato. Il modulo organizzativo delle società di comando dalla quale dipendono una molteplicità di società controllate, ha permesso di isolare le funzioni di direzione da quelle di esecuzione, offrendo nello stesso tempo la massima garanzia dell'osservanza delle direttive da parte delle aziende subordinate, difficile da ottenere nell'organizzazione dell'amministrazione pubblica.

³⁹ Non è un caso che il modulo organizzativo prescelto fu quello dell'ente operativo che non precludeva alle autorità nazionali di adottare una manovra tariffaria in funzione di una politica di sviluppo economico equilibrata e, quindi, non ancorata ai soli criteri dei costi.

superamento di quella lunga lista di fallimenti del mercato stilata dagli economisti del *welfare state*⁽⁴⁰⁾.

L'istituzione del Ministero delle Partecipazioni Statali, del Comitato Interministeriale per la programmazione Economica (CIPE)⁽⁴¹⁾ e l'adozione del Piano Energetico Nazionale (P.E.N.) chiusero invece il cerchio del processo di coordinamento della direzione del settore con i centri di comando governativo⁽⁴²⁾.

Segnatamente, il Ministero delle Partecipazioni Statali accentrava le azioni possedute dallo Stato nelle imprese energetiche svolgendo, altresì, una funzione di vigilanza nei confronti dell'ENI-analoga a quella del Ministero dell'Industria nei confronti dell'ENEL- mentre il CIPE rappresentava l'anello di raccordo tra le imprese energetiche e i vari Ministeri. Specificatamente, nei confronti dell'ENEL e dell'ENI, al CIPE era riconosciuto il potere di impartire "direttive" per il coordinamento e l'esercizio delle attività elettriche e del gas(art. 1 del DPR 15 febbraio 1962, n. 1970). E lo stesso Ministro dell'Industria poteva autorizzare la realizzazione di

Infatti, l'ente operativo non è vincolato nella sua gestione a criteri di immediata redditività, mentre le società con partecipazione privata devono essere rispettose degli apporti degli azionisti di minoranza.

⁴⁰ Dietro la nazione di fallimento del mercato vi è uno dei più celebri risultati della teoria economica neoclassica, conosciuto come il teorema fondamentale dell'economia del benessere elaborato dall'economista e sociologo italiano Vilfredo Pareto. Secondo tale teorema i mercati competitivi conducono ad un'allocazione efficiente delle risorse ovvero ad una situazione detta Pareto-efficiente, in cui non sarà possibile alcun cambiamento né dal lato della produzione né dal lato del consumo. I fallimenti di mercato si verificano, dunque, quando le condizioni per la validità del teorema non vengono soddisfatte.

Tra le cause di fallimento del mercato, una delle più importanti è il "potere del monopolio" che induce l'azienda detentrica a fissare i prezzi a livelli diversi rispetto a quelli concorrenziali.

Sulle teorie della regolazione, si V. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pag.18.

⁴¹ Legge 27 febbraio del 1967 n.48. L'istituzione del CIPE segnò la fine del Comitato dei Ministri per l'Enel con cui gli organi politici avevano fino ad allora esercitato poteri di indirizzo sull'attività dell'Enel. Per un approfondimento Cfr. D. DE PRETIS, *Aspetti dell'organizzazione di un ente pubblico economico: l'Enel*, in *Energia*, 1985, Vol. I, pag. 76. S. ROSSI, *L'evoluzione del sistema elettrico nazionalizzato. In particolare il rapporto tra l'ENEL e le imprese degli enti locali*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1993, pag. 35.

⁴² L'incidenza dell'elettricità si manifesta sotto due profili: come costo dell'energia e come possibilità di disporre dell'energia nella qualità e nella quantità necessaria in ogni posto in cui convenga all'economia generale.

nuovi impianti solo previa verifica della compatibilità dei progetti rispetto alle direttive impartite dal CIPE⁽⁴³⁾.

Nel sistema verticistico e di coordinamento unitario elaborato dal legislatore nazionale, il raggio di azione del Comitato per la programmazione economica si estendeva, inoltre, anche alle “imprese ed enti produttori di energia elettrica diversi dall’ENEL” (art. 10 del DPR 18 marzo 1965, n. 342), vale a dire agli autoproduttori e alle aziende municipalizzate di cui alla legge Giolitti del 1903 e al successivo testo Unico 1925⁽⁴⁴⁾. Le municipalizzate che avevano in certo senso anticipato, su scala locale, il processo di nazionalizzazione- figuravano nel panorama nazionale come tante piccole realtà posizionate per lo più nella fase di distribuzione dell’energia e concentrate nel Nord e Centro Italia per far fronte a tre processi che in concomitanza si stavano inverando negli anni della loro istituzione: lo sviluppo industriale, l’incremento demografico e le migrazioni interne.

Il Comune, con declaratoria di pubblica utilità, era investito *ope legis* della gestione del servizio (di distribuzione di energia elettrica e del gas) che svolgeva tramite aziende solo formalmente private in quanto la gestione e la proprietà, da un lato, la regolazione e il controllo, dall’altro, tendevano a coincidere e a confondersi tra di loro⁽⁴⁵⁾.

La creazione di enti di Stato attributari unici di una riserva di attività onnicomprensiva impediva, ora, ai Comuni di richiedere e ottenere nuove concessioni per l’assunzione diretta dei relativi servizi⁽⁴⁶⁾.

⁴³ Il P.E.N. è un atto amministrativo privo di forza vincolante per la futura attività legislativa del Parlamento, ovvero condizionante l’attività economica privata. Pertanto la sua efficacia nei confronti degli enti energetici è mediata dal potere direttivo del CIPE, affiancato dal quello del Ministero dell’Industria.

⁴⁴ La differenza sostanziale tra le due categorie è che mentre le municipalizzate gestivano un servizio pubblico, gli autoproduttori e i piccoli produttori-distributori, non gestivano servizi pubblici ma attività aziendali di carattere strumentale o marginale.

⁴⁵ R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, Napoli, 1993; Id., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998; F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in *Quad. Reg.*, n. 1/1985; F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in memoria di G. Roehressen*, Cedam, Padova, 1991.

⁴⁶ Nello specifico caso dell’elettricità, l’unica alternativa al trasferimento delle imprese locali era quella di divenire concessionarie dell’ENEL; opzione, quest’ultima, a sua volta sottoposta alla discrezionalità tecnica ed amministrativa

Nel quadro di interessi e valori antagonisti offerto dalla Costituzione (ed in particolare dall'art. 41 e 43), il legislatore nazionale, unico "sovrano" della materia decideva così di assolvere alla funzione politica e giuridica di mediazione delle «opposte esigenze», accentuando i criteri autoritativi e verticistici tanto sul piano legislativo che amministrativo e ciò a discapito sia della libera iniziativa privata che dell'autonomia degli enti territoriali⁽⁴⁷⁾.

La stessa Corte Costituzionale, legittimando tale scelta, sottolineava che: «l'identificazione degli interessi da soddisfare e dei mezzi da imporre, ai fini di utilità generale, spetta al Parlamento, alla cui sensibilità è affidato il compito di determinare nei vari momenti della vita della collettività quali siano le esigenze e i mezzi nel quadro e nei limiti dei precetti costituzionali»⁽⁴⁸⁾.

In questo articolato modello istituzionale di governo dell'energia mancava, però, una vera politica di settore intesa come «manovra complessiva di più strumenti per regolare le diverse variabili del sistema»⁽⁴⁹⁾ e, di conseguenza, una visione unitaria dell'energia.

Alcune di queste istanze avevano già trovato espressione in associazioni collocate fuori dal circuito politico-istituzionale e più vicine al mercato, se non all'interno delle stesse imprese. Invece

dell'ente pubblico economico e del Ministero dell'Industria. I criteri verticistici di affidamento all'Ente elettrico nazionale dell'intera gestione del servizio interessavano non solo il profilo dell'espletamento dello stesso, ma anche quello del coordinamento tra l'Enel e i soggetti elettrici non nazionalizzati.

Sul tema si v. S. ROSSI, *Repertorio di dottrina sull'Enel*, in *Rass. Giur. Enel*, 1976, pag. 639.

⁴⁷ Solo nel 1977 con il varo del D.P.R. n. 616 si procedette ad un primo trasferimento delle funzioni amministrative relative alle linee ed impianti elettrici per il trasporto, distribuzione e trasformazione di energia con tensione inferiore a 150 mila volt, pur sempre nel quadro delle attribuzioni statali sui procedimenti di localizzazione degli impianti di produzione di energia elettrica.

I rapporti collaborativi tra organi di governo centrale e periferici nella regolazione del settore elettrico, tanto sul versante amministrativo che legislativo, condizionarono anche i rapporti tra Enel e imprese locali che nell'ottica del superamento di quella rigida separazione gestionale tra dimensione nazionale e regionale dopo il varo della legge 15 giugno 1981, n. 309, diedero vita a i primi esempi di società miste.

⁴⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 14 del 7 marzo 1964. Sul punto Cfr. V. CRISAFULLI, *Legge di nazionalizzazione, decreti delegati di trasferimento e ricorsi regionali*, in *Giur. Cost.*, 1964, pag. 90.

⁴⁹ V. BARNATO e C. D'ORTA, *I soggetti centrali e periferici: modelli organizzativi e funzioni di governo dell'energia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il governo dell'energia*, 1992, pag. 59.

altre- come la tutela dell'ambiente, la sicurezza degli approvvigionamenti e la diversificazione delle fonti di energia (ecc.)- emergeranno negli anni come effetto del confronto con fini, principi e interessi cristallizzati in atti provenienti da ordinamenti giuridici esterni allo Stato-Nazione.

Per il momento, come osservava O. Ranalletti, “lo Stato era *padrone* del proprio ordinamento”, volendo con tale espressione sottolineare l'apparente rapporto di congruenza fra il primo e le categorie sociali e istituzionali che lo componevano nonché la coincidenza fra i confini politici e quelli economici.

2. Potere pubblico e istanze private nel binomio tra tecnica e diritto

2.1 Il ruolo della normativa privata nella disciplina dei sistemi energetici

La difficoltà che si incontra, quando ci si appresta ad analizzare anche le semplici modalità di installazione di un impianto elettrico, nel distinguere gli obblighi di legge dai semplici suggerimenti, le norme giuridiche dalle regole private è un chiaro indizio della sussistenza di fattori che, al di fuori del quadro normativo dettato dal legislatore attraverso atti che hanno il carattere della durezza nel tempo, della generalità e dell'astrattezza, concorrono a delineare il limite tra ciò che è lecito e ciò che è illecito⁽⁵⁰⁾.

⁵⁰ A. ZEI, *Tecnica e diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 5. Prima ancora nelle riflessioni che accompagnavano l'età più matura dello Stato liberale, la coesistenza, in particolare, di una pluralità di sistemi normativi, interni ed esterni all'ordinamento, veniva vista con algido realismo, diffidenza, ovvero fiducia nella possibilità di rivitalizzare il quadro normativo attingendo altrove valori, principi, sistemi di regole, e garantire così la perdurante idoneità delle norme a regolare rapporti sociali sempre più complessi. Il riferimento è nel primo caso a S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pag. 5; P. CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, pag. 15; W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici ed il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, pag. 1381; G. CODACCI PISANELLI, *La presupposizione come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1940; G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in *Riv. It., fil. Dir.*, 1929, pag. 5; IDEM, *La crisi dello Stato*, *ivi*, 1993, pag. 688; A. CECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Arch. Giur.*, 1923, pag. 167; G. PERTICONE, *Sui principi generali del diritto privato*, *ivi*, pag. 129.

La ragione risiede nel fatto che la messa in sicurezza e lo sviluppo di infrastrutture, come centrali e reti, indispensabili per la produzione dell'energia (nello specifico, elettrica)⁽⁵¹⁾, ovvero, per la sua distribuzione e trasmissione, rappresentano aspetti tecnici regolati, dapprima, all'interno delle singole imprese⁽⁵²⁾ e in un momento successivo convogliate in organismi indipendenti, a carattere settoriale o nazionale, di cui fanno parte oltre ad esponenti dell'industria anche rappresentanti delle pubbliche amministrazioni e degli enti di ricerca. Le attività di normazione tecnica di interesse generale vengono portate fuori dagli ambiti aziendali nel momento in cui aumenta il numero dei soggetti interessati da questo tipo di normazione e l'accresciuta complessità del tessuto industriale richiede la conclusione di accordi per semplificare gli scambi commerciali e migliorare le condizioni di sicurezza nella lavorazione e nell'utilizzo dei prodotti.

La progressiva acquisizione di una rilevanza giuridica della normativa tecnica privata "destatalizza" una serie di precetti o quanto meno la loro formazione. Nell'intuizione di S. Romano questo fenomeno consiste nel "riconoscimento, da parte dell'ordinamento

⁵¹ L'elettricità in ambito economico è infatti considerata "speciale", sia perché costituisce una fonte energetica secondaria che necessita di essere generata al contrario di carbone, gas e petrolio e fonti rinnovabili che si trovano in natura; sia perché per essere utilizzata deve essere prima trasformata in altre forme di energia, secondo la famosa legge fisica della "conservazione" dell'energia. Inoltre, non è possibile conservarla o farne delle scorte. Essa deve essere fornita nel momento stesso in cui viene richiesta. Ciò comporta altri due problemi: quello del trasporto dal luogo di produzione al luogo di consumo che può essere effettuato solo in rete (si parla, a riguardo di reti di tensione ad altissima, alta, media e bassa tensione); e del perfetto equilibrio tra domanda e offerta di elettricità. Per una trattazione dettagliata si veda: G. MARZI, *Concorrenza e regolazione nel settore elettrico*, Carrocci, Roma, 2006, pag. 41.

⁵² L'evoluzione della normativa tecnica ha seguito gli sviluppi del settore industriale: al principio il contenuto sviluppo industriale faceva sì che lo Stato provvedesse direttamente, mediante propri atti normativi, a tutto ciò che riguardava la tutela degli interessi pubblici, mentre le singole aziende, che miravano unicamente ad incrementare il proprio profitto, elaboravano direttamente al proprio interno le specifiche tecniche, che venivano da esse gelosamente custodite per obbligare i clienti a rivolgersi allo stesso fabbricante. In un secondo momento, le aziende cominciarono ad estendere le specifiche tecniche anche ai loro fornitori per assicurare la compatibilità degli approvvigionamenti con i processi produttivi e con gli standard qualitativi richiesti. In questa fase caratterizzata da una domanda ancora superiore all'offerta, i consumatori e gli utenti non partecipano all'elaborazione della normativa tecnica. A garantire che le limitate finalità di pubblico interesse sottese alla produzione normativa tecnica siano conseguite è ancora, in via esclusiva, lo Stato, con atti normativi propri o mediante il rinvio alle c.d. regole d'arte.

originario a soggetti diversi da sé di concorrere a creare il diritto oggettivo”⁽⁵³⁾.

Segnatamente, il legislatore si limita ad enunciare in termini estremamente generici i requisiti di sicurezza di impianti e prodotti, le istruzioni per costruirli e installarli, rinviando a norme tecniche licenziate da associazioni private che riuniscono i rappresentanti delle maggiori industrie e assicurano la partecipazione di altri soggetti, i quali, se dispongono di risorse adeguate, possono dar voce a taluni interessi diffusi.

Le norme prodotte dovrebbero essere “teoricamente”⁽⁵⁴⁾ il frutto della libera mediazione fra una pluralità e variegata categoria di soggetti e, in quanto tali, potenzialmente in grado in esprimere ciò che è ragionevolmente praticabile, coniugando la fattibilità tecnologica con gli oneri economici che essa comporta.

Il Comitato Elettrotecnico Italiano (CEI) rispecchia il modello delineato⁽⁵⁵⁾. Lo Statuto CEI menziona, fra i suoi compiti, quello di: «stabilire quali requisiti tecnici debbano avere gli impianti, i materiali, i macchinari, i circuiti, i processi e i programmi afferenti l’energia elettrica affinché possano essere considerati rispondenti alla regole dell’arte; analizzare i problemi di carattere scientifico e tecnologico connessi alle esigenze di impiego, funzionamento e sicurezza o altro nel settore elettrico; promuovere a livello internazionale l’armonizzazione delle norme tecniche, ovvero, deliberare sui progetti internazionali per assolvere ai mandati ricevuti in ottemperanza alle politiche comunitarie; favorire l’attività di

⁵³ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Sansoni ed., Firenze, 1917, pag. 46.

⁵⁴ Si dubita della democraticità di tali organizzazioni in quanto il grado di partecipazione è condizionato dall’entità della contribuzione finanziaria. In particolare la Commissione europea in una sua Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e sociale europeo (COM/2004/0130), ha evidenziato come “alcuni gruppi di soggetti hanno difficoltà pratiche a partecipare alla formulazione delle norme: si tratta ad esempio delle ONG ambientaliste, dei rappresentanti dei consumatori, delle associazioni che si occupano di salute e sicurezza sul lavoro e delle PMI. Tra i problemi che possono incontrare c’è la scarsità delle risorse finanziarie e di competenza tecnica specialistica”.

⁵⁵ Il CEI fu istituito nel 1907 un anno dopo la formazione della Commissione Elettrotecnica Internazionale (1906) e poi rifondato nel 1946 sotto gli auspici dell’Associazione Elettrotecnica ed Elettronica Italiana (AEI) e dell’Associazione nazionale delle industrie elettriche ed elettroniche (ANIE).

certificazione ed infine rappresentare il Paese presso gli Enti internazionali di normalizzazione»⁽⁵⁶⁾.

I principi che ne presiedono i lavori caratterizzano, tradizionalmente, la normazione tecnica privata: innanzitutto la consensualità, il che significa che una delibera si intende approvata se non si registra un forte e motivato dissenso; ed, in secondo luogo, lo svolgimento di una procedura di inchiesta pubblica sui progetti di norme tecniche, al fine di raccogliere osservazioni e pareri non vincolanti prima dell'approvazione definitiva.

La legge n. 186 del 1 marzo 1968 (recante disposizioni concernenti la produzione di materiali, macchinari, installazioni ed impianti elettrici ed elettronici) ne fa per la prima volta menzione laddove, all'art. 1, stabilisce che: «i materiali, le apparecchiature, i macchinari, le installazioni e gli impianti elettrici ed elettronici realizzati secondo le norme del Comitato Elettrotecnico Italiano, si considerano costruiti a regola d'arte»⁽⁵⁷⁾.

Rinviando al contenuto delle norme licenziate dal CEI, secondo il modello del c.d. rinvio mobile⁽⁵⁸⁾, il legislatore fa proprio l'intero orizzonte assiologico che ne ispira l'elaborazione da parte

⁵⁶ L'esercizio delle attribuzioni menzionate è affidato ad apposite Commissioni Centrali, la Commissione Superiore Tecnica e la Commissione Certificazione nonché a Comitati (CT) e Sottocomitati (SC). Per un approfondimento sui compiti assegnati alla CEI si rinvia al suo Statuto e Regolamento, consultabili su www.ceiweb.it.

⁵⁷ Il medesimo modello è stato poi adoperato anche per disciplinare la costruzione e la messa in opera degli impianti per uso domestico alimentati con gas combustibile. Il legislatore ha prescritto, anzitutto che questi vengano realizzati secondo le “regole specifiche della buona tecnica per la salvaguardia della sicurezza”.

Negli anni più recenti il richiamo espresso alla normativa CEI lo si ritrova nel Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 5 maggio 2011, n. 52804, in materia di “*Incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici*” (art. 11 2 art. 3). *Gazz. Uff.*, 12 maggio 2011, n. 109.

⁵⁸ Come chiarito dalla Cassazione penale (sez. III, sent. 18 luglio 1981, n. 7253, in *Mass. Giur. Lav.*, 1982, pag.91), siamo di fronte ad un rinvio non ricettizio o formale, mediante il quale la norma di legge riconosce la rilevanza giuridica delle norme CEI nel nostro ordinamento. Il rinvio mobile a sua volta si differenzia dal c.d. rinvio fisso, ovvero ricettizio, con cui si ottiene l'effetto di incorporare la norma tecnica nella norma giuridica. Com'è noto, attraverso il rinvio fisso (detto anche materiale) una disposizione dell'ordinamento interno rinvia, per la disciplina di determinati rapporti, a disposizioni esterne ad esso, puntualmente identificate, in maniera tale, cioè, che esse vengano “assunte a norme applicabili dagli operatori (e, quindi, in definitiva dai giudici) dell'ordinamento rinviante. Sul punto si v. F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1985. “Le norme tecniche vengono così fatte proprie dall'ordinamento richiamante e trasformate in sue proprie norme” sul punto si v. M. GIGANTE, *Effetti giuridici*, cit., pag. 322.

dell'industria⁵⁹) rinunciando così “alla diretta regolamentazione di un elemento della propria fattispecie legale e assumendo come propria la disciplina che dello stesso elemento è stata dettata *aliunde*”⁶⁰).

In questo modo i precetti normativi non vengono cristallizzati ad uno stadio particolare di evoluzione della tecnica, il che renderebbe necessari continui aggiornamenti senza che possa esserne garantita la tempestività⁶¹).

Le norme tecniche restano “un corpo estraneo” rispetto al sistema delle fonti del diritto poiché il richiamo che ne fa la legge non le trasforma in norme giuridiche. Secondo autorevole dottrina, le norme tecniche rientrerebbero nella categoria delle “*fonti extra ordinem*”, autonome, e in quanto tali non formalmente abilitate ad innovare l'ordinamento giuridico⁶²). Tuttavia, in base al principio di

⁵⁹ A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il dir. dell'economia*, 1996, pag. 289.

⁶⁰ F. BASSI, *La norma interna, Lineamenti di una teoria*, Giuffrè, Milano, 1963. Secondo l'A. la presupposizione è l'unica figura che consenta di spiegare la rilevanza solamente parziale attribuita ad una regola extragiuridica. L'A. distingueva varie ipotesi, sottolineando che il richiamo ad una norma estranea all'ordinamento giuridico può essere diretto o indiretto, e in secondo luogo che quest'ultima può assumere, in forza del richiamo, una rilevanza completa per l'ordinamento giuridico, oppure solamente parziale. Un riconoscimento diretto rende “rilevante” per se stesso un atto giuridico. Se invece il precetto contenuto in un atto giuridico è chiamato a produrre qualche effetto nell'ordinamento in modo mediato, si avrà allora un riconoscimento indiretto.

⁶¹ Sul punto si v. Corte di appello di Milano, sentenza del 3 marzo 1995, in *Giust. Civ.*, 1996, pag. 203. In dottrina F. GARRI, *La normazione tecnica in Italia*, in *Foro amm.*, 1977, pag. 1010, secondo il quale “attraverso la tecnica del rinvio mobile risulta molto meglio soddisfatta la necessità di apportare continui aggiornamenti alla legislazione e assicurare una maggiore aderenza delle norme ai progressi tecnici.” Si v. anche A. PAPA, *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio nella produzione normativa*, in *Rass. Parl.*, 1991, pag. 284.

⁶² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II- *L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Cedam, Padova, 1984 pag.177. La figura del “fatto giuridicamente rilevante” con riferimento alle norme tecniche è stata invece elaborata da G. MORELLI, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, in *Riv. Dir. int.*, 1933, pag. 391 e R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, pag. 112. Secondo altra parte della dottrina la normazione tecnica insieme alla certificazione di qualità e all'accreditamento, possono essere considerati unitariamente come elementi di un ordinamento giuridico. In questo senso F. ANCORA, *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2000; Idem *Normazione tecnica e certificazione di qualità. Elementi per uno studio*, in *Cons. Stato*, 1994, II, pag. 1563. Più propensa a ritenere gli enti di normazione come un ordinamento giuridico sezionale è invece F. SALOMONI, *Le norme tecniche, op. cit.*, pag. 367. In

“effettività” si configurano come atti sostanzialmente produttivi di diritto⁽⁶³⁾: l’applicazione delle norme tecniche licenziate dal CEI conferisce alle imprese il vantaggio di poter dimostrare la conformità degli impianti senza ulteriori oneri⁽⁶⁴⁾.

Sul punto è intervenuto anche il Tribunale federale tedesco affermando che: ogni volta che il legislatore attribuisce espressamente alle norme tecniche private il compito di esemplificare il contenuto della norma di legge, gli effetti che ne derivano consistono «almeno in un’inversione dell’onere della prova a vantaggio del cittadino che vi si attenga», e si tratta, dunque, di effetti pienamente apprezzabili sul piano giuridico. Pertanto, non si può negare che le associazioni private che elaborano standard tecnici per l’industria concorrano a dettare il quadro giuridico vigente»⁽⁶⁵⁾.

particolare l’A. ha evidenziato che gli Enti di normazione non hanno una normazione propria, nel senso che essi soggiacciono integralmente alle norme dello Stato. A questa ricostruzione aderisce anche E. CHITI, *La normalizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Tratto di diritto amministrativo*, Parte Speciale, IV, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 4043. L’A. ritiene invece che i tecnici, gli ingegneri pagati dalle industrie, gli esperti della materia che lavorano presso le Università e i Centri di ricerca e che prestano la propria consulenza per l’elaborazione delle norme tecniche, non possano essere ricompresi in un unico e onnicomprensivo “ordinamento sezionale”.

⁶³ Mentre nell’ambito del sistema delle fonti legali il principio di effettività opera soltanto come norma fondamentale del sistema stesso, in tal caso funziona come norma sulla produzione giuridica applicabile in relazione ai singoli fatti normativi, la cui azione determina l’introduzione nell’ordinamento di fonti derogatorie rispetto a quelle che avrebbero dal sistema delle fonti legali e ciò nonostante si trovano a coesistere con esse. L’operatività di tale principio può essere determinata, oltre che dal sistema di sanzioni e di incentivi che rendono normalmente funzionante l’ordinamento giuridico statale considerato nel suo complesso, anche da fattori quale l’opportunità di osservare determinate norme, come per quelle tecniche. Sul punto si v. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, Zanichelli/ Soc. ed. del *Foro Italiano*, 1977, pag. 157.

⁶⁴ Si tratterebbe di “meri fatti” a cui si ricollegano determinati effetti giuridici a carattere “condizionale” (e non imperativo) Quest’ultima riflessione richiama alla possibilità di ricondurre la normativa tecnica nell’ambito di un autonomo ordinamento giuridico proposta in dottrina da F. ANCORA, *Normazione tecnica, certificazione di qualità*, cit. pag. 1953. In senso contrario Cfr. F. SALOMONI, *Le norme tecniche*, cit., pag. 367 che ha invece dimostrato che mancano alcuni elementi che invece vengono considerati costitutivi di un ordinamento giuridico ed ha prospettato, semmai, un ordinamento giuridico sezionale; E. CHITI, *La normalizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), cit., pag. 4043.

⁶⁵ BVerfG, sentenza 29 luglio, in *neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1991, pag.293.

L'ordinamento generale percorre, attraverso la normativa tecnica, la via indicata da M.S. Giannini della "porosità verso il basso", cioè della condivisione con i protagonisti del settore del compito di "creare diritto"⁽⁶⁶⁾.

2.2 *La riconduzione a sistema della normativa tecnica: la politica di "normalizzazione" europea*

La produzione normativa privata non rimane estranea allo sguardo dei poteri pubblici, ed in particolare delle istituzioni comunitarie interessate a scongiurare il rischio che il solido patrimonio di norme tecniche elaborate all'interno dei singoli Stati, agli effetti degli scambi commerciali, potesse tradursi in un grave ostacolo tecnico⁽⁶⁷⁾ ancora più insidioso ed efficace rispetto alle leggi nazionali, in quanto non governato con atto di imperio⁽⁶⁸⁾.

In particolare un'adeguata "pubblicizzazione" poteva essere utilizzata come strumento offensivo di penetrazione dei mercati e di trasformazione dei vantaggi di prezzo in vantaggi di qualità⁽⁶⁹⁾.

Nel maggio del 1969 viene pertanto emanata una prima Risoluzione del Consiglio delle Comunità europee, in cui si evidenziava come «ai fini dell'attuazione del Mercato Unico fosse necessario eliminare gli ostacoli di ordine tecnico agli scambi di

⁶⁶ M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1956, pag. 227.

⁶⁷ La normativa tecnica, in particolare in Paesi come Germania, Francia e Gran Bretagna, aveva assunto una dimensione tale da condizionare gli sviluppi di intere economie. Basti pensare che nel 1936 il DIN tedesco disponeva già di un catalogo di 6 mila norme. Sul punto v. M. BIANCO, S. CHIRI, *Le barriere tecniche al commercio internazionale*, in S. ROSSI (a cura di), *Competere in Europa. Mercato unico e capacità competitiva dell'industria italiana*, Il Mulino, Bologna, 1993, pag. 81.

⁶⁸ E. RESTA, *Il diritto, la libertà, la tecnica*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2001, pag. 71; N. IRTI, *Un dialogo tra diritto e impresa*, in *Contratto e impresa*, 2000, pag. 665; V. H. WILKE, *Dystrophie*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002, pag. 89; G. AZZONE, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, F. Angeli, Milano, 1991, pag. 13

⁶⁹ A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Cedam, Torino, 2003, pag. 292; R. ORSINI, *Certificazioni e standard tecnici come strumenti di segnalazione: il ruolo della reputazione-paese*, in *L'industria*, 1997, pag. 565; E. GARGALE, *Amministrazione pubblica e privati nella certificazione*, in *Informatica e diritto*, 1993, pag. 245.

prodotti industriali derivanti da disparità tra le posizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri»⁽⁷⁰⁾.

Verificata l'impraticabilità di un'armonizzazione "integrale" delle norme tecniche⁽⁷¹⁾, si fece in secondo momento ricorso allo strumento del mutuo riconoscimento ⁽⁷²⁾corredato dalla clausola dello "stand still", cioè del rispetto da parte degli Stati membri di un periodo di *status quo*, antecedente all'emanazione delle regole tecniche, finalizzato alla previa regolamentazione comunitaria dell'ambito di intervento⁽⁷³⁾.

Nel sistema del mutuo riconoscimento, il compito di garantire che gli Stati non imponessero regole capaci di ostacolare, direttamente o indirettamente, effettivamente o in potenza, il commercio intracomunitario, era sostanzialmente rimesso alla Corte europea. Da qui l'incentivazione di un sistema di concorrenza fra diverse regolamentazioni piuttosto che di una concorrenza leale tra le imprese ed i relativi prodotti: ogni operatore nazionale poteva infatti

⁷⁰ Programma generale della Commissione sull'eliminazione degli ostacoli tecnici degli scambi del 28 maggio 1969, in *GUCE C 76* del 17 giugno 1969, pag. 5. Per un commento A. CAGLI, *Organizzazione e procedure dell'attività amministrativa tecnica nel settore dei prodotti industriali*, cit. pag. 167.

⁷¹ L'introduzione di regole puntuali e stringenti comportava l'assunzione della norma tecnica a contenuto della norma giuridica con conseguente immissione, della prima, in una sistema retto da una logica prescrittiva ispirata al principio di legittimità, non facilmente conciliabile con la logica essenzialmente descrittiva di regolarità che invece contraddistingue le norme tecniche e, di conseguenza, rischiava di frenare l'innovazione e lo sviluppo della tecnica.

⁷² Il principio del mutuo riconoscimento lo si deve all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia ed in particolare alla pronuncia *Cassis de Dijon* che ha offerto un fondamento giuridico idoneo a consentire da subito che "qualsiasi prodotto legalmente fabbricato e commercializzato in uno stato membro, conformemente alla normativa e ai procedimenti di fabbricazione leali e tradizionali di questo Paese, debba essere ammesso sul mercato di qualsiasi altro Stato membro. Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, C 120/1978, "*Rewe Bundesmono pulverwaltung für Branntwein*" in *Racc.* 1979, pag. 649.

Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 1974, *Benoit c. Dassonville*, C 8/74, in *Racc.* 1974, pag. 837, par. 6-8 delle motivazioni. In dottrina si v. S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2005, pag. 1.

⁷³ Per facilitare il raggiungimento di tale obiettivo veniva innanzitutto predisposta una procedura di informazione che obbligava i governi nazionali a comunicare preventivamente i progetti di regole tecniche cogenti predisponendo, altresì, una serie di accorgimenti affinché la produzione normativa tecnica comunitaria non si sovrapponesse a quella nazionale.

scegliere il diritto più conveniente e poi chiedere alla Corte di giustizia di “proteggere” la sua scelta⁽⁷⁴⁾.

Il riavvicinamento delle legislazioni nazionali veniva così trasferito dal piano di una politica di indirizzo a carattere organico a quello, episodico, dell’impugnazione giurisdizionale con inevitabili ricadute negative sulla coerenza delle soluzioni accolte per il ravvicinamento delle legislazioni⁽⁷⁵⁾.

Per ovviare a tali limiti, il 19 febbraio 1973 fu emanata la direttiva n.23 del Consiglio, meglio conosciuta come “*Direttiva bassa tensione*”, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative al materiale elettrico destinato ad essere adoperato entro taluni limiti di tensione⁽⁷⁶⁾.

Il giusto compromesso tra l’esigenza di eliminare sul piano degli scambi quegli inconvenienti derivanti dalle divergenze fra norme nazionali e quella di tenere alto il livello della sicurezza fu individuato nella scelta di limitare la portata cogente delle direttive comunitarie ai soli obiettivi di sicurezza, rinviando per le specifiche tecniche ad una normazione di natura consensuale, la cui elaborazione venne affidata ad un’associazione di diritto privato partecipata dagli enti di normazione nazionali e sostenuta essenzialmente dalle imprese: il *Comité européen de normalisation électrotechnique* (Cenelec)⁽⁷⁷⁾.

⁷⁴ A. ZEI, *cit.*, pag. 28; S. CASSESE, *L’arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim. dir. publ.*, 2001, pag.601.

⁷⁵ Sul punto si v. Corte di Giustizia CE, sentenza 28 maggio 1986 C 188/84, *Commissione c. Francia*. in *Racc.* 1986, pag. 413. In dottrina si v. G. MAJONE, *Mutual trust, credible commitments and the evolution of rules for a single European Market. EUI-working paper*, in *RSC*, n. 1, 1995, pag.15, ha sottolineato che “*mutual trust as substitute for legally binding harmonization is an admirable principle, but it remains to be seen whether the appeal to a common cultural heritage shared by the different national systems(..) is sufficient(...). The scattered empirical evidence so far available is not very encouraging*”.

⁷⁶ Direttiva del Consiglio n. 23 del 19 febbraio 1973, in *G.U.C.E* 26/03/1973, n.77. Oggetto della direttiva è il materiale elettrico destinato ad essere adoperato ad una tensione nominale compresa fra 50 e 1000 V in corrente alternata e fra 75 e 1500 V in corrente continua (art. 1).

⁷⁷ Il *Cenelec* è insieme al CEN e all’Etsi uno dei principali enti di normazione ufficialmente riconosciuti a livello europeo. Esso è sorto dalla fusione del *Comité européen électronique* (CENEL) con il *Comité européen de coordination des normes électrotechniques des Pays Membres de la Communauté européenne*(CENELCOM), con il compito di elaborare norme tecniche consensuali nel settore dell’energia elettrica. Il *Cenelec* opera sulla base di “mandati” di volta in volta conferiti dalla Commissione

Laddove invece non fossero state prodotte norme comunitarie, il rinvio era alle norme di “buona tecnica” elaborate a livello internazionale, ovvero, alle norme di sicurezza vigenti nello Stato dove il prodotto era fabbricato a condizione che queste ultime garantissero una sicurezza equivalente a quella richiesta negli Stati in cui si voleva esportare il prodotto⁽⁷⁸⁾.

La costruzione dei prodotti nel rispetto delle norme “armonizzate” e riconoscibili dalla marcatura CEE, a far corso da quella data inizia ad essere considerata valida per fondare una presunzione di conformità agli obiettivi di sicurezza posti dalla direttiva 73/23/CEE⁽⁷⁹⁾, sollevando così i costruttori dal c.d. onere della prova (analogamente a quanto previsto nell’ordinamento giuridico italiano con la legge 186 del 1968).

Le istituzioni comunitarie rinunciano a dettare con norme imperative la disciplina integrale delle specifiche tecniche riguardanti i materiali elettrici, limitandosi a prevedere l’obbligo di conformità alle “Regole d’arte CEE” quale unica disposizione a carattere imperativo, in modo da consentire anche il rapido adeguamento delle diverse specifiche (tecniche) all’evoluzione tecnologica⁽⁸⁰⁾.

europea, che non creano però alcun obbligo giuridicamente vincolante di accettazione del mandato.

⁷⁸ La presunzione di conformità delle norme tecniche introdotta dal legislatore europeo non ha però carattere assoluto. Sul punto si v. A. ODDO, *La direttiva comunitaria sulla sicurezza del materiale elettrico e la sua incidenza sull’esercizio dei poteri giudiziari e amministrativi nell’ordinamento degli Stati membri*, in *Dir. comm. scambi comunitari*, 1981, pag. 248; J. FALKE, *Technische Normung in Europa: zieht sich der Staat wirklich zurück?*, in G. Winter, *Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche*, ZERP-Discussion Papers, 7/1991, pag. 94; ID, J. Falke, *Achievements and Unresolved Problems of European Standardization: The Ingenuity of Practice and the Queries of Lawyers*, in C. Joerges et al., (a cura di) *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making* (Baden-Baden: Nomos, 1997), pag. 187. ID, *The new approach to technical harmonization and standards, its preparation through ECJ case law on Articles 30, 36 EEC and the Low-Voltage Directive, and the clarification of its operating environment by the Single European Act*.

⁷⁹ Direttiva 73/23/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al materiale elettrico destinato ad essere adoperato entro taluni limiti di tensione, in *GUCE* L 77 del 26 marzo 1973, pag. 29.

⁸⁰ E. CHITI, *La normalizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *op.cit.*, pag. 3068. M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto fra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate*, in *Riv. Trim. dir. pubbl. com.*, 1997, pag. 331

Nei successivi interventi, sia normativi che giurisprudenziali⁽⁸¹⁾, il modello della direttiva “*Bassa tensione*” si è ulteriormente perfezionato, intervenendo a monte degli ostacoli tecnici⁽⁸²⁾ e attribuendo ai diversi organismi di normazione tecnica, tanto a livello europeo che nazionale, lo *status* di “enti di normalizzazione”.

Anche l’obbligo di informazione reciproca (c.d. notifica) tra i vari enti di normazione europei e la Commissione è stato voluto allo scopo di ostacolare qualsiasi proposito di emissione indipendente di norme tecniche a livello di singoli Stati membri⁽⁸³⁾. Dalla procedura

⁸¹ Si ricordi, a riguardo, la sentenza *Cremonini c. Frankovich* del 2 dicembre 1980 (in *Racc.*, 1980, pag. 3598) in cui la Corte ha chiarito i limiti e i presupposti di un controllo giurisdizionale sulle norme tecniche private richiamate dalla direttiva c.d. “bassa tensione”. In quell’occasione il governo italiano sosteneva che la direttiva imponesse agli Stati membri soltanto un obbligo di informazione, che non incidesse sull’attività dei Tribunali competenti. La relazione dell’Avvocato Generale insisteva, invece, sulla libertà degli Stati di disciplinare autonomamente l’istruttoria che precede l’introduzione di una procedura di verifica. Pertanto il legislatore nazionale avrebbe potuto attribuire anche ai Tribunali nazionali la facoltà di adottare le “misure nazionali di salvaguardia” contemplate dalla direttiva, e di introdurre una procedura comunitaria di verifica. La Corte di Giustizia ha respinto entrambe le ricostruzioni e ha chiarito, invece, che un’iniziativa dei Tribunali può essere considerata legittima solamente quando sia supportata dall’introduzione di una procedura di verifica da parte delle autorità amministrative nazionali (par. 11 e 13 della motivazione).

⁸² Nell’intento di intervenire a monte degli ostacoli tecnici alla libera circolazione delle merci e dei servizi, con la direttiva n. 83/1989/CEE è stata chiarita l’importante distinzione concettuale tra “specificata”, “norma” e “regola” tecnica. Con il termine “specificata” si fa invece riferimento ad “una specifica figura in un documento che definisce le caratteristiche richieste di un prodotto, quali i livelli di qualità o di proprietà di utilizzazione, la sicurezza, le dimensioni, comprese le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove ed i metodi di prova, l’imballaggio, la marcatura e l’etichettatura, nonché le procedure di valutazione della conformità (art. 1 comma 3). Rispetto al primo profilo è importante sottolineare che per norma tecnica si intende una specifica tecnica approvata da un organismo normalizzazione ufficialmente riconosciuto, la cui osservanza non è però obbligatoria; invece, per “regola tecnica” si intende una specifica tecnica la cui osservanza è obbligatoria, *de jure o de facto*, per la commercializzazione, la prestazione dei servizi o l’utilizzo degli stessi in uno Stato membro o un una parte importante di esso, nonché le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l’importazione, la commercializzazione o l’utilizzo di un prodotto, la prestazione o l’utilizzo di un servizio.

In dottrina, Cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 320.

⁸³ Il meccanismo di notifica preventiva si concretizza in un obbligo rivolto tanto agli organismi di normazione privata che alla Commissione e agli Stati membri,

di informazione derivano, infatti, dei veri e propri diritti della Commissione e degli enti di normazione che devono ricevere l'informazione, nonché degli obblighi a carico degli enti di normazione proponenti e degli Stati membri che devono predisporre le adeguate misure perché l'informazione sia correttamente realizzata ⁽⁸⁴⁾.

Un'ulteriore tappa decisiva nel processo di armonizzazione tecnica è stata segnata dall'approvazione della Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985⁽⁸⁵⁾ che ha inaugurato la c.d. "Nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione", fondata sui seguenti criteri: l'armonizzazione legislativa limitata all'approvazione dei requisiti essenziali di sicurezza (o di altre esigenze di interesse collettivo); l'assegnazione agli organi competenti per la normalizzazione industriale del compito di elaborare le specifiche tecniche di cui le industrie hanno bisogno per produrre ed immettere sul mercato prodotti conformi ai requisiti essenziali fissati dalle direttive, tenendo conto del livello tecnologico del momento; la non obbligatorietà delle specifiche tecniche; l'obbligo per le amministrazioni di riconoscere ai prodotti fabbricati, secondo le norme armonizzate, una presunta conformità ai «requisiti essenziali» fissati dalla direttiva, e di conseguenza, il riconoscimento della facoltà del produttore di fabbricare prodotti non conformi alle norme con inversione dell'onere della prova (spetta a lui provare che i suoi prodotti rispondono ai requisiti essenziali fissati dalla direttiva).

di informazione reciproca circa i progetti di norme e regole tecniche. A cui si aggiunge l'estensione anche alle norme consensuali della procedura dello *stand still* vale a dire dell'impossibilità di adottare proprie norme tecniche nei settori oggetto di studio da parte della Commissione. Sul punto E. CHITI, *La normalizzazione*, ult.cit., pag. 3074; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, pag.221.

⁸⁴ La più recente disciplina è contenuta nelle direttive del Parlamento e del Consiglio 98/34/CE e 98/48/CE sostitutiva di quella contenuta nella direttiva del Consiglio 83/189/CEE in esame. Sull'argomento, A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze private"*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 124 nota 66.

⁸⁵ Risoluzione del Consiglio 7 maggio 1985 relativa ad una nuova strategia in tema di armonizzazione tecnica e normalizzazione, in *GUCE* C 136 del 4 giugno 1985, pag. 1. Negli interventi normativi successivi-decisione del Consiglio 22 luglio 1993, n. 465 poi abrogata dalla decisione del Parlamento e del Consiglio del 9 luglio 2008 n. 768- si è inoltre stabilito che la verifica dei requisiti di competenza dell'organismo di accreditamento non è svolta direttamente dallo Stato ma per il tramite di una valutazione *inter pares* (c.d. *peer review*) organizzata da un organismo riconosciuto dalla Commissione europea (art. 14).

Con il “rinvio agli *standard*”⁽⁸⁶⁾ l’Unione europea affida, dunque, ad associazioni di diritto privato il compito di completare l’armonizzazione iniziata dalle sue istituzioni pubbliche⁽⁸⁷⁾. Il cuore dell’approccio comunitario consiste nel definire cogente il rispetto dei requisiti legislativi al fine della circolazione delle merci, lasciando però a livello volontario sia l’adesione alle norme tecniche di attuazione, sia le modalità di conformazione ⁽⁸⁸⁾.

Nelle intenzioni delle istituzioni sovranazionali vi è l’obiettivo di porre fine alla proliferazione di direttive particolari eccessivamente tecniche, e la cui portata viene progressivamente estesa ad ampie categorie di prodotti e ai tipi di rischi ad esse connessi. ⁽⁸⁹⁾.

Il processo di normalizzazione europea ha avuto importanti ricadute anche sul processo di normazione tecnica nazionale: le norme Cenelec devono essere infatti trasposte “senza alcun margine di apprezzamento discrezionale” dagli enti di normazione tecnica nazionale. Nel caso in cui l’organismo di normazione comunitario sia incaricato, tramite apposito mandato, di formulare regole tecniche di specificazione dei requisiti individuati dalle direttive, vige un obbligo di recepimento da parte dei singoli organi di normazione,

⁸⁶ R. ADAM, *Il diritto del mercato interno: l’art. 100 A del Trattato CEE e l’armonizzazione delle legislazioni*, in A. MASSERA (a cura di), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1994, pag. 50.

⁸⁷ Nella relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento del 13 maggio 1998 dal titolo *Efficacia e legittimità della normalizzazione europea nell’ambito del nuovo approccio* (COM(98) 291, consultabile su www.europa.eu.int), si impone, quale condizione imprescindibile, l’apertura e la trasparenza del sistema di normalizzazione.

⁸⁸ In dottrina, Cfr. A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze private”*, cit., pag. 124. L’A. sottolinea come venga così superata la logica del necessario controllo dei prodotti muniti della sola dichiarazione di conformità da parte del produttore che potrà scegliere di far certificare i propri prodotti secondo la procedura di controllo di conformità, da un organismo terzo (che adotterà quali parametri di valutazione le norme tecniche armonizzate); o piuttosto adeguarsi ai requisiti di sicurezza comunitari autonomamente, dichiarando la conformità del prodotto alla direttiva comunitaria.

⁸⁹ Già nella Risoluzione del Consiglio del 18 giugno 1992 n. 173, si sottolinea l’importanza strategica della normalizzazione europea come strumento dell’integrazione economica ed industriale, incentivandone il più possibile il ricorso come supporto tecnico alla legislazione anche in altri settori oggetto di una normativa comunitaria Sul punto si v. Risoluzione del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 173 *Sulla funzione della normalizzazione europea nell’economia europea*, in *GUCE C* 173, del 9 luglio 1992.

con l'effetto della caducazione delle norme tecniche nazionali in materia. ⁽⁹⁰⁾.

Significativa è a riguardo, l'*Arrêté Royal* del 5 novembre 1986 con cui il Belgio aveva modificato il quadro normativo previgente abrogando una norma che subordinava la trasposizione degli standard europei ad una deliberazione dell'*Institut Belge de Normalisation*⁽⁹¹⁾.

È importante sottolineare che il processo di codificazione e circolazione fra ordinamenti del “nuovo approccio” alla disciplina delle tecnologie⁽⁹²⁾, non muta però la natura della normazione tecnica che resta un'attività fondata sul consenso, svolta dalle parti e nell'interesse delle stesse nel quadro di organismi di normalizzazione indipendenti e accreditati, sfociante nell'adozione di norme alle quali si ottempera volontariamente ⁽⁹³⁾.

3. L'erosione della sovranità statale: il sistema normativo europeo e il mercato “interno” dell'energia

3.1 I fondamenti giuridici del policy-making europeo

L'opera di erosione della sovranità statale iniziata a livello di singoli ordinamenti per il tramite della normativa tecnica privata, si è poi consumata all'interno dell'ordinamento giuridico europeo. Il primo risultato ingenerato dall'affermazione dell'originario e “costituente” ordinamento europeo⁽⁹⁴⁾ è quello di aver messo in luce l'obsolescenza dell'equazione “un solo diritto per un solo Stato” ⁽⁹⁵⁾.

⁹⁰ Sul tema, Cfr. Corte di giustizia, Sez. I, 8 settembre 2005, C-40/04, consultabile su www.curia.europa.eu.

⁹¹ *Arrêté Royale modifiant l'arrêté royal du 28 juillet 1976 « relatif à l'homologation ou l'enregistrement des normes publiques par l'Institut belge de Normalisation »*, Moniteur Belge du 5 novembre 1976.

Nella decisione si prevede espressamente che gli *standard* tecnici elaborati dagli organismi di normalizzazione europea debbano essere senz'altro omologati, anche in assenza del parere del Comitato nazionale competente in materia.

⁹² ZUBKE VON TUNEN, *Technische Normung in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p.222.

⁹³ Risoluzione del Consiglio del 28 ottobre 1999 “Sul ruolo della normalizzazione in Europa”, 2000/C 141/01. H. SCHEPEL, *The Constitution of private Governance, Product Standards in the Regulation of integrating markets*, Oxford a. Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, pag.239.

⁹⁴ Secondo parte della dottrina, l'intervento comunitario si è ormai esteso ben oltre i suoi originari ambiti e le sue finalità, legate alla devoluzione da parte degli Stati membri

Sotto la spinta europea recede gradatamente il principio *cujus regio, ejus oeconomia*, invalso all'epoca del mercato nazionale e attraverso il diritto viene creato (o ripristinando) uno "spazio economico comune"⁽⁹⁶⁾.

Gli stessi fini che le autorità nazionali sono chiamate a perseguire trascendono i confini statuali. Lo "scopo eterno" è da sempre la creazione del Mercato Unico e, al suo interno, di un "*genuine common market in energy*"⁽⁹⁷⁾. Uno spazio senza frontiere

della sovranità in materie economiche. Tanto che da ordinamento derivato tende a trasformarsi in un ordinamento originario, e quindi sovrano. A. ROMANO, *Amministrazione, legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n.1/1999, pag.116. Con l'istituzione dell'Unione europea nel 1992 è invalsa l'idea della creazione di uno "Spazio giuridico europeo", vale a dire di un "ordinamento di ordinamenti", composto dall'ordinamento giuridico delle Comunità europee integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal TUE e dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Del complessivo ordinamento dell'Unione sono soggetti gli Stati, i popoli europei e i singoli cittadini degli Stati membri, cui compete anche la cittadinanza europea come completamento della cittadinanza nazionale (art. 17, c. 1, TCE). Per un approfondimento sul tema si veda M. P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, *www.astrid-online.it*. Secondo l'A. «Lo Spazio giuridico europeo (SGE) è una delle connotazioni giuridiche principali dell'Unione europea, e rappresenta il portato della radicale innovazione costituzionale avvenuta con il Trattato di Maastricht sull'Unione europea. In tale occasione è stata abbandonata la prospettiva esclusivamente comunitaria della integrazione comunitaria a favore di una più comprensiva visione ordinamentale in cui coesistono tanto le Comunità europee quanto gli Stati membri ed una serie di forme di cooperazione intergovernativa, con criteri e procedure di esecuzione flessibili; ed ove è prevista una cittadinanza europea quale completamento delle tradizionali cittadinanze nazionali».

La dizione "costituente" invece rinvia al concetto di *costituzione materiale*, con cui si intende il processo di creazione delle regole che rappresentano il fondamento e l'unità dell'organizzazione stessa, ancorché non formalmente costituenti. In dottrina si v. C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc.dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, pag. 139; A. BARBERA in A. CATALANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, pag.43; K. LENAERTS, *La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne*, dans *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'une constitutionnaliste*, Bruxelles, 2008, pag. 815; ID, *De Rome à Lisbonne, la Constitution européenne en marche ?*, dans *Cahiers droit européenne*, 2008, pag. 229.

⁹⁵M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni* G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*; in N. GRECO (a cura di) *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi*, Edistudio, Roma, 1999, pag.7.

Limitando la cessione di sovranità alla sola competenza normativa, anche G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. del diritto*, a. XXXI, marzo 2000, pag. 83.

⁹⁶C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, Giuffrè, Milano, 1991.

⁹⁷Si veda Comunicazione della Commissione dal titolo "*The internal energy market*" COM(88)138, 2 maggio 1988. Già all'indomani della firma del Trattato di Roma, il Gruppo di lavoro Energia della Commissione approvava un "*Memorandum sulla*

interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi (artt. 26 TFUE e 119 TFUE)⁽⁹⁸⁾.

Originariamente il quadro istituzionale comunitario presentava però un evidente paradosso c.d. “energetico”: da un lato, l’esistenza di due trattati a competenza settoriale specificatamente dedicati alla materia energetica, il Trattato CECA e CEEA, e dall’altro, l’assenza, nell’allora Trattato CEE, di un qualche riferimento alla materia.

Per tale ragione si è posto fin da subito il delicato problema della compatibilità degli atti comunitari con il principio di attribuzione delle competenze, principio strutturale del diritto comunitario, poi risolto con l’ausilio del criterio di interpretazione teleologica delle basi giuridiche dei trattati. L’Atto Unico europeo del 1986 infatti riconosce come strumentale alla creazione del mercato interno *tout court*, la realizzazione di un mercato interno dell’energia (art 8 A del Trattato CE) in virtù dell’influenza esercitata dal mercato energetico sui costi di produzione e sulla competitività delle imprese.

A sua volta la tecnica redazionale delle sentenze della Corte di giustizia⁽⁹⁹⁾, ha arricchito il sistema normativo europeo di una serie di atti più simili a titoli trasversali che a competenze materiali.

I primi fondamenti giuridici dell’*acquis* comunitario possono pertanto definirsi “indiretti”, in quanto ancorati a norme afferenti a settori contigui a quello dell’energia⁽¹⁰⁰⁾; ovvero alla c.d. clausola di

politica energetica”. E ciò nonostante le condizioni favorevoli del mercato del petrolio non rendessero la questione degli approvvigionamenti in energia particolarmente preoccupante.

⁹⁸ L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 52; G. ROSSI, *Il Settore dell'energia nel contesto europeo, problemi giuridici ed istituzionali*, in D. VELO (a cura di), *La cooperazione rafforzata e l'Unione Economica. La politica europea dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2007, pag.138

⁹⁹ Corte di giustizia del 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania/Parlamento e Consiglio*, in *Racc.*, pag. 11573, punto 37. L. M. SORIANO, *Vertical Juridical Disputes over Legal Bases*, in *West Europ. Pol.*, 2007, pag. 331. La possibilità di un’interpretazione estensiva aumentano quando esiste una disciplina armonizzatrice. In questo caso la possibilità di ottenere deroghe ad esempio sulla base di un pubblico servizio, si scontrano con l’obbligo di rispettare il criterio del mezzo più restrittivo per la concorrenza. W. SAUTER E H. SCHEPEL, “*State*” and “*Market*” in the competition and Free Movement Case Law of the European Court, *TILEC Discussion Paper 2007-024*, pag.164.

¹⁰⁰ L’Atto Unico Europeo, all’art. 130 prevedeva l’attuazione di un programma quadro comunitario in materia di ricerca e di sviluppo tecnologico, includendo anche il settore energetico. Si ricordi, a riguardo, il programma di sviluppo tecnologico nel campo delle energie non nucleari e per l’impiego razionale

flessibilità, o norma sui poteri impliciti di cui all'art.352 TFUE(ex art. 235 TCE), che consentiva al Consiglio e Parlamento UE, su proposta della Commissione UE, di assumere tutte le disposizioni necessarie al raggiungimento degli scopi dell'Unione seppur in mancanza di competenze esplicitamente riconosciute dalle fonti pattizie⁽¹⁰¹⁾.

Così come non sono mancate occasioni di rinvio alla procedura di cui all'art.114 TFUE (ex all'art.95 TCE)⁽¹⁰²⁾ che nella sua

dell'energia, adottato con decisione del Consiglio CEE n. 89/236 del 14 marzo 1989 e denominato JOULE («*Joint Opportunities for Unconventional or Long-Term Energy Supply*»).

Mentre il riferimento all'energia nel Trattato di Maastricht del 1992 avviene nell'ambito della più generale incentivazione alla creazione e allo sviluppo di reti transeuropee (art. 3).

¹⁰¹ Nell'attuale versione consolidata del Trattato di Lisbona, la procedura per il ricorso ai c.d. poteri impliciti è molto più complessa sia sotto il profilo procedurale (procedura legislativa speciale) che sostanziale. Al comma 2 è previsto che: «La Commissione nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5, c. 3 del Trattato UE, richiama l'attenzione dei Parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo». Mentre al comma 3 si esclude la possibile adozione di misure che possano comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nel caso in cui i Trattati la escludono». Sulla teoria dei poteri impliciti si v. in dottrina G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007/4, pag. 703. Parafrasando alcuni passaggi argomentativi dell'A., è interessante sottolineare che l'origine della teoria (e il dibattito) sui poteri impliciti «ha la sua musa nell'ultimo comma della sezione VIII° dell'art. 1 della Costituzione USA (c.d. *implied powers clause*) che attribuisce al Congresso il potere di fare tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati nella sezione stessa e tutti gli altri poteri che la Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti o ai suoi dicasteri ed uffici. L'unico limite è che non si tratti di divieti espressi o che non si tratti di poteri così importanti ed indipendenti che non possono essere logicamente considerati come *implied* o *incidental* in altri poteri». Interessante è l'analisi del principio guardando alla produzione giurisprudenziale della Corte di giustizia, sul punto si v. R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari, L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio di competenze*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 91. L'A. evidenzia che «le competenze non vengono dedotte da un'analisi degli obiettivi dei Trattati, bensì dal fatto che esse servono all'esercizio di poteri di cui la Comunità è già dotata».

¹⁰² Il riferimento è alla celebre sentenza *Francia c. Commissione*, del 19 marzo 1991, causa C-202/88, in *Racc. I*, pag. 223. In cui la Corte ha chiarito che «L'art. 90 n. 3 del trattato CEE-art. 86TCE-conferisce alla Commissione delle comunità europee il potere di precisare, in linea generale, per mezzo di direttive, gli obblighi derivanti dal n. 1 di detto articolo. La Commissione pone in atto questo potere allorché, senza tener conto della situazione particolare esistente nei diversi Stati membri, rende concreti gli obblighi che derivano a questi ultimi in forza del Trattato. Detto potere non può, per sua stessa natura, essere atto a far dichiarare che uno Stato membro è venuto meno ad un obbligo determinato che ad esso incombe in forza del Trattato».

versione originaria legittimava l'intervento del Consiglio europeo per il ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia di mercato interno, secondo una procedura di voto a maggioranza "qualificata" e, quindi, senza il necessario consenso di tutti gli Stati membri⁽¹⁰³⁾.

L'ordinamento comunitario, nato come titolare di «competenze di attribuzione», cioè di *enumerated powers*, ha invece progressivamente assunto i caratteri di un sistema orientato in senso finalistico. Basti pensare che la competenza attribuita ad un'istituzione comunitaria conferisce alla Corte di giustizia il potere di adottare misure che non sono espressamente e "nominatamente" previste nei Trattati, ma risultano essere indispensabili per assicurare l'attuazione delle prime.

Dal punto di vista contenutistico, la "dorsale del mercato interno dell'energia"⁽¹⁰⁴⁾ riposa sulle seguenti azioni: eliminazione delle frontiere tecniche alla commercializzazione delle "merci e prodotti energici"; applicazione "armonizzata" del principio della libera concorrenza lungo tutta la filiera energetica; definizione di strumenti di coordinamento in particolare per la regolazione delle reti; realizzazione di un equilibrio soddisfacente tra sviluppo energetico e tutela dell'ambiente ed infine riduzione della dipendenza energetica dei Paesi UE.

Un'elencazione preconizzante un crescente ampliamento degli obiettivi sovranazionali e della relativa metodologia di intervento: si passa dall'adozione di isolate misure normative ad una vera e propria politica europea dell'energia che trova oggi una specifica base giuridica nel Trattato di Lisbona. In particolare l'art. 194 TFUE, sezione "Energia", legittima l'intervento dell'Unione non solo nel quadro giuridico del Mercato Interno e dell'Ambiente, ma anche nel vasto ventaglio dei principali obiettivi delle politiche energetiche.

Si assiste ad un graduale processo di valorizzazione dell'effetto riformatore del diritto dell'Unione Europea che si compone sia di un sistema normativo cogente (regolamenti e le direttive), sia di un sistema c.d. di *cross-fertilisation*⁽¹⁰⁵⁾ fra ordinamenti.

¹⁰³ Il riferimento è alla direttiva europea 2009/72/CE con particolare riferimento alla disciplina dell'istituto dell' "unbundling".

¹⁰⁴ N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 1060.

¹⁰⁵ J. BELL, *Mechanism for cross-fertilisation of administrative law in Europe*, in J. BELL AND T. TRIDIMAS (edited by), *New Directions in European Public Law*, Oxford, 1998. Secondo la definizione fornita dall'A.: "it implies an external stimulus promotes

3.2 “Norme comuni” per i mercati di elettricità e gas nel primo pacchetto energia

Il quadro di uniformazione normativa di tipo cogente inizia a prendere forma con l’approvazione delle direttive 90/547/CEE e 91/296/CEE⁽¹⁰⁶⁾ relative al transito di energia elettrica e gas, e le direttive del 96/92/CE del 19 dicembre 1996 e 98/30 CE del 22 giugno 1998, “Norme comuni per il mercato interno”⁽¹⁰⁷⁾.

Lo spirito di liberalizzazione promosso dall’allora CE ha in particolare investito il segmento dell’approvvigionamento e della distribuzione delle fonti energetiche, e parallelamente il settore dell’accesso alle reti di trasporto⁽¹⁰⁸⁾.

L’azione comunitaria sulle infrastrutture, che rappresentano il “polmone” degli scambi energetici, si è tradotta sostanzialmente nell’introduzione dell’istituto giuridico del “*common transit*”⁽¹⁰⁹⁾. Nell’intento di facilitare l’interconnessione e l’interoperabilità delle reti già esistenti, tale istituto ha regolato i rapporti fra enti gestori delle reti di elettricità ad alta tensione o di gas naturale ad alta pressione (escluse quindi le reti di distribuzione), ponendo a loro carico un obbligo di “negoziazione” per la conclusione di contratti di transito sulla propria rete, nonché un obbligo di conclusione dei

an evolution within receiving legal system. The evolution involves an external adaptation within promotes and evolution”, pag.147.

¹⁰⁶ Per un’analisi dettagliata della direttiva sul trasporto dell’energia elettrica si veda: C. ISIDORO, *L’ouverture du marché de l’électricité à la concurrence communautaire*, L.G.D.J., Paris, 2006, pag. 177; G. GENTILE, *Diritto nazionale e politica europea dell’energia*, in *Rass. Giur. Energia Elettr.*, 1991, pag. 749. Sulla direttiva trasporto gas v., G. ZAVATTONI, *La direttiva e l’accesso dei terzi alla rete*, in *Rass. Giur. Energia Elettr.*, 1998, pag.759.

¹⁰⁷ Seppur tali direttive siano state successivamente abrogate è utile ricordarle in quanto hanno posto le fondamenta per la creazione di un mercato interno dell’energia.

¹⁰⁸ P. J. SLOT, *Energy (Electricity and Natural Gas) in The liberalization of State Monopolies*, in *CMLR*, 1994 pag.49; O. LINDEN, *Deregulation of Electricity Sector in the EU*, Stockolm, 1996; C.D. EHLERMANN, *Quelles règles de fonctionnement pour le marché intérieur de l’énergie?*, in *RMC*, 1994, pag.450.

¹⁰⁹ Si v. Comunicazione “*Energia in Europa: il mercato interno dell’energia*” del 2 maggio 1988, ove si elencavano i problemi relativi all’instaurazione del mercato interno. Documento del 1°giugno 1990, intitolato *Mercato Interno dell’Energia-Prima relazione intermedia* COM(90) 124.

contratti di transito per gli enti responsabili delle reti nazionali (pubblici o privati)⁽¹¹⁰⁾.

Il vero input alla liberalizzazione del mercato energetico è però da attribuirsi alla seconda coppia di direttive, i cui benefici erano all'epoca rivolti ad una ristretta categoria di utenti, c.d. idonei, individuati dagli Stati membri sulla base delle indicazioni fornite dal legislatore europeo⁽¹¹¹⁾.

Nel procedere all'analisi dei relativi contenuti è d'obbligo premettere che l'emanazione di due distinti atti normativi risponde alle specifiche caratteristiche dei due settori non riducibili ad un'uniforme ed unica disciplina, seppur la struttura dei documenti è identica: in entrambe le ipotesi la regolamentazione si inserisce su ciascun segmento componente la filiera energetica con il fine ultimo di ridurre i casi di riconoscimento di diritti speciali o "esclusivi" agli operatori storici (c.d. *incumbent*).

Prendendo le mosse dal settore dell'elettricità e, specificatamente, dal segmento della produzione, le "regole comuni" non hanno intaccato i monopoli esistenti nei singoli Stati limitandosi a garantire la possibilità per i nuovi operatori di entrare nel mercato della produzione dietro rilascio di autorizzazione o tramite gara d'appalto (artt. 4 e 6 della direttiva 96/92/CE)⁽¹¹²⁾.

¹¹⁰ Per questa ragione bisogna tenere distinto l'istituto del *common transit* da quello del *Third Party Access* che comporta per il titolare e l'esercente della rete di distribuzione di energia elettrica (o gas) l'obbligo di trasportare-dietro corrispettivo- l'energia altrui allo scopo di consentire la distribuzione agli utilizzatori finali di energia prodotta da terzi. Il vantaggio di quest'ultimo istituto è che il fornitore finale può scegliere liberamente il proprio fornitore incentivando così forme di concorrenza tra le varie imprese elettriche e del gas.

¹¹¹ Il riferimento è all'art. 19 della direttiva 96/92/CE in base al quale che la quota del mercato aperta alla concorrenza dove essere calcolata sulla base della quota comunitaria di energia elettrica consumata da clienti finali, con consumo superiore a 40 GWh per anno. La quota menzionata veniva progressivamente ridotta nell'arco di 6 anni. Erano quindi considerati clienti idonei coloro che nell'anno 1999 avrebbero superato il consumo di 40 GWh (per lo più "grossisti" ovvero chi acquistava e vendeva energia senza svolgere contestualmente funzioni di trasmissione, generazione o distribuzione all'interno o all'esterno della rete); nel 20GWh nel 2000; 9 GWh nel 2003.

¹¹² Più specificatamente il legislatore comunitario ha riconosciuto agli Stati membri il diritto di determinare, all'interno del proprio territorio, le aree da rendere disponibili per tale attività ma una volta individuate, ha imposto l'obbligo di garantire l'accesso non discriminatorio e l'esercizio delle connesse attività a tutti gli operatori nazionali ed esteri. Con la sola eccezione della facoltà per gli Stati membri di negare a soggetti effettivamente controllati da Paesi terzi

Ciò si spiega sia in ragione del primario interesse alla commercializzazione della “merce energia” (¹¹³) che animava l’allora CE, sia in virtù della sottoposizione del potere normativo delle istituzioni comunitarie al rispetto di una particolare condizione posta a “baluardo” della sovranità degli Stati: il regime interno della proprietà delle imprese energetiche di cui all’art.345TFUE(ex. Art. 295 TCE).

Nel segmento della trasmissione- definita come il “trasporto di energia elettrica sulla rete interconnessa ad alta tensione ai fini della fornitura ai clienti finali o ai distributori”- le istanze comunitarie pro-concorrenziali hanno invece imposto agli Stati membri di scegliere tra due istituti giuridici: il *common carrier* o *Third part access* (¹¹⁴) e l’Acquirente Unico(¹¹⁵).

e/o a cittadini di paesi terzi, l’autorizzazione all’accesso per motivi di sicurezza nazionale.

L’attenzione riservata alla liberalizzazione della produzione si spiega per le evidenti ricadute sulla competitività del mercato dell’elettricità e sulla concorrenza fra i fornitori e ciò a favore dei clienti idonei che potranno più facilmente scegliere presso chi approvvigionarsi. G. TESAURO, *Market Power in electricity markets: Regulation, deregulation and competition. Lessons from the Italian Experience and Other European and U.S. Case Studies*, in *Fordham Int’l. LJ*, 2002, pag.246.

¹¹³ La qualificazione dell’energia come merce è da ricondurre alla famosa sentenza della Corte di Giustizia CE del 15 luglio 1964, *F. Costa c. Enel*, in *Racc.*, 1964, pag.1127.

La Corte, in particolare, ritenne assoggettabili alle norme di cui all’ art. 31 TFUE (ex art. 37 del Trattato di Roma)le disposizioni che riconoscevano a favore dell’Enel il monopolio sulla produzione di energia elettrica.

Analogamente, nella sentenza del 24 aprile 1994, causa C-399/92 *Comune di Almelo e a c. Energiebedrijf Ijsselmij NV*, la Corte ribadisce che l’energia elettrica costituisce una merce ai sensi dell’art. 30 Trattato CE e, al contempo, prodotto ai sensi della direttiva 83/374 CEE del Consiglio 25 luglio 1985 sulla responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi. Seppur non mancano pubblicazioni, per lo più divulgative, in cui emerge in maniera chiara l’idea che il settore energetico, complessivamente inteso, coinvolga problemi tecnici ed economici con ripercussioni su un’intricata rete fatta di crescita economica, sviluppo sociale ed effetti sull’ambiente.

¹¹⁴ All’art. 17 e 4 della direttiva 96/92/CE, si introduceva una distinzione importante tra la procedura di “accesso alla rete negoziato dei terzi” e quella “regolamentata”: nel primo caso si imponeva agli Stati membri di assumere misure idonee affinché i produttori (ed eventualmente le imprese fornitrici di energia elettrica) e i clienti idonei, sia all’interno che all’esterno del territorio coperto dalla rete potessero negoziare l’accesso alla rete per concludere tra loro contratti di fornitura sulla base di accordi commerciali volontari . L’accesso alle rete doveva inoltre essere negoziato con il relativo gestore della rete di trasmissione o distribuzione.

¹¹⁵ Quest’ultima soluzione fu fortemente voluta dal Governo francese in quanto ritenuta la più idonea a rispondere agli obblighi di servizio pubblico caratterizzanti il settore. Si ricordi, a riguardo, il famoso Rapporto del Ministero

In particolare, la soluzione dell'Acquirente Unico, accolta dal legislatore italiano e francese⁽¹¹⁶⁾, era stata pensata con l'intento di accentrare in un'unica persona giuridica, designata da ciascun Stato membro, la responsabilità della gestione unificata della rete di trasmissione (e/o dell'acquisto) nonché della vendita dell'energia elettrica(art.18 della dir. 96/92/CE) ⁽¹¹⁷⁾.

Un ruolo centrale era rivestito dal gestore della rete soprattutto in riferimento all'attività di dispacciamento⁽¹¹⁸⁾, di cui era a sua volta responsabile. Un compito, quest'ultimo, che nelle sue modalità attuative è rimesso alla volontà degli Stati seppur nel rispetto di criteri "obiettivi, pubblicati ed applicati in maniera non discriminatoria".

Infine, per l'attività di distribuzione dell'energia elettrica-definita come il trasporto di energia su reti di distribuzione a media e a bassa tensione per la consegna ai clienti finali- la direttiva richiedeva alle imprese proprietarie o responsabili delle reti, di designare un gestore responsabile, appunto, della gestione, manutenzione ed eventualmente dello sviluppo della rete di distribuzione all'interno di un determinato contesto territoriale⁽¹¹⁹⁾,

francese Mandil. C. MANDIL, *Rapport du groupe de travail sur le réforme de l'organisation électrique et gazière française*, CJEG, avr. 1994, pag. 155.

¹¹⁶ Si v. D.lgs. del 16 marzo 99, n. 79, «Attuazione della Direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica », noto anche come Decreto Bersani. Sul tema si v. A. CRISMANI, E. FONDA, *Il funzionamento del mercato elettrico. Considerazioni alla luce delle recenti modifiche normative*, in *Riv. giur. amb.*, 2009,VI, pag. 901; AA.Vv., *La privatizzazione nel settore elettrico. Atti del Seminario tenutosi a Roma il 27 maggio 1994 e il 20-21 maggio 1995*, Giuffrè, Milano, 1995.

¹¹⁷ L'Acquirente Unico doveva rivestire il ruolo di intermediario tra cliente e fornitori garantendo la libertà del cliente di stipulare contratti di fornitura con produttori situati sia all'interno che all'esterno del territorio coperto dalla rete. La direttiva, prevedeva a riguardo, due varianti: nella prima l'AU poteva essere obbligato ad acquistare l'energia elettrica oggetto di un contratto fra un cliente idoneo ed un produttore all'interno o all'esterno del territorio coperto dalla rete ad un prezzo pari a quello praticato dal medesimo acquirente ai clienti idonei dedotta la tariffa di utilizzazione della rete. Nella seconda variante del sistema dell'AU, l'esecuzione dei contratti di fornitura veniva garantita mediante in base alla tariffa non discriminatoria per l'utilizzazione delle reti di trasmissione e distribuzione oppure mediante un accesso negoziato alle reti alle condizioni di cui all'art. 17 (accesso alle rete negoziato).

¹¹⁸ Il dispacciatore, in particolare, determina la c.d. "chiamata in servizio degli impianti di produzione assumendo, il ruolo di "regolatore del traffico di energia".

¹¹⁹ Sul responsabile della distribuzione incombevano obblighi di gestire la rete con criteri di efficienza, non discriminazione e segretezza analoghi a quelli del gestore della rete di trasmissione. All'art. 10 comma 1, inoltre all'operatore della distribuzione era

lasciando però facoltà agli Stati di decidere in merito alla sua indipendenza rispetto agli altri segmenti della filiera elettrica.

Parallelamente, la direttiva 98/30/CE interveniva sul mercato del gas estendendovi i principi elaborati per il mercato dell'elettricità seppur su segmenti diversi della filiera energetica. Specificatamente, la stoccabilità del gas, a differenza dell'elettricità, rende(va) la disciplina della fase di stoccaggio non meno importante di quella del trasporto e della distribuzione. Mentre resta(va) in ombra la disciplina della fase di produzione, il *c.d. upstream*⁽¹²⁰⁾, per la quale la direttiva del '98 rinviava alle disposizioni dettate dalla direttiva 94/22/CE⁽¹²¹⁾.

Rileva, quindi, un differente peso riservato alla fase di produzione che è legato anche al carattere marcatamente transfrontaliero del gas rispetto all'elettricità⁽¹²²⁾. Mentre la quota di scambi di energia elettrica da un mercato all'altro rappresenta una porzione ridotta rispetto alla quota di produzione interna, per il gas, la provenienza da fornitori esterni all'UE ha un peso determinante. Lo stesso considerando n. 12 della direttiva 98/30/CE evidenziava come la “fornitura esterna di gas naturale è particolarmente importante per l'approvvigionamento degli Stati membri con un elevato livello di dipendenza dalle importazioni”.

A riguardo, in base a quanto dichiarato dal Consiglio UE, “la prima garanzia per un sicuro approvvigionamento di gas è data dalla possibilità di disporre di un Mercato Unico dell'energia interconnesso e competitivo” e, quindi, in grado di affrontare la competizione internazionale⁽¹²³⁾. Il Mercato interno del gas e la sicurezza del relativo approvvigionamento, nell'opinione

imposto un particolare obbligo di servizio pubblico tradotto dagli Stati nell'obbligo di assicurare a tutti gli utenti la fornitura di energia indipendentemente dall'ubicazione geografica.

¹²⁰ Le attività ricomprese nell'*upstream* sono quelle di prospezione, ricerca e coltivazione, che si trovano cioè a monte della vera e propria filiera del gas.

¹²¹ Direttiva 30 maggio 1994, in *GUCE* L 164 del 30 giugno 1994, pag.3. Rispetto a questa fase la direttiva però riconosceva alle imprese di gas naturale ed ai clienti idonei la possibilità di accesso “equo” e concorrenziale alle reti di gasdotti *upstream* compresi gli impianti che forniscono servizi tecnici connessi a tale accesso. Ad esclusione delle parti di tali reti e impianti utilizzati per le attività locali di produzione e che sono situati nell'area di un giacimento in cui viene prodotto il gas.

¹²² In materia di trasporto transfrontaliero del gas si v. Regolamento CE n. 1775/2005 che pone principi uniformi per la determinazione delle tariffe di accesso alla rete e dei servizi offerti dall'accesso alla rete, l'allocazione della capacità di interconnessione.

¹²³ Consiglio CE, direttiva 2004/67/CE, in *GUUE* L 127 del 29 aprile 2004.

comunitaria, rappresentano due “aspetti” fortemente correlati tra di loro seppur sottoponibili a discipline giuridiche differenti.

Ritornando all’esame della direttiva 98/30/CE, rispetto ai segmenti del trasporto, stoccaggio, fornitura e distribuzione del gas naturale essa imponeva di rispettare una serie di obblighi: tra cui l’efficienza e la compatibilità ambientale, a cui si aggiungevano la separazione e la trasparenza della contabilità e ciò indipendentemente dal corrispondente regime proprietario o dalla forma giuridica delle relative imprese.

Per l’accesso all’insieme delle reti e degli impianti, necessari a favorire il trasporto o la distribuzione del gas naturale, le due procedure previste erano quelle dell’accesso negoziato e regolamentato⁽¹²⁴⁾.

Le due opzioni erano state imposte dall’esigenza di raggiungere un compromesso politico in sede decisionale: così facendo le istituzioni comunitarie concedevano agli Stati membri ampi margini di “flessibilità” soprattutto nell’organizzazione delle fasi più importati della filiera energetica (accesso alle reti di trasmissione e di distribuzione dell’elettricità, accesso al sistema del trasporto del gas).

Le ragioni possono essere in parte rinvenute nella vigenza del principio di sussidiarietà di cui all’art. 5 TFUE (ex art. 5 TCE)⁽¹²⁵⁾ che in ambiti materiali coperti da “riserva” di competenza statale, limitano quelle comunitarie alla fissazione dei principi generali, rimettendo alla buona volontà dei singoli Stati membri la decisione circa i margini e le modalità di attuazione.

La sicura cessione di quote di sovranità sul piano normativo da parte degli Stati nei confronti dell’ordinamento europeo, non si è dunque accompagnata con un’analoga cessione dei poteri di *enforcement* verso le corrispondenti istituzioni sovranazionali, ben

¹²⁴ Nella prima ipotesi, le imprese di gas naturale ed i clienti idonei, sia all’interno che all’esterno del territorio coperto dal sistema interconnesso, negoziano l’accesso al sistema, al fine di concludere contratti di fornitura sulla base di accordi commerciali volontari. Nel secondo, invece, è riconosciuto un diritto di accesso al sistema sulla base di tariffe stabilite dall’autorità di regolamentazione.

¹²⁵ Richiamato nei Considerando delle direttive 96/92/CE e 98/30/CE, il principio di sussidiarietà lascia agli Stati membri la scelta sulle modalità di applicazione del quadro dei principi generali fissati dalle direttive, consento così a ciascun Stato membro di mantenere o scegliere il regime più rispondente alla situazione dei propri Stati.

potendo gli ordinamenti “sovrani” limitare l’efficacia del diritto comunitario⁽¹²⁶⁾.

3.3 *Il graduale passaggio alla governance europea dei sistemi energetici*

Seguendo un approccio “graduale” di apertura dei mercati interni e, di conseguenza, dei relativi assetti giuridici, con il secondo pacchetto energia -direttive 2003/54/CE (elettricità)e 2003/55/CE (gas)del 23 giugno 2003 (¹²⁷)- il legislatore europeo aggiunge un ulteriore tassello al quadro normativo allora vigente, caducando l’efficacia delle disposizioni appena esaminate.

Sulla base delle criticità riscontrate nell’attuazioni delle prime “direttive energia” le problematiche affrontate hanno interessato, nello specifico: il regime giuridico dei gestori delle reti ed il loro rapporto con le imprese incaricate della produzione e distribuzione di energia; l’accesso alle reti di trasmissione e distribuzione; la disciplina degli obblighi di servizio pubblico; l’ampliamento della quota di mercato liberalizzato; la sicurezza degli approvvigionamenti in energia.

Non va dimenticato che è proprio di quel periodo l’elaborazione del Protocollo di Kyoto(¹²⁸)i cui obblighi assunti dall’UE di fronte alla Comunità Internazionale sono stati tradotti nell’impegno a realizzare uno sviluppo equilibrato tra energia e ambiente (¹²⁹).

¹²⁶ “Soprattutto qualora vengano in giuoco valori essenziali di livello costituzionale”, G. COCCO, *L’Europa dei tre disincanti*, cit., pag. 93.

¹²⁷ Nell’ordinamento francese le due direttive sono state trasposte nella *Loi n. 2537 du 7 décembre 2006 «relative au secteur de l’énergie ayant pour objet d’adapter les secteur de l’électricité et du gaz à l’ouverture complète des marchés au 1^{er} juillet 2007, et de transposer les directives n. 2003/54/CE et 2003/55/CE* ». Mentre nell’ordinamento italiano l’attuazione è avvenuta con la legge 27 ottobre 2003 n. 290, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 agosto 2003, n. 239, recante disposizioni urgenti per la sicurezza del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica. Deleghe al Governo in materia di remunerazione della capacità produttiva di energia elettrica e di espropriazione per pubblica utilità*, in *G.U.* 28 ottobre 10 2003, n.251.

¹²⁸ Il Protocollo di Kyoto, firmato l’11 dicembre 1997 e allegato alla *Convenzione-quadro* sul cambiamento climatico del 1990, impegna gli Stati aderenti a ridurre, nel periodo 2008-2012, le emissioni di almeno il 5% al di sotto dei livelli del 1990. Il protocollo è in vigore dal 2005 e ad oggi ne fanno parte circa 184 Stati oltre che l’UE.

¹²⁹ E in questo più ampio quadro di riferimento non poteva non trovare spazio un’altra esigenza: la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili che di lì a qualche anno

Tralasciando per il momento quest'ultimo aspetto e ritornando sui temi afferenti la liberalizzazione dei mercati, un elemento di continuità rispetto al primo pacchetto energia è riscontrabile già nella struttura delle direttive in cui l'ordine dei dispositivi segue le diverse fasi della filiera energetica.

Una prima differenza invece la si registra nella maggior enfasi posta sulle problematiche ostative al passaggio da sistemi di gestione di mercato dell'energia fortemente accentrati (¹³⁰), ovvero monopolisti, a sistemi più compatibili con il regime concorrenziale del Mercato interno.

Mentre le direttive degli anni '90 agivano solo sul lato dell'offerta, le direttive del 2003 hanno posto mano alla regolamentazione dei mercati energetici sia sul lato dell'offerta, eliminando (o riducendo) i margini di manovra della programmazione economica di carattere pubblicistico e rafforzando la libera concorrenza; sia sul lato della domanda cercando di aumentare il grado di contendibilità dei mercati nazionali.

A tal fine, riprendendo le fila del processo di disgregazione delle reti inaugurato con la direttiva 96/92/CE, la direttiva 2003/54/CE prevedeva l'obbligo di separazione sia giuridica che funzionale dei gestori del sistema di trasmissione e di distribuzione, dalle attività di generazione e fornitura (artt. 10 e 15), allo scopo di rafforzare la separazione verticale e consentire il diffondersi della concorrenza sia a monte che a valle delle infrastrutture a rete(¹³¹).

Sempre con riguardo alla rete, ma sotto il profilo dell'accesso, la direttiva riduceva quell'ampio ventaglio di opportunità previsto nel regime antecedente introducendo un unico sistema, quello dell'accesso regolamentato alle reti di trasmissione e di distribuzione

avrebbe avuto una sua regolamentazione specifica nella direttiva 2001/77/CE. C.f.r. cap. II parte speciale.

¹³⁰ Secondo una terminologia utilizzata nel diritto delle concentrazioni industriali, si parla di concentrazione verticale nel caso un'impresa tenti di estendere la propria influenza sui vari settori di attività più o meno interattivi. Nel caso del settore elettrico si ha una concentrazione sia in senso orizzontale –il complesso delle attività fanno capo ad un'unica direzione e strategia industriale– ma anche verticale–le varie attività componenti la filiera elettrica sono autonome sotto il profilo tecnico ma coordinate verso un unico fine. G. AMORELLI, *Autoproduzione e "common carrier" dell'energia elettrica: privatizzazione strisciante del settore*, in *Mercato europeo e diritto dell'energia*, Atti del Convegno di Studi di Maratea 12 - 15 ottobre 1989, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 15.

¹³¹ Il c.d. *unbundling*. Si ricordi che la direttiva 96/98/CE si limitava a richiedere la sola separazione contabile.

(*Third Part Access*) “basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema”.

Il sistema del TPA, come sistema unico, segnava una tappa importante verso una maggiore armonizzazione delle normative nazionali (¹³²). Emblematico è a riguardo il ristretto numero delle ipotesi in cui poteva essere negato l'accesso alla rete: precedentemente giustificato sulla base di motivi “genericamente” afferenti agli obblighi di servizio pubblico, ed in questo caso limitato a ragioni esclusivamente di natura tecnica.

Nella coeva direttiva gas- 2003/55/CE- erano invece previsti più modelli distinguibili a seconda che si trattasse di accesso alle reti di trasporto e distribuzione, stoccaggio e *upstream*(¹³³). Brevemente, per l'accesso ai sistemi di trasporto e distribuzione era menzionata come unica opzione quella dell'accesso basato su tariffe pubblicate, praticabile a tutti i clienti idonei, comprese le imprese di fornitura, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema; per l'accesso agli impianti di stoccaggio e al *linepack*(¹³⁴) era confermata la duplice opzione dell'accesso negoziato ovvero regolamentato; infine per l'accesso alla rete di gasdotti *upstream*, la vincolatività si poteva cogliere sotto il profilo dei criteri e degli obiettivi ispiratori piuttosto che della tipologia di accesso(¹³⁵).

Le tre differenti regolamentazioni si caratterizzavano, dunque, per una diversa intensità normativa rispetto alla libertà degli Stati membri, motivata dalle caratteristiche precipue delle reti del gas, nonché dalla necessità di addivenire ad un compromesso fra le istanze degli Stati, ovvero delle imprese nazionali, da un lato, e delle istituzioni europee, dall'altro. Come è stato evidenziato in dottrina, la

¹³² Il par. 2 dell'art. 20 sembra muoversi in tal senso in quanto prevede che il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione possa rifiutare l'accesso solo ove manchi della necessaria capacità a condizione di motivare il rifiuto.

¹³³ In sostituzione di quel “generico” diritto di accesso alle reti che informava la normativa previgente.

¹³⁴ Il *linepack* è lo stoccaggio di gas mediante compressione nelle reti di trasporto e di distribuzione. Per maggiori delucidazioni si v. Capitolo V direttiva 2003/55/CE

¹³⁵ In particolare la direttiva impone che nel concedere l'accesso “siano perseguiti gli obiettivi di un accesso equo ed aperto tramite la realizzazione di un mercato concorrenziale del gas naturale, evitando qualsiasi abuso di posizione dominante e tenendo conto della sicurezza e della regolarità delle forniture, della capacità esistente o che può essere ragionevolmente resa disponibile e della “protezione dell'ambiente”, ma tutto ciò lasciando agli Stati “i pertinenti strumenti giuridici”.

disciplina sull'accesso alla rete *upstream* ha rappresentato un punto di incontro tra la posizione degli Stati membri, UE e imprese produttrici di gas che avrebbero voluto escludere dal campo di applicazione della direttiva la rete *upstream*(¹³⁶).

Rispetto agli altri segmenti della filiera elettrica –produzione- e del gas -stoccaggio e trasporto- l'aspetto da porre in evidenza è la definizione puntuale e stringente dei criteri e degli obblighi rivolti agli Stati o direttamente alle imprese: specificatamente per il settore elettrico si fa riferimento a criteri guida per la stesura dei bandi di gara o per il rilascio delle autorizzazioni, confermando la duplice opzione tra la gara d'appalto e l'autorizzazione già previsti nella direttiva 96/92/CE(¹³⁷); per il settore del gas il richiamo è all'individuazione dei compiti del gestore del sistema sia di stoccaggio(l'art. 7) che di distribuzione (art.13) (¹³⁸).

Si ricordi che questi ultimi vengono designati dagli Stati o dalle imprese di gas naturale-che possiedono impianti di trasporto/stoccaggio o Gas naturale Liquefatto- nel rispetto dei principi di efficienza ed equilibrio del sistema stesso.

La puntualità e il dettaglio con cui agli artt. 8, 12 e 13 (¹³⁹)era enucleata la vasta gamma di compiti dei gestori della distribuzione e di stoccaggio del gas è a sua volta collegata alla centralità rivestita da questi segmenti nella realizzazione di un mercato competitivo ed integrato. In particolare, il trasporto e la distribuzione possono essere considerate le vere “*essential facilities*” del mercato interno del gas.

È per tale ragione che sono stati previsti obblighi altresì dettagliati per il gestore del sistema di distribuzione(¹⁴⁰)con la dovuta

¹³⁶P. D. CAMERON, *Competition in Energy Market: law and regulation in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pag.189.

¹³⁷ La disciplina dettagliata è indicata agli artt. 6 e 7 della direttiva. Mentre resta pressoché invariata la disciplina relativa alla designazione dei gestori del sistema di trasmissione e dei relativi compiti nonché le regole comuni per la fase di dispacciamento (art. 11).

¹³⁸ È necessario precisare che per distribuzione il par. 3 dell'art. 2 intende “il trasporto di gas naturale attraverso reti di gasdotti regionali o locali per le consegne ai clienti, ad esclusione della fornitura”. Quest'ultima, invece, collocata alla fine della filiera, riguarda la vendita, compresa la rivendita, ai clienti di gas naturale, compreso il GNL.

¹³⁹ L'art. 13, in particolare, prescrive in caso di impresa verticalmente integrata, la separazione quanto meno sotto il profilo della forma giuridica dell'organizzazione e del potere decisionale del sistema di distribuzione dalle altre attività.

¹⁴⁰ All'art. 12 della direttiva 2003/55/CE si stabiliva che è :«obbligo del gestore della rete di distribuzione è di mantenere a condizioni economiche accettabili, un sistema sicuro, affidabile ed efficiente, nel dovuto rispetto dell'ambiente e operare astenendosi

differenza che in quest'ultima ipotesi l'attualizzazione degli obblighi è da ricollegarsi all'allargamento della categoria dei clienti idonei⁽¹⁴¹⁾.

L'art. 23 fissava, infatti, il calendario di apertura del mercato del gas stabilendo che a decorrere dal 1° luglio 2007, tutti gli utenti finali avessero assunto lo *status* di clienti "idonei" (clienti liberi di acquistare gas dal fornitore di propria scelta). Analoga previsione era contenuta all'art. 21 della direttiva elettricità.

Il legislatore europeo riteneva, in via presuntiva, che a far corso da tale data i mercati energetici, già da tempo avviati alla completa liberalizzazione, sarebbero stati caratterizzati da condizioni concorrenziali ottimali e tali da consentire anche ai piccoli utenti di scegliere autonomamente il proprio fornitore tra una pletora di soggetti operanti in regime di perfetta concorrenza.

Si trattava, appunto, di una presunzione spesso risolta in fase contenziosa dal giudice europeo che attingendo al principio di proporzionalità ha tentato più volte di tracciare un punto di equilibrio tra le esigenze dettate per il Mercato interno dell'energia e l'attenzione prestata agli obiettivi di coesione economica e sociale insiti nelle politiche nazionali.

Ne è conseguita una "circolazione dissociata dei modelli giuridici" che ha di fatto frenato la creazione di un Mercato interno dell'energia inducendo il legislatore europeo ad intervenire nuovamente ma facendo ricorso a tecniche di regolazione differenti⁽¹⁴²⁾.

Presentato dalla Commissione il 19 settembre 2007, il terzo pacchetto energia si compone: di misure per il coordinamento delle Autorità Nazionali di Regolazione; di misure per il completamento

sa discriminazione tra gli utenti del sistema, in particolare delle imprese ad esso collegate. Su di esso gravano gli obblighi di informazione verso gli altri gestori della distribuzione o i gestori del trasporto affinché il trasporto e lo stoccaggio di gas naturale possano avvenire in maniera compatibile con il funzionamento sicuro ed efficiente del sistema interconnesso»

¹⁴¹ In particolare emergono obblighi come l'informazione degli utenti e la pianificazione dello sviluppo del sistema di distribuzione. Si v. cap. I, par.

¹⁴² Con specifico riferimento al settore elettrico, dalla lettura dei considerando che anticipano le disposizioni della direttiva 2009/72/CE, si evince l'insuccesso delle misure di armonizzazione precedentemente adottate nel garantire a tutte le imprese dell'Unione il diritto di vendere energia elettrica in qualsiasi Stato membro a condizioni identiche e senza subire discriminazioni o svantaggi e, per converso, la libertà per i consumatori di scegliere il proprio fornitore. Per il mercato del gas naturale 2009/73/CE.

del mercato interno dell'energia elettrica e del gas ed infine di misure sugli scambi transfrontalieri (¹⁴³).

Ad uno sguardo di insieme un elemento che cattura subito l'attenzione del lettore è rappresentato dall'elevato "dettaglio" nonché quantità dei precetti normativi, tale per cui si avverte la sensazione di trovarsi di fronte ad un vero *corpus juris* sulla struttura e sul funzionamento del mercato elettrico e del gas naturale, piuttosto che a direttive di armonizzazione in cui dovrebbero essere indicanti solo i risultati da raggiungere.

Le istituzioni europee (¹⁴⁴) dimostrano di voler superare i confini dell'armonizzazione normativa per inseguire l'ambizioso obiettivo della "ristrutturazione", non solo delle regole dei mercati nazionali, ma delle stesse industrie energetiche secondo principi di segno opposto alla maggior parte delle legislazioni interne (¹⁴⁵).

La base giuridica di riferimento è rappresentata da quell'art. 114 TFUE (¹⁴⁶) fortemente criticata per l'ampiezza delle ipotesi di "intromissione" delle istituzioni UE negli spazi di competenza degli Stati membri(¹⁴⁷), ciò nonostante la Corte di giustizia abbia chiarito che non si traduca in un conferimento alle istituzioni UE di poteri "illimitati" nell'emanazione di misure volte al ravvicinamento delle disposizioni nazionali che hanno incidenza sull'instaurazione del Mercato Unico(¹⁴⁸).

¹⁴³ Le disposizioni menzionate sono tutte consultabili su www.ec.europa.eu.

¹⁴⁴ In particolare l'organo sovranazionale, la Commissione Ue, e intergovernativo, il Consiglio Ue.

In tema di organizzazione dell'unione, si v. E. CHITI, *Organizzazione europea ed organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv.trim.dir. pubbl., cit.*, pag. 359; P. DANN, *The Political Institutions*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2006, pag. 229; S. CASSESE, *La Costituzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1991, pag. 487; K. LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Communities*, in *CMLR*, 1991, pag. 11..

¹⁴⁵ R. SHOLZS, S. LANGER, *Binnenmarkt und energiepolitik*, Duncker u. Humblot, Berlin, 1992, pag. 208.

¹⁴⁶ Si v. par. 2.1. è utile ricordarlo, l'art. 114 TFUE permette al Parlamento e Consiglio su proposta della Commissione, di adottare misure destinate a migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno seguendo la procedura legislativa "ordinaria"(art. 294TFUE).

¹⁴⁷ M. HUNT, K.TALUS, *EU Energy Law and Policy issues*, *Euroconfidential*, Bruxelles, 2008, pag. 43.

¹⁴⁸ Corte di Giustizia, sentenza del 2 maggio 2006, *Parlamento c. Consiglio*, C-436/03. In particolare ai punti 35 e 39 la Corte statuisce che «per quanto riguarda l'art.95TCE esso abilita il legislatore comunitario ad adottare misure destinate a migliorare le

Entrando nel dettaglio dei testi normativi, il primo nodo gordiano che le due direttive tentano di sciogliere consiste nella scelta delle soluzioni tecnico-giuridiche tali per cui ciascuna impresa proprietaria della rete non possa esercitare nessuna forma di controllo sulle imprese che si occupano degli altri segmenti della filiera energetica.

A riguardo le opzioni previste sono (art. 13): la disaggregazione proprietaria della rete (¹⁴⁹), il ricorso ad un Gestore dei sistemi indipendente (ISO- *Independent System operator*)⁽¹⁵⁰⁾; ovvero ad un Gestore di trasmissione indipendente (ITO- *Independent Transmission*

condizioni d'instaurazione e di funzionamento del mercato interno, misure che devono effettivamente avere tale obiettivo, contribuendo all'eliminazione degli ostacoli alle libertà economiche garantite dal Trattato, fra cui rientra la libertà di stabilimento. Il ricorso all'art. 95 come fondamento normativo è consentito anche al fine di prevenire l'insorgere di futuri ostacoli agli scambi dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali, ma l'insorgere di tali ostacoli deve apparire probabile e la misura di cui trattasi deve avere ad oggetto la loro prevenzione»

¹⁴⁹ Questo primo modello, già adottato in Paesi come la Danimarca e la Finlandia, implica la separazione integrale della proprietà che può realizzarsi alle condizioni poste dall'art. 9 della direttiva 2009/72/CE. In virtù di questa disposizione non vi può essere coincidenza tra i soggetti che esercitano controlli su un'impresa di generazione o di fornitura e chi esercita un controllo o eventuali diritti su un sistema di trasmissione o nei confronti di un gestore dei sistemi di trasmissione. Per converso, il controllo esercitati su un sistema di trasmissione o un gestore di sistemi di trasmissione esclude la possibilità di esercitare un controllo o eventuali diritti su un'impresa di generazione o fornitura. Al par. 2 si definisce l'ambito di applicazione della nozione di "diritti" contenuta al paragrafo 1 (diritti di voto, potere di nominare membri del consiglio di vigilanza, del consiglio di amministrazione o degli organi che rappresentano legalmente l'impresa, detenere una quota di maggioranza contemporaneamente nei diversi settori di attività).

La soluzione descritta introduce una chiara separazione della proprietà dagli operatori di sistema di trasmissione e imprese d'approvvigionamento. Nell'opinione della Commissione UE rappresenta il metodo più efficace per realizzare un'effettiva disaggregazione della rete di trasmissione, e, dunque per risolvere l'intrinseco conflitto di interessi.

¹⁵⁰ Questo secondo modello si applica quando lo Stato membro non voglia applicare la separazione proprietaria ed il suo sistema di trasmissione appartenga ad un'impresa verticalmente integrata. In questo caso deve essere designato un Gestore della rete separato dalla nuda proprietà della rete che può restare in capo all'impresa verticalmente integrata purché separata legalmente e funzionalmente. Il gestore indipendente dovrà ricevere però la certificazione dell'Autorità di regolazione a seguito di approvazione della Commissione.

Sull'ISO ricadrà la responsabilità della concessione e della gestione dell'accesso dei terzi alla rete, compresa la riscossione dei corrispettivi per l'accesso come anche del funzionamento e dello sviluppo del sistema di trasmissione e della capacità a lungo termine del sistema di trasmissione e della capacità a lungo termine del sistema di agevolare richieste ragionevoli, tramite adeguata programmazione.

Operator). Quest'ultimo modello che sarà quello fatto proprio dal legislatore delegato italiano (D.lgs. del 1° giugno 2011 n. 93)¹⁵¹ consente ai gestori dei sistemi di trasmissione (elettricità) e trasporto (gas) di restare parte delle imprese integrate seppur nel rispetto di rigorose prescrizioni finalizzate a garantire l'indipendenza effettiva del gestore, della sua direzione e del suo organo di vigilanza.

In sintesi, i gestori possono mantenere la proprietà della rete delegandone la gestione operativa a una filiale con *management* indipendente, uffici e *brand* distinti da quello della proprietà.

Inoltre, è fatto obbligo al gestore del sistema di trasmissione di dotarsi di un organo di sorveglianza ed adottare un programma di adempimenti esplicativo delle misure disincentivanti possibili comportamenti discriminatori.

Nella relazione di accompagnamento della proposta, la Commissione UE specifica che: conformemente all'art. 345 TFUE, tale modello si applica indistintamente alle imprese pubbliche o private, ciò significa che nessun soggetto può individualmente o congiuntamente influenzare la composizione dei consigli di amministrazione, il voto o il processo decisionale degli operatori di sistemi di trasmissione o delle imprese di produzione o approvvigionamento; e altresì che le imprese di Stato possono mantenere la proprietà della rete.

Si tratta di un terzo tipo di *unbundling*, rispetto a quello previsto nel primo e secondo pacchetto energia, particolarmente rilevante per il mercato del gas in cui la separazione proprietaria dell'impresa che gestisce la rete dalle altre che operano nella distribuzione, rappresenta un utile strumento di monitoraggio del "traffico in entrata" degli investitori stranieri, vale a dire di riduzione delle ipotesi di controllo da parte delle imprese che esportano gas all'interno dei confini dell'Unione su quelle nazionali che gestiscono le reti¹⁵²).

¹⁵¹ D.lgs. del 1° giugno 2011 n. 93, in *Suppl. Ordinario* n. 157 alla *Gazz. Uff.*, 28 giugno, n. 148, recante il titolo Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE».

¹⁵² In particolare l'art. 9 del D.lgs. 93/2011 stabilisce che: «con decreto del Ministro dello sviluppo economico sono stabiliti i criteri per la certificazione del gestore di un sistema di trasporto nel caso in cui un soggetto di un Paese non appartenente all'Unione europea ne acquisisca il controllo, in base ai quali l'Autorità per l'energia elettrica e il

In tutte le opzioni menzionate i gestori dei sistemi devono essere “certificati” dall’Autorità nazionale di regolamentazione⁽¹⁵³⁾. In particolare, si stabilisce che l’Autorità per l’energia elettrica e il gas entro un termine di quattro mesi, decorrenti dalla data della notificazione effettuata dal gestore del sistema di trasporto, debba emanare una propria decisione di certificazione che acquisterà efficacia previo parere della Commissione europea. Solo le imprese proprietarie di un sistema di trasporto certificate dall’AEEG saranno quindi autorizzate all’attività di trasporto.

L’istituto della certificazione che richiama un principio di fiducia⁽¹⁵⁴⁾ e di autorevolezza, piuttosto che di “certezza” e autorità tipicamente pubblicistico, così come la previsione di un “sistema condiviso”- tra l’Autorità nazionale e Commissione- della relativa funzione di certificazione, impone di guardare ai principi del diritto della concorrenza non più, solo o prevalentemente come vincoli all’esercizio dell’attività di regolazione ma come obiettivi realizzabili attraverso una politica coordinata con quelle proprie delle regolazioni settoriali.

In tali elementi si può riconoscere la tendenza ad inserire il processo di armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali all’interno di una più vasta *governance*, vale a dire in un processo «(or a set of process) which embodies a transformation in the organization of social relations and transactions (...) generating transcontinental or interregional flows and networks of activity, interaction and the exercise of power»⁽¹⁵⁵⁾. I cui corollari sono rappresentati dall’implementazione dei precetti normativi attraverso l’incentivazione di forme di co-regolamentazione e autoregolamentazione che intensificano il processo di integrazione

gas è tenuta ad adottare una decisione di certificazione. Il predetto decreto deve garantire che il rilascio della certificazione non metta a rischio la sicurezza dell’approvvigionamento energetico dell’Italia e dell’Unione europea e che siano rispettati i diritti e gli obblighi derivanti dal diritto internazionale e da accordi con il Paese terzo interessato purché conformi al diritto comunitario».

¹⁵³ Sempre All’art. 9 del D.lgs. 93/2011 è previsto che: entro il 3 marzo 2012 i gestori dei sistemi di trasporto devono essere certificati dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas che, secondo la procedura di cui al presente articolo, vigila sull’osservanza da parte dei gestori medesimi delle prescrizioni di cui all’articolo 9 della direttiva 2009/73/CE.

¹⁵⁴ Sul tema si v. M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè, Milano, 2008 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all’alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001

¹⁵⁵ D. HEALD- A.MCGREW, *The global transformation reader. An introduction to globalization debate*, Cambridge, 2001, pag.68.

tra l'ordinamento europeo e quelli interni con il parallelo sviluppo della c.d. *soft law*¹⁵⁶).

3.4 Il ruolo della Corte di giustizia europea nella definizione dei principi guida dell'azione dei poteri pubblici nei sistemi energetici

Il processo di integrazione europea produce un'evoluzione degli istituti, sostanziali e processuali, così come dei processi di formazione delle regole le quali risultano sempre più vicine alle vicende «pratiche» dell'*applicatio*, in nome di un diritto che vive nell'effettività sviluppando un percorso di prevedibilità e di certezza innovativo, alimentato anche dal dialogo fra le Corti nazionali e quella europea.

Esso si instaura attraverso strumenti, quali quello del rinvio pregiudiziale, che permettono alla Corte di giustizia europea di contribuire non solo all'elaborazione della disciplina giuridica in materia di energia ma anche alla sua corretta applicazione.

Basti pensare ad esempio alle vicende che hanno interessato negli ultimi anni il sistema delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas, con particolare riguardo alla disciplina dei termini delle concessioni.

Il quadro legislativo di riferimento è stato in un primo momento disegnato dal decreto legislativo 164 del 2000 (di recepimento della prima direttiva gas 98/30/CE)¹⁵⁷, meglio noto come “decreto Letta”, con cui all'articolo 14, si accoglieva, tra le opzioni, la regola della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas stabilendo in dodici anni la durata massima delle relative concessioni¹⁵⁸.

Il decreto legislativo prevede(va), inoltre, che nella ricorrenza di alcune condizioni la durata della concessione potesse essere

¹⁵⁶ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006 pag. 68; R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti della società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 72.

¹⁵⁷ Sul punto si v. Capitolo I, par. 3 pag. 17.

¹⁵⁸ Il decreto Letta, quindi, ha disciplinato la durata delle concessioni (già) esistenti. Per quelle affidate con gara (al momento della sua entrata in vigore), essa coincide con la naturale scadenza ma, comunque, non oltre i dodici anni a partire dal 31 dicembre 2000 (art. 15, comma 9). Per le altre, invece, si individua(va) un periodo transitorio di natura quinquennale a decorrere dal 31 dicembre del 2000. Esse, dunque, devono (recte: avrebbero dovuto) cessare entro il 31 dicembre del 2005 (art. 15, comma 7)

prolungata di uno o due anni (¹⁵⁹). Considerata la possibilità di sommare i relativi incrementi, la scadenza del periodo transitorio c.d. ordinario sarebbe stata al più tardi, il 31 dicembre del 2010 (¹⁶⁰).

Negli interventi legislativi successivi, in particolare con la legge 239 del 2004 (di recepimento della seconda direttiva gas 2003/55/CE) meglio conosciuta come legge Marzano, il termine di scadenza per il periodo transitorio veniva invece fissato al 31 dicembre 2007 fatta però «salva la facoltà per l'ente affidante o concedente di prorogare(...) di un anno la durata del periodo transitorio, ma esclusivamente per motivazioni di pubblico interesse»(¹⁶¹).

La disciplina positiva integrante le disposizioni fra i due decreti lasciava emergere degli evidenti problemi applicativi(¹⁶²) soprattutto con riguardo alla precisa rilevanza del termine di cui al 31 dicembre 2007(¹⁶³).

¹⁵⁹ Precisamente, ai sensi dell'articolo 15, comma 7, di un anno se, almeno un anno prima della scadenza del 2005, si realizza(va) una fusione societaria che consente di servire un'utenza complessivamente non inferiore a due volte quella originariamente servita dalla maggiore delle società oggetto di fusione; di due anni se, sempre un anno prima della scadenza di cui al 2005, l'utenza servita risulti superiore a centomila clienti finali, o il gas naturale distribuito superi i cento milioni di metri cubi all'anno, ovvero l'impresa operi in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale; di due anni se, alla medesima scadenza prima indicata, il capitale privato della società affidataria costituisce almeno il 40% del capitale sociale.

¹⁶⁰ Bisogna considerare, infatti, che per l'articolo 15, comma 8, del decreto legislativo 164 del 2000, ««ove ricorra più di una delle condizioni indicate al comma 7 i relativi incrementi possono essere sommati».

¹⁶¹ La stessa norma, del resto, abrogando il comma 8 dell'articolo 15 del decreto legislativo del 2000, veniva ad impedire la possibilità di cumulo degli incrementi di cui al periodo transitorio individuati dal comma 7 dello stesso articolo. Cfr. l'articolo 69 della legge 239 del 2004.

¹⁶² A. VEDASCHI, *Il regime transitorio delle gestioni del servizio pubblico di distribuzione del gas*, riletto alla luce della legge Marzano, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 2005, pag.39.

¹⁶³ Secondo un'opinione particolarmente favorevole ai gestori e avallata dal Ministero delle Attività Produttive, questo termine doveva essere ritenuto il termine «ordinario» della proroga, con facoltà quindi di ulteriore estensione (al massimo) sino al 2010. Si v. Circolare del Ministero delle Attività Produttive, *Chiarimenti in materia di affidamenti e concessioni di distribuzione di gas naturale di cui all'articolo 15 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164*, come modificato dall'articolo 1, comma 69, della legge 23 agosto 2004, n. 239, disponibile su www.sviluppoeconomico.gov.it.

Al già complesso quadro legislativo si erano infine aggiunte le disposizioni di cui al decreto legge del 30 dicembre 2005, n. 273, poi convertito con la legge del 23 febbraio 2006 n.51 ⁽¹⁶⁴⁾ che all'articolo 23 introduceva una proroga di due anni per l'«ordinaria» durata del periodo transitorio, fissando la «naturale» scadenza al 31 dicembre 2007.

La stessa norma individuava a sua volta una proroga (automatica), quindi fino al 31 dicembre 2009, nella ricorrenza di almeno una delle condizioni indicate dal comma 7 dell'articolo 15 del decreto Letta ⁽¹⁶⁵⁾, ed un'ulteriore proroga di un anno per comprovate e motivate ragioni di pubblico interesse»(art. 23 l).

La Corte di giustizia europea adita con rinvio pregiudiziale dal Tar Brescia il 4 agosto 2006⁽¹⁶⁶⁾, invitava il legislatore nazionale

Di avviso contrario erano invece i Tribunali regionali secondo i quali rappresentava il termine massimo di scadenza del periodo transitorio non ulteriormente prorogabile. TAR Lombardia, Brescia, sentenza 28 febbraio 2005, n. 111. Il Tribunale di primo grado, in particolare evidenziava che «la naturale scadenza del periodo transitorio risulta fissata al 31 dicembre del 2005 e che gli enti concedenti possono, se lo vogliono e senza alcun obbligo, avvalersi delle proroghe permesse dall'ordinamento interno sino al 31 dicembre 2007».

Il Consiglio di Stato, orientandosi in senso parzialmente meno restrittivo rispetto alla giurisprudenza di prime cure, propendeva per ritenere non assorbito entro il termine del 2007 l'anno di proroga rimesso alla valutazione «facoltativa» dell'ente locale indicando il 2008 quale termine ultimo per la scadenza delle concessioni assentite senza gara. Cons. Stato, sezione VI, sentenza 7 novembre 2005, n. 6189.

¹⁶⁴ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, Recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti, in *G. U.*, 28 febbraio n. 49, 2006.

¹⁶⁵ Cfr. l'articolo 23, primo comma, della legge n. 51 del 2006: «Il termine del periodo transitorio previsto dall'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, è prorogato al 31 dicembre 2007 ed è automaticamente prolungato fino al 31 dicembre 2009 qualora si verifichi almeno una delle condizioni indicate al comma 7 del medesimo articolo 155». Sembrerebbe, quindi, che la proroga in questione promani immediatamente dalla legge con la sola possibilità dell'emanazione di atti amministrativi di tipo dichiarativo o ricognitivo. Sul punto si v. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 27 agosto 2010, n. 5984, che ne ha riconosciuto il loro carattere «automatico» in quanto legato alla esistenza di presupposti (normativamente) tipizzati. Da questo punto di vista, l'aspettativa tutelata del concessionario non potrebbe essere negata se non valutando la sua posizione, il sacrificio ed i danni che deriverebbero dalla mancata concessione del prolungamento del periodo transitorio, nonché la necessità e le effettive ragioni, per l'amministrazione, di procedere ad una immediata liberalizzazione.

¹⁶⁶ Ordinanza n. 963 del 4 agosto 2006, in *Corriere del merito*, 2007, pag. 261, con il commento di E. COSTA, *Servizio di distribuzione del gas naturale: è compatibile con il diritto comunitario la proroga del periodo transitorio*, pag. 265. Al riguardo si vedano anche i commenti di A. VACCA, *Proroga delle*

all'osservanza del principio della "certezza del diritto", di cui lamenta la violazione¹⁶⁷): questo esige che le norme giuridiche siano chiare nei loro effetti, specie quando possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli ed alle imprese¹⁶⁸).

In quest'ottica, la Corte sottolinea che la direttiva 2003/55 non prevede che si rimettano in discussione le concessioni di distribuzione del gas in essere e che, pertanto, la valutazione della misura legislativa controversa dovesse essere valutata sulla base del principio della certezza del diritto¹⁶⁹).

Così facendo la Corte di giustizia fornisce un'interpretazione del diritto U.E. che va oltre il dato testuale assumendo come prioritario la stabilizzazione e la prevedibilità del diritto "effettivo".

Un seconda sentenza, del 20 aprile 2010, n. 265, (concernente il ruolo dell'AEEG nella determinazione delle tariffe del gas) consente ulteriormente di meditare *funditus* sul rilievo che i principi generali rivestono nell'interpretazione del diritto comunitario e, nello specifico caso, nella determinazione delle ipotesi di intervento dei poteri pubblici nel mercato dell'energia.

concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale e diritto comunitario, in *Foro amm. - TAR*, 2006, pag. 3792, L. TILOCCA, *La compatibilità con l'ordinamento comunitario delle proroghe degli affidamenti diretti del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *L'amministrazione italiana*, 2007, 56 ss.

¹⁶⁷ Sul principio della certezza del diritto, nella dottrina classica si v. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Gismondi, Roma, 1942; P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, Morano, Napoli, 1985, pag. 504; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto(II) Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI, Treccani, Roma, 1988.

¹⁶⁸ Corte di giustizia europea, II sezione, sentenza 17 luglio 2008, C-347/06. Nello specifico il principio della certezza del diritto richiede che la risoluzione (ex lege) della concessione del servizio di distribuzione del gas «sia corredata da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico.

¹⁶⁹ Inoltre la Corte evidenzia come l'articolo 23 della direttiva 2003/55/CE disponendo che alla data del 1° luglio 2007 tutti i clienti siano clienti idonei, faccia riferimento alla sola fornitura di gas naturale e non alla sua distribuzione. Da qui la mancata sussistenza di un qualche obbligo per gli Stati membri di porre fine ai contratti di distribuzione attribuiti in assenza di procedura di gara. In sintesi, secondo il giudice europeo l'articolo 23 del decreto legge 273 del 2005 è compatibile con il diritto comunitario. Tra i commentatori che avevano avallato questa posizione, A. VEDASCHI, *Il principio di certezza del diritto «tutela» il legittimo affidamento dei gestori delle concessioni di distribuzione del gas naturale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pag. 2009.

La Corte di giustizia viene ancora una volta adita tramite rinvio pregiudiziale dal Tribunale della Lombardia, a sua volta chiamato a decidere sulla richiesta di annullamento di una delibera AEEG del 29 marzo del 2007 con cui il regolatore indipendente aveva stabilito le condizioni volte calcolo del prezzo del gas agli utenti finali, prevedendone l'applicazione oltre il 1° luglio 2007⁽¹⁷⁰⁾.

Il Tar Lombardia chiamato a valutarne la presunta incompatibilità con quanto stabilito dall'art. 23 della direttiva 2003/55/Ce (in combinato disposto con l'art. 3 n. 2 e 3 della medesima), fa appello al parere della Corte di giustizia in particolare per chiarire la possibile sussistenza di una norma nazionale che, anche dopo la data dell'1 luglio 2007, riservasse all'Autorità di regolazione nazionale il potere di definire i prezzi di riferimento delle forniture di gas naturale ai clienti domestici.

I giudici di Lussemburgo, nel risolvere la questione pregiudiziale nel senso della conformità della normativa interna ai precetti del diritto europeo, hanno argomentato la propria decisione muovendo dalla *ratio* della direttiva 2003/55/CE. Per tale via la Corte è giunta a delineare il *proprium* dell'azione degli Stati membri nei mercati liberalizzati, ponendo l'accento sulle condizioni il cui rispetto rende legittimo un intervento, da parte dei poteri pubblici, volto a determinare il prezzo del gas naturale per i consumatori finali, successivamente al 1° luglio 2007.

In particolare, dopo aver preso le mosse dalla verifica circa l'astratta possibilità per le autorità nazionali di ingerirsi nella determinazione dei prezzi riferibili a beni prodotti da attività (almeno formalmente) liberalizzate⁽¹⁷¹⁾, i giudici si sono soffermati sulle

¹⁷⁰ È necessario ricordare che nel secondo pacchetto energia era stata indicata la data del 1° luglio 2007 come momento a decorrere il legislatore europeo riteneva in via presuntiva che i clienti finali fossero tutti in grado di scegliere liberamente il proprio operatore e il regime di liberalizzazione completato. E, di conseguenza, che le tariffe del servizio potessero determinarsi all'interno del mercato grazie al gioco incrociato fra domanda e offerta, e non dal regolatore pubblico. Si veda par. 3.2 del presente capitolo.

La delibera AEEG al punto 1.3.1 invece stabiliva che le formule di calcolo adottate ai fini del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso dovessero essere applicate fino al 30 giugno 2008. Ipotizzandone altresì anche una possibile estensione fino al 30 giugno 2009.

¹⁷¹ A riguardo possiamo osservare come la Corte di giustizia muova dall'esame di alcune delle disposizioni contenute nella direttiva 2003/55/Ce, cercando di dare delle stesse una lettura armoniosa. Segnatamente, i giudici prendono in

condizioni che concretamente rendono legittimo tale intervento, ossia il suo essere ispirato al perseguimento di un interesse economico generale e, soprattutto, la sua rispondenza al canone della proporzionalità.

La direttiva 2003/55/CE consente «un intervento dello Stato membro sulla fissazione del prezzo di fornitura del gas naturale al consumatore finale successivamente al 1 luglio 2007 ⁽¹⁷²⁾» ma la legittimità dell'intervento è subordinata alla ricorrenza di condizioni legate alla fruizione del servizio e, quindi, alla sussistenza di un interesse generale. Ne consegue che l'intervento pubblico nell'economia non è come tale precluso, ma solo in quanto e nella misura in cui si esaurisca in, o determini, una violazione delle norme del Trattato»⁽¹⁷³⁾.

esame gli artt. 3 nn. 1 e 2 e 23 n. 1 lett.c). Iniziando da quest'ultimo, «gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei siano (...) a partire dal 1 luglio 2007, tutti i clienti». Ciò vuol dire secondo la Corte che, nonostante «non risulti esplicitamente (...) che il prezzo di fornitura del gas naturale debba, a partire dal 1 luglio 2007, essere fissato solo dall'incontro della domanda e dell'offerta, risulta dalla finalità stessa della direttiva». Quanto, poi, all'art. 3, la disposizione di cui al suo n. 1 «impone agli Stati membri (...) di vigilare affinché le imprese operanti nel settore del gas naturale siano gestite conformemente ai principi di tale direttiva, al fine di realizzare un mercato del gas concorrenziale». Al contempo, però, osservano i giudici «la direttiva 2003/55/CE ha del pari l'obiettivo di garantire che, nell'ambito di tale liberalizzazione, il servizio pubblico sia mantenuto a elevati livelli qualitativi e che si riesca a proteggere il consumatore finale». In tal modo si spiega il paragrafo secondo dell'art. 3, a norma del quale è consentito agli Stati membri «di imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico che possano riguardare, in particolare, il prezzo delle forniture». Ciò non di meno, tale facoltà non può dirsi incondizionata giacché i provvedimenti che trovano la propria *ratio legis* nell'art. 3 n. 2 devono, *in primis*, essere rispettosi dei principi comunitari in tema di concorrenza, specie di quelli ex art. 106 TFUE, ed, *in secundis*, «devono essere adottati nell'interesse economico generale», nonché «essere chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori, verificabili» ed, infine, devono «garantire alle imprese dell'Unione che operano nel settore del gas parità di accesso ai consumatori nazionali». Dal combinato disposto delle norme citate, dunque, la Corte conclude nel senso che «la direttiva 2003/55/CE consente, purché ricorrano le condizioni da essa enunciate, un intervento dello Stato membro sulla fissazione del prezzo di fornitura del gas naturale al consumatore finale successivamente al 1 luglio 2007».

¹⁷² Paragrafo 24 della sentenza citata.

¹⁷³ Si veda il ventisettesimo considerando della direttiva 2003/55/Ce, secondo cui «il rispetto degli obblighi relativi al servizio pubblico è un elemento fondamentale della

Essendo prerogativa di ciascun Stato contemperare l'obiettivo della liberalizzazione con quello della tutela degli utenti, il *dictum* della Corte di giustizia chiarisce che «la direttiva 2003/55/CE consente agli Stati membri di valutare se, nell'interesse economico generale, successivamente al 1 luglio 2007, occorra imporre alle imprese operanti nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico al fine di garantire che il prezzo di fornitura del gas naturale al consumatore finale sia mantenuto ad un livello ragionevole»⁽¹⁷⁴⁾.

Quanto poi alla rispondenza dell'intervento dei poteri pubblici al principio di proporzionalità⁽¹⁷⁵⁾ la Corte fornisce al giudice *a quo* alcune utili chiavi ermeneutiche⁽¹⁷⁶⁾.

presente direttiva ed è importante che in essa siano definiti standard minimi comuni (...)). Così come è parimenti importante che detti obblighi «possano essere interpretati su base nazionale, tenendo conto di circostanze nazionali e fatto salvo il rispetto del diritto comunitario».

¹⁷⁴ Paragrafo 22 della sentenza. Si veda a riguardo anche la sentenza del 23 ottobre 1997, *Commissione c. Paesi Bassi*, C-157/94, www.curia.europa.eu.

¹⁷⁵ Il principio di proporzionalità, nasce nel diritto tedesco, dove esso si compone di tre diversi elementi di giudizio: rispettivamente l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto» della misura adottata (ciò si evince chiaramente già dall'esame della giurisprudenza tedesca, si v. per tutti BVerfG, 11 giugno 1958, *Apothekenurteil*). Tale principio, poi, seppur con qualche modificazione, ha trovato accoglimento nella giurisprudenza dei giudici comunitari sin dagli esordi e si è progressivamente affermato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale, applicato a quasi tutti i settori del diritto comunitario. Tanto è vero che oggi lo stesso non solo viene pacificamente considerato dalla dottrina come annoverabile tra i principio generali del diritto comunitario ma è anche transitato nel nostro ordinamento nazionale: in via diretta, con riguardo alle fattispecie comunitariamente rilevanti (...). In via indiretta, con riguardo alle fattispecie a sola rilevanza nazionale, ed è stato ripreso dalla previsione ex art. 1 L. n. 241/1990, come novellata dalla L. n. 15/2005. Per una ricostruzione dogmatica degli effetti del principio di proporzionalità comunitario sugli ordinamenti nazionali si veda in dottrina D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di spill over negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2005. Con riferimento alla giurisprudenza più risalente si v. Corte di Giustizia Ce, *Federation Charbonniere*, C-8/55; *Società acciaierie San Michele*, cause riunite C-5-11, 13-15/62; *Miro*, C-182/84; 5 luglio 1977, *Bela — Muhle*, C-114/76; 24 ottobre 1973, *Balka Import Export*, C-5/73, consultabili su www.curia.europa.eu.

¹⁷⁶ A questo proposito, la sentenza citata mostra come la Corte di Giustizia abbia accolto l'elaborazione tedesca in tema di proporzionalità, dal momento che gli elementi di giudizio indicati al giudice italiano sono espressione dei tre canoni di ascendenza germanica: l'idoneità, la necessità e a proporzionalità in senso stretto.

L'intervento dei poteri pubblici deve essere *in primis* limitato da un punto di vista temporale, ossia circoscritto al tempo strettamente necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, in modo tale da scongiurare il protrarsi *sine die* di «una misura che, per sua stessa natura, costituisce un ostacolo alla realizzazione di un effettivo mercato interno del gas»⁽¹⁷⁷⁾.

In secondo luogo, per potersi dire compatibile con il principio di proporzionalità, il metodo d'intervento attuato non deve eccedere quanto è necessario per conseguire l'obiettivo di interesse economico generale perseguito⁽¹⁷⁸⁾.

Infine, l'esigenza di proporzionalità deve essere valutata anche alla luce dell'ambito di applicazione *rationae personae* del

Si veda in merito anche. Corte di giustizia CE, sentenza 11 luglio 1989, *Schraeder & Co c. Hauptzollamt Gronau*, C-265/87; 19 giugno 1989, *Testa, Maggio e Vitale c. Bundesanstalt fuer Arbeit*, cause riunite C- 41/79, C- 121/79, C-15/83, su www.curia.europa.eu. L'esame della giurisprudenza tedesca, peraltro, mostra come tale valutazione comparativa rechi la possibilità di essere «influenzata, nel suo esito finale, dall'incisività dell'intervento lesivo programmato: quanto più sensibilmente si ritiene di dover intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'interesse generale della collettività che si intenda raggiungere con tale intervento».

¹⁷⁷Par. 35 della sentenza. La Corte non manca di osservare che «la menzione, nel diritto nazionale di cui trattasi, del carattere transitorio dell'intervento non può, da sola, essere sufficiente per poterne constatare la proporzionalità sotto il profilo della durata». Pertanto, «è compito del giudice del rinvio esaminare se e in che limiti l'amministrazione sia assoggettata dal diritto nazionale applicabile ad un obbligo di riesame periodico, a scadenze ravvicinate, della necessità e delle modalità del suo intervento a seconda dell'evoluzione del settore del gas».

¹⁷⁸I giudici ricordano, infatti, come tra le argomentazioni addotte dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas a suffragio della delibera della cui legittimità si discute, vi sia quella in base alla quale «la definizione dei prezzi di riferimento per la fornitura del gas naturale sarebbe destinata a limitare l'impatto dell'aumento del prezzo dei prodotti petroliferi sui mercati internazionali che, in un contesto in cui la concorrenza sul mercato del gas naturale non è ancora effettiva, soprattutto sul mercato del commercio all'ingrosso, si ripercuoterebbe fortemente, in mancanza di intervento, sul prezzo di vendita offerto al cliente finale». Peraltro, se questo è l'obiettivo perseguito, la Corte osserva che «l'esigenza di proporzionalità richiederebbe che tale intervento si limiti all'elemento del prezzo direttamente influenzato al rialzo» dalle circostanze congiunturali palesate dall'AEEG».

provvedimento impugnato e, più precisamente, dei suoi beneficiari¹⁷⁹).

Si può dunque affermare che l'intervento da parte degli organi nazionali debba essere suffragato da effettive ragioni di interesse economico generale oltre che rispondente al canone della proporzionalità.

Rispetto al ruolo della Corte di giustizia europea nella dinamica dei rapporti fra ordinamenti nazionali ed europeo, si può concludere nel senso di riconoscere che grazie al dialogo con i giudici nazionali, essa riesca a mediare tra le statuizioni formali e le esigenze pratiche di tutela dei legittimi affidamenti, sfruttando i margini interpretativi concessi dal ricorso ai principi generali.

CAPITOLO II

L'ISTITUZIONALIZZAZIONE DEI MECCANISMI RETICOLARI DEL SISTEMA ENERGETICO DA FONTE CONVENZIONALE

1. Il prisma della regolazione fra istanze economiche e prerogative sociali

Il risultato più evidente ingenerato dalle riforme di matrice pubblica europea è di aver modificato il volto degli Stati e il contenuto dei poteri che le istituzioni nazionali esercitano rispetto al mercato. Si è coniato a riguardo il termine di Stato regolatore.

¹⁷⁹ Il ventisettesimo considerando della direttiva 2003/55/Ce precisa che le misure adottate dagli Stati membri per proteggere i clienti finali possono variare a seconda dei nuclei familiari e delle piccole e medie imprese. Ciò implica che nel valutare la proporzionalità della misura nazionale in argomento è necessario tenere in considerazione sia il fatto che «la situazione delle imprese è diversa da quella dei consumatori domestici» sia che sussistono differenze oggettive tra le imprese stesse, a seconda delle loro dimensioni.

Tale esigenza, infatti, sottolineano i giudici, non potrebbe dirsi rispettata nel caso in cui la definizione dei prezzi di riferimento per la fornitura del gas naturale «andasse a beneficio, in modo identico, dei privati e delle imprese, in quanto consumatori finali di gas».

Come è stato evidenziato dal dibattito scientifico⁽¹⁸⁰⁾, il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore solleva però una serie di questioni interpretative a partire dallo stesso significato di regolazione.

I contenuti della *regulation* non sono, infatti, automaticamente identificabili in quanto non esiste una precisa e rigida concettualizzazione del termine quanto, piuttosto, un suo uso elastico inteso come una sorta di contenitore che viene diversamente riempito a seconda delle scelte assunte nelle sedi politiche⁽¹⁸¹⁾.

Già l'ampiezza del dato letterale del termine *regulation* rende evidente l'impossibilità di ricondurvi un'autonoma ed univoca valenza concettuale, essendo astrattamente possibile far rientrare nel novero della regolazione qualsiasi tipo di attività, statale ed anche privata, volta in qualche modo a disciplinare un settore, redendo assai complessa la riconduzione della stessa ad un'unità dogmatica.

Analoghe difficoltà si registrano con riferimento al profilo soggettivo della regolazione: anche laddove si decida di limitare l'analisi alla regolazione di fonte pubblicistica, riemergono imperanti le difficoltà concernenti il profilo contenutistico non essendo possibile, facendo leva sul solo dato formale, operare alcuna distinzione tra quelle attività statali che contemplano un intervento (diretto o indiretto) del soggetto pubblico nell'economia e quelle attività diverse attraverso le quali i soggetti operano in altri settori considerati rilevanti.

Alcuni autori ne individuano la chiave di lettura nella connessione esistente tra i contenuti della regolazione e la scelta (politica) attraverso la quale il governo imprime il proprio indirizzo al complessivo sistema.

Viene così posto in luce un dato (la scelta politica) che consente di leggere dall'esterno l'evoluzione del sistema verso

¹⁸⁰ Senza alcuna pretesa di esaustività si veda in dottrina: V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. del dir.*, 1997, fasc. 4 pag. 627; V. DOMENICHELLI *L'amministrazione pubblica e l'impresa (fra privatizzazione, deregolazione e semplificazione)*, in *Riv. Amm. Pubbl. Ital.*, 2002 fasc. 12, pag. 1159; G. GENTILE, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2001 fasc. 3-4, pag.429.

¹⁸¹ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002; L. HANCER, M.MORAN, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989, pag.129. Sulle incertezze definitorie del termine regolazione si v. S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, Milano, 2005.

moduli e formule organizzative di c.d. “regolazione amministrativa”, operando così una precisa opzione sui contenuti della stessa e, evidentemente, anche sul suo profilo oggettivo.

La scelta politica che guida la regolazione nel settore energetico è quella di un ridimensionamento delle ambizioni dello Stato ad un complessivo governo pubblico dell’economia e dell’attitudine da parte del potere pubblico ad imporre un principio economico esterno rispetto al mercato (¹⁸²).

La regolazione segna quindi una trasformazione della funzione dello Stato il quale interviene nell’economia senza però affidarsi alle prerogative della proprietà, ma poggiandosi sulla produzione normativa, conformando diritti e obbligazioni ai suoi obiettivi e sulla sanzione dei comportamenti omissivi(¹⁸³).

Essa si differenzia dalla regolamentazione che ricorre quando il Governo o altro organo politico esercitano una funzione di decisione o iniziativa per l’adozione di una disciplina di tipo finalistico intesa a raggiungere determinati obiettivi o ad imporre vincoli cogenti ai cittadini e alle imprese (¹⁸⁴).

La regolazione può quindi essere designata come una funzione del potere pubblico che tende a stabilire, nell’ambito di un mercato

¹⁸² In particolare si è affievolita l’idea che l’intervento pubblico possa estendersi all’intero settore economico, e che sia capace di predeterminarne gli esiti attraverso il controllo di tutte le sue leve fondamentali. T. PROSSER, *Law and Regulators*, Oxford, 1997. S.C. LITTLECHILD, *Regulation of British Telecommunication, Profitability*, Department of Trade and Industry, London, 1983.

¹⁸³ A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000. Secondo altri autori la “regolazione si definisce come la visione attuale della politica economica e abbraccia tutti gli strumenti del “pilotaggio” dell’economia che costituisce oggi un sistema complesso”. J. C.PRAGER e F. VILLEROY DE GALHAU, *Dix-huit leçons sur la politique économique. A la recherche de la régulation*, Le Seuil, Paris, 2003. Sull’argomento si veda anche: V. B. DE MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, 2004, pag. 482; C.L. Henry, M. MATHEU, A. JEUNMAITRE, *Réguler les services publics en réseaux: l’expérience européenne*, Paris, 2003, pag. 10.

¹⁸⁴ Sotto il profilo teleologico la differenza tra i due istituti consiste nel fatto che la regolamentazione si traduce in una forma di intervento a carattere marcatamente dirigista, mentre la regolazione viene adottata dal soggetto pubblico per garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale e non per orientare l’economia. Se è vero che la regolazione non si risolve in un dirigismo verso l’economia, lo è altrettanto l’assunto secondo cui essa è costitutiva del mercato, in quanto stabilisce le condizioni che consentono a questo di esistere e di operare T. PROSSER, *Law and Regulators*, Oxford, 1997; S.C. LITTLECHILD, *Regulation of British Telecommunication, Profitability*, Department of Trade and Industry, London, 1983.

concorrenziale, un compromesso tra obiettivi economici e non economici, che possono anche essere antieconomici (¹⁸⁵).

Tra questi, figurano i c.d. obblighi di servizio (¹⁸⁶) il cui soddisfacimento è ritenuto così rilevante, quanto non prioritario, da

¹⁸⁵ G. MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* 1/06/, pag. 19.

¹⁸⁶ È d'obbligo una breve distinzione tra le tre figure: i primi rispondono ad esigenze di sicurezza degli approvvigionamenti, di regolarità, qualità e prezzo delle forniture, di tutela dell'ambiente, compresa la protezione del clima e l'efficienza energetica; i secondi riguardano l'universalità del servizio e coinvolgono soltanto il servizio elettrico, da cui il diritto alla fornitura di energia elettrica indipendentemente dalla collocazione geografica, a prezzi ragionevoli e non discriminatori; infine gli obblighi del terzo tipo si traducono nel diritto del consumatore ad un'informazione chiara delle offerte e delle condizioni contrattuali applicate dai diversi fornitori, nella facoltà di cambiare fornitore almeno quando quest'ultimo modifica le condizioni contrattuali ed infine di beneficiare di procedure semplici, trasparenti e poco onerose per l'esame dei relativi reclami.

Bisogna sottolineare che questi ultimi obblighi si pongono sulla via di una protezione del cliente/consumatore la cui posizione contrattuale è particolarmente sbilanciata rispetto a quella del fornitore. Pertanto, gli obblighi di servizio pubblico tenderebbero a ristabilire sul piano del diritto un equilibrio inesistente nella realtà fra consumatore e fornitore, ovvero società erogatrice di servizi e cliente. "In questa cornice il consumatore non sarebbe più un soggetto contrattualmente debole, ma un attore che può intervenire in un processo economico nel quale esso stesso crea ricchezza quale soggetto attivo di scelte economiche". S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne. Acquis et perspective*, dans J.-V. LOUIS ET S. RODRIGUES (sous la direction de), *Les Services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, pag. 421. Sul tema della disciplina dei servizi di interesse economico generale si v.a: G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2008. Mentre per una ricostruzione delle politiche di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa, L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, cit.*, pag.1793.

F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, n. 5/2008, pag.1063; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/1998, il quale osserva che l'intensità dell'intervento regolatore dei pubblici poteri è inversamente proporzionale all'attitudine del mercato ad offrire una gamma di prestazione e servizi adeguata per qualità, prezzo e diffusione rispetto alle esigenze dell'utenza. Quanto meno il mercato è in grado di realizzare l'obiettivo dell'universalità (...) tanto maggiore deve essere

poter legittimare la deroga all'applicazione di alcune importanti disposizioni poste a tutela della concorrenza.

La preminenza accordata alle ragioni di servizio pubblico rispetto a quelle della concorrenza è in sintonia con le disposizioni introdotte dal Trattato di Amsterdam con cui si riconosce l'importanza dei servizi di interesse economico generale e la garanzia di determinati obblighi di servizio nell'ambito dei valori comuni dell'Unione⁽¹⁸⁷⁾.

Il compito di individuare l'interesse(i) pubblico(i) da soddisfare in deroga alle regole del mercato, e le attività all'uopo necessarie, è affidato agli Stati membri ⁽¹⁸⁸⁾ fermo restando il principio secondo cui la concorrenza rappresenta la regola generale, l'eccezione riguarda i casi in cui quest'ultima impedisca la realizzazione dell'interesse pubblico connesso all'erogazione del servizio.

In considerazione degli effetti distorsivi sulla concorrenza derivanti da un'interpretazione troppo estensiva della loro portata, nelle direttive sui mercati di elettricità e gas si è tentato progressivamente di affinarne la qualificazione⁽¹⁸⁹⁾.

l'impegno dei pubblici poteri nel prefigurare un sistema di regolazione in linea con tale obiettivo.

D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/1999; e dello stesso Id. *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2010.

¹⁸⁷ V. SOTTILI, *Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, pag. 933.

¹⁸⁸ In assenza di una norma che chiarisce specificatamente il significato di servizio di interesse economico generale, in rinvio è all'art. 106 TFUE, il quale recita: «Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. La Commissione vigila sulla applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni».

¹⁸⁹ Il riferimento è al: Par. 3 art. 3 direttiva 96/92/CE; par. 3, art. 3 della direttiva 98/30/CE; par. 8, art. 3 della direttiva 2003/54/CE e par. 14 art. 3, direttiva 2009/72/CE, par. 5, art. 3 direttiva 2003/55/CE; par. 10, art. 3 direttiva 2009/74/CE. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento*

In tal senso si muovono quelle disposizioni che richiedono agli Stati di definire in “modo chiaro, trasparente, non discriminatorio e verificabile” gli obblighi in esame rendendoli altresì oggetto di tempestiva comunicazione alla Commissione UE (dir. 2003/54/CE, art.3 par. 2 e 9). Nonché la predisposizione di un elenco puntuale degli stessi che nelle più recenti direttive (2009/72/CE e 2009/73/CE) include anche i c.d. obblighi di “nuova generazione”.

Si tratta pur sempre di *standard* minimi che gli Stati membri possono interpretare «tenendo conto delle circostanze nazionali», benché nel rispetto del diritto dell’Unione⁽¹⁹⁰⁾.

Si tenta così di bilanciare gli obiettivi di politica economica e sociale con i valori della concorrenza e del mercato, ovvero di contemperare l’interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese come strumento di politica economica, con l’interesse dell’Unione all’osservanza delle regole della concorrenza e al mantenimento dell’unità del mercato comune⁽¹⁹¹⁾.

Le imprese che svolgono servizi di interesse economico generale sono infatti investite di una doppia funzione: l’una collegata al mercato, l’altra collegata ai bisogni primari delle collettività nazionali⁽¹⁹²⁾.

Il contatto fra i due ordinamenti è altresì mantenuto dalla vigenza del c.d. effetto utile delle prescrizioni di matrice europea il quale impone una valutazione caso per caso delle singole fattispecie concrete con il fine di selezionare gli interessi generali meritevoli di tutela⁽¹⁹³⁾.

interno e ordinamento europeo, in *Dir. amm.*, n. 1/2000, pag. 41; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, n.4/2005, pag.915.

¹⁹⁰ Direttiva 2003/55/CE del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, recepita con la *l. 18 aprile 2005, n. 62* (legge comunitaria 2004).

¹⁹¹ Sulla tendenza dell’azione comunitaria in materia di energia a discostarsi dall’impostazione di rigida applicazione delle regole della concorrenza accolta inizialmente, per l’adozione di una politica maggiormente attenta alle esigenze di coesione sociale, L. NANNI, *Le direttive UE in tema di transito di energia elettrica e di gas naturale nelle grandi reti di trasporto*, in *Rass. Giur. Enel*, 1995, pag. 938.

¹⁹² Da qui emerge la duplice dimensione dell’energia, da un lato qualificata alla stregua di merce, dall’altro come “bene sociale” di cui tutti debbono usufruire.

¹⁹³ In più di un caso la Corte di giustizia ha affermato l’illegittimità di diritti esclusivi che abbiano ad oggetto l’importazione o la commercializzazione di beni o servizi, quali i tabacchi (sentenza del 3 febbraio 1976, *Tanghera*, C-59/75) o gli apparecchi terminali di comunicazioni (sentenza del 19 marzo 1991,

A svolgere tale compito e, quindi, a vagliare in ultima istanza l'appropriatezza delle scelte compiute dai singoli Stati è il giudice europeo⁽¹⁹⁴⁾, che non è solo applicatore delle statuizioni normative ma valutatore degli interessi in gioco⁽¹⁹⁵⁾

2. Le reti dei regolatori e le politiche di rete

2.1 La "rete" come metafora giuridica

La più evidente discrasia rispetto alla teorizzazione del potere pubblico "dominus" del proprio spazio economico si ha con la teorizzazione del concetto di rete che già di per sé rinvia all'essenzialità dei rapporti di interdipendenza.

Il termine rete ha un vasto significato in molti ambiti con diversi significati pratici e metaforici⁽¹⁹⁶⁾. Nel campo dell'energia esso

Francia c. Commissione, C-202/88), ritenendo che agli interessi addotti dagli Stati membri non potesse essere accordata preminenza rispetto alle ragioni della concorrenza. In altri termini, i giudici europei evidenziano che «la concessione e il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi sono leciti solo rispetto ad imprese che effettivamente svolgono un ruolo di interesse generale (...) ed esclusivamente nella misura in cui le limitazioni alla concorrenza che ne derivano siano strettamente funzionali all'assolvimento di quegli obblighi di servizio pubblico». La necessità di soddisfare tali obblighi, infatti, è suscettibile di integrare quelle circostanze nazionali che giustificano una compressione del principio di massima concorrenza.

¹⁹⁴ Corte di giustizia, sentenza 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo e a.c. Energiebedrijf IJsselmij*; sentenza 2 ottobre 1997, C-158/94, *Commissione c. Italia*(Enel); sentenza 13 marzo 2001, C-379/98; sentenza 14 aprile 2005, C-128 e C-129/03, *AEM e a.c. Autorità per l'energia elettrica ed il gas*; sentenza 7 giugno 2005, C-17/03, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water, Amsterdam Power Exchange Spotmarket, Eneco c. Directie van de Dienst uitvoering en toezicht energie e a.*, consultabile su www.curia.europa.eu. In dottrina F. MULARI, *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, *Atti del Convegno "Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza"*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4/2006.

¹⁹⁵ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, pag. 241.

¹⁹⁶ Per un approfondimento si v. P. BOGASON- T.A.J.TOONEN, *Introduction: networks in public administration*, *Public. Adm.*, 1998, pag.205; T.A. BORZEI, *Organizing babylon. On the different conception of policy networks*, *Publ. adm.*, 1998, pag. 253; A. PREDIERI-M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Giappichelli, Torino, 2001; S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID, *Lo spazi giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pag. 21; F. DI PORTO, *la disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2008, pag. 1; M. BEVIR-D.RICHARDS, *Decentring policy networks: lessons and prospects*, *Publ.adm.*, 2009, pag.132.

rimanda subito all'infrastruttura fisica sui cui l'energia è trasportata, ma può essere utilizzato anche nel suo significato metaforico come insieme di relazioni in cui un ordine gerarchico altamente strutturato e prevedibile, viene sostituito da un sistema di relazioni fluide e paritarie fra "nodi" variamente collocati nello spazio istituzionale e territoriale¹⁹⁷).

Specificatamente, l'impiego del concetto di *policy network* rappresenta uno strumento concettuale ormai facente parte del lessico analitico per interpretare problemi quali: la complessità e la moltiplicazione dei livelli di governo; l'interdipendenza fra formulazione delle problematiche e loro implementazione; l'espansione degli ambiti delle politiche pubbliche al di fuori delle tradizionali sedi; la frammentazione delle sedi decisionali; le interrelazioni fra istituzioni e società civile.

Nella letteratura giuridica il termine rete è stato utilizzato per «indicare una figura organizzativa composta da uffici pubblici e caratterizzata dall'appartenenza a entità o apparati diversi e dalla collaborazione o interdipendenza»; ovvero il *network* rappresenta a «*pattern of regular and purposive relations among government units working across the borders that divide countries from one another and that demarcate the domestic from international sphere*»¹⁹⁸).

La poliedricità delle forme che può assumere la rete nel quadro giuridico rende necessario fare riferimento a dei casi concreti ed una metodologia di analisi basata sull'esame degli elementi strutturali, delle finalità e degli atti posti in essere anche per evidenziare la trama dei rapporti tra le diverse autorità organizzate in rete.

A tal fine è possibile riconoscere due generazioni di reti: la prima formata da reti di contatto tra "singoli" composta per lo più da esperti con il compito di approfondire temi specifici o singole problematiche. In questi casi le funzioni esercitate dai soggetti componenti sono di semplice confronto, coordinamento o devono servire da strumento tecnico di supporto.

¹⁹⁷ A. PREDRIERI, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1997, pag. 287. M. GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in *Le virtù della concorrenza*, (a cura di) A. VIGNERI e C. DE VINCENTI, Il Mulino, Bologna, 2006, pag.197.

¹⁹⁸ A. M. SLAUGHTER, *A new world order*, Princetown University Press, 2004, pag. 14.

A queste si sono affiancate ben presto anche reti plurisoggettive che, sotto il profilo funzionale, presentano gli stessi caratteri: essere dirette ad approfondire le conoscenze in certi ambiti attraverso studi e ricerche basate su un esame comune della materia, attraverso la riunione di operatori del settore al fine di diffondere i diversi metodi di attività utilizzati dai vari paesi.

Le reti considerate non pongono in essere atti direttamente vincolanti ma danno vita ad un importante contributo alla collaborazione e cooperazione volta ad assicurare una gestione dei processi⁽¹⁹⁹⁾ qualificabile in termini di “amministrazione condivisa”. Essa viene delineata in base a tre caratteristiche: a) il diritto che la regge è comunitario; 2) l’interesse pubblico è distribuito in modo eguale su più soggetti; 3) la Commissione e le amministrazioni sono tenute a concorrere alla cura dell’interesse pubblico⁽²⁰⁰⁾.

In rapporto a questo ultimo profilo è opportuno sottolineare come nell’idea di concorrere alla cura dell’interesse pubblico sia insito un coordinamento tra i due livelli di governo che dovrebbe contrastare possibili conflitti e palesi differenze in presenza di un’azione indipendente delle due amministrazioni.

Ciò avviene nella rete non solo grazie alla sua stessa esistenza come luogo fondato sulla comunicazione/circolazione delle informazioni e sulla collaborazione, ma anche proprio per la sua composizione e la sua struttura.

Le autorità nazionali che ad essa prendono parte si configurano allo stesso tempo come indipendenti e come parti delle amministrazioni nazionali. Si assiste così ad una sorta di governo a distanza dello Stato attraverso la mobilitazione di soggetti istituzionali che agiscono nell’ambito delle reti basandosi su un sistema di fiducia reciproca e di leale collaborazione diretta allo sviluppo delle regole comuni.

2.2 *Organizzazione di un sistema europeo di regolazione “a rete”*

¹⁹⁹ J. RIFKIN, *Il sogno europeo. Come l’Europa ha creato una nuova visione del futuro che sta lentamente eclissando il sogno americano*, Mondadori, Milano, 2004, pag. 230.

²⁰⁰ S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pag. 98; G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parl. Pol. Cost.*, 1997, pag. 117; F. PIZZETTI, *Sistema comunitario e amministrazioni nazionali*, in *AIC*, Annuario, 1999, Cedam, Padova, 2000, pag. 200.

Nel quadro dei rapporti tra Stati e U.E. il fenomeno reticolare ha segnato il passaggio da un sistema di rapporti fra amministrazione europea e nazionali di tipo gerarchico e bipolare ad uno orizzontale e multipolare⁽²⁰¹⁾.

Alla base della loro creazione vi è la necessità di raggiungere obiettivi di regolazione comune, o meglio, di applicazione concreta e univoca a livello nazionale di decisioni assunte nelle sedi europee.

La prima ad essere istituita nel settore dell'elettricità e del gas, è l'*European Regulators' Group for Electricity and Gas* (ERGEG) con decisione della Commissione dell'11 novembre 2003⁽²⁰²⁾. Si può parlare in tal caso di un modello di regolazione spontanea in quanto la normativa europea del 2003 è stata il punto di arrivo di un ben preciso percorso che aveva già preso le mosse con la creazione, in via del tutto informale e senza alcuna previsione di carattere normativo di tipo legittimante, dei due Fori di Firenze sull'elettricità(1998) e Madrid sul gas (1999). Da sedi privilegiate per il confronto fra autorità di regolazione nazionali, con il tempo, i due *Forum* sono diventati centri propulsivi di soluzioni poi recepite nella normativa comunitaria, assumendo la veste di *networks transgovernative*⁽²⁰³⁾

La caratteristica dell'ERGEG e dei due Forum è che non producono direttamente precetti normativi ma danno piuttosto luogo ad una serie di risultati "immateriali"⁽²⁰⁴⁾, ascrivibili all'area della *soft law*⁽²⁰⁵⁾, ed in grado di rappresentare il substrato per successivi

²⁰¹ Sull'evoluzione del concetto di amministrazione condivisa si veda in particolare P. CRAIG, *Shared administration, disbursement of community funds and regulatory state*, *Legal research paper series*, paper n. 22/2009, www.ssrn.com

²⁰² Così M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag.41.

²⁰³ Sul tema si V. M.S. BARR, G.P. MILLER, *Global Administrative Law: the view from Basel*, in *European Journal of International Law*, 2006, vol.17, pag.46; K. JAYASURYA, *Globalization, Law and the Transformation of Sovereignty: the emergence of global regulatory governance*, *Indiana Journal of Global legal studies*, 1998, vol.6, pag.425.

²⁰⁴ M.HAJER- W.VERSTEEG, *Performing governance through network*, *Eur. pol. studies*, 2005, pag.340; SORENSEN-TORFING. *Making governance networks*, *po.cit.*, pag.234

²⁰⁵ L. SENDEN, *Soft Law in European Community*, Oxford-Portland, 2004; M. BARBERA, *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento*, Giuffrè, Milano, 2006; A. POGGI, *Soft Law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali AIC*, Annuario 2005, Cedam, Padova, 2007, pag.369; A. SOMMA(a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008.

interventi normativi e, in alcuni casi, la condizione dello stesso intervento.

La successiva istituzione del *Council of European Energy Regulators* (CEER)⁽²⁰⁶⁾, ha reso possibile rappresentare le posizioni comuni concordate nei Fora con una sola voce di fronte alle istituzioni europee, in particolare alla Commissione. Nello specifico, nel corso dei consessi tenutesi su iniziativa dei due Fora con il supporto del CEER, vengono elaborate le *guidelines* e le proposte di *policy* da inviare all'ERGEG che a sua volta formula i pareri da sottoporre al Comitato di regolazione e alla Commissione, cui spetta in ultima istanza decidere se trasformarle in regole formali e sanzionabili. La normativa cogente figura, quindi, come la traduzione *sub specie iuris* di prassi operative maturate nel corso di consessi informali e dal confronto tra le autorità di regolazione nazionale e gli *stakeholders* del settore energetico (produttori, *traders*, consumatori, gestori di rete e le principali associazioni di operatori).

Dal punto di vista funzionale, nel corso dei Fora sono identificate le c.d. *best practises*, vale a dire i modelli di comportamento adottati dai soggetti regolati, poi raccomandate alla Commissione.

In sintesi il compito dell'ERGEG, è quello di promuovere l'uniformazione delle regole e delle tariffe per gli scambi transfrontalieri nonché curare i rapporti fra i due Fora e la Commissione europea. L'intermediazione dell'ERGEG è infatti fondamentale affinché le *guidelines* proposte nei Fora siano valutate e adottate dalla Commissione. I regolamenti n. 1228/03 e 1775/05 rispettivamente sugli scambi transfrontalieri di elettricità e gas e in materia di determinazione delle condizioni di accesso al sistema di trasmissione del gas, rappresentano solo alcuni dei tanti casi di positivizzazione delle decisioni assunte nei due Fora di Firenze e

²⁰⁶ Il CEER, che oggi conta 26 membri, è nato su iniziativa dei regolatori nazionali e si è dotato, dal 2003, di un proprio statuto non profit ed ha aperto un Ufficio a Bruxelles. La sua struttura si articola in un'assemblea generale, composta da tutti i regolatori, che si riunisce di norma quattro volte l'anno, e in un *Board of directors*, composto da cinque Direttori (un Presidente e quattro vice) che dirige l'associazione e la rappresenta all'esterno. Per ulteriori informazioni si v. www.energy-regulators.eu.

Madrid del 24 e 25 settembre 2003⁽²⁰⁷⁾; così come la direttiva gas 2003/55/CE emanata su impulso del Forum di Madrid⁽²⁰⁸⁾.

L'autonomia del Gruppo dei regolatori è assicurata dal fatto che la Commissione pur partecipando alle sue riunioni, non le presiede né esercita un coordinamento nei confronti dei suoi componenti. Volendo utilizzare una formula propria dell'ordinamento settoriale, si tratta di un ordinamento in parte comunitario e in parte comune⁽²⁰⁹⁾.

Il modello ERGEG, basato sulla spontaneità dell'azione dei regolatori e caratterizzato dall'autonomia funzionale rispetto agli organi pubblici europei, ha di recente lasciato il posto ad un modello "strutturato" al cui vertice si situa l'Agenzia per la cooperazione dei regolatori nazionali dell'energia che a sua volta si inserisce nella dialettica istituzionale dell'esecutivo europeo, ed in particolare della Commissione e della comitologia.

I due Fora ed il Comitato dei Regolatori (CEER), continuano a svolgere i medesimi compiti, ad individuare e a "strutturare" i temi oggetto della cooperazione tra le autorità nazionali ora riunite in seno all'ACER⁽²¹⁰⁾.

Il verificarsi di blocchi decisionali e fenomeni di abbandono dei lavori per mancato raggiungimento di posizioni comuni all'interno dei *Forum*, spiega il perché dell'istituzionalizzazione dell'ERGEG all'interno di organo amministrativo come l'ACER.

2.3 *L'istituzionalizzazione del modello reticolare: l'ACER*

L'istituzione dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER), si inserisce in un quadro evolutivo

²⁰⁷ I Regolamenti menzionati contengono norme tecniche il cui scopo è porre principi uniformi per la determinazione delle tariffe di accesso alla rete e dei servizi offerti dall'accesso alla rete, l'allocazione della capacità di interconnessione e la gestione della congestione. Il terzo pacchetto energia contiene un nuovo regolamento che ha abrogato il vigente regolamento citato. Esso affina la disciplina sul sistema di determinazione delle condizioni di accesso alle reti transfrontaliere, così come avviene nel regolamento 714/2009 per le reti transfrontaliere di elettricità e prevede ai fini di una gestione ottimale della rete di trasporto del gas nell'Unione l'istituzione di una Rete Europea di gestori di sistemi di trasmissione del gas (la Regst del gas) che coordina i gestori nazionali delle reti di gas.

²⁰⁸ Si v. Par. 1.1, *ivi*.

²⁰⁹ G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunit.*, 2004, pag. 1385.

²¹⁰ *Ibidem*, art. 14.

del sistema europeo contrassegnato dal superamento della rilevanza puramente episodica della funzione amministrativa.

Nella nuova architettura regolativa europea, essa si pone in una complessa trama di continuità e di discontinuità rispetto alla già consolidata esperienza delle agenzie europee⁽²¹¹⁾.

L'ACER, istituita con Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 n.713⁽²¹²⁾, non si differenzia dalle agenzie già esistenti sotto il profilo delle attribuzioni e dei compiti. Mentre, rispetto al preesistente Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'energia elettrica, si caratterizza per i più incisivi poteri: consultivi e decisionali in rapporto alla Commissione europea; di coordinamento dei regolatori nazionali, di cooperazione con i gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione (TSOs), e decisionali "autonomi" rispetto ai produttori di energia, con particolare riferimento alle condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere.

Si tratta un vero e proprio organo amministrativo dell'Unione Europea di tipo "composito", cioè di raccordo tra l'Unione e gli Stati.

Rispetto alle corrispondenti autorità nazionali, l'ACER assume una posizione sostanzialmente verticistica accentuando, di conseguenza, il ruolo dell'Unione Europea. I poteri che le sono attribuiti però rientrano nei confini tracciati dalla tradizionale e restrittiva interpretazione del cosiddetto «principio Meroni», in base al quale agli organismi non previsti dai Trattati non possono essere conferiti compiti che implicano l'esercizio di poteri discrezionali⁽²¹³⁾.

²¹¹ Per una rassegna delle Agenzie europee C.fr. E. CHITI, *Le Agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Cedam, Padova, 2002; Id. *Diritto Amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, pag.311.

²¹² Pubblicato sulla *Gazzetta UE* del 14 agosto 2009, n.211

²¹³ Ci si riferisce all'orientamento assunto dal giudice comunitario nel 1958, con riferimento al Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (*Meroni c. Alta autorità*, causa 9/56; e *Meroni c. Alta autorità*, C 10/56). In tale giurisprudenza, la Corte di giustizia aveva escluso la legittimità della delega di poteri che attribuisca ad organismi terzi una libertà di apprezzamento tale da concretarsi in un vero e proprio potere discrezionale. La ragion d'essere di tale limitazione, alla possibilità di delega, va ravvisata nel principio dell'equilibrio istituzionale, che costituisce una garanzia fondamentale prevista dal Trattato. Gli obiettivi comunitari, infatti, «non vengono imposti alla sola Alta Autorità bensì alle «istituzioni della Comunità... nell'ambito delle loro rispettive attribuzioni e nell'interesse comune». Così, se il principio dell' "effetto utile" non consente di escludere la possibilità di una delega

L'Agenzia svolge un'attività preparatoria e consultiva e può adottare decisioni vincolanti solo rispetto a specifiche questioni tecniche espressamente previste dalla normativa europea, mentre la Commissione resta l'organismo competente ad adottare misure che implicano l'esercizio di un potere discrezionale. Nel regolamento istitutivo dell'ACER, l'obiettivo auspicato è quello di colmare il vuoto normativo a livello comunitario e contribuire all'efficace funzionamento dei mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale.

La principale differenza rispetto al modello consolidato di agenzia europea riguarda i caratteri organizzativi. Anzitutto, il consiglio di amministrazione non è composto da membri nominati da ciascuno dei governi nazionali e da un membro designato dalla Commissione, ma da membri che sono designati in parte dalla Commissione, in parte dal Parlamento europeo ed in parte dal Consiglio⁽²¹⁴⁾.

Anche dal punto di vista della sua struttura interna, l'Agenzia è espressione di una dualità tra la collocazione ad un livello superiore come ulteriore evoluzione del modello europeo di agenzia e il suo

di poteri ad organismi terzi, purché ciò sia necessario per la realizzazione degli obiettivi individuati dalla disposizione rilevante, il rispetto dell'equilibrio dei poteri circoscrive il possibile ambito della delega ai poteri di mera esecuzione. Sulla base di questo orientamento, la scienza giuridica e varie istituzioni europee, tra cui la Commissione, hanno concluso che l'istituzione di nuovi organismi europei potrebbe considerarsi legittima ai sensi del Trattato solo là dove essa risulti necessaria per la realizzazione degli obiettivi che i poteri attribuiti alla Comunità intendono realizzare e non siano delegati poteri che comportino un reale margine di apprezzamento. Tra i numerosi studi che valutano il processo di *agencification* nell'ordinamento europeo alla luce del principio Meroni, si vedano, ad esempio, K. LENAERTS, *Regulating the Regulatory Process: «Delegation of Powers» in the European Community*, in *European Law Review*, 1993, 23 ss.; X.A. Yataganas, *Delegation of Regulatory Authority in the European Union - The relevance of the American Model of Independent Agencies*, *Harvard Jean Monnet Working Papers*, No. 3/2001; e G. DE BÚRCA, *The Institutional Development of the EU: a Constitutional Analysis*, in P. CRAIG E G. DE BÚRCA (a cura), *The Evolution of EU Law* di, Oxford, 1998, pag. 55.

²¹⁴Per quanto riguarda la governance interna, l'ACER si compone di un Consiglio di amministrazione, un Direttore, un organo di coordinamento tra autorità nazionali

competenti e una Commissione di ricorso. Il Consiglio di Amministrazione, composto da 9 membri, di cui 2 designati dalla Commissione, 2

dal Parlamento e 5 dal Consiglio, resta in carica per 4 anni con 1 solo rinnovo. Il presidente è eletto tra i membri designati

Art. 12/1 del regolamento n. 713/2009.

essere una ri-configurazione della rete di cooperazione tra organismi nazionali.

Un ulteriore tratto distintivo è dato dall'indipendenza funzionale: rispetto alle attuali agenzie europee che sono soggette a diverse prerogative della Commissione, l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia è chiamata ad operare in maniera indipendente dai produttori, dai consumatori e dalle istituzioni politiche europee, inclusa la stessa Commissione⁽²¹⁵⁾.

Il Comitato dei regolatori che siede al suo interno è formato dai rappresentanti delle autorità nazionali di regolazione e da un rappresentante della Commissione senza diritto di voto. Il Comitato "agisce in piena autonomia, senza chiedere né accettare istruzioni da parte dei governi degli stati membri, dalla Commissione o da altro soggetto pubblico o privato"

Le agenzie europee sono invece collocate in una posizione istituzionale ausiliaria piuttosto che di indipendenza dalla Commissione e dai governi nazionali⁽²¹⁶⁾. Si tratta, infatti, di una

²¹⁵ La proposta presentata dalla Commissione, in effetti, muoveva dal presupposto che l'agenzia «deve disporre dei poteri necessari per svolgere le funzioni di regolamentazione in maniera efficiente e soprattutto indipendente», giacché l'indipendenza rappresenta una condizione fondamentale per assicurare la fiducia del mercato: si veda COM (2007) 530. Sviluppando questa premessa, la versione definitiva del regolamento istitutivo prevede che i membri del consiglio di amministrazione, i quali opportunamente non sono qualificati come «rappresentanti» delle istituzioni designanti, si impegnano «ad agire in modo indipendente ed obiettivo nell'interesse pubblico, senza sollecitare né accettare alcuna istruzione politica» (art. 12/1 e 7 del regolamento n. 713/2009. Analogamente, i membri del comitato dei regolatori agiscono in nome della propria rispettiva autorità nazionale di regolazione, ma «in piena autonomia [...] dalla Commissione o da altri soggetti pubblici o privati» (art. 14/5). Ed il direttore non può sollecitare né accettare, nell'esercizio delle proprie funzioni, alcuna istruzione da alcun governo, dalla Commissione o da alcun soggetto pubblico o privato (art. 16).

²¹⁶ Un analogo discorso può essere fatto anche per il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie e l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione delle quali si afferma l'indipendenza nei regolamenti istitutivi. Si vedano, rispettivamente, il tredicesimo ed il quattordicesimo considerando del preambolo del regolamento 851/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 con il quale si crea un Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, in *G.U.U.E. L* 2004, pag.142, e l'undicesimo considerando del preambolo del regolamento 460/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2004, che

indipendenza esclusivamente scientifica che assoggetta l'attività tecnica delle agenzie alle sole ragioni della scienza. Quanto al rapporto delle agenzie europee con le istituzioni politiche europee, la Commissione può influenzare la loro attività, sia direttamente (ad esempio, intervenendo nella procedura di adozione del loro programma di lavoro), sia indirettamente (attraverso i suoi rappresentanti nel consiglio di amministrazione); e non è escluso che l'attività tecnico-scientifica svolta dalle agenzie europee sia poi posta al servizio della maggioranza politica. Anche nel rapporto con i privati, l'organizzazione interna delle agenzie europee dà spesso voce agli operatori del mercato interno: e quindi lungi dal tracciare una distinzione netta tra regolatori e regolati, i regolamenti istitutivi prevedono in vari casi organismi composti da rappresentanti degli operatori di settore ⁽²¹⁷⁾.

Con l'istituzione dell'ACER, dunque, al tipo tradizionale di agenzia, viene affiancandosi un nuovo modello nel quale la cooperazione amministrativa si svolge tra autorità indipendenti nazionali ⁽²¹⁸⁾.

La figura dell'ACER non si discosta molto dal cosiddetto «concerto regolamentare europeo» nel quale coesistono due regolatori europei, un ufficio collegiale composito, del quale sono

istituisce l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione, in *G.U.U.E. L* 2004, pag.77.

²¹⁷ Si pensi, ad esempio, all'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione, la cui organizzazione interna include un «gruppo permanente di parti» composto da esperti che rappresentano dei soggetti interessati, quali l'industria delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, le organizzazioni dei consumatori e gli esperti universitari in materia di sicurezza delle reti e dell'informazione; ovvero all'Agenzia europea per la sicurezza aerea, che è assistita da un Comitato consultivo per gli *standard* di sicurezza composto da rappresentanti delle organizzazioni direttamente interessate dal regime di settore.

²¹⁸ Questo nuovo tipo di agenzia europea, peraltro, non dovrebbe essere confuso con altre figure dell'organizzazione amministrativa europea incentrate sulla formula della indipendenza. Esso si differenzia, anzitutto, dalla figura in cui l'indipendenza trova la sua massima forza ed estensione, quella del sistema europeo delle banche centrali coordinato dalla Banca centrale europea, giacché in quel caso la Commissione, quale organismo indipendente dai governi nazionali ma legato alla maggioranza politica espressa dal Parlamento europeo, è del tutto esclusa dall'esercizio della funzione. Altrettanto netta è la distanza dalle ipotesi nelle quali l'esecuzione della regolazione europea è affidata ad un sistema comune composto da autorità indipendenti nazionali e coordinato dalla sola Commissione, senza che sia istituita un'agenzia europea, come avviene nel settore della concorrenza.

membri i direttori delle autorità nazionali di regolazione, o i loro rappresentanti, e la Commissione. Di questo modello l'ACER rappresenta un'evoluzione, perché all'ufficio collegiale europeo subentra una figura organizzativa più complessa, dotata di personalità giuridica e provvista di una più compiuta indipendenza⁽²¹⁹⁾.

Il disegno complessivo mira a rendere possibile e fruttuosa la coesistenza, sul piano europeo, di un doppio regolatore: da un lato, un regolatore strettamente sovranazionale, la Commissione; dall'altro lato, un regolatore "composito" che dà voce ai regolatori dei vari Stati membri. Al primo sono conferite le attribuzioni considerate necessarie al perseguimento dell'interesse generale della Comunità, mentre al secondo sono conferite le attribuzioni che richiedono una competenza fortemente specialistica e la collaborazione degli esperti delle ventisette autorità di regolazione nazionali, nel presupposto che la Commissione non sia in grado di catalizzare tutte le risorse necessarie dei regolatori nazionali nella stessa maniera di un organismo che le rappresenti nella propria organizzazione di vertice.

La riluttanza della Commissione a rinunciare alle proprie prerogative in un segmento importante dello spazio socio-economico europeo, unitamente alle ragioni tecniche derivanti dall'interpretazione più diffusa tra le istituzioni europee del citato «principio Meroni», giustifica d'altra parte lo stretto legame tra l'ACER e la Commissione europea e la differenza anche dai modelli nazionali di agenzia in cui, invece, prevale la separazione delle prima rispetto all'apparato amministrativo.

In chiave critica, una possibile disfunzione inficiante la compiutezza della nuova *governance* dei regolatori europei è rinvenibile nelle difficoltà di distinguere chiaramente le questioni di ordine tecnico, di competenza dell'Agenzia, dalle questioni politiche,

²¹⁹. L'avvio del processo di istituzione di numerose agenzie europee, all'inizio degli anni novanta, è stato accompagnato da una forte aspettativa da parte della scienza giuridica e di quella politica. In una prospettiva essenzialmente normativa, incentrata sulla rappresentazione dell'Unione nei termini di uno «Stato regolatore», si riteneva che fosse giunto il momento, per l'ordinamento europeo, di dotarsi di autorità indipendenti. E la discussione istituzionale sulla possibilità di costituire una varietà di nuovi organismi, denominati agenzie europee, sembrava rappresentare, agli occhi degli osservatori, quanto meno un primo passo in questa direzione G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, 1996.

che implicano l'esercizio di poteri discrezionali e che sono, dunque, riservate alla Commissione.

2.4 La rete come infrastruttura fisica: i codici di rete

Il concetto di rete afferisce altresì alla presenza di una regolazione che interessa le reti fisiche (²²⁰), di trasmissione e distribuzione di energia. La disciplina delle reti, nel panorama normativo, rappresenta l'aspetto più complesso del sistema di regolazione perché la natura e la qualità degli interventi sui segmenti di monopolio naturale condizionano l'intera struttura dei mercati sia "a monte" che "a valle" (²²¹).

In questi casi la regolazione è chiamata a conciliare l'obiettivo della concorrenza con quello della sicurezza e la continuità nell'erogazione servizio, in modo tale da conferire effettività a quei corollari del principio di universalità, come l'accessibilità economica e geografica del servizio(²²²).

²²⁰ A. LIPPI, *Il Policy making europeo come "rete"*, in A. PREDIERI, M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Giappichelli, Torino, 2001, pag.9.

²²¹ Sulle politiche energetiche, in particolare dei settori dell'energia elettrica e del gas, F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005; L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali: il caso del gas*, in L. AMMANNATI, (a cura di), *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 311.

²²² È utile, a riguardo, citare le considerazioni della Commissione europea contenute nel terzo pacchetto energia, in cui si afferma che: «La sicurezza degli approvvigionamenti energetici è un fattore essenziale per la sicurezza pubblica ed è pertanto strettamente connessa all'efficiente funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica e all'integrazione dei mercati isolati dell'elettricità degli Stati membri. L'energia elettrica può essere fornita ai cittadini dell'Unione esclusivamente attraverso la rete. Mercati dell'energia elettrica funzionanti e, in particolare, le reti e gli altri mezzi collegati alla fornitura dell'energia elettrica sono fondamentali per la sicurezza pubblica, la competitività dell'economia e il benessere dei cittadini dell'Unione. Persone di paesi terzi dovrebbero pertanto essere autorizzate a controllare un sistema di trasmissione o un gestore del sistema di trasmissione soltanto se soddisfano i requisiti di effettiva separazione che si applicano all'interno della Comunità. Fermo restando i suoi obblighi internazionali, la Comunità ritiene che il sistema di trasmissione dell'energia elettrica sia un settore di grande importanza per la Comunità e che pertanto siano necessarie misure di salvaguardia supplementari a tutela della sicurezza dell'approvvigionamento energetico della Comunità in modo da evitare minacce

Assicurare condizioni di imparzialità diventa particolarmente importante quando, anche dopo la liberalizzazione, l'ex monopolista detenga, sia pure in parte, il controllo della rete ed è quindi necessario disincentivare eventuali comportamenti opportunistici a danno dei concorrenti (²²³).

L'interdipendenza dei comportamenti fra coloro che utilizzano le reti per immettere o prelevare energia, può far sì che la decisione individuale di un produttore in un determinato punto della rete interferisca con le decisioni di altri produttori collocati in una zona geografica molto distante.

Nel settore dell'elettricità, in particolare, la principale ragione di questa interferenza risiede nelle caratteristiche fisiche ed in particolare nella non stoccabilità dell'energia prodotta (²²⁴), il che richiede un costante bilanciamento fra quantità di energia immesse e prelevate. È necessario quindi individuare un centro di coordinamento delle scelte individuali degli operatori che accedono alla rete. Nei sistemi monopolistici, verticalmente integrati, era lo

per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica nella Comunità e il benessere dei cittadini dell'Unione. La sicurezza dell'approvvigionamento energetico della Comunità richiede, in particolare, una valutazione dell'indipendenza della gestione della rete, del grado di dipendenza della Comunità e dei singoli Stati membri dai paesi terzi per l'approvvigionamento energetico e del trattamento accordato, in un determinato paese terzo, agli scambi interni e con l'estero e agli investimenti in materia di energia. La sicurezza dell'approvvigionamento dovrebbe pertanto essere valutata alla luce delle circostanze di fatto di ciascun caso, nonché dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto internazionale, in particolare dagli accordi internazionali tra la Comunità e il paese terzo in questione. Se del caso, si incoraggia la Commissione a presentare raccomandazioni per negoziare pertinenti accordi con paesi terzi in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico della Comunità o a includere le questioni necessarie in altri negoziati con detti paesi terzi».

²²³ In generale, sulle misure di regolazione nell'accesso alle reti, M. CARASSITI, D. LANZI, *Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 2002, n. 5, pag. 93. Sulle peculiarità tecnologiche e normative che caratterizzano la normativa sul principio di accesso alla rete dell'energia, A. CAVALIERE, *La rete dell'energia*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/2005, pag.5.

²²⁴ Nelle reti complesse, formate da una molteplicità di connessioni, gli elettroni non seguono un percorso lineare dal punto di vista di immissione al punto di prelievo, ma si distribuiscono lungo le linee seguendo il percorso di minore resistenza. Si verificano, dunque, flussi circolari di elettricità (*loop flows*) che potrebbero ridurre o eliminare la capacità di trasporto della rete.

stesso gestore della rete che svolgeva il ruolo di responsabile del sistema di dispacciamento e di trasmissione.

Il Decreto Legislativo 79/99, attuativo della direttiva 92/96/CEE, affidava questo compito al Gestore della Rete di Trasporto Nazionale che provvedeva in via esclusiva ai servizi di trasmissione, dispacciamento e gestione della rete sulla base dei provvedimenti emanati dall'AEEG. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas rivestiva il ruolo di controparte necessaria in tutti i contratti relativi alla rete ⁽²²⁵⁾.

Il Gestore della rete di trasmissione nazionale è infatti una società di proprietà del Ministero dell'Economia che svolge, in regime di concessione esclusiva, le attività di trasmissione e dispacciamento di energia: ciò significa che l'Enel non può ricevere Energia elettrica da somministrare agli utenti se non dal GRTN.

Il processo di riunificazione di proprietà e gestione della rete avvenuto con la legge 27 ottobre 2003 n. 290 ⁽²²⁶⁾, e sollecitato dai blackout dell'estate 2003, ha comportato il trasferimento di funzioni, beni e rapporti giuridici dal GRTN a Terna S.p.A., attuale gestore della rete di trasmissione nazionale che agisce in regime di concessione esclusiva.

Al GRTN restano invece affidate le analoghe competenze ma solo con riguardo all'energia da fonti rinnovabili, nonché le funzioni legate al suo ruolo di capogruppo del Gestore del mercato elettrico (GME) e dell'Acquirente Unico.

La sopravvenuta vigenza delle seconde direttive elettricità e gas, e di conseguenza l'adozione del modello unico dell'accesso

²²⁵ Specificatamente il decreto legislativo ha disposto, da un lato, la liberalizzazione delle attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica, e, per quanto concerne la gestione delle reti, ha riservato allo Stato le attività di trasmissione e di dispacciamento sottoponendo a regime di concessione l'attività di distribuzione. La rete distribuzione è stata invece affidata in regime di concessione ad altri soggetti che si fanno carico di gestire e trasportare sulla rete a media e bassa tensione l'energia che giunge nelle cabine primarie dalla suddetta rete di trasmissione nazionale. Rispetto a quanto stabilito nel d.lgs. n. 79/1999, la completa liberalizzazione del mercato elettrico è poi avvenuta solo a seguito dell'emanazione del D. l. n. 73/2007, convertito in l. 3 agosto 2007, n. 126, con cui si è consentito ai clienti finali di scegliere liberamente il fornitore di energia elettrica.

²²⁶ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 agosto 2003, n. 239, recante *“Disposizioni urgenti per la sicurezza del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica. Deleghe al Governo in materia di remunerazione della capacità produttiva di energia elettrica e di espropriazione per pubblica utilità”*, in *Gazz. Uff.*, 31 ottobre 2003, n. 254.

regolato(TPA), ha posto in capo al gestore della rete l'obbligo di concludere i contratti di accesso: di conseguenza i clienti godono di un diritto di accesso paritario e non discriminatorio alla rete, sempre secondo criteri e condizioni stabiliti dall'Autorità di regolazione (²²⁷).

Non diversamente da quanto avvenuto in Francia, il regolatore di settore (AEEG) ha a tal fine riconosciuto la natura contrattuale dei rapporti instaurati con i gestori di rete, predisponendone al contempo una disciplina inderogabile sia sul versante dei corrispettivi che dei contenuti.

In una prima fase era la stessa Autorità a fissare direttamente le regole sui contratti di connessione, trasporto e dispacciamento, mentre, in quella attuale le modalità di accesso sono racchiuse in

²²⁷ Il diniego di accesso alla rete è una misura derogatoria di carattere eccezionale che può essere opposta dal gestore della rete al richiedente nelle (sole) ipotesi, ed alle condizioni, stabilite dalle stesse disposizioni del diritto dell'Unione.

In particolare, l'accesso può essere negato nei casi in cui vi siano obiettive ragioni tecniche dettate dall'esaurimento della capacità energetica delle rete, ovvero quando consentendo l'accesso il gestore non potrebbe più *adempiere* gli obblighi di servizio universale imposti dallo Stato membro nell'atto di concessione esclusiva.

In materia di deroghe all'obbligo di garantire l'accesso alla rete, la Corte di Giustizia si è recentemente pronunciata nel caso *Citiworks AG*, C-439/06, *Citiworks AG*, in *Racc.* p. I-3913.

La causa in oggetto, trae origine da un rinvio pregiudiziale di interpretazione sull'articolo 20 della direttiva 2003/54/CE proposto dall'*Oberlandesgericht Dresden* (Germania), per stabilire se il summenzionato articolo vada interpretato nel senso che osti o meno ad una normativa nazionale come l'articolo 110 dell'EnWG (legislazione energetica tedesca) che aveva introdotto un'esenzione generale al principio di accesso ai terzi ai sistemi di distribuzione, in favore delle *reti operative*.

Sulla base della normativa nazionale tedesca sull'energia elettrica, modificata in attuazione della direttiva comunitaria 2003/54/CE, la società di gestione dell'aeroporto (FLH) rientrava nella nozione di rete operativa, ovvero di sistema di distribuzione situato in una zona operativa costituente un'area geografica unitaria e utilizzata prevalentemente per coprire il fabbisogno energetico dell'impresa stessa o di imprese ad essa collegate.

La causa è particolarmente interessante perché la sentenza pregiudiziale di interpretazione sull'articolo 20, par. 2, rispetto a normative nazionali che introducono esenzioni generali *ex lege*, incide sul principio dell'accesso dei terzi alla rete, che risulta essenziale per assicurare la piena realizzazione del mercato interno dell'energia, la concorrenza dei fornitori e consentire ai clienti finali la libera scelta tra essi.

Come confermato dall'avvocato generale Mazák «l'obiettivo di garantire pari condizioni negli Stati membri in termini di apertura del mercato esige un'interpretazione uniforme dell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva. Ciò implica che le limitazioni del principio generale dell'accesso dei terzi alla rete devono essere interpretate restrittivamente e devono rimanere circoscritte alle deroghe espressamente previste dalla direttiva[...]».

codici di rete (²²⁸) predisposti dai gestori dei sistemi di trasporto e approvati dall'AEEG a cui è devoluto il compito di coordinarne lo sviluppo(²²⁹).

Lo strumento dei codici di rete è stato inoltre accolto nel quadro normativo dell'Unione europea con riguardo però alle reti transfrontaliere: l'obiettivo è quello di garantire una pianificazione coordinata e sufficientemente lungimirante nonché la trasparenza nelle regole di trasmissione (²³⁰).

Volendo definire la natura dei suddetti codici sulla base dell'analisi dei procedimenti utilizzati per la loro elaborazione, è possibile utilizzare la formula della co-regolazione "partecipata". A riguardo è d'obbligo richiamare la distinzione tra autoregolazione e co-regolazione "partecipata" così come formulata in dottrina: nella prima vi è una sostanziale coincidenza tra regolatori e regolati; nella seconda, invece, partecipano al processo regolativo anche soggetti privati diversi da quelli direttamente investiti dalla regolazione(²³¹).

Una conferma in tal senso sembrerebbe offrirla l'art. 1, comma 4, d.p.c.m. 11 maggio 2004 n. 14390 che ha istituito il "Comitato di consultazione"(²³²) al quale sono affidate funzioni consultive per

²²⁸ Delibera AEEG n. 250/04. Il codice di rete predisposto da Terna S.p.A. è stato successivamente approvato con la delibera AEEG n. 79/2005 e per il settore del gas con Delibera n. 108/06 "Modifiche ed integrazioni alle deliberazioni 29 luglio 2004, n. 138/04 e 29 settembre 2004, n. 168/04 e approvazione del codice di rete tipo del servizio di distribuzione gas", consultabile su www.autorità.energia.it

²²⁹ Decreto legislativo n. 93/2011, *cit.*, art.46, c. 6 lettera a), "Disposizioni in materia di rapporti istituzionali".

²³⁰ Nel Regolamento n. 714/2009, in particolare si prescrive che i codici di rete debbano essere conformi a orientamenti quadro di per sé non vincolanti ed elaborati dall'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori dell'energia (l'ACER) a cui è affidato il compito svolgere un ruolo nel riesame, sulla base di dati oggettivi, dei progetti di codici di rete, compresa la loro conformità agli orientamenti quadro, nonché valutare le loro eventuali modifiche

²³¹ La letteratura sul tema è vastissima, di particolare interesse sono i contributi di E. GLAESER, A. SHLEIFER, *The rise of the regulatory State*, in *Journal of economic literature*, 2003, pag. 401; C. SCOTT, *Regulation in the age of governance: The rise of the post regulatory State*, in J. Jordana, D. Levi-Four (a cura di), *The politics of Regulation*, Chelteman Edward Elgar ed., 2004.

²³² Specificatamente l'art. 1 c. 4 affida a GRTN S.p.a. il compito di predisporre un documento integrato, denominato «codice di trasmissione, dispacciamento, sviluppo e sicurezza della rete» (il «Codice»), contenente le regole tecniche, di carattere obiettivo e non discriminatorio, ai sensi del decreto legislativo n. 79/1999, per l'accesso e l'uso della rete elettrica nazionale di trasmissione e delle apparecchiature direttamente connesse, per l'interoperabilità delle reti e per l'erogazione del servizio di dispacciamento, nonché i criteri generali per lo sviluppo e la difesa della sicurezza della

l'aggiornamento delle regole del codice, nonché la redazione di pareri riguardanti il rispetto degli obiettivi di non discriminazione, trasparenza e neutralità. Al Comitato è affidato anche il compito di agevolare la risoluzione delle controversie derivanti dal Codice stesso(art. 1 c.4 d.p.c.m. 2004/14390).

Benché dotato di poteri consultivi è possibile ipotizzare che il Comitato diventi un rappresentante “imparziale” di tutti gli operatori del sistema elettrico. I suoi membri sono infatti designati in numero paritario dalle associazioni: dei produttori rispettivamente da fonti convenzionali e da fonti rinnovabili, dei distributori, dei clienti grossisti, dei clienti vincolati ed infine dei clienti industriali.

L'introduzione di efficaci meccanismi di controllo interno potrebbe condurre ad un'evoluzione di questo tipo di co-regolazione “partecipata” verso un'innovativa fattispecie di autoregolazione.

In un ipotetico sistema a due livelli, al gestore spetterebbe il compito di regolare il segmento della trasmissione, mentre, all'AEEG quello di formulare le direttive e verificarne l'osservanza. Già ora il codice attribuisce al gestore compiti di vigilanza, applicazione e sanzione, benché la risoluzione delle controversie rimanga affidata all'AEEG, oggi Autorità di rete e al CRE francese ⁽²³³⁾.

Il compito di colmare i costi dell'eterogeneità fra sistemi di autoregolazione è già affidato alla regolazione sovranazionale, ovverosia ai codici di rete europei la cui supremazia è garantita dalla natura giuridica di atti normativi direttamente vincolanti.

rete elettrica nazionale di trasmissione e per gli interventi di manutenzione della stessa rete.

«Il Codice prevede l'istituzione di un organo tecnico di consultazione degli utenti della rete elettrica nazionale di trasmissione (il «Comitato di consultazione»), composto da un numero massimo di sette membri e con competenze in merito all'aggiornamento delle regole in esso contenute, nonché con funzioni di agevolazione della risoluzione di eventuali controversie derivanti dalla applicazione delle regole stesse». In *G.U.* del 18 maggio, 2004 n.115. Il codice proposto da Terna S.p.A. è invece consultabile sul sito www.terna.it.

²³³ L'attuale dato legislativo sembra però indicare la via del mantenimento dello stretto controllo pubblico sull'accesso alle reti, di cui è riprova la previsione di una procedura di risoluzione delle controversie, relativa alla connessione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, rimessa direttamente alla decisione vincolante dell'AEEG senza alcuna possibilità di una conciliazione preventiva affidata alle parti in causa Si v. art. 14 c. 2, DLg. N. 287/2003 e la del. AEEG ARG/elt n. 123/08.

2.5 L'organizzazione delle reti transfrontaliere

Il progresso tecnologico in materia di trasporto di energia ha permesso ad alcuni segmenti dell'industria energetica di sperimentare già a partire dagli inizi del '900 il fenomeno della globalizzazione dei mercati.

Le istanze di tutela provenienti dagli operatori privati, non intersecando profili attinenti all'utilità generale, hanno trovato fin da subito accoglimento in organizzazioni private che a seconda dell'ampiezza del mercato operavano sia all'interno che all'esterno dei confini statuali.

L'interesse che ne motivava l'azione può essere ricondotto all'esigenza di coordinamento degli scambi commerciali di energia, particolarmente avvertita nel mercato dell'elettricità, in cui ai vincoli tecnici propri delle industrie a rete si aggiunge da sempre il fattore della non stoccabilità delle quantità di energie prodotte (²³⁴).

Una delle prime organizzazioni a farsi carico della problematica in questione è stata la Conferenza Internazionale delle Grandi Rete Elettriche (CIGRE), istituita nel 1927 sotto gli auspici della Commissione Elettrotecnica internazionale (1906), a sua volta impegnata nel coordinamento della produzione e del trasporto dell'elettricità.

A partire dal 1931 la CIGRE ha assunto le vesti giuridiche di associazione permanente senza scopo di lucro avente il compito di intercettare, verificare e diffondere le più avanzate conoscenze tecnico-scientifiche relative alle reti ad alta tensione.

²³⁴ L'absence de possibilité de stockage pour l'électricité, qui implique d'assurer à chaque instant un équilibre entre l'offre et la demande sur le réseau, est une différence fondamentale par rapport au gaz naturel. Au contraire, pour le gaz naturel, qui est plus souvent en concurrence avec d'autres énergies, et notamment le pétrole, la demande sur des contrats de long terme, constituent la base des échanges. De plus, le gaz se distingue par l'importance des coûts fixes attachés à son transport et sa distribution. Enfin, les opérateurs intervenant sur ce marché sont relativement peu nombreux et très puissants. Les industries en réseaux, comme l'électricité, présentent un certain nombre de traits communs. Ces industries sont la siège d'économies d'échelle ou de rendements croissants. Elles sont marquées par des «monopoles d'échelle ou de mesure où les réseaux sont difficilement «dupli câbles». Elles ont un effet structurant sur les territoires nationaux puisque les réseaux assurent le maillage de l'espace. En raison de leur contribution à la réalisation de l'intérêt général, elles font l'objet d'un contrôle public dont l'intensité a été et demeure variable.

I risultati degli studi realizzati dall'associazione venivano dibattuti tra i suoi membri nel corso degli incontri-*Sessions*- che si tengono con cadenza biennale.

La continuità dei lavori, anche nel periodo intercorrente tra una sessione e l'altra, era invece assicurata dall'attività compiuta dai Comitati di Studi, distinti per ambito disciplinare e a cui prendevano parte singoli operatori del settore, provenienti dal tessuto produttivo, nonché dagli enti di ricerca e dai Ministeri, i c.d. *government departments*.

Il principale vantaggio di cui godevano gli associati era l'accesso illimitato alle pubblicazioni dei vari Comitati e la possibilità di condividere le informazioni sul funzionamento delle reti a livello mondiale così rispondendo ai problemi di sicurezza e alle necessità di interconnessione a vasto raggio.

È, dunque, il modello della conoscenza quello in cui si manifesta l'essenza innovativa di questo tipo di organizzazione.

Sull'esempio della CIGRE, in piena fase di sperimentazione della gestione pubblica delle imprese energetiche a livello nazionale, fanno la loro apparizioni con una raccomandazione dell'*Organisation Europeenne de Cooperation Economique* del 1950, anche le prime Unioni per il coordinamento della produzione e del trasporto di energia.

Giuridicamente si tratta di associazioni di persone con lo scopo di ricercare, attraverso l'accordo, un utilizzo ottimale dei mezzi di produzione e di trasporto dell'energia elettrica e, di conseguenza, facilitare gli scambi di energia fra imprese associate. Presiedute a turno da uno dei loro membri, non sono qualificabili come organizzazioni governative dotate di personalità giuridica. I lavori, effettuati in seno ad una commissione o ad un gruppo di esperti non portano alla creazione di regole o di norme imposte ai partecipanti. Nonostante questa natura facoltativa, la loro diffusione tra gli operatori di settore ha da subito rappresentato una legittima aspettativa spesso ricompresa tra gli obblighi assunti attraverso i contratti privati di scambio.

La prima ad essere istituita è l'Unione per il Coordinamento della produzione e del trasporto di Elettricità (UCPTE) nel maggio del 1951, per iniziativa degli operatori elettrici dei Paesi interconnessi dell'Europa occidentale e delle rispettive amministrazioni pubbliche responsabili delle politiche energetiche.

L'originaria missione dell'UCPTE era quella di sottoporre all'attenzione degli operatori elettrici le misure sia giuridiche che tecniche adottate dai diversi governi, al fine di facilitare le operazioni di installazione ed il trasporto di energia elettrica sulle reti interconnesse. Nonché di coordinare i programmi delle società appartenenti all'UCPTE ⁽²³⁵⁾ e ciò sulla base di un sistema di interdipendenze funzionali che consentiva a un gruppo di imprese di condividere le rispettive conoscenze per affrontare al meglio le singole esigenze di sviluppo.

La partecipazione dei rappresentanti delle amministrazioni nazionali si ricollega ad uno degli obiettivi che l'Unione si pone, quello di sollecitare l'adozione o modifica della normativa interna per facilitare lo scambio di energia fra i Paesi interconnessi.

Grazie al lavoro di coordinamento svolto dall'UCPTE gli scambi di energia attraverso le reti elettriche interconnesse sono divenute ben presto una realtà in grado di soddisfare l'imperativo primario della sicurezza delle forniture, tra l'altro, a costi e condizioni economicamente vantaggiose, facilitando così a livello nazionale l'adempimento degli obblighi di servizio.

Con l'avvio della liberalizzazione del mercato e, quindi, della scissione della gestione della rete dal segmento produttivo, l'UCPTE ha cambiato statuto e denominazione: nel 2005 in *Union for the Co-ordination of Transmission of Electricity* (UCTE) e successivamente, nel 2009, in *European Network of Transmission System Operators for Electricity* ENTSO-E, occupandosi unicamente del coordinamento della sicurezza dei sistemi elettrici. Alla ENTSO-E, corrisponde per il sistema del gas, l'omologa ENTSO-GAS.

Le trasformazioni che hanno interessato l'UCPTE, dal punto di vista funzionale si ricollegano alla sempre più matura consapevolezza dell'importanza della trasmissione transfrontaliera di flussi di energia fra gli Stati membri in particolare per la creazione di

²³⁵ Sul modello dell'UCPTE e, ad essa associate, nel corso degli anni 60 furono istituite l'Unione Franco-Iberica per il Coordinamento della Promozione e del Trasporto di Elettricità (UFIPTE) creata a Parigi nel 1962 allo scopo di razionalizzare l'utilizzazione del complessivo sistema di produzione e trasporto, ed assicurare il mutuo soccorso in caso di situazioni di emergenza tra le imprese francesi, spagnole e portoghesi; la NORDEL che accoglieva le imprese energetiche dei Paesi del Nord Europa e la SUDEL dell'Europa Mediterranea concepite come sedi per lo scambio di informazioni, statistiche oltre che di energia.

un unico mercato regionale fortemente integrato e quindi in grado di affrontare la competizione internazionale (²³⁶).

In tal senso si è proceduto a rendere il più possibile vincolanti gli *standard* licenziati, dapprima attraverso la sottoscrizione di un accordo multilaterale tra i gestori delle reti ed in seguito attraverso il riconoscimento alla già UCTE di esercitare, in fase di monitoraggio, un potere “direttivo” per indurre i gestori delle reti al rispetto degli impegni assunti in sede negoziale.

La possibilità da parte del gestore della rete di decidere liberamente se procedere o meno all’adeguamento senza alcun rischio di incorrere in sanzioni, ha reso evidente la fragilità delle soluzioni adottate. Il blackout tedesco del novembre 2006 ha infatti dato prova dell’estrema vulnerabilità del sistema, aggravata dall’assenza di controlli di pari efficacia da parte dei regolatori nazionali. Da qui la necessità di creare un modello di coordinamento il più possibile unitario e vincolante che sposta necessariamente il baricentro decisionale su temi concernenti l’assetto del territorio dal livello nazionale a quello europeo.

L’istituzione delle ENTSOs di cui al Regolamento del 13 luglio 2009 n. 714 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica (che abroga il regolamento CE n. 1228/2003) (²³⁷), si inserisce in questo filone evolutivo per quel che concerne la gestione e l’accesso alle reti di trasporto e la distribuzione di energia.

Sotto quest’ultimo profilo, vale la pena ricordarlo, il legislatore europeo con il terzo pacchetto energia ha permesso agli Stati di scegliere fra tre diversi modelli di disaggregazione delle corrispondenti imprese e, specificatamente: 1) la separazione integrale della proprietà; 2) l’istituzione di un Gestore di sistema indipendente (*ISO-Independent System Operator*); 3) l’istituzione di un Gestore di trasmissione indipendente (*ITO- Independent Transmission Operator*).

Le ENTSOs (o Reti europee dei gestori dei sistemi di trasmissione di energia elettrica e gas) forniscono un coordinamento “istituzionale” a livello europeo delle TSOs (o Gestori dei sistemi di trasmissione di energia).

²³⁶ Si v. i 34 “considerando” che anticipano le disposizioni dedicate al mercato dell’elettricità nella direttiva 2003/54/CE.

²³⁷ In *GUE* del 14 agosto 2009, n.211

Si tratta di un coordinamento tra operatori del settore che dà voce alle esigenze dei gestori nazionali, ora unitariamente rappresentati di fronte alla Commissione Europea.

Le attività sono ripartite tra le Commissioni specializzate di cui fanno parte i rappresentanti designati dalle TSO nazionali nonché da esperti del settore a cui è devoluto il compito di individuare le soluzioni tecnico-scientifiche più appropriate per rispondere alle esigenze di volta in volta cogenti. Nonché da un *Legal & Regulatory Group* a cui è affidato il compito di agevolare la risoluzione “consensuale” delle possibili controversie tra i gestori delle reti, fornendo un’interpretazione conforme delle regole di interconnessione.

Le ENTOS, analogamente a ciò che avviene in seno all’ACER, elaborano infatti principi comuni per l’armonizzazione delle discipline esistenti negli Stati membri con il fine precipuo di garantire la sicurezza del sistema di trasmissione.

Il risultato dell’attività armonizzatrice-regolatoria è poi trasposto nei “Codici di rete” che si sostituiscono ai codici di rete nazionali ma solo per gli aspetti transfrontalieri (²³⁸). La loro redazione riflette su scala europea la cooperazione fra istituzioni pubbliche e imprese private dei codici di rete nazionali: la Commissione europea individua un elenco di priorità da trattarsi all’interno dei codici di rete europei e ne sollecita l’adozione, l’ACER di concerto con gli *stakeholders* e l’ENTSO-E, sviluppa gli orientamenti quadro a cui l’ENTSO-E dovrà conformarsi nel momento della concreta elaborazione di codici. La procedura si conclude con l’approvazione da parte della Commissione in comitologia di un atto vincolante per i gestori nazionali.

²³⁸ All’art. 8 del Regolamento istitutivo la ENTSO-E si elencano i contenuti che il “Codice di rete” dovrebbe includere. Si tratta, specificatamente di: norme in materia di sicurezza e di affidabilità della rete, comprese le norme in materia di capacità di trasmissione tecnica di riserva per la sicurezza operativa della rete; norme di collegamento della rete; in materia di accesso dei terzi; di scambio dei dati e di liquidazione; di interoperabilità; procedure operative in caso di emergenza; norme in materia di assegnazione delle capacità e di gestione della congestione; di scambi connesse alla fornitura tecnica e operativa dei servizi di accesso alla rete e al sistema di bilanciamento; regole di trasparenza; e di bilanciamento, comprese le norme relative all’energia di riserva legata alla rete; riguardanti le strutture tariffarie di trasmissione e armonizzate, compresi i segnali differenziati per località e i meccanismi di compensazione tra gestori del sistema di trasmissione; ed infine norme in materia di efficienza energetica delle reti di energia elettrica.

Per quanto concerne l'intera rete di trasmissione, alle ENTSOs è altresì affidata la responsabilità di elaborare e pubblicare e aggiornare regolarmente un piano di sviluppo decennale della rete in cui devono essere indicate le reti di trasmissione di energia realizzabili e le interconnessioni regionali necessarie, importanti dal punto di vista commerciale o della sicurezza degli approvvigionamenti.

L'UE attraverso lo strumento del coordinamento sembra così voler incidere su limiti, contenuti e modalità sia della regolazione pubblica sia della (auto)regolazione privata, avendo sempre di mira la creazione del Mercato Unico e, quindi, interno dell'energia.

CAPITOLO III

UN RÉGARDE COMPARÉ

1. La maîtrise de l'énergie dans le système juridique français

1.1 Les vagues lois sur les réseaux énergétiques pendant les années de l'état libéral

Cette expression, maîtrise de l'énergie, n'apparaît dans le texte juridique qu'en 1982, avec la création de l'Agence française pour la maîtrise de l'énergie (décret du 13 mai 1982) et qui donne une définition institutionnelle de la notion. En revanche, il faudrait attendre la loi du 10 février 2000 pour qu'on puisse avoir une définition précise de ses objectifs et de ses missions. Mais le concept lui-même est assez ancien. Il recouvre en fait, un ensemble de notions qui se situent à divers échelons. A l'échelon national, régional ou à celui, en général, d'une collectivité locale, il recouvre les politiques énergétiques, à condition qu'elles soient orientées vers les économies de l'énergie. A l'échelon micro-économique, c'est-à-dire à celui des consommateurs individuels et à celui des entreprises, le concept recouvre ce que l'on pourrait appeler la «gestion de l'énergie»⁽²³⁹⁾.

²³⁹ La maîtrise de l'énergie et la gestion des entreprises, B. BAUDIN, *La gestion de l'énergie dans l'entreprise*, Paris, Sadave, 1977.

La même expression se refaire à celle d'économie de l'énergie immédiatement mise en œuvre en France après le premier choc pétrolier celui de 1973-1974, avec la création de l'Agence pour les économies d'énergie»⁽²⁴⁰⁾.

Dans l'ensemble complexe que constitue le régime de l'énergie, le législateur et le pouvoir réglementaire sont progressivement intervenus, d'une façon empirique et au fur et à mesure de l'évolution des techniques et des besoins. La première étape a concerné le régime de la distribution (1880-1914) pendant laquelle l'électricité et le gaz ont suivi le même chemin. Ils ont d'abord servi à l'éclairage, celui des espaces publics puis des commerces et des foyers. Ils ont dû ses développements progressifs à des initiatives privées rapidement encadrées par les collectivités locales grâce à des procédés juridiques ayant déjà fait leur preuve: ceux de la régie et surtout des concessions. L'État venant, dans un deuxième temps, à unifier et superviser ces modes de gestion d'un service public alors essentiellement local, avec deux préoccupations majeures: la sécurité des usages et le contrôle des opérateurs⁽²⁴¹⁾.

Par ailleurs, l'implantation d'un réseau de distribution posait des problèmes urgents à résoudre : ceux-ci ont été envisagés par

²⁴⁰ Dans la même occasion est apparu le droit de la maîtrise de l'énergie. Trois grandes lois sont ensuite édictées :

- Loi du 29 octobre 1974 relative aux économies d'énergie ;
- Loi du 19 juillet 1977 concernant certains contrats de fourniture et d'exploitation de chauffage et relative aux économies d'énergie ;
- Loi du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur.

L'appareil juridique de la maîtrise de l'énergie concerne essentiellement la consommation énergétique. L'une des toutes premières mesures édictées lorsque survient le premier choc pétrolier est le décret 21 décembre 1973 qui a donné au gouvernement le droit fondamental de «contrôle et de réparation de l'énergie», lui permettant de prendre des mesures générales pouvant aller jusqu'au rationnement.

Le loi édicté que le Gouvernement peut disposer d'un droit de contrôle et de réparation de l'énergie «en vue de remédier à la pénurie énergétique ou à une menace sur l'équilibre des échanges extérieurs».

²⁴¹ Le première texte officiel concernant spécifiquement l'électricité, si l'on fait l'abstraction des toutes premières mesures de police telles celles prises par le Préfet de Police de Paris en 1864, s'appuie au 15 mai 1888 (décret concernant les installations de conducteurs électriques destinées au transport de la force ou à la production de la lumière(*JO* du 16 juin 1888) et à la première loi du 25 juin 1895(concernant l'établissement des conducteurs télégraphiques et téléphoniques).

plusieurs séries de textes, parmi lesquels le décret du 15 mai 1888, la loi du 25 juin 1895, soumettant les implantations à accord du propriétaire et à l'autorisation administrative, la loi du 15 juin 1906 (ou loi *Berthelot*) intervenant après divers projets, qui visait non seulement à l'établissement des lignes, mais aussi à l'implantation d'un véritable réseau de distribution ; elle offrait aux exploitants le choix entre le régime de concession ou la permission de voire⁽²⁴²⁾.

Toutefois, dans le secteur de la production hydraulique, le régime du Code civil avait prévu des solutions juridiques déjà utilisables, permettait d'obtenir des « concessions d'eau » de l'administration pour les cours d'eau navigables et flottables et des « droits à l'usage de l'eau » des riverains pour les cours d'eau non navigable ni flottables. La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux devait confirmer ce système de réglementation. La loi du 16 octobre 1919 subordonnera l'exploitation de l'énergie hydraulique à une intervention de l'Etat et organisera le régime de la production sous la forme de « concession ».

Enfin dans le secteur thermique, par le décret-loi du 30 octobre 1935, la production thermique classique devait être soumise au régime de l'autorisation administrative.

L'industrie électrique et du gaz en France se développe pendant ces années dans un contexte juridique où l'énergie n'est pas vraiment perçue comme un service d'intérêt public et en conséquence ne semblait pas mériter d'être portée au-dessus des lois communes.

Les divers textes qui se sont occupés du secteur se sont superposés en vagues successives sans harmonisation ni mise en cohérence. Certes dans ce flot, plus proche du torrent incontrôlé sinon incontrôlable que du long fleuve tranquille, surnagent quelques repères : la loi 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, la loi 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, et du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz. Ceci peut être considéré comme l'avant-garde de la réglementation du secteur et de la reconnaissance de l'énergie comme « bien essentiel »⁽²⁴³⁾.

²⁴² Il faut signaler aussi les circulaires de 1882 et 1889 sur les permissions de voire, la première relative aux canalisations d'eau et du gaz et l'autre commune aux distributions d'eau et de la lumière.

²⁴³ En doctrine voir V.P. SABLIERE, *La nature juridique de l'électricité et les conséquences qui en résultent quant à sa fourniture*, LPA, 6 juin 2007, n. 113, pag.4.

1.2 L'organisation Etat par rapport à l'énergie

Au stade du capitalisme libéral jusqu'à la deuxième guerre mondiale, l'énergie, engloutie dans le magma de l'industrie et du commerce, appartenait au Ministère du même nom. Comme dans d'autres domaines, entre la première et la deuxième guerre mondiale se développe un double processus de recentralisation et d'interventionnisme étatique « musclé », notamment pendant un court laps de temps, de la création d'un secrétariat à la production industrielle.

Le processus de prise en main par l'Etat de la politique d'énergie a détruit l'initiative privée et des collectivités locales et le processus d'électrification est, enfin, devenu « intrinsèquement lié aux structures des pouvoirs publics nationaux ».

L'ensemble des activités liées à la production et distribution de l'électricité et du gaz ont été gérés sous forme de monopoles contrôlé par l'Etat à travers la tutelle qu'il exerce sur les entreprises publiques et le contrôle revenait ainsi principalement aux pouvoirs publics sous la forme d'un contrôle ex ante.

Les nationalisations réalisées par le gouvernement avec la loi du 13 février 1982, dona un second « souffle » au processus de nationalisation.

A partir de celui-ci on a commencé à parler du modèle Edf (Electricité de France), en situant l'entreprise électrique au cœur de l'industrie.

De manière générale, le modèle Edf correspond à un système axé sur une industrie intégrée verticalement et horizontalement. Verticalement car la production d'énergie électrique, son transport et sa distribution sont des activités contrôlées essentiellement par Electricité de France. Horizontalement, parce que l'importation et l'exportation dépendent aussi de Edf. Enfin, la régulation du système électrique, qui consiste à programmer les besoins de consommation et à produire l'offre relative à cette demande, était effectué par Edf en coordination avec le pouvoirs publics.

Edf était donc la référence organisationnelle pour les services publics en réseau français. Son statut d'Etablissement public à caractère industriel et commercial lui accordait une certaine liberté d'action. D'une part, l'électricien français agissait tout d'abord

comme n'importe quel acteur économique ; d'autre part, en tant que modèle d'entreprise public et promoteur des principes du service public, elle assurait le respect de l'intérêt général et la cohésion sociale à partir de son activité géographique et tarifaire.

Sur la base de la loi de nationalisation de 1946, Edf a été appelée à partager avec les pouvoirs publics les décisions dans deux domaines qui sont essentiels à l'organisation sectorielle : a) la définition de tarifs à l'usagers et b) la définition des investissements sur les moyens à long terme.

Juridiquement, c'est la tutelle publique qui est responsable de la définition de ces deux volets. En particulier, la Direction du gaz, de l'électricité et du charbon (DIGEC), encadré dans le Ministère de l'Industrie, a été particulièrement importante dans la mesure où elle a été chargée de préparer les textes concernant l'utilisation est le fonctionnement des services du gaz et de l'électricité.

La DIGEC exerçait donc la tutelle de l'Etat sur Edf, Gdf (Gaz de France), la Compagnie nationale du Rhône est sur Charbonnages de France.

Mais le système de nationalisation français n'était pas (seulement) un système où l'État régulait une entreprise en monopole ou un système où l'entreprise contrôlait un État régulateur.

Il ressort que la régulation s'effectuait conjointement entre l'Etat et l'établissement public : les pouvoirs publics assuraient une tutelle sur Edf en ce qui concerne les tarifs, les investissements, les salaires et l'endettement de l'entreprise, les éléments opérationnels qui assuraient la conduite d'une politique publique de l'énergie, alors que Edf contrôlait directement en monopole le marché interne, régulait la balance commerciale de l'énergie et, ce faisant, conditionnait les choix des investissements prévus par le gouvernement.

En d'autres termes, le régulateurs en tant que tel n'existait pas vraiment. Il s'agissait d'un système souvent considéré comme un «Etat dans l'Etat»⁽²⁴⁴⁾.

2. Le Marché intérieur de l'énergie et la perte partielle de souveraineté de l'État sur la production normatif du secteur

²⁴⁴ F. DE GRAVELAINE ET SYLVIE O'DY, *L'Etat EDF*, Alain Monreau, Paris, 1978.

2.1 L'organisation des systèmes énergétiques par rapport à la libéralisation du marché

Les directives européenne sur l'ouverture du marché de l'énergie électrique et du gaz à la concurrence, à partir des années 90, ont imposé une réorganisation des systèmes énergiques.

Elle se déroule prenant en compte la théorie des trois économistes américains apparu en 1982, selon laquelle le marché de l'électricité et du gaz sont des «marchés contestables» cela veut dire qu' ils se caractérisent par le fait qu'il est possible d'y entrer et d'en sortir librement⁽²⁴⁵⁾.

Cependant, dans le secteur de l'électricité, la plupart des auteurs s'accorde à considérer les réseaux de transport comme des monopoles naturels qu'il ne sont pas économiquement rentable de à reproduire. Ces marchés ne seraient donc pas «contestables». En revanche, s'agissant des activités de production et de fourniture aucun obstacle économique ne s'oppose à l'arrivée de nouveaux entrants. De même, dans le transport terrestre par voie ferrée, la traction est «contestable», mais l'exploitation des infrastructures ne l'est guère.

Conscient de cette caractéristique technico-économique, le législateur communautaire de 1996 n'a pas obligé les États membres à introduire la concurrence sur le segment du transport de l'électricité et n'a imposé que des règles notamment comptable destinées à éviter les subventions croisées entre les activités et les distorsions de concurrence qui pourraient en résulter.

Il s'agit d'une concurrence partielle dans ces secteurs qui permet de développer un environnement dans lequel l'opérateur historique peut continuer à exercer ses activités, mais doit parallèlement permettre à d'autres opérateurs de le concurrencer.

La complexité de la situation impose de redéfinir, pour la limiter, l'intervention de l'État qui devient juge et partie face à des intervenants qui l'opérateur historique avait mis à part.

En particulier, l'introduction du mécanisme de contrôle à *priori* et à *posteriori* de l'accès aux réseaux, a modelé la «régulation du

²⁴⁵W.J. BAUMOL, J. C. PANZAR, R. D. WILLIG , *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jaconovich, New-York, 1982.

N. CURIEN, *Les grands réseaux publics françaises*, *Economie et statistique*, 1993-6, n.266, pag.65.

marché électrique» comme aussi le changement de statut de l'opérateur historique qu'a été opéré par la loi du 9 août 2004 et qui fait du gestionnaire du réseau de transport une entreprise soumise au droit privé et séparée des autres activités électriques⁽²⁴⁶⁾.

Après l'ouverture du marché à la concurrence les deux activités de la fourniture et de l'acheminement ont été séparées: la première va progressivement s'exercer dans un cadre concurrentiel, alors que l'acheminement reste dans le champ du service public⁽²⁴⁷⁾.

Une attention particulière a ainsi été portée au réseau de transport, qui demeure un monopole naturel, et dont l'accès constitue la clé de la nouvelle «distributions des cartes». Quatre principes ont guidé la mise en œuvre de ce nouveau dispositif: l'instauration au sein d'Edf d'un gestionnaire de réseau de transport impartial (RTE) qui bénéficie des garanties d'autonomie en matière de gestion, de finance et de management définies par le législateur; l'accès réglementé et transparent des tiers au réseau; une séparation comptable effective afin d'éviter des subventions croisées, et la mise en place d'une autorité de régulation indépendante et sectorielle, la Commission de régulation de l'énergie(CRE).

L'Etat et Edf ont donc cherché à bâtir un cadre moderne de relation qui permet une bonne articulation entre l'exercice de la tutelle et la nécessité d'assurer à l'entreprise une autonomie de gestion.

La tutelle qui a été exercée sur l'entreprise publique Edf s'est confondue avec celle exercée sur GRT(Gestionnaire de Réseaux de Transport) qui, bien que ait été séparé au titre de la gestion de l'entreprise publique, demeurait toutefois en « son sein ». Elle était prise en charge et mise en œuvre par le Ministre de l'industrie chargé de l'énergie, à travers la direction générale du gaz, de l'électricité et du charbon. Ces contrôleurs étaient également contrôlés par le Parlement.

²⁴⁶ La loi n° 2004-803 du 9 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

²⁴⁷ C. PIERRET, *La loi Pierret et l'avenir de l'organisation électrique*, dans *Nouvelle Organisation électrique française*, Avant-propos XXXV, 2003; ANDRE BOUL, *Une évolution des compétences des collectivités territoriales et un défi pour les entreprises de distribution*, XXXVII. A ce regard, l'un des aspects essentiels de la loi du 20 février 2002 a été de définir pour la première fois de façon explicite et cohérente le contenu du service public de l'électricité, ses bénéficiaires, ses opérateurs et ses modalités de financement ».

La loi n° 2004-803 du 9 août 2004 a rendu caduc le contrôle de tutelle du Ministre sur Edf et GDF⁽²⁴⁸⁾ qui ont pris la forme des sociétés anonymes. Cependant, Selon la loi du 9 août 2004, l'État doit détenir au moins 70 % du capital et des droits de vote.

L'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011⁽²⁴⁹⁾ qui a transposé le «troisième paquet énergie»⁽²⁵⁰⁾, en vue de promouvoir une régulation plus efficace des marchés, a prévu à l'identique et pour les deux secteurs (gaz et électricité) l'option « ITO » inspirée du modèle français du réseau de transport d'électricité (RTE). Ceci permet aux trois groupes énergétiques français (EDF, GDF Suez et Total) de demeurer des « entreprises verticalement intégrées », c'est-à-dire intervenant sur l'intégralité de la chaîne énergétique (production, transport, distribution et fourniture d'énergie). Si la constitution de nouvelles entreprises intégrées est prohibée pour l'avenir, les entreprises existantes de gaz ou d'électricité pourront décider d'une

²⁴⁸ GRT gaz est devenue société anonyme le 1^{er} janvier 2005 en application de la loi du 9 août 2004 qui a transposé en droit français la directive européenne du 26 juin 2003 relative au service public de l'électricité et du gaz et des industries électriques et gazières. L'entreprise détenue à 75% par GDF SUEZ et à 25% par la Société d'Infrastructures Gazières (SIG), consortium public composé de CNP Assurances, de CDC Infrastructure et de la Caisse des Dépôts.

GRTgaz exerce son activité dans un cadre régulé, de façon indépendante.

²⁴⁹ Notamment Code de l'énergie, dans *Journal officiel* du 10 mai pour une entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011.

²⁵⁰ Les nouvelles règles européennes du « troisième paquet énergie » visent aussi à créer une agence à créer une agence européenne de coopération des régulateurs de l'énergie, avec pour objectif d'aider ceux-ci à exercer, au niveau communautaire, les tâches de régulation effectuées au niveau des Etats membres et, si nécessaire, coordonner leur action; à promouvoir la coopération, notamment régionale, entre les gestionnaires de réseaux de transport, par la création de deux réseaux européens de gestionnaires de réseaux de transport; séparer davantage les activités de production et de fourniture d'énergie des activités de réseaux (*unbundling*) afin de promouvoir des conditions de concurrence homogènes, en évitant les risques de conflits d'intérêts et les comportements discriminatoires dans le cadre de l'exploitation des réseaux et en favorisant les investissements dans les infrastructures de réseaux ; améliorer la transparence du marché en ce qui concerne les activités de réseaux et de fourniture en vue de promouvoir une égalité d'accès à l'information, la transparence des prix, la confiance des consommateurs dans le marché et d'éviter les manipulations de marché; renforcer les droits des consommateurs, en imposant aux Etats membres des obligations strictes en matière de protection des consommateurs vulnérables; promouvoir la solidarité entre Etats membres au regard des menaces d'interruption des approvisionnements.

séparation patrimoniale avec leurs gestionnaires de réseau de transport. Ces nouvelles dispositions visent, selon le gouvernement, à «faire évoluer les statuts des gestionnaires des réseaux de transport d'électricité ou de gaz naturel en imposant, d'une part, des conditions nouvelles pour leur fonctionnement, déjà fortement dérogatoire au droit commun des sociétés anonymes et en créant, d'autre part, des procédures inédites en droit français». En ce sens, la CRE, au travers de la procédure dite «de certification», a pour mission de contrôler que les sociétés de transport d'électricité ou de gaz remplissent bien l'ensemble des exigences posées dans l'option ITO de manière à pouvoir être désignées comme gestionnaires de réseau. Les sociétés de transport de gaz ou d'électricité doivent en outre prouver à la CRE leur contrôle continu de la conformité de leurs engagements d'indépendance.

La transposition des directives européenne a donc aboutit à des évolutions essentielles du droit français de l'énergie en terme : de renforcement de l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport (GRT), en ce qui concerne leurs moyens techniques et humains, ainsi que l'organisation interne de ces sociétés, en choisissant l'option «Gestionnaire de réseau de transport indépendant» (ITO); d'instauration d'une procédure de certification de l'indépendance des GRT confiée à la CRE; de renforcement des obligations d'investissement des GRT en instaurant l'obligation de réalisation d'un plan décennal de développement des réseaux concernés; d'élargissement des compétences de la CRE, notamment en matière de sanctions et nouvelles compétences pour intervenir en matière d'investissements sur les réseaux; de renforcement des compétences de la CRE liées aux tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution d'électricité ou de gaz, ainsi qu'aux tarifs d'utilisation des installations de gaz naturel liquéfié.

C'est intéressant noter que le projet de transposition, dans un esprit collaborative, a été élaboré par le gouvernement en étroite collaboration avec les services de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), les entreprises concernées (EDF, GDF Suez, Total et leurs filiales de transport et de distribution d'électricité et de gaz), les groupes de travail composés des parlementaires des commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat, ainsi que le Conseil supérieur de l'énergie.

Il s'agit d'une forme de *gouvernance* étroite à l'État qui permet aux opérateurs économiques de prendre parti au processus décisionnel ainsi comme a lieu dans le système de régulation européen.

2.2 La régulation économique: théorie et conditions

Les directives européennes sur la libéralisation du marché de l'énergie ont introduit entre les États membres le concept de régulation, tel qu' a été élaboré par la doctrine économique anglo-saxon, et faites circuler une nouveaux moyen de penser les rapports entre État et système énergétique.

Il s'agit d'un concept qui est intrinsèquement lié à la notion de concurrence. Spécifiquement dans l'analyse micro-économique et de la pratique administrative anglo-saxonne, la régulation constitue l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir en équilibre économique optimal qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre⁽²⁵¹⁾.

L'équilibre économique optimal étant classiquement réalisé par la situation de concurrence pure et parfaite, la régulation a donc pour but d'instaurer ou de préserver la concurrence. Il s'agit alors de favoriser l'entrée de nouveaux concurrents, de lutter contre les distorsions de la concurrence, notamment les abus de position dominante, voire de limiter les situations de monopole. Les marchés des services publics, caractérisés par la présence initiale d'un monopole public et souvent organisés autour de réseaux physiques, comme celle de l'énergie, sont le lieu de prédilection de la régulation économique.

La définition en termes de politique économique recouvre trois types de politiques publiques qui s'exercent simultanément: ouverture à la concurrence d'activités autrefois appelées de «service public»; privatisation de leur fournisseurs jusqu'alors propriété de l'Etat; gestion administrative de ces marchés par un régulateur, organisme indépendant du pouvoir politique. Dans cette acception, le terme de régulation recouvre celui de libéralisation.

Il est évident que la régulation comprend des manifestations plus larges que la seule réglementation qui relève du privilège

²⁵¹ M. A. FRISON- ROCHE, « *La victoire du citoyen-client* », in *Sociétal*, 30, 2000.

souverain de l'État⁽²⁵²⁾. Une réflexion doctrinale très élaborée a abouti à la formulation de l'hypothèse selon laquelle on assistait à la naissance d'une nouvelle branche du droit : « si un sens commun réunit des manifestations juridiques diverses, si une cohérence les articule entre elles, si des institutions spécifiques apparaissent, il faut alors soutenir qu'une branche du droit est constituée ; c'est le droit de la régulation »⁽²⁵³⁾. Une nouvelle branche du droit caractérisée par son objet, des organes particuliers et une méthode.

2.3 Objet, organes particuliers et méthode de la régulation dans le secteur de l'énergie

Identifier la fonction de la régulation va de pair avec la détermination de ses objectifs et il faut constater que l'expression a fait principalement son apparition dans les directives communautaires de libération sectorielle, s'agissant principalement de l'énergie.

Le terme surgit ainsi au moment où un secteur d'activité voué jusqu'alors au monopole s'ouvre à la concurrence dans des conditions que la puissance publique ne peut ignorer puisque précisément la monopolisation de l'activité était jusqu'alors le fait d'une entreprise publique, désormais dénommées « opérateur historique »⁽²⁵⁴⁾.

Cette situation conduit le législateur communautaire à dissocier dans ce qui n'est plus un face à face entre l'Etat et le marché-trois fonctions distinctes : 1) celle de réglementation, qui reste à l'apanage de l'État; 2) celle d'opérateur sur le marché qui devient le fait des entreprises publiques et privées concurrentes entre elles 3) celle de régulation qui apparaît à l'interface de l'Etat et du marché dans la nouvelle configuration économique liée à l'ouverture du secteur.

Seule la création d'une régulation sectorielle peut permettre le développement d'un marché véritablement concurrentiel, notamment pour garantir un accès non discriminatoire au réseaux .

²⁵² E. COHEN, *De la réglementation à la régulation : histoire d'un concept*, *Problème économique*, 9/2000, pag. 1; F. TEULON, *Dictionnaire d'histoire, économie et finance, géographie*, PUF, Major, 1999, pag. 203.

²⁵³ M.A. FRISON-ROCHE, *Droit de la régulation*, Les Petites affiches, 3 juin 2002.

²⁵⁴ M. A. FRISON- ROCHE, « *La victoire du citoyen-client* », in *Sociétal*, 30, 2000.

La législation nationale (loi de 1996) a repris cette philosophie générale en précisant que la « fonction de régulation est exercé au nom de l'Etat »-sous-entendu par des organismes autonomes-visait l'établissement mais s'assagissait aussi comme perspective-ce qui ajoute à l'approche communautaire- « la fourniture et le financement de toutes les composantes du service public »⁽²⁵⁵⁾.

Par ailleurs, la doctrine a distingué entre le régulation et réglementation : les deux notions font référence à « une intervention publique sur le marché »⁽²⁵⁶⁾, mais la régulation n'est pas imputable à l'Etat au sens strict du terme et ses modalités oscillent entre l'autorité et l'incitation ou la négocié.

Au demeurant l'expérience prouve que la distinction ne peut être que relative car dans des limites précises les autorités de régulation détiennent une fraction du pouvoir réglementaire, tandis que l'Etat n'a pas abandonné toute velléité de régulation.

A cet égard, il faut rappeler la définition fournie par le Conseil d'état, selon laquelle la régulation consiste à « encadrer la concurrence et mettre celui-ci au service d'objectifs politiques conciliant efficacité et équité »⁽²⁵⁷⁾. Le Conseil admet que les autorités administratives indépendantes apparaissent à la fois comme le symbole des désengagement de l'Etat, mais aussi comme l'expression de la volonté du même Etat d'assurer la réalité des garanties évoquées plus haut, fut-ce, compte tenu de la méfiance à l'égard de l'autorité gouvernementale elle-même, par les biais d'organismes échappant au pouvoir exécutif central.

Pour le Haut Court administratif français on peut associe nettement la régulation et la régulation des marches sans opposer le marché et l'Etat.

Expressément d'ailleurs il arrive quelquefois que les textes parlent d'un exercice conjoint par l'Etat et par l'autorité spécialisée de la fonction de régulation.

C'est le cas dans le domaine de l'énergie électrique à propos desquels la loi prévoit que la régulation « est exercée au nom de l'Etat » par le ministre compétent et par la Commission de régulation de l'électricité (CRE)⁽²⁵⁸⁾

²⁵⁵ G. MARCOU, *La notion juridique de régulation*, *AJDA*, 20 février 2006, pag. 347.

²⁵⁶ D. TRUCHET, *AJDA*, 2004, pag. 117

²⁵⁷ G. MARCOU, *Régulation, services publics et intégration européenne en France*, *op.cit*, pag.32.

²⁵⁸ Loi 2000-108 du 10 février 2000.

La mission de la CRE est « quelque chose d'intermédiaire entre le choix des politiques qui n'appartient qu'aux autorités élues et la gestion des services qui est l'affaire des administrations »⁽²⁵⁹⁾.

La CRE est constitué sous la forme juridique d'une autorité administrative indépendante avec pour fonction de garantir un fonctionnement transparent et impartial du marché de l'électricité et du gaz⁽²⁶⁰⁾. Celle-ci présente la particularité d'être intégrée au sein de l'administration publique et d'être un démembrement de l'Etat. Elle exerce, à ce titre, des fonctions administratives, des réglementation et de contrôle d'un secteur spécifique en tout indépendance.

A cet égard, la loi affirme clairement qu'elle échappe à la tutelle et au pouvoirs hiérarchique. En effet, tant les membres de la CRE que ses agents, doivent exercer « leur fonctions en tout impartialité, sans recevoir d'instruction du Gouvernement, ni d'aucunes institution, personne, entreprise ou organisme »

Mais le choix de la mise en place d'une structure administrative indépendante spécifiquement chargée de la régulation du secteur électrique et du gaz n'a pas pour conséquence de rendre sans objet les intervention des pouvoirs publiques.

Au sein de la CRE, un commissaire du gouvernement français nommé par le Ministre de l'énergie, est chargé de faire connaître les analyses du gouvernement et ainsi de « faire inscrire à l'ordre du jour de la Commission toute question intéressant la politique énergétique ou la sûreté et la sécurité des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ou des ouvrages de transport, de distribution ou de stockage de gaz naturel et des installations de gaz naturel liquéfié »⁽²⁶¹⁾.

Il peut demander une deuxième délibération de certaines décisions mais en aucun cas il ne possède un droit de *veto*, c'est à dire que les autorités concernées sont en droit, après la seconde délibération, de maintenir leur décision initiale⁽²⁶²⁾.

²⁵⁹ F. GAZIER et Y. CANNAC, *Les autorités administratives indépendantes, Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n. 35, 1983-1984.

²⁶⁰ J. L. AUTIN, *Autorités administratives indépendantes*, J-CI Administratif, fasc. 75, spec.point n. 7

²⁶¹ Article 29 de la loi n°2000-108, modifié par la loi n°2003-8 du janvier 2003(JORF 4 janvier 2003) sur www.legifrance.gouv.fr.

²⁶² Voir la jurisprudence de la Cour de Cassation française du 5 février 1999, « COB c/Oury », n°97-16440, sur www.legifrance.gouv.fr.

Le gouvernement dispose aussi du pouvoir de soumettre les décisions de la CRE à un contrôle de légalité. Bien que non inscrit dans la loi, ce pouvoir résulte de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel⁽²⁶³⁾.

Les enseignement de cette situation sont fort intéressants du point de vue de la compréhension de la régulation. Celle-ci est bien une fonction étatique car sont en cause des missions qui relèvent du service public et dont la collectivité ne peut se désintéresser.

Mais l'Etat doit rester à l'écart, sous peine de fausser le jeu du marché et les exigences de la concurrence, dans la mesure où il conserve des intérêts spécifiques dans le domaine d'activité. C'est aux autorités de régulation qu'appartient la lourde tâche de concilier « intérêt général et concurrence » assurant la « pérennité du droit public dans une économie de marché »⁽²⁶⁴⁾.

A cet égard, il faut rappeler le pouvoir de proposition de la CRE auprès des autorités publiques qu'il exerce dans trois domaines très importants pour le développement de la concurrence. Il lui appartient, en effet, de proposer les tarifs d'utilisation de réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel et des installations de GNL⁽²⁶⁵⁾, le montant des charges imputables aux missions de service public assignées aux producteurs d'électricité et le montant de contributions des redevables et des bénéficiaires qui s'y rapportent, ainsi que le montant des coûts échoués et celui des contributions y afférant. On ajoutera que la CRE peut proposer au ministre chargé de l'énergie d'ordonner des mesures conservatoires en cas d'atteinte grave et immédiate à la sécurité et à la sûreté des réseaux.

La mise en œuvre de ce pouvoir a d'ailleurs donné lieu à une importante et intéressante décision de la CRE à l'occasion du règlement d'un différend opposant un industriel ou gestionnaire du réseau public. En l'espèce, cet industriel contestait au gestionnaire la proposition de contrat d'accès au réseau qui lui avait faite dans la

²⁶³ V. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, observations sous la décision n. 88-248 DC du 14 janvier au C.S.A., 10^eed., *Dalloz*, 1999, n°42.

²⁶⁴ G. CLAMOUR, *Nouvelle bibliothèque de thèses*, *Dalloz*, Paris, 2006.

²⁶⁵ V. l'article 4 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000, et l'art. 7, I, de la loi n°2003-8 du 3 janvier, 2003.

mesure où le décret fixant les tarifs d'utilisation du réseau sur lequel elle se fondait se serait écarté de la proposition de la CRE⁽²⁶⁶⁾.

Après avoir recherché si le décret s'était ou non écarté de sa proposition, la CRE a considéré que la modification observée, qualifiée de substantielle, avait celui qui aurait résulté de sa proposition.

Des lors, puisque « les auteurs du décret ne disposaient d'aucun pouvoir de cette proposition (...) toute modification, qu'elle retranche, ajoute ou substitue des dispositions à laquelle il prendraient l'initiative de procéder, aboutit à mettre en vigueur des dispositions qui, par nature, n'ont pas fait l'objet, en violation de la loi, d'une proposition de la CRE »⁽²⁶⁷⁾.

La CRE considère donc que les auteurs du décret ont commis une erreur de droit qui entache le décret d'illégalité et qu'elle est dans l'obligation de ne pas faire application de dispositions illégales, sous peine d'entacher sa propre décision d'une illégalité fautive, susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat.

La décision de la CRE, selon le termes se don directeur général, « illustre à la fois la volonté d'indépendances du régulateur- gage de crédibilité, ancrée dans le statut légal de la Commission de régulation de l'énergie- son attachement à ses prérogatives lorsqu'elles constituent une garantie fondamentale pour les utilisateurs de réseaux, et son pragmatisme dans la recherche d'une solution complète au litige »⁽²⁶⁸⁾.

2.4 Les normes techniques: normes privées mais pour finalités de public intérêt

²⁶⁶ Voir la décision de la CRE du 12 décembre 2002 sur un différend qui oppose la société PEM Abrasif Réfractaires(PEMAR) à Réseau de Transport d'Electricité(RTE), en tant que gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, relatif à la mission d'utilisation des réseaux publics applicables aux consommateurs raccordés en tension 42 Kv. Sur cette décision voir T. TOUT, *Régulation du marché de l'électricité : un année de règlement des différends*, RFD adm., mars-avr-2003, pag. 312.

²⁶⁷ F. MODERNE, *Proposition et décision-Recherches sur le régime juridique des proposition dans a jurisprudence administrative contemporaine*, dans *Le juge et le droit public*, LGDJ, juillet, 1974, pag.595.

²⁶⁸ T. TOUT, *Régulation du marché d l'électricité, une année de règlement des différends*, préc., pag. 316.

L'esprit européen d'harmonisation des statuts juridiques des États membres a regardé aussi la norme technique élaboré par les autorités publique et privé du secteur.

L'impact de la normalisation technique d'origine européenne (dont on a parlé dans le chapitre I^{ère}) sur le fonctionnement du marché de l'énergie a fait l'objet de un renouvellement des rapport entre les pouvoirs publiques et les pouvoirs privés du secteur au niveau nationale ainsi que au niveau international.

Il faut souligner que en France l'enjeu d'une participation active aux instances internationales de normalisation techniques est saisi assez tardivement, notamment à partir de l'observation des pratique de l'industrie allemande dans les années 1980.

Un glissement s'opère, depuis la fin des années 1990, de la normalisation vers la standardisation⁽²⁶⁹⁾. Le processus de normalisation classique lie en effet étroitement innovation technologique, propriété intellectuelle et positions de marché, selon un *continuum* dans laquelle la normalisation industrielle cherche à en assurer le débouché le plus large possible des innovations, en suscitant une norme- qui deviendra également obligatoire ou s'imposera *de facto* comme le standard de qualité du marché- grâce à un lobbying au sein d'instances officielles de normalisation, préexistantes et qui ont un fonctionnement institutionnel classique.

A travers la création d'une alliance normative entre industriel innovateur, ses intégrateurs, ses utilisateurs et distributeurs, prend forme un *forum ad hoc* de standardisation technique, qui est en lui-même une instance de *lobbying* auprès des pouvoirs publics. A travers ce *forum* le standard de fait vient d'être cristalliser en une norme.

Trois caractéristiques propre du processus de standardisation technologique apparaissent très clairement : le droit constitue la résultante d'une stratégie très précise mis en œuvre par une coalition spécifique d'intérêt économique, et non un instrument préexistant au service de l'ensemble des acteurs ; les institutions utilisées sont *sui generis*, en marge du système de relations internationales classiques. Ces institutions regroupent intérêt privés et pouvoir selon des arrangements variés, censés de décision classique « un État, un voix » ; en particulier dans les activités des réseau qui posent la

²⁶⁹ M. ROYON, *La guerre des normes : les entreprises s'affrontent au sein de clubs privés*, *Les Echos*, 10 janvier, 2001

question de l'interopérabilités des équipement, le standard devient à la fois un objet, voire un enjeu de la régulation, et un instrument de la régulation. En effet, il définit les limites du réseau ainsi que le degré d'intégration économique des opérateurs⁽²⁷⁰⁾.

A ce modèle se réfère l'Autorité de normalisation française (Afnor), que dans le point de vue formel est une société privée, même si elle a été déclaré « institution d'utilité publique ».

Ses actes sont comparables à ceux administratives et dans l'exercice de ses fonctions, elle est soumise au contrôle du ministères de l'Industrie ⁽²⁷¹⁾.

L'objet de sa fonction, comme l'explique l'art. 1 du décret n. 84-73 du 26 janvier 1984, est de fournir aux autorité publiques des documents de référence qui apportent des solutions à des problèmes techniques concernant produits, biens et services qui surgissent dans la relation entre partenaires économiques, scientifiques et sociales, en défiant les principales caractéristiques.

Cependant, cette fonction est partagée avec différentes organes :le Commissaire aux normes, ce qui représente l'autorité publique, le Ministre de l'Industrie qui assure la cohésion des règlements techniques et qui est chargé de nommer le Commissaire à la normalisation.

L'Afnor, est composée en moyen égalitaire de représentantes des administrations de l'Etat, des actives industrielles, des associations de catégorie ainsi que du monde de la recherche.

Elle agit sur la base d'un mandat spécifique et s'occupe de vérifier les besoins dans le domaine en fonction des différents changements de réglementation, de cordonner les activités de normalisation menées à différents niveaux e, finalement de

²⁷⁰ J. KAY, *Position dominante et standard industriels*, *Le figaro*, 11 juin 1999.

²⁷¹ N. LUNGARESI, *Profili Comparatistici della normazione tecnica: l'esperienza francese dell'Afnor*, in P. ANDREINI, G. CAIA, G.ELIAS, F.ROVERSI MONACO(a cura di), *La normativa tecnica industriale*, il Mulino, Bologna, 1995, pag. 423; A. NOURY, *Normalisation, règles techniwues et environnement : une perspective théorique*, in N. GRECO, *Crisi del diritto*, cit. pag. 50; M. POLLAK, *La régulation technologique, le difficile mariage entre le droit et la technologie*, *Rev.fr.sc.pol.*, 1982, pag. 165 ; S. CHARBONNEAU, *La gestion de l'impossible : la protection contre les risques techniques majeurs*, Paris, 1992 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Dalloz, 1977, pag. 96 Selon celui-ci : « le droit n'est pas le seule source de normativité, il existe, il a toujours existé une normativité spontanée au cœur des groupes sociaux, fussent-ils réduites en taille et pauvres en structures ».

représenter le Pays au sein des organismes internationaux de normalisation⁽²⁷²⁾.

Grace à l'Afnor les régulateurs pouvons acquérir de compétences et d'informations que n'on souvent pas.

Dans le point de la régulation des intérêts généraux, l'Afnor représente une évolution du système juridique dans lequel la loi, essentiellement orientée vers l'intérêt public, concentre plutôt l'attention sur les intérêts des entités réglementées, alors que la réglementation privée, de lobbying entre les entreprises privées, se transforme en un mécanisme de garantie pour les intérêts généraux.

²⁷² Décret n. 84-73 du 26 janvier 1984, dans *Gazete du Palais*, 1984.

PROFILI RICOSTRUTTIVI E PROBLEMI IRRISOLTI

1. La circolazione “dissociata” dei modelli giuridici

Di trapianto o circolazione di modelli giuridici si parla per descrivere modalità di cambiamento istituzionale derivanti da forme di imitazione e convergenza tra ordini giuridici disposti su vari livelli⁽²⁷³⁾.

L'esempio di circolazione inveratosi negli ultimi decenni è l'idea stessa di mercati concorrenziali dell'energia. I processi di liberalizzazione accompagnati da quelli di privatizzazione sono divenute la politica dominante degli Stati UE, ma si è trattato una “circolazione dissociata”.

Non tutti i Paesi che hanno deciso di abbandonare l'organizzazione monopolistica o si sono dotati delle medesime istituzioni, né si è verificata una completa convergenza dal punto di vista dell'organizzazione del mercato energetico. Ciò in ragione del fatto che le singole discipline giuridiche nazionali hanno interessato l'articolazione di quel mercato in settori distintamente considerati.

Gli stessi motivi di fondo che hanno portato alcuni Paesi ad abbracciare la politica di liberalizzazione non sono stati sempre identici: ragioni di tipo economiche si sono scontrate con altre di tipo sociale ben rappresentate dall'idea di “*service public à la français*”.

Ciascuna di queste circostanze ha avuto evidenti ripercussioni sul modello di regolazione da adottare. È emblematico a riguardo il caso dell'ordinamento francese in cui il recepimento delle direttive europee, in materia di elettricità e gas, non ha richiesto una revisione delle tradizionali politiche industriali.

L'apertura alla concorrenza non ha impedito, infatti, di conservare i tratti dominanti dello Stato imprenditore: proprietà pubblica, integrazione verticale in tutti i segmenti della filiera, tutela rafforzata del servizio pubblico.

Vale la pena ricordare che il “forzoso” recepimento delle direttive comunitarie si è realizzato in un quadro di sostanziale

²⁷³ M. GRAZIADEI, *Comparative law and the Study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN E R. ZIMMERMANN (a cura di) *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pag.441.

continuità rispetto al precedente assetto monopolistico: da qui l'istituzione di un gestore della rete di trasmissione, *Reseau de transport d'électricité* (RTE), situato all'interno del gruppo *Electricité de France*, ovverosia, l'operatore storico.

L'indipendenza di RTE che si è "limitatamente" tradotta nel riconoscimento della sua autonomia finanziaria, nell'imposizione di determinati obblighi di riservatezza nonché nella sorveglianza di un'apposita autorità di settore, la *Commission de Regulation Energetique*, è intervenuta solo a seguito di continue sollecitazioni dei giudici del *Conseil Constitutionnel*.

Le autorità di regolazione, specificatamente la CRE in Francia e l'AEEG in Italia, rappresentano a loro volta un istituto giuridico accomunante tutte i Paesi membri dell'Unione europea.

Nella dottrina giuspubblicista sono state rappresentate come autorità che svolgono di fatto una funzione di rappresentazione delle istanze della società civile contribuendo alla formazione delle decisioni politiche con le risorse di carattere cognitivo e organizzativo di volta in volta richieste (²⁷⁴).

Ma anche in tal caso al dato testuale non corrisponde una similitudine nei modelli, né tanto meno una convergenza nei contenuti minimi. Il requisito dell'indipendenza che dovrebbe essere il tratto caratterizzante nonché integrante la loro legittimazione all'esercizio di determinati poteri, presenta una "geometria variabile" in quanto condizionato dai rapporti con gli esecutivi nazionali. Si pensi alle evoluzioni che hanno interessato l'AEEG: la legge istitutiva (n. 481 del 1995) aveva delineato un modello di regolazione nell'ambito del quale il Governo doveva esercitare funzioni di indirizzo politico e l'AEEG compiti di regolazione settoriale e di controllo. In controtendenza con questo iniziale orientamento, si muovono i successivi interventi. Le due direzioni intraprese sono state da un lato, di traslare una serie di competenze, originariamente attribuite all'AEEG, in capo al Governo o al Ministero competenze e, dall'altro lato, di ampliare notevolmente i poteri di indirizzo centrale nei confronti di tale soggetto. Così i due decreti di liberalizzazione del settore elettrico e del gas, sebbene abbiano provveduto a far salve le funzioni precedentemente attribuite all'AEEG dalla legge istitutiva, hanno potenziato i poteri ministeriali e governativi nei confronti della stessa.

²⁷⁴ G. ZAGREBLESKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pag. 47.

Non meraviglia, pertanto, che le proposte di armonizzazione contenute nel terzo pacchetto energia indichino chiaramente come, nonostante l'ampia diffusione dell'*Authorities* di settore, l'aderenza ai precetti comunitari è stata limitata. La circolazione di tale istituto sembra quindi essere avvenuta per nozioni ad ampio spettro: il significato che esse hanno assunto negli ordinamenti riceventi è stato in larga misura determinato dalle caratteristiche della tradizione giuridica locale (²⁷⁵).

2. *Gli strumenti di ricomposizione della frammentarietà dei sistemi normativi*

La circolazione dissociata dei modelli e degli istituti giuridici ispirati al principio della concorrenza per il mercato, ha avuto importanti ripercussioni sul processo di integrazione dei mercati dell'energia, e di armonizzazione delle relative legislazioni rallentandone il percorso. Si spiega così la necessità per le istituzioni europee di ridefinire contenuti, strumenti e principi della regolazione, attingendo a modelli di *governance* di tipo *bottom up* e *transversal*.

Il tal senso il rafforzamento di quel carattere di indipendenza delle autorità di regolazione, previsto nelle ultime direttive energetiche, si accompagna ad un'intensificazione delle occasioni di partecipazione all'esercizio delle funzioni normative a livello comunitario e all'istituzionalizzazione di organismi di regolazione e cooperazione transnazionali che ne seguono il percorso attuativo.

Nell'ottica di una *governance* intesa come modalità alternativa di formazione delle decisioni, vale a dire basata sulla consultazione più ampia possibile dei soggetti interessati nell'elaborazione di "pochi" ma partecipati strumenti normativi (²⁷⁶), alla sostanziale omogeneità degli obiettivi fissati nelle sedi politiche europee è fatta corrispondere una flessibilità delle strategie e dei modelli attuativi i cui protagonisti, pubblici che privati, si intersecano in una rete che tende sempre più a trovare un "nodo" di raccordo a livello europeo ma in nuove sedi istituzionali ovvero in quelle giurisprudenziali.

²⁷⁵ G. AJANI, *Navigatori e giuristi. A proposito del trapianto di nozioni vaghe*, in V. BARTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 3.

²⁷⁶ Libro Bianco, *La governance europea*, COM(2001) 428 definitivo/2, consultabile su www.eur-lex.europa.eu.

Più che un centro istituzionale, la *governance* identifica un processo di coordinamento fluido e decentrato, la cornice o *framework* per lo svolgersi dell'azione (²⁷⁷). Mentre i *policy network* sono la forma di organizzazione sociale della *governance*, lo spazio di relazione tipico di questo genere di processi, così come il mercato per l'economia e la gerarchia per lo Stato e le burocrazie.

Nei *network* le autorità di regolazione svolgono una funzione in parte indipendente e in parte comune rispetto agli ordinamenti nazionali, integrano forme di regolazione "condivisa" tra autorità nazionali ed istituzioni europee, ovvero sistemi di autoregolazione o misti che vedono la compresenza nella stessa struttura, o in strutture tra loro coordinate, di attori pubblici e privati (ETSOs).

Come evidenziato nel secondo capitolo, si tratta di organizzazioni, che svolgono una funzione consultiva rispetto agli organi istituzionali, e fanno da collante tra i soggetti regolati, le istituzioni nazionali e quelle che agiscono sul versante europeo.

3. *L'organizzazione pubblica reticolare nel mercato transnazionale dell'energia*

Nel liberalizzato contesto europeo dell'energia, quello "spazio economico comune" di cui parlava Carl Schmitt nel suo *Nomos della Terra* (²⁷⁸), potrebbe essere rappresentato come uno spazio in cui i mercati perdono la propria identità nazionale; all'unica impresa subentra una pluralità di operatori economici, pubblici e privati, la cui azione si esplica in un campo di gioco in cui è vietata ogni discriminazione in base alla nazionalità, e in cui alle norme di tipo finalistico subentrano quelle di tipo condizionale (²⁷⁹).

La sua fisionomia giuridica non è solo disegnata dal legislatore statale ma anche da quello europeo, che rende ormai obsoleta l'idea secondo cui l'ordinamento giuridico europeo e quello nazionale

²⁷⁷ F.W. SCHARPF, *Governare l'Europa: legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, Frankfurt am Main, 1993.

²⁷⁸ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, cit., pag.242.

²⁷⁹ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2002. Sui processi di privatizzazione, liberalizzazione, regolazione nei settori considerati, si vedano G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 2200; F. VETRÒ, *La regolazione del mercato elettrico. Sull'ordine giuridico del mercato libero dell'energia elettrica*, *Rivista*, nn. 3-4, 2003, pag. 808.

siano distinti, benché comunicanti, e che le norme europee siano delle mere fonti-fatto.

Nell'analisi della normativa comunitaria dedicata alla disciplina dell'energia e ai suoi condizionamenti sugli ordinamenti interni e le relative scelte di politica energetica, si è invece cercato di evidenziare come le norme comunitarie abbiano acquisito di volta in volta natura più vincolante, e ciò nonostante il carattere di compromesso politico di alcune scelte.

L'intervento della Comunità, e ora dell'Unione europea, non si esplica (più) solo nell'individuazione dei principi, come evidenzia la progressiva riduzione dei margini di selezione adattativa lasciata ai pubblici poteri nazionali.

Le nuove direttive per i mercati di elettricità e gas stabiliscono infatti obblighi più stringenti a carico di quest'ultimi: a partire dalla designazione delle autorità di regolazione fino alla definizione puntuale delle loro attribuzioni accentuandone da ultimo la loro posizione di indipendenza sia nel mercato che nello Stato.

Specifici profili di interesse pubblico vengono poi trasferiti in campo a « *specialized agencies or commissions capable of fact-finding, rule-making and enforcement* », in nome di un rinnovato spirito competitivo « *between rules and between regulators that may stimulate flexibility and policy innovation* »⁽²⁸⁰⁾.

Tale fenomeno non costituisce necessariamente il segnale di un accentramento della funzione regolativa poiché, nella maggior parte dei casi, non si traduce nello spostamento di una competenza esclusiva dal livello statale a quello sovranazionale, ma nell'allargamento della competenza regolamentare al livello europeo attraverso la definizione di funzioni condivise. Spesso la competenza in senso tecnico rimane agli Stati membri ma attraverso un coordinamento multilivello si creano nodi che tengono uniti i diversi regolatori nazionali.

Si può parlare, a riguardo, di un coordinamento su diversi piani geometrici, metaforicamente utilizzati, perché nella maggior parte delle ipotesi alla sussistenza di più livelli non corrisponde la gerarchia ma piuttosto una modalità di coordinamento complesso di attività regolative che si avvale di strumenti originali e che facilita la

²⁸⁰J. KAY, J. VICKERS, «*Regulatory Reform: An Appraisal*» in G. MAJONE (ed), *Deregulation or Re-regulation – Regulatory Reform in Europe and the United States*, 1990, pag.223.

creazione di una cultura condivisa, segnando il passaggio dalla coercizione alla regolazione attraverso l'informazione.

Le reti transnazionali di esperti che fanno parte del Gruppo dei regolatori così come dei Forum e del CEER, conducono regolarmente indagini e consultazioni per identificare le migliori pratiche poi trasposte nella maggior parte dei casi dalla Commissione europea in direttive, o utilizzate nella procedura comitologica per l'elaborazione delle linee guida previste dai regolamenti per i mercati dell'elettricità e del gas.

Si tratta della concreta attuazione di forme alternative di *governance* in grado di superare le inadeguatezze della tradizionale regolazione di stampo gerarchico in contesti caratterizzati da notevole incertezza ed interdipendenza fra un elevato numero di attori pubblici e privati (²⁸¹).

Ne deriva una duplice conseguenza: l'apertura laterale delle autorità nazionali che va oltre il territorio degli Stati e, per i profili attinenti la disciplina elettroneleare anche dell'Unione; e l'esplicazione dell'attività amministrativa dell'Unione in un ambito più esteso rispetto a quello dei suoi organi istituzionali.

Si è inoltre constatata la progressiva istituzionalizzazione di circuiti decisionali a cui partecipano singoli soggetti o categorie sociali, ormai sedi privilegiate di cooperazione sovranazionale. Si tratta di un insieme di fenomeni che possono essere spiegati ricorrendo alla definizione di "convergenza statica", elaborata nell'ambito dell'ingegneria elettronica, quale incontro tra reti che riescono a mettere in comune contenuti, servizi, linguaggi.

Esemplificativo è il caso analizzato dell'UCPTE: un'organizzazione "tecnico-specialistica" slegata dai singoli interessi nazionali e basata su meccanismi di tipo "fiduciario".

La tendenza recente che interessa l'UCPTE così come l'ERGEG è quella di individuare a livello europeo un "punto di riferimento" (ENTSOs e ACER), per i vari insiemi "reticolari" che dia voce ai protagonisti pubblici e privati nazionali rappresentandoli non più (solo) di fronte al mercato interno ma all'economia globale.

²⁸¹ V. LOBEL, *The Renew Deal: The fall of Regulation and the rise of Governance in contemporary Legal Thought*, in *Minn. L. Rev.*, 89, 2004, pag. 262. Con specifico riferimento al settore dell'energia C. F. SABEL E J. ZEITLIN, *Learning from difference: The new architecture of experimentalist Governance in the EU*, in *Eur. L. J.*, 14, 2008, pag.271.

4. Il potere statale di fronte ai c.d. dispositivi dinamici del sistema energetico da fonte convenzionale

Le politiche di normalizzazione e di *governance* di matrice sovranazionale analizzate nei paragrafi precedenti si fondano sull'idea che il legislatore nazionale debba limitare il suo intervento al riconoscimento delle norme private come fonti di integrazione, riportando ad un'unità il sistema attraverso l'obbligo per gli organismi di normalizzazione interna di omologare i risultati e facilitare l'aggregazione delle scelte compiute nelle sedi di produzione normativa tecnica sovranazionali.

Lo Stato non rinuncia però *tout court* all'esercizio del suo potere normativo ma solo alla pretesa di esaurire in sé la manifestazione della giuridicità, riconoscendo l'esistenza di un "diritto dei privati"⁽²⁸²⁾ vale a dire di un'entità che presenta "certi requisiti di indipendenza e, nello stesso tempo, di dipendenza, cioè di limitata indipendenza da quello originario e sovrano"⁽²⁸³⁾.

Le decisioni degli organismi di normazione tecnica necessitano, infatti, di essere profuse in atti giuridicamente vincolanti o comunque produttivi di effetti giuridici. La rappresentanza politica non può infatti essere sostitutiva con la rappresentanza di interessi: l'atto legislativo è necessario per attestare che le norme tecniche prodotte e "*their objective are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate*"⁽²⁸⁴⁾.

Dal modello dei dispositivi dinamici non è estranea anche la Corte di giustizia, che nel dialogo con i giudici nazionali, tenta di immettere principi cardine, come quello della certezza del diritto, "intesa come volontà eguale e costante della legge", e di proporzionalità nell'applicazione del diritto europeo all'interno del rinnovato contesto istituzionale alimentato dalla tecnica, dall'economia, dal progresso sociale e dai correlati conflitti⁽²⁸⁵⁾.

²⁸² W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963.

²⁸³ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico, (voce Autonomia)*, Giuffrè, Milano, 1947, pag.29.

²⁸⁴ R. BALDWIN- M. CAVE, *Understanding regulation, Strategy and practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999; J. Vickers, M. Armstrong, S. Cowan, *Regulatory Reform – Economic Analysis and British Experience*, MIT Press, Cambridge, Mass, 1994.

²⁸⁵ M. D'ALBERTI, *Diritto dell'economia e trasformazione delle fonti*, in *Nomos*, 1-2/2005, pag. 246.

PARTE SPECIALE
L'ENERGIA DA FONTE ELETTRONUCLEARE
UN SISTEMA NORMATIVO E DI MERCATO COMPOSITO

Introduzione

Il sistema elettronucleare presenta delle caratteristiche di specifico interesse nelle modalità di esercizio del potere pubblico. E ciò in virtù dei suoi tratti strutturali: l'energia nucleare è innanzitutto un'energia tecnologica perché a differenza delle fonti fossili (petrolio, gas, carbone), l'elemento fondamentale per poter disporre di energia nucleare è la tecnologia non la materia prima. Ciò non significa che per poter produrre energia nucleare da fissione non ci voglia anche la materia prima (l'uranio ad esempio), ma che la tecnologia è necessaria non solo per progettare e costruire reattori, ma anche per realizzare il combustibile in grado di farli funzionare. Il combustibile nucleare è, infatti, un prodotto industriale molto più che una materia prima.

Ne consegue che la regolazione giuridica non può prescindere dalla normazione tecnica di origine industriale che, come nel caso della Francia, ha, nel corso degli anni, dato vita ad una solida tradizione autoregolativa tale per cui il diritto potrebbe limitarsi in parte alla ricezione nell'ordinamento giuridico delle regole di comportamento affermatesi nello specifico ambito della tecnica.

L'energia nucleare è inoltre un'energia pervasiva: la sua messa in opera richiede la costruzione di un sistema di attori capaci di interagire armoniosamente per ottenere il risultato voluto, proprio come accade in un'orchestra con molti strumenti che devono seguire una partitura complessa. Tra gli attori vi è anzitutto il mondo della ricerca-pubblica nelle fasi iniziali e privata ma mano che ci si avvicina all'applicazione industriale che deve mettere a punto e sperimentare le soluzioni da impiegare.

Le regole del nucleare non rappresentano però un universo a parte: le dimensioni della disciplina elettronucleare sono quelle del diritto contemporaneo, solo che in assenza di confini definibili essa *éclate* cioè è compressa tra diverse *cadres juridiques* e quindi evolve

per “inquinamenti”, trasposizioni, estensioni rispetto alle regole poste da altre scienze giuridiche.

Ciò spiega le deroghe previste nel relativo regime giuridico rispetto a quelle contemplate per le fonti convenzionali: i profili strettamente connessi alla sicurezza, alla tutela della salute e dell’ambiente così come l’ applicazione *ratione personae* ai soli Stati (imprese, istituzioni pubbliche o private) che formulano una scelta “compiuta” circa l’ inclusione di tale fonte nel proprio mix energetico.

Il ravvicinamento delle legislazioni, irrinunciabile sia per ragioni economiche che per prevenire o far fronte ad avvenimenti le cui conseguenze superano confini statali, è fondato su una fitta trama di relazioni che dà vita ad un quadro normativo frammentario.

La prossimità della politica nucleare rispetto a quella attinente la difesa nazionale, fa sì che tale riavvicinamento non avvenga come nel sistema di normalizzazione comunitario- ove le competenze normative delle istituzioni sovranazionali e i principi generali di diretta applicabilità e primazia delle direttive di armonizzazione consentono di imporre *standard* uniformi agli Stati membri- piuttosto, l’armonizzazione della normativa tecnica elettronucleare passa per i canali dell’informazione e della cooperazione.

Il governo dell’energia nucleare predilige instaurare reti di collegamento e assistenza tra Stati che convergono verso la formazione di un diritto composito in cui le fonti di regolazione ma soprattutto i principi che guidano l’azione sia dei poteri pubblici che dei privati provengono da una serie di organizzazioni che vestono i panni dei *non-statutory regulators*⁽²⁸⁶⁾.

L’intervento dei poteri pubblici rappresenta, in tale contesto, un fattore di garanzia per la piena operabilità dei meccanismi decisionali e di governo del sistema elettronucleare.

1. I fondamenti giuridici della disciplina elettronucleare

1.1 Alle origini del sistema elettronucleare: le fonti pattizie

²⁸⁶ S. COLIN, *Private regulation of the public sector: A neglected facet of contemporary governance*, in *Journal, Law and Society*, vol. 29, n. 1, marzo 2002.

Il ricorso all'energia nucleare rientra nell'autonoma determinazione degli Stati e il motore della sua disciplina risiede nelle legislazioni “*de droit interne*”, ma la sua fisionomia è stata in gran parte modellata dal diritto internazionale “*contraignant*” e dagli strumenti internazionali non vincolanti. I due pilastri sui quali si regge la disciplina nazionale sono infatti i trattati internazionali e il *soft law*.

Le ragioni risiedono nel fatto che l'impiego dell'energia da fonte nucleare e gli effetti che ne possono derivare trascendono l'ambito della sovranità spaziale di cui possono disporre i singoli Stati (come è stato già più volte evidenziato).

Ad un esame retrospettivo delle principali tappe evolutive della disciplina giuridica elettronucleare, il primo tentativo di regolamentazione della materia è da ricondurre proprio ad un atto internazionale, il c.d. piano Baruch presentato alle Nazioni Unite dal governo statunitense nel giugno 1946. L'obiettivo del piano era di proibire future costruzioni di ordigni militari basati sulla tecnologia nucleare, e di creare una «particella di governo mondiale»⁽²⁸⁷⁾ per la soluzione di problemi relativi allo sfruttamento e all'impiego per usi civili dell'energia nucleare⁽²⁸⁸⁾.

Si trattava di un piano che, seppur apprezzabile dal punto di vista tecnico e politico, ebbe scarso successo a causa dell'opposta connotazione rispetto agli equilibri politici e alla struttura organizzativa della Comunità internazionale del sistema di controllo e sfruttamento dell'energia nucleare, ed incurante della tradizionale riluttanza degli Stati a trasferire ad organi o enti internazionali funzioni che implicavano un'ingerenza nella propria sfera giuridica.

L'opposizione al piano Brunch era infatti motivata dal fatto che la sua attuazione avrebbe comportato una possibile e ingiustificata restrizione delle sovranità nazionali, tanto più che si poneva come atto volto ad evitare la proliferazione nucleare piuttosto che a

²⁸⁷S. M. CARBONE, *La regolamentazione internazionale ed europea*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di) *Annuario di diritto dell'energia nucleare*, Il Mulino, Bologna, 2011.

²⁸⁸ Segnatamente, era prevista oltre che l'istituzione di un ente sovranazionale fornito di tutti i poteri idonei a garantire un complesso ed assoluto controllo di qualsiasi tipo di impiego dell'energia nucleare, anche l'affidamento a tale ente della proprietà, responsabilità e gestione diretta degli impianti relativi al trattamento del combustibile nucleare. Si voleva così sottrarre agli Stati il potere di decidere su quelle fasi potenzialmente pericolose del «ciclo del combustibile».

favorire lo sviluppo dell'energia nucleare e del suo impiego per usi civili, di cui non forniva alcuna garanzia.

Fallito il piano Brunch, nel 1968 fu approvato il Trattato di Non- proliferazione nucleare con l'obiettivo di limitare il più possibile il ricorso alla dotazione di armamenti nucleari e favorirne l'utilizzo per soli fini pacifici.

Da un lato, i paesi firmatari affermavano la propria disponibilità a trasferire ad altri Stati la propria tecnologia ed i propri materiali, dall'altro, a non acquisire in alcun modo un armamento atomico. A tal fine erano stati previsti sistemi di controllo ed una disciplina sulle salvaguardie (c.d. *safeguards*) limitativa della sovranità decisionale degli Stati importatori⁽²⁸⁹⁾.

Il regime sulle *safeguards*, definito in termini generici dal Trattato Npt, fu reso oggetto di successivi accordi internazionali- da cui il documento Infcirc/153- e atti convenzionali, come i *Comprehensive safeguards agreements*. Nonostante gli sforzi deliberativi, entrambi i documenti mostrano diversi punti di fragilità, in particolare sotto il profilo dell'efficacia dei controlli, ovvero del rischio di recesso degli Stati ⁽²⁹⁰⁾.

Per quanto riguarda la politica di *safety* degli impianti nucleari la regolamentazione internazionale è invece riuscita a rivitalizzare gli

²⁸⁹ Specificatamente della *safeguards* fanno parte quelle le misure volte a garantire che gli Stati non violino gli obblighi relativi all'utilizzo pacifico di energia nucleare secondo quanto convenuto in occasione della firma del Trattato di non proliferazione

Riprendendo le espressioni contenute nello Statuto dell'*International Atomic Energy Agency*: «*Nuclear safeguards are measures to verify that States comply with their international (i.e. Treaty) obligations not to use [nuclear materials](#) for nuclear explosives. Global recognition of the need for such verification is reflected in the [Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons](#) (the NPT), '[full-scope](#)' or '[comprehensive](#)' *safeguards agreements*».*

Implementation of these safeguards agreements had, until the last decade of the 20th century, focused on what are called nuclear materials accountancy measures (sometimes termed classical safeguards). These measures involved the State providing the IAEA (the Agency) with declarations of its nuclear material (i.e. how much material there is and where it is, what are called [nuclear materials accountancy](#) reports), and information on relevant aspects of the design of the [nuclear facilities](#) concerned.

²⁹⁰ Una soluzione prospettata in dottrina è quella di un intervento diretto del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite attraverso una specifica risoluzione rivolta ad imporre direttamente la permanenza quanto meno dell'obbligo di rispettare i vincoli di utilizzo dei materiali nucleari e delle relative tecnologie acquisite al momento del recesso. Sul punto si v. S.M. CARBONE, *La regolamentazione internazionale ed europea*, in G. NAPOLITANO E A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, 2011, pag. 22.

interessi nazionali su alcune tematiche chiave, gradatamente acquisite nell'ordine di competenze della CEEA. Gli standard internazionali «*for protection of health and minimization of danger to life and property*» sono state infatti trasposti nelle più recenti direttive EURATOM. Bisogna però distinguere le misure e le azioni che riguardano la *safety*, comunemente tradotta con il termine di sicurezza, da quelle che in ambito internazionale ed europeo rientrano nella *security*. Secondo la distinzione proposta dalla Commissione europea nella Comunicazione del 2002 (COM 2002/605) e modellata sulla base delle indicazioni degli enti internazionali (in particolare l'*International agency of energy atom-IAEA*): alla categoria della *security(sécurité)* appartengono le misure legate all'accesso, alla protezione e all'uso dei materiali nucleari e sostanze radioattive, mentre in quella di *safety (sûreté)*, o sicurezza nucleare intrinseca, le misure volte a garantire una progettazione ed un funzionamento efficace e sicuro degli impianti nucleari.

Il più importante *milestone* nella costruzione di un compiuto sistema giuridico internazionale dedicato alla *safety* degli impianti nucleari è stato raggiunto con l'approvazione e ratifica della Convenzione sulla sicurezza nucleare del 1994 (*Convention on nuclear safety-Cns*)⁽²⁹¹⁾, con la quale per la prima volta venne imposto agli Stati l'obbligo di garantire l'effettiva operatività di specifici strumenti normativi e regolamentari in materia sicurezza degli impianti nucleari, di gestione dei rifiuti radioattivi e del complesso ciclo del combustibile nucleare. A differenza delle precedenti Convenzioni, la Cns si propone di prevenire il rischio di incidente nucleare e non di ridurne gli effetti. Si parla di "convenzione incentivante"⁽²⁹²⁾ per la flessibilità delle opzioni tecniche e per il fatto di basarsi su principi di sicurezza piuttosto che su *standard* specifici.

Una seconda convenzione, *The Convention of spent fuel management and on safety of radioactive waste management* (Convenzione congiunta) del 1997⁽²⁹³⁾, è invece dedicata al tema

²⁹¹ Per il testo ufficiale cfr. *Convention on nuclear safety*, Wien, Iaea, Infirc/449, 5 luglio 1994.

²⁹² A. PASCOLINI, *Il disastro di Chernobyl e le iniziative internazionali per la sicurezza nucleare. Parte seconda: accordi e convenzioni internazionali*, in *Pace e Diritti umani*, n. 2, maggio-agosto 2007.

²⁹³ Per il testo ufficiale cfr. *Joint convention on the safety of spent fuel management and on the safety waste management*, Iaea, Infirc/546, 24 dicembre 1997.

della gestione e dei rifiuti radioattivi. Fra i punti principali, vi rientrano la partecipazione del settore pubblico nello smaltimento dei rifiuti, l'incombenza sugli Stati della sicurezza del procedimento e il metodo delle riunioni d'esame dei rapporti delle singole parti.

L'obbligo di seguire determinati principi e *standard* in materia di sicurezza dei rifiuti radioattivi investe, oggi, anche la fase di monitoraggio dei trasferimenti internazionali. A conferma del fatto che il concetto di competenza territoriale è svincolato da riferimenti di tipo stanziale e piuttosto orientato a qualificare in senso funzionalistico lo spettro di azione delle istituzioni pubbliche⁽²⁹⁴⁾ e degli organismi di regolazione a vario titolo coinvolti.

1.2 Il Trattato EURATOM: potenzialità e limiti di un traité loi

Nell'ambito della normativa internazionale relativa al campo dell'energia nucleare, un ruolo di particolare interesse è rivestito dal Trattato EURATOM (TCCEA). In coerenza con la sua portata materialmente circoscritta, il TCCEA è una fonte primaria che aspira ad essere, almeno per taluni aspetti, eminentemente prescrittiva: un *traité loi* di impronta dirigitica e pianificatrice che nelle intenzione dei suoi autori avrebbe dovuto disegnare l'architettura essenziale del futuro regime di produzione e gestione dell'energia nucleare.

La sua redazione è avvenuta in una serie di scansioni temporali la cui data di inizio è riconducibile alla Conferenza di Messina del 1955 nel corso della quale fu conferito mandato ad un'apposita Commissione per l'energia nucleare (presieduta da Louis Armand, allora Presidente delle ferrovie francesi), di redigere un Rapporto finale sulla possibilità di creare un'organizzazione comune per lo sviluppo pacifico dell'energia atomica. Il Rapporto finale, meglio conosciuto come rapporto Spaak⁽²⁹⁵⁾, fu approvato nel corso della Conferenza di Venezia nel 1956, in occasione della quale i governi dei sei Paesi fondatori della CEE e della CECA diedero mandato ad un comitato, c.d. dei "Tre Saggi", di portare avanti i negoziati per l'elaborazione del testo definitivo che fu firmato il 25 marzo 1957 a Roma ed entrò in vigore il 1 gennaio del 1958.

²⁹⁴ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007, pag. 39.

²⁹⁵ Nel frattempo all'interno della Commissione si sono tenuti i negoziati per la stesura delle posizioni di ciascuna delle delegazioni dell'allora Stati membri.

La creazione di un'apposita comunità dedita al governo elettronucleare segna la rottura dell'isolazionismo e della politica della segretezza nella corsa agli armamenti nucleari che aveva contraddistinto nel corso della guerra fredda i rapporti fra gli Stati⁽²⁹⁶⁾ e l'apertura di una lunga stagione di negoziati per la messa in comune di risorse, tecnologie e conoscenze.

Analogamente al contestuale trattato di Roma, EURATOM nasce dalla presa di coscienza della transizione dell'Europa da una posizione di esportatrice netta di energia (fino al raggiungimento del picco energetico nel 1927) ad una posizione di importatrice.

Dal punto di vista sostanziale tale consapevolezza si è tradotta nell'assegnazione al Trattato CEA della funzione di regolamentare in modo uniforme il mercato e la distribuzione dei materiali atomici⁽²⁹⁷⁾, ma anche di disciplinare la produzione di energia nucleare: figurano infatti compiti di gestione comune di un patrimonio di conoscenze, tecniche e scientifiche e l'impiego sinergico di risorse finanziarie indispensabili per gli investimenti nel settore della produzione atomica (art. art. 1 Titolo I TCEEA)⁽²⁹⁸⁾.

²⁹⁶ Il 30 Agosto 1954 il Congresso americano emendò la legge *Mac Mahon* annunciando l'apertura al commercio mondiale di 200 kg di uranio arricchito come esempio di distensione dei rapporti internazionali sull'utilizzo di materiali fissili speciali.

²⁹⁷ Si fa riferimento a materiali nucleari, installazioni e apparecchiature riconoscibili da un certificato della Commissione che ne attestino la destinazione ai fini industriali e non militari.

Sono materiali fissili speciali: il plutonio, l'uranio, l'uranio arricchito in uranio 235 e 233, qualsiasi prodotto contenente uno dei suddetti isotopi, nonché altri materiali così qualificati da un elenco definito dal Consiglio a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.

²⁹⁸ Un esempio recente di un progetto internazionale nella ricerca e sviluppo di produzione energetica nel quadro giuridico dettato dal Trattato Euratom è dato dal progetto ITER (acronimo di *International Thermonuclear Experimental Reactor*), in collaborazione con la Cina, il Brasile, il Canada, l'India, gli U.S.A., la Russia, il Giappone e la Corea del Sud. Il progetto ITER riguarda la creazione di un reattore a fusione; l'ambizioso scopo del progetto è quello di creare le condizioni per una produzione di energia dalla fusione nucleare controllata, in modo da garantire in astratto una produzione di energia illimitata, sicura e a basso impatto ambientale. A differenza delle centrali a fissione, i reattori a fusione permetterebbero di creare delle reazioni a catena. Il progetto Iter può essere citato come esempio di progettazione di avanguardia che l'Europa ha assunto sin dal precedente progetto JET (*Joint European Torus*), ed in vista del prossimo progetto DEMOS, con la collaborazione degli altri più importanti

Il suo essere il frutto di un compromesso politico fra esigenze differenziate e la contiguità della materia rispetto al settore della “difesa”, che investe inevitabilmente interessi nevralgici per la sovranità nazionale, ne ha condizionato però in senso negativo gli esiti deliberativi, così come l’applicazione degli atti e la loro vincolatività. I laboriosi iter normativi che hanno anticipato sia la deliberazione del Trattato e poi delle fonti derivate, testimoniano la volontà degli Stati di far prevalere nelle sedi deliberative i propri interessi particolari ⁽²⁹⁹⁾.

L’applicazione della disciplina prevista nel Trattato EURATOM è stata inoltre ostacolata dalla permanenza di specifiche discipline sull’energia nucleare già in vigore in alcuni ordinamenti giuridici. Gli Stati membri più avanzati nel settore della produzione atomica- Francia e Germania- hanno infatti cercato di slegarsi dal quadro istituzionale del Trattato per adottare normative sull’energia atomica nel quadro delle legislazioni nazionali.

È significativo, a riguardo, il tema della sicurezza degli impianti e delle centrali nucleari che rappresenta da sempre motivo di scontro tra le istanze nazionali e quelle europee. In una prima fase di negoziazione del Trattato era stato espressamente preconizzato un potere dell’istituenda Comunità di esercitare prerogative di controllo sulla sicurezza degli impianti, nonché specifiche obbligazioni di notifica e poteri di opposizione, il tutto nel quadro di regimi di controllo frequenti svolti dalle autorità nazionali sotto la supervisione delle istituzioni comunitarie ⁽³⁰⁰⁾. Possibilità poi accantonata per dare spazio alle rivendicazioni “nazionaliste” degli Stati membri e, quindi, alla scelta di salvaguardare la loro autonomia decisionale.

Analogamente, il tema responsabilità civile rimane fortemente ancorato alla sovranità degli Stati: nonostante si sia dato seguito a

partners mondiali nel quadro degli accordi di associazione previsti dalle norme del Trattato Euratom sulle relazioni esterne della Comunità europea dell’energia atomica.

²⁹⁹ Tuttavia, alcuni risultati sono stati in passato raggiunti e anche di recente la Comunità EURATOM è intervenuta con una direttiva che disegna un “quadro comunitario in materia di gestione responsabile e sicura del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi” su cui si tornerà nel prosieguo. Direttiva EURATOM del Consiglio del 19 luglio 2011, n.70, (su *Gazzetta UE*, 2 agosto 2011).

³⁰⁰ Le intenzioni originarie in tema di sicurezza dei reattori del trattato EURATOM sono attentamente analizzate dall’Avvocato Generale F. G. JACOBS, Conclusioni presentate il 13 dicembre 2007, nella causa C-29/29, *Commissione c. Consiglio*, punti 64 e ss.

diverse iniziative -come l'obbligo di denuncia e segnalazione di un incidente nucleare³⁰¹)-le regole sulla responsabilità civile da incidente nucleare restano, di fatto e di diritto, nella disponibilità dei singoli ordinamenti nazionali³⁰²).

L'ambito materiale di regolamentazione del Trattato è di conseguenza circoscritto al campo della radioprotezione concernente la protezione fisica ed i controlli di non proliferazione per i quali viene prevista l'adozione di "norme fondamentali" che, come afferma l'articolo 30, devono determinare dosi, esposizioni o contaminazioni massime ammissibili.

Siffatti elementi hanno avuto delle ricadute importanti sull'evoluzione del sistema giuridico del TCEEA contribuendo alla relativa "staticità" del processo di integrazione elettronucleare europeo, il tutto a detrimento del suo livello di "sovrانazionalità", vale a dire, del grado di incisività sulla disciplina degli ordinamenti interni. Si può dunque affermare che se alle origini della disciplina elettronucleare il diritto sia riuscito ad anticipare le conseguenze potenzialmente derivanti dall'utilizzo della tecnologia atomica, predisponendo un quadro di tutele sufficientemente allineato alle scoperte scientifiche del tempo, nelle evoluzioni successive ha invece inseguito in chiave "riparatoria" l'industria e la tecnica realizzando una sorta di *patchwork* normativo.

È infatti solo a partire dall'incidente di Chernobyl che nelle sedi istituzionali europee ha preso avvio un più serio dibattito circa l'opportunità di individuare delle linee di azioni uniformi in materia di sicurezza, di gestione dei rifiuti radioattivi e di tutela

³⁰¹ L'atto di istituzione sia dell'IAEA che NEA non contemplava alcuna statuizione specifica nel senso indicato, limitandosi alla previsione generica del dovere della NEA di favorire lo scambio di informazioni scientifiche e tecniche.

³⁰² V. BAINI, *La modernizzazione della Convenzione di Parigi del 1960 sulla responsabilità civile nel settore dell'energia nucleare*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, n. 5, pag. 983.

Per quanto concerne il tema della responsabilità civile, le principali fonti pattizie sono la Convenzione di Parigi del 1960, la Convenzione di Bruxelles del 1962 e quella di Vienna del 1963, come da ultimo modificata dal Protocollo aggiuntivo del 2004, che impone all' esercente nucleare di ottenere e mantenere un'assicurazione e tutte le garanzie finanziarie utili a coprire i possibili danni o le perdite, su persone o beni, derivanti dall'esercizio di un'attività elettronucleare. Il tipo di responsabilità a cui si fa riferimento è quella "*privé non-contractuelle*" (*droit des délits civils*) che si consuma nell'ambito del rapporto bilaterale fra *auteur du délit et victime*.

dell'ambiente⁽³⁰³⁾. E bisognerà ancora attendere la più recente catastrofe di Fukushima perché si prenda coscienza che la complessità della materia e le dimensioni difficilmente circoscrivibili dei fenomeni che ne costituiscono l'oggetto, rendono i livelli di governo superiori quelli più adeguati ad affrontare problematiche complesse come quella della sicurezza degli impianti.

1.3 *Il criterio ermeneutico della "coerenza sistematica dei Trattati"*

Alcuni limiti di competenza del Trattato EURATOM sono però colmabili accedendo alle norme del Trattato sul FUE.

Secondo parte della dottrina i due Trattati si pongono in un rapporto di complementarità: "le disposizioni contenute nel primo non derogano a quanto stipulato dal secondo"(3° comma dell'art. 106-bis Trattato EURATOM). Ciò ha indotto ad attribuire al TFUE una portata generale rispetto al TCEA che avrebbe invece natura di *lex specialis*⁽³⁰⁴⁾. In tal senso, il ricorso alla *lex generalis* è consentito solo laddove la *lex specialis* non è applicabile e a condizione che tale applicazione non deroghi alle finalità di quest'ultima⁽³⁰⁵⁾.

³⁰³ Si fa specificatamente riferimento alla direttiva 96/29 EURATOM del 13 maggio 1996, finalizzata a disciplinare essenzialmente la radioprotezione-sulla base dei risultati già conseguiti a livello internazionale-la direttiva detta un regime di rapporti ad oggetto pubblico che, come tale richiama ed enuncia tipici istituti di questa categoria regolamentare-regimi autorizzatori, adempimenti e controlli, conseguenti apparati e protocolli amministrativi-il tutto nella prospettiva di istituire un sistema prescrittivo e coerente, idoneo a prevenire e minimizzare i rischi di esposizione a radiazioni ionizzanti. Nella stessa prospettiva si collocano altresì la direttiva 2006/117 EURATOM del Consiglio, del 20 novembre 2006, in materia di sorveglianza e controllo dei trasferimenti dei rifiuti radioattivi, nonché la Comunicazione della Commissione, del 23 febbraio 1998, volta a facilitare la trasposizione da parte degli Stati membri della direttiva 96/29 EURATOM.

³⁰⁴ La disposizione di cui all'art. 106 EURATOM, era originariamente contenuta all'art.305 (ex art. 232) delle disposizioni generali e finali del TCE, che istituiva una sorta di dialogo tra i Trattati CECA, CEEA e CE. Per un commento in dottrina si v. L. BENTIVOGLIO, Commento all'art. 235 TCE, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (diretto da) in *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, Commentario*, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 1686; J. V. LOUIS, Article 232, in Megret (a cura di), *Commentaire Megrét. Le droit de la CE et de l'Union Européenne*, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1987, pag. 503.

³⁰⁵ R. MASTROIANNI, *Commento all'art. 305*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*.

Un diverso orientamento dottrinario ha invece contestato il paradigma *lex specialis/ lex generalis* affermando che i rapporti tra i due Trattati non devono essere necessariamente risolti sulla base di questo schema se non si vuole rischiare di conferire al Trattato Ue una posizione prevalente rispetto a quello TCEEA (³⁰⁶).

Le sinergie fra i due Trattati sono comunque diverse ed emergono con chiarezza dall'analisi del dato giurisprudenziale. Segnatamente, il criterio ermeneutico della "coerenza sistematica dei trattati" permette alla Corte di giustizia di assumere a fondamento delle proprie decisioni articoli del Trattato FUE anche qualora la decisione verta su ambiti materiali ricadenti nel Trattato EURATOM.

Il Trattato FUE si applica, dunque, ad ambiti materiali connessi all'attività nucleare in assenza di una specifica e completa disciplina della materia ad opera del trattato CEEA: difettando di una apposita normativa EURATOM, il trattato UE regola il diritto di stabilimento delle centrali nucleari così come le materie afferenti la tutela della concorrenza, da cui non resta estraneo il sistema elettronucleare(³⁰⁷).

Di fronte un provvedimento nazionale di tutela dalle immissioni transfrontaliere potenzialmente lesivo della libera circolazione delle merci e della libertà di stabilimento, il giudice europeo può adottare come parametro di giudizio l'art. 18TFUE (ex art. 12 TCE)- che stabilisce il principio generale di divieto di discriminazioni fondato sulla nazionalità-in quanto è da considerarsi proprio anche del diritto

³⁰⁶ T. F. CUSAK, *A tale of two treaties: An assessment of the Euratom treaty in relation to the EC Treaty*, Common Market Law Review, 2003, pag.117. R. LUKES, *Das Verhältnis des EAG-Vertrages zum EWG/EG-Vertrag*, i *Ole Due*, MARCUS LUTTER, JÜRGEN SCHWARSE (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Band 1, 1995. L'ultimo degli autori citati ritiene che le lacune andrebbero superate facendo ricorso alla teoria dei poteri utili, al metodo interpretativo dell'effetto utile e all'art. 203 del TCEEA.

³⁰⁷ In tal senso la Commissione europea, da un lato, sembra incentivare la creazione di imprese comuni per favorire la cooperazione nel settore o per consentire il miglioramento delle condizioni di produzione e di distribuzione dell'energia nucleare ma dall'altro lato, tende a restringere le ipotesi di ricorso agli aiuti di Stato ai soli casi di copertura dei costi legati alla riconversione delle centrali nucleari. Si veda in merito: Decisione della Commissione del 23 dicembre 1975, *KEWA*, in *GUCE* L 51 del 26 febbraio 1976, *V Relazione generale sulla politica della concorrenza*; decisione della Commissione, *Amersham Buchler*, del 29 febbraio 1982, in *GUCE* L 314 del 10 novembre 1982, *XXII Relazione generale sulla politica della concorrenza*, 1992, n. 83; Decisione della commissione, IP/04/1225 del 22 settembre 2004, *British Energy Case*, in *Presse Release*.

EURATOM³⁰⁸). Così come in materia di scambi commerciali: «nulla osta a che l'applicazione degli accordi stipulati in forza dell'art. 113 Trattato CE si estenda agli scambi internazionali di prodotti EURATOM, difettando quest'ultimo di una norma che si occupi di commercio estero»⁽³⁰⁹⁾.

Nell'inquadrare la fattispecie sottoposta al giudizio, nell'ambito di un Trattato piuttosto che in un altro, il giudice europeo non rappresenta (solo) la *bouche de la loi* ma compie una valutazione degli interessi e dei diritti eventualmente violati dalla norma censurata, ordinandoli secondo un criterio valoriale in cui assume una posizione "centrale" la tutela della salute, della popolazione e dell'ambiente nei confronti dei pericoli scaturenti dall'uso dell'energia nucleare.

Il dubbio di una lesione dei menzionati interessi "a protezione necessaria", fa sì che in assenza di uno strumento specifico nel Trattato EURATOM si possano assumere come base giuridica le pertinenti disposizioni del TFUE.

In diverse sentenze la Corte di giustizia è infatti arrivata ad affermare che le misure a tutela della salute "possono essere inequivocabilmente adottate sul fondamento delle disposizioni del TFUE"⁽³¹⁰⁾.

La coerenza sistematica dei trattati FUE e CEEA impone una lettura parallela delle relative norme con riferimento (per fare alcuni esempi): agli effetti di una direttiva inattuata negli ordinamenti interni (Corte di giustizia, caso *Busseni* C-221/88); alla legittimazione attiva e passiva del Parlamento europeo nel contenzioso di annullamento degli atti comunitari (caso *Les Verts c. Parlamento europeo* C-294/83); alla materia della responsabilità extracontrattuale (caso *Dillinger Heuttenwerk c. Commissione*, C-236/86)⁽³¹¹⁾.

³⁰⁸ Ricorda che i trattati comunitari devono essere interpretati come parti coordinate di un unico sistema giuridico R. MASTROIANNI, Art. 305, in A. TIZZANO (a cura di), cit. pag. 1369, L. DANIELE, *Diritti dell'Unione Europea. Sistema istituzionale-Ordinamento-Tutela giurisdizionale-Competenze*, II ed., Giuffrè, Milano, 2007, pag. 122.

Corte di giustizia, sentenza del 27 ottobre 2009, n. 115, (sez. Grande Sezione), in *Riv. giur. ambiente* 2010, pag. 764.

³⁰⁹ Corte di giustizia UE, parere del 15 novembre 1994, in *Racc.* I, pag. 5267.

³¹⁰ Corte di giustizia, sentenza del 14 novembre 1971, *Commissione c. Francia*, C 7/7.

³¹¹ Corte di giustizia UE, caso *Busseni*, sentenza del 22 febbraio 1990, in *Racc.*, I, pag. 495; caso *Les Verts c. Parlamento europeo*, del 23 aprile 1986, in *Racc.* I, pag. 1339; caso *Dillinger Heuttenwerk c. Commissione* del 6 luglio 1988, in *Racc.*, T, pag. 3761.

Ne è conferma l'attuale posizione che assume la clausola di compatibilità nel Trattato di Lisbona, che ha abrogato l'art. 305TCE(ex art. 232TCEE) traslandone il relativo contenuto nel Trattato CEEA (art. 106 bis, par. 3 Titolo III). La nuova disposizione del TCEEA tende a conciliare le disposizioni del TFUE con quello del Trattato CEEA, accantonando definitivamente l'idea di "specialità" del diritto elettronucleare e della sua estraneità rispetto al complessivo sistema energetico dell'U.E.

1.4 Il contributo dell'ordinamento europeo alla realizzazione di un sistema giuridico vincolante

L'approccio dell'ordinamento europeo all'energia nucleare rappresenta una fonte particolarmente preziosa perché consente la sintesi di due aspetti particolarmente importanti. Da un lato la dimensione internazionale dei problemi connessi allo sviluppo dell'energia nucleare, ai quali gli Stati hanno dato tradizionalmente risposta con i classici strumenti di diritto internazionale privi, però, di una diretta incidenza negli ordinamenti nazionali e senza giustiziabilità delle posizioni soggettive di fronte ad un giudice.

Dall'altro, lo straordinario strumento dell'ordinamento comunitario con le sue caratteristiche di diretta incidenza all'interno degli ordinamenti e degli Stati membri, con i poteri di intervento delle autorità comunitarie e con l'istituzione di un giudice (la Corte di giustizia) non solo dei contrasti tra Stati e organismi europei, ma anche delle posizioni soggettive dei singoli.

Ed è pertanto che nel processo di edificazione degli "Stati Uniti d'Europa", secondo la dizione utilizzata da W. Churchill per descrivere il processo di integrazione europea, la Comunità per l'energia Atomica (EURATOM) avrebbe dovuto rappresentare la pietra miliare del settore energetico (³¹²).

Secondo l'impostazione istituzionalista di Jean Monnet il successo di tale Comunità avrebbe dimostrato che l'uso civile dell'energia nucleare può essere un ambito de-politicizzato e come

³¹² Per una breve bibliografia sui commenti al trattato EURATOM si v. A. ALBONETTI, *EURATOM e sviluppo nucleare*, La Comunità, Milano, 1958; R. DUCCI, *La Comunità economica europea e l'EURATOM*, CEDAM, Padova, 1957; A. ANGELOPOULOS, *L'atomo unirà il mondo?*, Einaudi, Torino, 1957; M. GOLDRING, *L'economia dell'industria atomica*, Banca Nazionale del Lavoro ed., Roma, 1957.

tale assoggettabile a strutture sovranazionali sotto la guida di una *benevolent technocracy* (³¹³).

Un ruolo decisionale chiave è in tal senso svolto dalla Commissione che detiene poteri di iniziativa e di esecuzione delle norme del trattato nonché poteri ispettivi e sanzionatori particolarmente incisivi in merito alla tutela della sicurezza e della protezione sanitaria. Gli articoli 35 e 36 TCEEA le consentono, infatti, di accedere agli impianti nazionali di controllo della radioattività e di essere regolarmente informata dei controlli svolti sui territori degli Stati (³¹⁴).

Inoltre, qualora si verifichi un'emergenza radioattiva, la Commissione può adottare direttive vincolanti con le quali lo Stato membro è invitato, entro un termine perentorio, ad assumere tutte le misure necessarie per la salvaguardia della salute e dell'ambiente. Ed in caso di inottemperanza può, come qualsiasi altro Stato membro, direttamente convenire lo Stato già intimato innanzi alla Corte di Giustizia mediante l'azione di inadempimento (art. 38 TCEA).

Basti pensare che per prevenire il diffondersi dell'emergenza radioattiva, a seguito dell'incidente alla centrale nucleare di

³¹³Le istituzioni che ne fanno parte sono: il Consiglio, la Commissione e il Parlamento a cui si aggiunge, in funzione consultiva, il Comitato economico e sociale mentre, in funzione attuativa, l'Agenzia di approvvigionamento dell'energia nucleare (ESA) e l'Ufficio di controllo sulla sicurezza (che effettua controlli contabili e fisici in tutti gli impianti nucleari della Comunità). La Comunità EURATOM condivide con l'UE gli organi giurisdizionali: Corte di Giustizia, Tribunale di primo grado e Corte dei Conti.

Il Comitato scientifico e tecnico è un organo consultivo permanente, composto da 20 membri, che coadiuvava la Commissione nell'esercizio dei poteri previsti dal Trattato EURATOM; il parere del Comitato era obbligatorio (ma non vincolante) solo nei casi previsti dal trattato (in particolare nei casi di sicurezza nucleare e di protezione sanitaria), mentre era facoltativo in tutti gli altri casi. Un ulteriore organo consultivo ma non permanente, previsto dal trattato, è il Gruppo consultivo sanitario, composto da esperti in materia di sanità pubblica, designato dal Comitato scientifico e tecnico, il cui parere viene richiesto nei casi di necessità per la protezione sanitaria in riferimento a determinati esperimenti nucleari o a seguito di disastri nucleari. Per un approfondimento si V. in dottrina N. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'EURATOM*, II° edizione, Giuffrè, Milano, 1959.

³¹⁴I poteri del Parlamento EURATOM sono ancora limitati: negli emendamenti al Trattato EURATOM non sono state introdotte procedure come quella di co-decisione e cooperazione per l'adozione degli atti normativi, che ha invece interessato il Parlamento UE.

Fukushima dello scorso marzo, la Commissione ha adottato delle misure che hanno interessato anche ambiti merceologici diversi da quello elettronucleare, come i prodotti alimentari ⁽³¹⁵⁾.

Le disposizioni EURATOM sulla protezione sanitaria formano, quindi, un complesso normativo coerente che attribuisce alla Commissione competenze piuttosto estese per la protezione della popolazione e dell'ambiente contro i rischi di contaminazione nucleare. ⁽³¹⁶⁾.

Un contributo in tal senso lo si deve all'attività interpretativa della Corte di giustizia, diretta promotrice di un "approccio integrato" al tema della sicurezza nucleare: in una recente sentenza ha infatti dichiarato "artificiosa" ⁽³¹⁷⁾ la distinzione fra la materia della sicurezza delle centrali nucleari, che non rientra tra le competenze della CEEA ⁽³¹⁸⁾, e la protezione radiologica, e ha riconosciuto alla Comunità EURATOM la possibilità di imporre agli Stati membri l'adozione di un sistema di autorizzazione che incide direttamente sull'autonomia regolativa degli Stati ⁽³¹⁹⁾.

In tale prospettiva di integrazione si inserisce la direttiva 2009/71/EURATOM del Consiglio del 25 giugno 2009, che istituisce un quadro comunitario per la sicurezza nucleare degli impianti. Si tratta di un atto normativo che per certi aspetti è direttamente vincolante per gli Stati membri, perché presenta tutte le

³¹⁵ Con il Regolamento di esecuzione del 7 luglio 2011 n. 657, la Commissione UE ha imposto agli Stati membri condizioni speciali per l'importazione di alimenti per animali ed in generale dei prodotti alimentari derivanti dal Giappone.

³¹⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 22 settembre 1988, *Saarland v. Minister of Industry, Post & Telecommunications and Tourism*, C-187/87, in *Europ. Comm. Review*, 1988, pag. 5013. Sull'interpretazione del principio di effetto utile nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si v. B. Van Der Esch, *The Principles of Interpretation Applied by the Court of Justice of the European Communities and Their Relevance for the Scope of the EEC Competition Rules*, in *Fordham International Law Journal*, 1991, pag. 366; D. U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?, A study on the Functionalized Procedural Competence of EU Member States*, Springer Heidelberg Dordrecht, London New York, 2010.

³¹⁷ Così i punti 129 e 131 delle citate conclusioni presentate il 13 dicembre 2001 (in Causa C-29/99, *Commissione c. Consiglio*) dell'Avvocato Generale F.G. Jacobs.

³¹⁸ Il trattato CEEA non contiene disposizioni che le attribuiscono specifici poteri in materia. In tal senso si v. Consiglio UE(EURATOM) interrogazione parlamentare, in *G.U.CE C. 277* del 14 novembre 2002, pag. 72.

³¹⁹ Così il punto 82 della già citata sentenza della Corte 10 dicembre 2002 (causa C-29/99). Commenta positivamente la sentenza F. NOCERA, *Le competenze EURATOM in materia di sicurezza nucleare secondo la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rass. giur. en. elettrica*, 2003, pag. 85.

caratteristiche proprie di una direttiva *self-executive* (sufficientemente precisa e dettagliata e tale da non richiedere ulteriori elementi integrativi), seppur è riconosciuto agli Stati il diritto di mantenere impregiudicata la loro competenza nelle scelte.

Una volta compiuta la scelta di ricorrere all'energia nucleare, la direttiva detta le modalità con gli Stati devono procedere, fissando i vincoli entro cui deve muoversi il "quadro nazionale" sia dal punto di vista legislativo che di *enforcement* ⁽³²⁰⁾.

L'obiettivo che si tenta così di raggiungere è quello di superare la disomogeneità fra gli ordinamenti e la frammentarietà interna nel riparto delle competenze di amministrazione attiva e quelle di vigilanza.

1.5 Il caso italiano e l'esperienza francese(rinvio)

La disciplina sostanziale dettata a livello sovranazionale può dirsi effettiva solo se trova applicazione nel diritto interno. Il caso italiano e l'esperienza francese rappresentano due modelli di analisi privilegiata per testare il grado di incisività del sistema giuridico sovranazionale.

Nei due Stati il sistema elettronucleare ha seguito due opposti percorsi: quello italiano è stato segnato da frequenti tensioni istituzionali, arresti giurisprudenziali e tensioni politiche.

Soffermando per il momento l'attenzione, sul primo, come è noto la "storia" elettronucleare italiana inizia negli anni cinquanta con la costruzione delle centrali a Latina, Garigliano, Trino (Vercelli) e continua negli anni Sessanta e Settanta con

³²⁰ Il duplice fine di che si propone di perseguire la direttiva è quello di «mantenere e promuovere il continuo miglioramento della sicurezza nucleare e della relativa regolamentazione», nonché di «assicurare che gli Stati membri adottino adeguati provvedimenti in ambito nazionale per garantire un elevato livello di sicurezza (art. 1 obiettivi).

Requisiti fondamentali del quadro nazionale sono: la necessità che gli operatori che adottano e utilizzano l'energia nucleare siano dotati di licenze, cioè vi sia un provvedimento dell'amministrazione che li ammetta a svolgere tale attività. Diretto corollario di siffatto presupposto di tipo autorizzatorio è che il sistema nazionale preveda un ruolo di supervisione delle attività svolte dagli operatori.

In dottrina cfr. C. MALINCOLINICO, *L'approccio dell'Unione europea all'energia nucleare*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, op.cit., pag. 41.

l'emanazione della legge 1860 del 1962 (³²¹) e la legge 393 del 1975 relativa alle procedure di localizzazione e di realizzazione delle centrali nucleari (³²²).

I due atti normativi suscitarono fin da subito un forte dissenso tra gli enti locali, refrattari ad accogliere sul proprio territorio le centrali nucleari. La Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del quadro normativo, esprimeva un orientamento favorevole ad accentrare la materia "energia" a livello statale: in particolare, nella sentenza del 13 febbraio 1981 n. 31, motivava siffatto orientamento sulla base del fatto che un'eventuale interruzione del cammino elettronucleare avrebbe comportato per lo Stato l'impossibilità di realizzare qualsiasi programma nucleare in violazione dell'impegno assunto con l'adesione al Trattato EURATOM.

L'orientamento politico e giurisprudenziale inizia a mutare a seguito dell'incidente di Chernobyl, il 26 aprile 1986. Una serie di quesiti referendari vengono sottoposti all'attenzione della Corte costituzionale: il primo attinente ad un problema di politica interna relativa ai rapporti economici fra enti nazionali (ENEL, ENEA, Regioni e Comuni); il secondo inerente la distribuzione di competenze tra organi ed enti nazionali sulla localizzazione delle centrali; il terzo diretto ad abolire il potere conferito all'ENEL di promuovere la costituzione di società con società ed enti stranieri, ovvero di assumervi la partecipazione, se aventi per scopo la realizzazione o l'esercizio di impianti nucleari. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del referendum, evidenziava come in nessuno dei tre casi sussistesse un'interferenza, e tantomeno un conflitto con il Trattato EURATOM e che pertanto la proposta referendaria poteva essere accolta».

Come rilevato in dottrina (³²³), l'abrogazione delle norme oggetto del quesito referendario, per la loro natura di norme di

³²¹ La legge attribuiva al Comitato nazionale per l'Energia Nucleare (CNEN) il ruolo di principale regolatore. Il CNEN fu trasformato nel 1982 in Comitato nazionale per la ricerca e sviluppo dell'Energia nucleare e le energie alternative (ENEA).

³²² Ricostruisce in chiave storica la vicenda nucleare P.M. PUTTI, *La prospettiva del riavvio dell'energia nucleare in Italia*, in *Resp.civ.e prev.*, 2010, pag. 2040.

³²³ P. M. PUTTI, *La prospettiva del riavvio dell'energia nucleare in Italia*, cit. pag. 2042; I SCOTTO, *Questione nucleare: una scelta da rimeditare?*, in *Il Consiglio di Stato*, 1990, pag. 1311; A. PACE, F. ROVERSI MONACO, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul nucleare*, in *Giur. cost.*, 1987, pag. 3091; L. COEN, *La Corte ammette il referendum sul nucleare, ma non smentisce il precedente*, in *Le Regioni*, 1987, pag.

dettaglio, non avrebbe di per sé potuto impedire la prosecuzione dell'attività nucleare. Ciò nonostante qualche mese dopo, in sede di approvazione del Piano Energetico nazionale, il Governo deliberava la moratoria quinquennale dell'utilizzo del nucleare da fissione quale fonte energetica e dava inizio al programma per l'arresto dell'assemblaggio di combustibile nucleare.

Solo di recente, nel quadriennio 2008-2011, si è assistito ad un complesso di riforme volto a reintrodurre la possibilità di produrre energia mediante impianti nucleari. Ma anche in questo caso i propositi della maggioranza governativa hanno trovato una forte resistenza negli enti locali, uscendo da ultimo sconfitti dal confronto con la volontà popolare.

Le vicende più recenti hanno infatti riguardato l'indizione di un primo referendum abrogativo, avente ad oggetto le disposizioni normative recanti disciplina in materia di localizzazione e costruzione di nuove centrali sul territorio nazionale (³²⁴). Lo scopo perseguito con proposta referendaria era, sostanzialmente, quello di impedire la realizzazione e gestione di nuove centrali nucleari. La stessa *ratio* che, nonostante le modifiche apportate al quadro normativo previgente dal decreto n. 34 del 31 marzo 2011(³²⁵), ha

687; E BETTINELLI, *Referendum sul nucleare: tre quesiti una sola questione?*, in *Foro It.*, 1987, pag. 402; C. RODOTÀ, *Dopo Chernobyl: sette interventi in materia di nucleare*. III intervento: *Referendum abrogativi e Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, pag. 289.

³²⁴ Con decreto del Presidente della Repubblica del 23 marzo 2010 (in G.U. n. 77 del 4 aprile 2011), veniva indetto referendum popolare per l'abrogazione parziale di diversi testi normativi (d.l. 25 giugno 2008, n.112, convertito con modifiche dalla legge 6 agosto 2008, n.133; l. del 23 luglio 2009, n.99; dlgs. del 2 luglio 2010, n.104; d.lgs. del 15 febbraio 2010, n. 31) recanti disposizioni in materia di energia ed, in particolare, di localizzazione e costruzione di nuove centrali sul territorio nazionale italiano per la produzione di energia nucleare.

³²⁵ Con decreto *omnibus* del 31 marzo 2011 n. 34 (*Disposizioni urgenti in favore della cultura, in materia di incroci tra i settori della stampa e della televisione, di razionalizzazione dello spettro radioelettrico, di moratoria nucleare, di partecipazione della Cassa depositi e prestiti, nonché per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale della Regione Abruzzo*) convertito con la legge n. 75 del 26 maggio 2011, il Governo aveva provveduto all'eliminazione di ogni riferimento alla produzione di energia da fonte nucleare dai testi legislativi su cui era stata inizialmente proposta la consultazione referendaria. In realtà, la legge di attuazione n. 75/2011 aveva introdotto una nuova disciplina solo in parte abrogatrice delle norme sottoposte a referendum che non escludeva anche in un futuro prossimo il ritorno alla produzione di energia a mezzo di centrali nucleari. Il decreto lasciava quindi aperta la strada ad un futuro ripensamento, condizionando le sorti del nucleare ai risultati delle valutazioni tecniche relative all'incidente prodottosi presso la centrale giapponese di Fukushima. Secondo la Corte di

ispirato la consultazione referendaria tenutasi nel giugno del 2011⁽³²⁶⁾ ed i cui esiti positivi hanno (definitivamente) chiuso la tormentata vicenda nucleare italiana.

L'ultimo "capitolo" sul nucleare scritto dal legislatore italiano offre, però, alcuni spunti per riflettere sul modo di atteggiarsi dei poteri pubblici nei confronti di questa fonte di energia.

Si parta dal presupposto della mutata *ratio* dell'ultima legislazione elettronucleare rispetto a quella degli anni settanta così come del mutato contesto economico, tecnico-scientifico e ordinamentale di riferimento. Il forte entusiasmo o *gung-ho approach* ⁽³²⁷⁾ che a metà del secolo scorso aveva accompagnato la politica di promozione del nucleare, ha ceduto il passo ad una regolazione più attenta ai profili della sicurezza e della tutela dell'ambiente.

Il quadro in cui si è trovato ad operare il legislatore italiano rimanda, infatti, ad una vera e propria seconda generazione di regolazione, con diverse norme e diversi principi molti dei quali di derivazione sovranazionale.

Il d.lgs. n. 31 del 15 febbraio 2010 recante "disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare"⁽³²⁸⁾, rispetto alla disciplina previgente, registrava siffatto

Cassazione(Ufficio centrale per il Referendum) ciò vanificava l'intento della proposta referendaria perché sospendeva solo momentaneamente la produzione, la realizzazione ed esercizio sul territorio di nuove centrali nucleari.

³²⁶ L'Ufficio centrale per il Referendum, ritenendo non soddisfatto l'intento perseguito con la prima richiesta referendaria aveva provveduto a trasferire il relativo quesito sulle disposizioni di cui all'art. 5 del D.l. n. 34/2011

Corte Suprema di Cassazione, Ufficio per il Referendum, Ordinanza 1°-3 giugno 2011

³²⁷ nel preambolo del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'Energia Atomica si vince chiaramente che il ruolo assegnato al diritto fosse quello di incentivare la nascita e lo sviluppo dell'industria nucleare. Nello specifico, il Trattato Euratom così recita: «*It shall be the task of the community to contribute to the raising of the standard of living in the Member States and to the development of relations with the other countries by creating the conditions necessary for the speedy establishment and growth of nuclear industries*»

³²⁸ Il decreto legislativo 15 febbraio 2010 è stato adottato sulla base della delega contenuta nella legge 99 del 23 luglio 2009, successivamente emendato dal d.lgs. 41 del 23 marzo 2011 e poi riscritto dalla legge 26 maggio 2011 n. 75 ed ora si occupa solo della disciplina dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché dei relativi benefici economici. Per un'analisi del decreto legge 99/2009 cfr. L. AMMANNATI, A. LA SPINA, *Il ritorno al nucleare. Il contesto*

cambiamento introducendo una disciplina maggiormente rispondente alle disposizioni europee e internazionali, tra cui: la previa qualificazione degli operatori; il rispetto di appositi *standard* tecnici degli impianti; l'adeguata pubblicità ai programmi sulle aree idonee alla localizzazione; così come la certificazione dei siti e la ricomposizione organica dei vari attori istituzionali coinvolti per il tramite una procedura autorizzatoria unica.

Si trattava di una disciplina non dissonante rispetto alle prescrizioni impartite a livello internazionale, seppur connotata da alcuni profili di criticità sotto il profilo della coerenza, rispetto al dato ordinamentale, delle scelte legislative e dell'adeguatezza delle procedure amministrative.

Dal punto di vista soggettivo, un ruolo di primo piano all'interno dei procedimenti regolatori era affidato al Ministro dello Sviluppo Economico (³²⁹), anche se per tutte le decisioni era previsto il concerto con il Ministro dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare e con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (³³⁰). Ed in caso di mancato consenso, il Consiglio dei Ministri poteva superare la situazione di stallo intervenendo sia nella fase di programmazione generale che nei momenti di possibile crisi (³³¹).

L'istruttoria, la vigilanza e il controllo sugli operatori era invece di competenza dell'Agenzia per la sicurezza nucleare (Asn) (³³²), la cui istituzione rispondeva alla primaria esigenza di coordinamento tra le amministrazioni e gli attori componenti il concerto regolamentare a livello nazionale ed internazionale.

regolatorio e l'Agenzia per la sicurezza nucleare, in *Amministrare*, a. XXXIX, n.2. giugno 2009, pag.231.

³²⁹ Il MSE poteva governare i procedimenti, avviandoli, fungendo da destinatario di istanze, informazioni, pareri, inoltrando documenti, ricercando l'intesa e promuovendo conferenze dei servizi. In dottrina si v. M. CLARICH, *Gli strumenti di accelerazione delle procedure*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia nucleare*, Il Mulino, Bologna, 2011, pag. 149.

³³⁰ Questo profilo delle competenze può essere letto in filigrana guardando alla prospettiva degli interessi, e cogliendo come l'interesse ritenuto primario fosse quello dello sviluppo economico. In tal senso si v. in dottrina F. COSTANTINO, *De profundis sul nucleare: le lezioni per il futuro (e cosa rimane in piedi)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n°3/2011.

³³¹ Si v. artt.3 e 9 d.lgs. 31/2010.

³³² Sul punto A. ROMANO, *L'Agenzia per la sicurezza nucleare: un confronto con alcune esperienze straniere*, in G. ZOPPINI E G. NAPOLITANO (a cura di), *Quaderni di diritto dell'energia*, cit., pag. 101.

In tal senso il quadro normativo europeo prevede una netta separazione tra il momento della valutazione tecnica e di responsabilità politica: le disposizioni comunitarie non richiedono che l'Asn sia competente al rilascio delle autorizzazioni per la costruzioni degli impianti, ma solo che le valutazioni tecniche siano immodificabili da altri organi che intervengano nel procedimento autorizzatorio, ovvero nei diversi procedimenti autorizzatori.

L'intervento dell'Agenzia per la sicurezza nucleare nel corso dei procedimenti autorizzatori era circoscritta all'istruttoria tecnica. Come si evince dalla lettura della relazione illustrativa del decreto, il ricorso all'agenzia era giustificato in presenza di funzioni di carattere prevalentemente tecnico-operativo che richiedevano particolari professionalità, conoscenze e specifiche modalità di organizzazione del lavoro.

La Corte Costituzionale ne aveva in tal senso legittimato la supremazia di giudizio in ordine alla rispondenza delle regole procedurali ai migliori *standard* di sicurezza internazionali definiti dall'IAEA, alle linee guida ed alle migliori pratiche raccomandate dall'AEN-OCSE (³³³).

Sotto il profilo dell'indipendenza dell'autorità di vigilanza, nel caso dell'Asn, tale attributo era stato esclusivamente declinato nel senso tecnico-operativo, come dimostra la sua stessa denominazione "agenzia" (³³⁴).

³³³ Il riferimento è alle sentenze della Corte Costituzionale sentenze 17 novembre 2010 n. 331 e 2 febbraio 2011 n. 33, in G.U. Per un commento si v. E. SCAGLIONE, *La gestione dei rifiuti radioattivi e la tutela ambientale nel rapporto tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2/2011, pag.130. «Il parere favorevole dell'Agenzia per la sicurezza nucleare sui requisiti e le specifiche tecniche di impianti nucleari già concessi negli ultimi dieci anni dalle Autorità competenti di Paesi membri dell'AEN-OCSE (o dalle autorità competenti di Paesi con i quali sussistano accordi bilaterali di cooperazione tecnologica e industriale nel settore nucleare) era, dunque, considerato requisito sufficiente alla loro implementazione».

³³⁴ L'art. 8 del D.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 (Riforma dell'organizzazione del governo) definisce le agenzie «come strutture che (...) svolgono attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale, in atto esercitate da ministeri ed enti pubblici. Esse operano a servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese anche quelle regionali e locali».

In verità il legislatore utilizza tale espressione con riferimento a diverse figure amministrative. In particolare in dottrina si è evidenziato che le attività tecniche possono essere svolte tutte all'interno della pubblica amministrazione con la costituzione di uffici tecnici, oppure possono essere creati distinti soggetti, ma

Quest'ultima presentava infatti una compagine direzionale di derivazione governativa ⁽³³⁵⁾: i suoi vertici erano nominati dall'esecutivo anche se, come per le agenzie indipendenti di successiva istituzione, previa approvazione delle commissioni parlamentari ⁽³³⁶⁾.

Il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (coordinato con la [legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214](#)) ⁽³³⁷⁾ all'articolo 21 ha da ultimo disposto la soppressione dell'Asn e ha previsto la riassegnazione delle relative attribuzioni al Ministero dello sviluppo economico d'intesa con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ⁽³³⁸⁾. Così facendo viene ulteriormente marginalizzato il requisito dell'indipendenza che rappresenta la cartina di tornasole dell'affidabilità tecnica del sistema

mantenuti in uno stato di stretto rapporto con il soggetto titolare della funzione amministrativa, al fine di garantire una forte funzionalizzazione delle attività tecniche rispetto allo svolgimento delle funzioni. Così da dar vita al modello dell'ente strumentale. In questo senso F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. Pubblico*, 1999, pag. 722; L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2003, pag. 436

³³⁵ Si veda art. 29 della legge 99 del 2009. Per le autorità di ultima istituzione c.fr. in dottrina G. NAPOLITANO, *Acqua e poste: l'ibrido delle due agenzie*, [www.firstonline.info](#); D. AGUS, *Le agenzie per le risorse idriche e il servizio postale: l'importanza di chiamarsi Autorità*, 27 maggio 2011, [www.nelmerito.com](#).

³³⁶ Il requisito di indipendenza dalla compagine governativa sarebbe stato compensato dall'alta professionalità delle persone scelte ed accresciuta dal confronto con le altre autorità straniere, nei c.d. *peer reviews*, nonché dalla partecipazione ai forum internazionali. F. COSTANTINO, *cit.*, pag. 124. Sulle Agenzie si v. G. ARENA, *Agenzie amministrative*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1998, I, pag.1; F. MERLONI, *Il nuovo modello dell'Agenzia nella riforma dei ministeri*, *cit.*, pag.717; G. VESPERINI, *Le agenzie (articoli 8-10)*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo*, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 145; L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pag.393; L. CASINI, *Agenzie amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. pubbl.*, 2006.

³³⁷ Consultabile sulla *G.U.* del 27dicembre 2011, Supplemento Ordinario, n. 276.

³³⁸ Comunque nel decreto "Salva Italia" è stabilito che: «*Le amministrazioni di destinazione esercitano i compiti e le funzioni facenti capo agli enti soppressi con le articolazioni amministrative individuate mediante le ordinarie misure di definizione del relativo assetto organizzativo. Al fine di garantire la continuità delle attività di interesse pubblico già facenti capo agli enti di cui al presente comma fino al perfezionamento del processo di riorganizzazione indicato, l'attività facente capo ai predetti enti continua ad essere esercitata presso le sedi e gli uffici già a tal fine utilizzati*».

elettronucleare nazionale, sia nei confronti degli interlocutori internazionali che dell'opinione pubblica, a cui sono sempre più orientati gli Stati che dispongono di centrali nucleari (³³⁹) coerentemente a quanto stabilito dagli standard dell'IAEA (³⁴⁰).

Alle perplessità legate al riparto delle competenze si aggiungeva, inoltre, anche il c.d. "rischio regolatorio" rispetto all'evenienza che l'impianto non si realizzasse o che dovesse essere modificato nel corso del procedimento con conseguente ritardo e aggravio dei costi. Come è stato evidenziato in dottrina, si tratta di un rischio riducibile quando il quadro delle decisioni normative sono formulate secondo *standard* internazionali definiti e siano condivise da altri regolatori (³⁴¹).

³³⁹ In Svizzera agli inizi del 2009, l'HSK è diventata un'autorità indipendente (*Federal Nuclear Safety Inspectorate* (ENSI). Analogamente è avvenuto in Francia nel 2006. **Ordonnance n° 2012-6 du 5 janvier 2012 modifiant les livres Ier et V du code de l'environnement**, art. L. 592-1: «L'Autorité de sûreté nucléaire est une autorité administrative indépendante qui participe au contrôle de la sûreté nucléaire et de la radioprotection ainsi qu'à l'information du public dans ces domaines» L'indipendenza comporta che l'Autorità sia finanziata dagli Stati e sia funzionalmente separata da qualunque organizzazione o organismo coinvolto nella promozione o utilizzazione di energia elettrica, per garantire l'effettiva indipendenza da ogni influenza indebita sul processo decisionale.

³⁴⁰ Nella fattispecie, i requisiti enunciati dagli *Standard* IAEA ineriscono l'indipendenza di giudizio dell'Autorità: essa deve poter adottare decisioni tecniche orientate esclusivamente alla tutela della sicurezza nucleare, senza subire pressioni che possano inquinare tale interesse preminente. Si tratta di un'indipendenza di giudizio sia nei rapporti con il governo, sia più in generale nei confronti di qualsiasi organizzazione o ente, che abbia compiti di promozione dell'energia nucleare o che svolga attività in tale settore.

Completano il carattere di indipendenza la dotazione di risorse, in termini di personale, dotazione e fondi, e di poteri adeguati ai compiti che le vengono affidati, nonché la collocazione che le viene assegnata all'interno del quadro istituzionale interno, nonché in base alla possibilità di attingere a risorse adeguate e sufficienti, in termini di personale, di dotazione e di fondi

³⁴¹ G. MICHANEK, P.SODERHOLM, *Licensing of nuclear power plants: The cause of Sweden in an international comparison*, *Energy Policy*, 2009, pag. 4086; C.YUSHENG, T. YOSHIDA, M. KUNISHIMA, *A comparative study on licencing and inspections of nuclear power projects in USA, France and Japan*, <http://library.jsce.or.jp/jsce/open/00524/1997/05-0133.pdf>.

Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Aggiornamento del programma indicativo per il settore nucleare nel contest del secondo riesame strategico della politica energetica, Bruxelles 13 novembre 2008, COM(2008) 776, si afferma che: "occorre garantire la stabilità necessaria per la progettazione e ridurre i rischi di investimento che gli investitori e le altre parti in causa devono sostenere a causa dell'incertezza giuridica. Le procedure di autorizzazione comprendono le certificazioni di progetti standardizzati, le

Il procedimento predisposto a livello nazionale, al contrario, risultava complesso e articolato e inficiato da una serie di vizi tra cui l'incompletezza del quadro normativo (³⁴²), l'alea legata ai ricorsi all'autorità giurisdizionale(³⁴³) e soprattutto l'assenza di una larga condivisione della riforma(³⁴⁴), dovuta alla scarsa informazione e partecipazione al processo decisionali della società civile e dei diversi livelli di governo coinvolti.

Si tratta di un problema, quello della partecipazione, che in realtà riguarda l'intero ordinamento e non solo il settore nucleare(³⁴⁵): mancano meccanismi decisionali quali l'inchiesta

autorizzazioni preventive del sito, i permessi di costruzione e le licenze di esercizio o licenze combinate. Occorre incoraggiare le autorità pubbliche nell'U.E. ad armonizzare e semplificare le procedure di autorizzazione in modo da favorire la certezza del diritto.

³⁴² Era previsto un documento programmatico, la Strategia del Governo in materia nucleare, di competenza del Consiglio dei Ministri; poi gli operatori in possesso dei requisiti previsti da un decreto concertato (Ministro dello Sviluppo Economico, dell'Ambiente e delle Infrastrutture), che non si fossero trovati in una delle condizioni ostative indicate dal decreto (ad es. fallimento, sentenza di condanna passata in giudicato per reati gravi), avrebbero presentato i propri programmi di intervento e richiesto all'Agenzia le verifiche per al predisposizione di un rapporto preliminare di sicurezza. In terzo luogo il decreto concertato dagli stessi attori istituzionali di cui supra, avrebbe stabilito lo schema dei parametri per la localizzazione dei siti, da sottoporre prima dell'approvazione a consultazione pubblica. L'operatore avrebbe presentato istanza di certificazione di uno o più siti per l'insediamento di un impianto nucleare, soggetta ad istruttoria dell'Asn, d'intesa con la Regione interessata e alla Conferenza unificata. La certificazione avrebbe comportato la dichiarazione di interesse strategico nazionale del sito, il quale sarebbe stato sottoposto a speciale forma di vigilanza e protezione, con la possibilità di occupare il fondo per svolgere attività preliminari. L'operatore avrebbe poi dovuto presentare istanza per la costruzione e gestione dell'impianto: l'Agenzia avrebbe curato l'istruttoria, richiesto alle amministrazioni pareri e autorizzazioni, acquisito anche VIA e AIA, definito le prescrizioni tecniche ed infine rilasciato parere vincolante; sarebbe stata indetta una conferenza dei servizi; e al termine un decreto concertato avrebbe rilasciato l'autorizzazione unica, valevole come apposizione del vincolo preordinato all'esproprio dei beni (con apertura del relativo procedimento).

Per un approfondimento si veda in dottrina: L. AMMANNATI, M. DE FOCATIIS, *Un nuovo diritto per il nucleare, una prima lettura del d.lgs. 15 febbraio 2010, n.31*, www.astridonline.it; M. D'ALBERTI, *La localizzazione degli impianti nucleari: il difficile percorso per decidere*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), cit., pag. 167.

³⁴³ Il ricorso all'Autorità giudiziaria sarebbe stato favorito dalla complessità delle procedure, come testimonia le già numerose pronunce della Corte Costituzionale.

³⁴⁴ L. FERRAGUTO, A. SILEO, *Per il nucleare un consenso mutante*, www.lavoce.info.

³⁴⁵ R. BIFULCO, *L'energia nucleare tra Stato e Regioni (e discorso pubblico)*, www.astrid-online.it; A. POLICE, *L'informazione dei cittadini*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di) *Annuario di diritto dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2011, pag. 175.

pubblica il dibattito pubblico, ed in generale forme di regolazione della partecipazione diversi rispetto a quello referendario, e ciò nonostante la direttiva 89/618 EURATOM e, in particolare, la Convenzione di Aarhus (³⁴⁶)abbiano già da tempo previsto la partecipazione come strumento ordinario per i fenomeni di incidenza sull'ambiente, tra cui vi rientrano espressamente le attività di costruzione, operatività e smantellamento delle centrali, degli impianti di riprocessamento e di arricchimento; così come le attività di raccolta di rifiuti radioattivi e di prolungamento dell'operatività di un reattore(³⁴⁷).

È pur vero che lo scenario economico in cui si è inserita la seconda “stagione” del nucleare italiano è ben diverso da quello che ha invece fatto da sfondo al primo ciclo del nucleare. Le centrali già esistenti in Italia ed in Francia sono sorte in un ambiente in cui esistevano tre condizioni che oggi non ricorrono più: ampio sostegno della finanza pubblica alle imprese elettriche per la realizzazione degli impianti nucleari; certezza della domanda finale assicurata dall'integrazione verticale e dall'assetto monopolistico del mercato; politiche tariffarie ispirate al pieno recupero dei costi e all'equa remunerazione dei capitali investiti. Queste tre condizioni facevano sì che il rischio industriale fosse pressoché azzerato(³⁴⁸).

I profili problematici esaminati, che hanno contribuito a distanziare operativamente la disciplina italiana da quella europea, restano aperti per i profili attinenti la disciplina del “*decommissioning*” ed in particolare della localizzazione e costruzione del Deposito Nazionale dei rifiuti radioattivi che ospiterà le scorie prodotte dalle prime centrali nucleari, nonché quelli di origine medica e sanitaria(³⁴⁹).

³⁴⁶ La prima direttiva aveva lo scopo di informare il pubblico, ed in particolare i lavoratori, sulle misure da adottare in caso di emergenza radiologica; la Convenzione di Aarhus ha trovato stanza nell'ordinamento europeo, mediante la direttiva 2003/4, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e 2003/35 che prevede la partecipazione del pubblico a taluni piani e programmi in materia ambientale. Sulla norme che regolano la sua applicazione al settore nucleare si v. OECD, *Nuclear Energy Outlook*, 2008, Parigi, pag. 354.

³⁴⁷ Si v. Allegato 1 Convenzione Aarhus del 2008.

³⁴⁸ A. CLO, *Il rebus energetico. Tra politica, economia e ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2008, pag. 103.

³⁴⁹ Le centrali nucleari italiane (chiuso dopo il referendum del 1987) hanno prodotto 55 mila metri cubi di scorie. Ma la verità è che più che chiuse le centrali sono in stato di «custodia protetta passiva», dunque continuano a produrre ogni anno una certa quantità di rifiuti radioattivi. A questi vanno aggiunti altri 2 mila metri cubi di rifiuti radioattivi,

Si dovrà in particolare provvedere a riallocare tra i restanti attori (Ministeri, Sogin S.p.a., Ispra) quelle competenze tecniche prima riservate all'Ans, come la responsabilità del controllo e della verifica ambientale sulla gestione dei rifiuti radioattivi e l'attività di informazione al pubblico, circa gli effetti sulla popolazione e sull'ambiente delle radiazioni ionizzanti causate da attività legate alla gestione e trasporto dei rifiuti nucleari (³⁵⁰).

2. Interazioni, interferenze e relazioni del nuclear safety, security e safeguard

2.1 Le reti delle agenzie internazionali: l' International Atomic Energy Agency e la Nuclear Energy Agency

La stagione del collaborazionismo internazionale per l'utilizzazione a scopi pacifici dell'energia nucleare ha coinciso con l'istituzione, in seno all'ONU, dell'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica (*International Atomic Energy Agency-IAEA*) (1957), la quale svolge un ruolo chiave nella definizione del quadro giuridico nucleare, sia sul versante della salvaguardia (o *safeguard*) che della sicurezza degli impianti nucleari nella duplice accezione di *security* e *safety*.

Specificatamente, rispetto al primo ambito disciplinare l'IAEA esercita una funzione di vigilanza sull'osservanza degli accordi e dei Trattati internazionali esaminati nelle pagine precedenti(³⁵¹), nonché di integrazione delle *safeguards* la cui completa operatività è condizionata, però, dal consenso prestato dagli Stati importatori di materiali e tecnologie nucleari.

Sull'asse della *safety* al lavoro dell'IAEA si deve l'elaborazione delle più importanti normative in materia di sicurezza degli impianti nucleari. Segnatamente, nell'ambito della sicurezza nucleare vi

di origine medica e sanitaria, o creati durante le attività di ricerca o simili, e poi rottami metallici, vecchi quadranti luminescenti, parafulmini. E inoltre è bene ricordare che ospedali e aziende producono ogni anno 500 tonnellate di nuove scorie.

³⁵⁰ *Safety Standard series GS-R-1, «Legal and governmental Infrastructure for Nuclear, Radiation, Radioactive Waste and Transport Safety», paragraph 2.5: «if other authorities, which many fail to meet the requirements of independence set out in item (2) of paragraph 2.2 are involved in granting of authorizations, it shall be ensured the safety requirements of the regulatory body remain in force and are not modified in the regulatory process».*

³⁵¹ Si veda in particolare il Trattato di Non proliferazione nucleare, par.1.1

rientra un vasto novero di misure tecniche, amministrative e gestionali il cui scopo è quello di stabilire e mantenere nelle centrali nucleari, sia in condizioni normali che in caso di incidente, difese idonee ad eliminare o minimizzare i rischi di contaminazione radioattiva delle popolazioni e dell'ambiente. L'Agenzia ha infatti chiarito che il concetto di sicurezza delle centrali nucleari presenta sia aspetti di protezione radiologica, interni ed esterni all'impianto, degli individui e dell'ambiente; sia aspetti tecnologici attinenti soprattutto alla sua struttura.

Le raccomandazioni IAEA seppur non dotate di forza cogente e, quindi sprovviste di effetti vincolanti, riescono ad ottenere un importante seguito fra gli Stati, enti e soggetti variamente coinvolti nell'esercizio di impianti nucleari, garantendo una sostanziale uniformità della relativa disciplina ed organizzazione in tutti gli Stati interessati. L'approvazione del *Board of governors* e della *General Conference* dell'IAEA⁽³⁵²⁾ conferisce ai codici di condotta e agli *standard* IAEA un'autorevolezza tale da renderli di fatto equiparabili alle Convenzioni internazionali.

La normativa prevista nei codici di condotta è tra l'altro rispettata, quantomeno con riguardo ai parametri relativi alla revisione e all'ammodernamento degli impianti, anche da esercenti di Paesi non aderenti all'ONU.

L'IAEA contribuisce quindi attivamente alla definizione di quell'*international legal framework* che accomuna gli Stati interessati alla politica di *safety* degli impianti nucleari. Sotto la sua egida è stata ad esempio adottata la Convenzione di Vienna sulla sicurezza nucleare del 20 settembre 1994, ed in vigore dal 24 ottobre 1996⁽³⁵³⁾.

³⁵² Il *Board of Governors* è composto da: «*ten members most advanced in the technology of atomic energy including the production of source materials, and the member most advanced in the technology of atomic energy including the production of source materials in each of the following areas*», mentre la *General Conference* è formata da «*twenty members, with due regard to equitable representation on the Board; one further member from among the members in the following areas: Middle East and South Asia, South East Asia and the Pacific, Far East; ne further member from among the members in the following areas: Africa, Middle East and South Asia, South East Asia and the Pacific*». *Statute of the IAEA*, consultabile su www.iaea.org.

³⁵³ In merito alla Convenzione, essa mira ad assicurare un elevato livello di sicurezza nucleare attraverso il miglioramento delle misure nazionali e la cooperazione tecnica; a istituire e mantenere negli impianti nucleari difese efficaci contro i rischi radiologici; a prevenire gli incidenti nucleari; un sistema di ispezioni e di valutazione che abbia inizio già prima della costruzione e l'avviamento di un impianto nucleare. Per un

Nello Statuto dell'IAEA si fa espressamente menzione ad una funzione di supporto tecnico che si estrinseca nel trasferimento delle conoscenze tecnologiche. Ma nel campo della sicurezza nucleare, l'*assistance technique* si accompagna ad un *assistance legislative* volta a definire un quadro legislativo e regolamentare rispettoso degli standard di sicurezza dell'IAEA⁽³⁵⁴⁾. Il problema che si pone è che mentre per le c.d. *actions pratique d'assistance technique*, le norme e le misure di sicurezza sono direttamente applicate, "*donnant ainsi une force obligatoire à ces documents*"⁽³⁵⁵⁾, sotto il profilo giuridico, invece, saranno i testi normativi adottati dai singoli Stati che "*seront la norme obligatoire*"⁽³⁵⁶⁾.

Sempre sul versante della sicurezza si collocano i lavori della *Nuclear Energy Agency* (Nea) istituita nel 1950 presso l'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione economica (Ocse). Compito principale è quello di promuovere la cooperazione tra paesi membri in materia di impiego civile dell'energia nucleare in una molteplicità di ambiti: scambio di dati e informazioni di natura tecnica; analisi degli aspetti economici di questa fonte energetica o di quelli relativi alla comunicazione pubblica.

Nello svolgimento delle sue funzioni è supportata dal *Working Group Communication of Nuclear Regulatory Organizations* (Wgpc), per gli aspetti regolatori si avvale della competenza del *Committee on Nuclear Regulatory Activities* (Cnra), mentre in materia di sicurezza e di responsabilità civile da danno nucleare è la struttura che ospita l'*European Nuclear Energy Tribunal*.

approfondimento sul tema si V. O VON BUSEKIST, *A Bridge Between two Conventions on Civil Liability for Nuclear Damage: the Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention*, 129; O. JANKOWITSCH PREVOR, *The Convention on Nuclear Safety*, 155; V. LAMM, *The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention*, 169, W. TONHAUSEUR, O. JANKOWITSCH PREVOR, *The Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Management*, in *International Nuclear Law in the post Chernobyl Period*, pag.201.

³⁵⁴ Articolo III A Statuto IAEA. Inoltre bisogna menzionare il « *Text révisé des principes directeurs et règles générales d'application concernant l'octroi d'assistance technique de l'Agence* » INFCIRC/267 approvato dal *Conseil des gouverneurs* il 21 febbraio 1979 nel quale si sottolinea che « *la fourniture d'assistance technique est l'une des fonctions principale et prioritaires de l'Agence* ».

³⁵⁵ INFCIRC/267 paragrafo A, 1, h).

³⁵⁶ C. STOIBER, *Building a stronger framework of nuclear law*, in *IAEA Bulletin* vol. 45, 2003, pag. 30; H. BLIX, *The role of IAEA in the Development of International Law*, in *Nordic Journal of international Law*, vol. 58, 1989, pag. 238.

La partecipazione degli Stati a queste agenzie sovranazionali rende possibile l'interazione tra sistemi di regolazione nazionali e l'acquisizione da parte del sistema elettronucleare di nuove proprietà.

Gli accordi di collaborazione conclusi fra la NEA e l'IAEA, in materia di approvvigionamento del materiale fissile (cosiddetto *Nea/Iaea Uranium Working Group*), e di coordinamento delle disposizioni delle due Convenzioni sulla responsabilità civile da danno nucleare- rispettivamente quella di Parigi del 1960 per la NEA e quella di Vienna del 1963 per la IAEA⁽³⁵⁷⁾- permette agli stessi Stati aderenti di dialogare a livello internazionale, ricercando attraverso l'accordo la soluzione ottimale per tutte quelle problematiche non risolvibili con il solo ricorso alla sovranità nazionale.

2.2 I policy-networks dell'ordinamento europeo

La misura dell'incidenza delle regole dettate a livello europeo su quelle interne si rivela sia attraverso l'adozione di normative che rendono permeabile gli ordinamenti nazionali verso l'esterno, sia mediante un'integrazione fra sistemi giuridici che si realizza attraverso *policy-networks*. Si tratta di una forma di regolazione particolarmente efficace nei casi di insuccesso del dialogo politico nelle sedi istituzionali, come è accaduto per la strategia di armonizzazione legislativa prefigurata dalla proposta del 2003 sulla sicurezza degli impianti nucleari.

La necessità di intervenire in vista dell'allargamento dell'Unione ai paesi dell'Est europeo, spesso dotati di infrastrutture nucleari di produzione sovietica, e l'assenza di un consenso unanime sull'adozione di un'apposita direttiva in materia, ha indotto le istituzioni comunitarie a ricorrere a strumenti di raccordo di ordine amministrativo. È stata a tal fine istituita la *Western Nuclear Regulator's Association (Wenra)*⁽³⁵⁸⁾, che ha lavorato fino al 2006 per lo scambio di *best practices* e la graduale convergenza degli standard di controllo degli impianti operativi esistenti.

³⁵⁷ Publication NEA, *Assurer la sûreté nucléaire: la mission des autorités réglementaires*, 2008, n. 6234, pag.11.

³⁵⁸ A tale organizzazione hanno partecipato 17 paesi tra cui Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Francia, Finlandia, Germania, Ungheria, Lituania, Olanda, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, U.K., Svizzera ed anche l'Italia.

Sempre nell'ottica di un'armonizzazione coordinata, con decisione 2007/530/EURATOM della Commissione, del 17 luglio 2007, è stato creato il gruppo europeo ad alto livello sulla sicurezza nucleare e la sicurezza della gestione dei residui radioattivi (Hgl) composto da membri esperti delle autorità nazionali di regolazione. A cui ha fatto immediatamente seguito il gruppo dei regolatori europei in materia di sicurezza nucleare (ENSREG) avente il compito di contribuire al conseguimento degli obiettivi della Comunità EURATOM in tema di combustibile esaurito e rifiuti radioattivi³⁵⁹).

Le stesse imprese di settore si sono a loro volta riunite in seno al Forum europeo sull'Energia nucleare (ENEF) che si compone di tre gruppi di lavoro su rischi, opportunità e trasparenza. L'ENEF rappresenta uno strumento di *governance* aperto al coinvolgimento di attori istituzionali, non istituzionali, portatori di interessi e società civile.

Sia dal punto di vista organizzativo che funzionale le reti dei regolatori europei che operano nel settore elettronucleare presentano diversi tratti comuni rispetto ai già esaminati *network* dei regolari che agiscono nel settore del gas e dell'elettricità. Le reti o agenzie-rete non esercitano in proprio funzioni deliberative, in quanto non possono adottare decisioni giuridicamente vincolanti. Come si è osservato per l'ERGEG, le conclusioni e raccomandazioni dell'ENSREG necessitano di essere recepite dalle istituzioni comunitarie. Si può citare a riguardo la risoluzione del Consiglio del 16 dicembre 2008 concernente la gestione del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi.

Esse ricoprono, pertanto, un ruolo strumentale che può incrementare l'efficienza delle procedure grazie alla riduzione sia dei costi di transazione per l'elaborazione di conoscenze ed esperienze comuni, sia delle asimmetrie informative tra attori pubblici e privati.

Basti pensare che in seno all'ENSREG, si è di recente realizzato il processo di *peer review* degli "Stress Tests" condotti su tutte le centrali nucleari in esercizio o in costruzione negli Stati

³⁵⁹ L'input all'istituzione di un gruppo ad alto livello in ambito UE, è derivato dall'invito del Consiglio dell'8 maggio 2007 relativo alla sicurezza nucleare e alla gestione sicura del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi, la relativa

membri, in accordo al mandato ricevuto dal Consiglio Europeo del 25 marzo 2011, quale immediata misura post-Fukushima.

Nell'occasione, le autorità di sicurezza nucleare dell'Unione europea e la Commissione hanno discusso e adottato il Rapporto finale della *peer review* degli *stress tests*, redatto dal *Board* della *peer review*, contenente, in allegato, i 17 Rapporti nazionali che coprono tutte le centrali dell'Unione europea e dei due paesi terzi volontari, la Svizzera e l'Ucraina.

Il rapporto identifica, in particolare, quattro aree di miglioramento relative: all'armonizzazione sulle metodologie di valutazione degli eventi naturali; all'importanza dell'attuazione di verifiche periodiche di sicurezza; all'attuazione delle misure per assicurare un'efficace protezione dell'integrità dei sistemi di contenimento; alla prevenzione degli incidenti dovuti ad eventi naturali ed alla minimizzazione delle loro conseguenze

Tenuto conto dei tempi necessari alla completa attuazione delle misure di miglioramento della sicurezza, l'ENSREG e la Commissione Europea hanno concordato di proporre l'adozione di un Piano di Azione sia in ambito nazionale che in un ambito europeo e globale, che comprenda: l'attuazione delle raccomandazioni delle *peer reviews*, l'attuazione del piano di azione lanciato dall'AIEA e l'effettuazione di ulteriori visite sui siti nucleari.

Rispetto a quello istituzionale, i *policy networks* incarnano, quindi, un modello di regolazione più semplice, rapido e flessibile particolarmente utile in caso di incertezza e di urgenza e che consente a soggetti diversi dagli Stati di elaborare le norme e di sovrintendere alla loro applicazione.

3. La regolazione multilivello del mercato e della sicurezza elettronucleare

3.1 L'approvvigionamento di uranio

La creazione di un mercato dell'energia nucleare partecipa al conseguimento dell'ambizioso fine europeo dell'istituzione di un mercato europeo dell'energia: sussiste fra i due sistemi di regolazione una condivisione di principi e prevale la regola generale della concorrenza per il mercato.

È opportuno sottolineare che il Trattato EURATOM disciplina la materia nucleare in quanto prodotto primario, gli accordi relativi, per esempio alla produzione di elettricità, in quanto prodotto secondario sono *tout court* soggetti all'applicazione delle regole del TFUE.

A dispetto della scarsa letteratura e giurisprudenza esistente (³⁶⁰), il tema dell'applicazione delle regole della concorrenza al settore elettronucleare, e nello specifico dei prodotti di cui all'annesso IV del Trattato EURATOM(³⁶¹), è quanto mai attuale soprattutto alla luce di due considerazioni, tra loro complementari.

In primo luogo, il fatto che l'Unione europea è il principale produttore mondiale di elettricità di origine nucleare e che le centrali elettronucleari forniscono un terzo dell'elettricità prodotta nell'Unione.

L'altra considerazione riguarda lo sviluppo, in direzione della liberalizzazione, del mercato dell'elettricità che implica che l'energia nucleare debba entrare, in condizioni di parità, in concorrenza con le altre fonti di energia.

Analizzando il Trattato EURATOM si pone, però, il duplice problema della scarsità di disposizioni a tutela della concorrenza e della sussistenza, invece, di disposizioni che potrebbero sembrare in contraddizione con la realizzazione di un mercato unico.

La situazione non stupisce, considerato il fatto che la principale preoccupazione degli Stati membri al momento della conclusione del Trattato, fosse quella di stabilire una politica comune di approvvigionamento, piuttosto che tutelare la concorrenza nel settore.

Seppur scarse, è possibile rinvenire alcune disposizioni che afferiscono alla libertà di circolazione dei beni e prodotti necessario per il funzionamento del mercato e dell'industria nucleare nonché la

³⁶⁰ In dottrina C. BELLAMY, G.D. CHILD, *Common Market law of competition*, Sweet & Maxwell, London, 1996; A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Giappichelli, Torino, 1996; J. VAN BAEL, J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella CE*, Torino, 1996.

In giurisprudenza, si veda sentenza della Corte di giustizia, *Repubblica Francese, Repubblica Italiana e Regno Unito di Gran Bretagna e di Irlanda c. Commissione*, del 6 luglio 1982, cause riunite 188 e 190/1980, in *Racc.* 1982 pag. 2545; e la sentenza del Tribunale *Enu c. Commissione* del 15 settembre 1995, cause 458/93 e 523/93, in *Racc.* 1995, pag. 2459.

³⁶¹ L'allegato IV comprende un insieme di beni e prodotti da utilizzare per il ciclo del combustibile nucleare, fra i quali l'uranio e i suoi composti organici.

libera circolazione dei capitali destinati a finanziare la produzione nucleare, da cui l'abolizione (ai sensi dell'art. 93) dei dazi doganali all'importazione ed all'esportazione, e l'eliminazione di restrizioni quantitative e di tasse ad effetto equivalente. L'art. 97 completa il quadro normativo pro-concorrenziale imponendo il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità delle persone fisiche o giuridiche che partecipano alla costruzione, nel territorio dell'Unione, di impianti nucleari a carattere scientifico o industriale.

Come per il mercato dell'elettricità ma soprattutto del gas, anche per quello nucleare si pone però un problema di approvvigionamento delle materie prime e del combustibile nucleare, in primo luogo dell'uranio⁽³⁶²⁾.

A riguardo è utile distinguere le attività che interessano il "ciclo della produzione" (trasformazione dell'uranio in natura in uranio arricchito o impoverito) da quelle che investono il "ciclo dell'uso" dell'uranio trasformato, a fini civili o militari. Il mercato della produzione ha un carattere "monostrutturato" vale a dire che i produttori di uranio naturale (o leggermente arricchito) hanno come unico sbocco i consumatori e gli utilizzatori dell'uranio e, a loro volta, questi ultimi non possono sostituire l'uranio con altro tipo di combustibile. Ciò crea una dipendenza molto stretta, un'assoluta mancanza di flessibilità del mercato così come una forte vulnerabilità di fronte ad elementi che possono turbarne gli equilibri.

Basti pensare all'impatto che ha avuto l'incidente di Chernobyl ed ora da quello di Fukushima sul mercato elettronucleare: la chiusura di diverse centrali nucleari e la corsa al ribasso dell'Unione Sovietica nella vendita dell'ossido di uranio hanno contribuito notevolmente a far declinare il prezzo della materia prima con evidenti ripercussioni sui produttori europei⁽³⁶³⁾.

Per quanto riguarda il secondo ciclo, in sede di redazione del Trattato EURATOM si è optato per l'accentramento in seno alla Comunità delle risorse di uranio disponibili garantendone l'accesso, in condizioni di parità, a tutte le imprese sotto la supervisione

³⁶² Per alimentare le centrali nucleari viene usato l'uranio arricchito al 2-3% di ²³⁵U. Questo numero indica il tipo di isotopo utilizzato che dura in vita circa 108 anni. Esso è il più importante sia per i reattori che per le armi nucleari perché l'unico isotopo fissile esistente in natura in quantità apprezzabili.

³⁶³ Sul tema si veda G. MEURIN, *La problématique économique de l'approvisionnement (off-demande)*, in *Euratom, L'approvisionnement en question*, Edition de l'Université libre, Bruxelles, 1982, pag. 49.

dell'Agenzia per l'approvvigionamento (*Energy Supply Agency-ESA*)³⁶⁴.

I compiti in materia di approvvigionamento, soprattutto all'origine, consentivano all'ESA di esercitare il monopolio su tutte le materie nucleari prodotte o importate nella Comunità e ciò allo scopo di garantire a tutti i potenziali utilizzatori il diritto di essere riforniti secondo un principio di equo accesso (art. 52 TCEEA). La *ratio* di tale diritto di esclusiva risiedeva nella volontà di collocare l'EURATOM al centro dei rapporti tra produttori ed utilizzatori. Il semplice obbligo di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione del materiale nucleare non era ritenuto di per sé sufficiente a garantire quel fondamentale obiettivo dell'EURATOM di un approvvigionamento equo e regolare.

L'approvvigionamento dell'uranio da parte degli utilizzatori europei è stato collocato all'interno di una politica "comune".

Il monopolio dell'Agenzia sui "minerali", le materie grezze e le materie fissili speciali prodotti nei territori degli Stati membri è esercitato attraverso due specifici diritti: il diritto di opzione ed il diritto esclusivo di concludere contratti di approvvigionamento. Il primo, di cui all'art. 57, copre: a) diritti di utilizzazione e di consumo delle materie la cui proprietà spetta alla Comunità sulla base del Capo VIII (materie fissili speciali) e b) l'acquisizione del diritto di proprietà in tutti gli altri casi (minerali e materie grezze). L'Agenzia esercita il diritto di opzione sulle materie fissili speciali prodotte dall'Unione sia per rispondere alla domanda degli utilizzatori della Comunità, sia per costituire essa stessa delle scorte di tali materie, e controllarne l'esportazione previo rilascio dell'autorizzazione della Commissione.

Il diritto negoziale "esclusivo", invece, implica per gli utilizzatori dell'Unione il divieto di conclusione diretta dei contratti

³⁶⁴ L'Agenzia è dotata di personalità giuridica e di autonomia finanziaria ed è posta sotto il controllo della Commissione che le impartisce le proprie direttive e dispone di un diritto di veto sulle sue decisioni. Gli Stati hanno l'obbligo di comunicarle tutte le informazioni necessarie a consentirle di adempiere ai compiti conferitile dal Trattato. La più di recente normativa relativa alle competenze dell'ESA è contenuta nella decisione del Consiglio 2008/114 EC EURATOM del 12 febbraio 2008. Per un inquadramento delle funzioni dell'ESA, in dottrina si v. P MENGOZZI, *L'Agenzia di approvvigionamento dell'EURATOM*, Giuffrè, Milano, 1964.

di fornitura sia con le imprese comunitarie che con le imprese di Paesi terzi. L'approvvigionamento in uranio passa, quindi, dai canali dell'ESA.

Il ruolo dell'ESA, almeno sulla carta, non è quindi quello di automatica *chambre d'enregistrement*⁽³⁶⁵⁾. Nelle materie di politica economica e commerciale, l'ESA può ad esempio richiedere informazioni integrative circa l'origine geografica del materiale nucleare per verificarne il carattere potenzialmente pregiudizievole rispetto alle finalità del Trattato, anche ostacolando ovvero ritardando la conclusione dei contratti di approvvigionamento⁽³⁶⁶⁾.

Un regime così "centralizzato" è stato al centro di diverse critiche e opposizioni, in particolare sollevate dalla Germania e dalla Francia e ha richiesto in diverse occasioni l'intervento della Corte di giustizia, a partire dalla nota causa 7/71⁽³⁶⁷⁾. La sentenza chiudeva un procedimento di inadempimento, avviato ex art. 141 TCEEA, nei confronti della Francia a cui veniva contestato il fatto di aver effettuato, già dal 1964, diverse vendite o acquisti di materie fissili speciali violando il diritto di "opzione dell'Agenzia" e, tra l'altro, senza previa presentazione alla Commissione della relazione annuale, di cui all'art. 70, par. 3 TCEA.

³⁶⁵ *Ex multis* si veda, Tribunale di I° grado, sentenza del 25 febbraio 1997 nelle cause riunite T-149/94 e T-181/94, *Kernkraftwewerjw Lippe-Ems GmbH(KLE) c. Commissione*, per un commento G. TOCCOGNA, *Approvvigionamento in uranio per gli utilizzatori europei: questioni concernenti l'amministrazione CEEA del mercato ed in particolare la procedura semplificata*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 1999, pag. 1243. In tema di distinzione tra contratti di fornitura e di arricchimento di uranio, Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 2006, cause riunite C-123/04 e C-124/04, *Industrial Nucleares do Brasil SA(INB) e Siemens AG c. USB AG e Texas Utilities Electronic Corporation*, consultabili su www.curia.europa.eu.

³⁶⁶ Si veda a riguardo la sentenza del Tribunale del 25 febbraio 1997, nelle cause riunite T-149/94 e T-181/94, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH(KLE) c. Commissione*. Nel caso in esame la controversia riguardava l'azione risarcitoria intentata dalla società KLE avverso la Commissione. Le contestazioni della ricorrente si muovevano su più fronti che avevano in comune l'applicazione non legittima della procedura semplificata ad opera dell'Agenzia e della Commissione con la conseguenza che si era ritardata in modo arbitrario la stipulazione del contratto con conseguente danno per la ricorrente. La richiesta da parte dell'Agenzia di informazioni integrative e dell'indicazione del Paese di origine costituiva una violazione della procedura semplificata di cui all'art. 5bis. Secondo il Tribunale europeo, al contrario era da legittimare la richiesta di informazioni integrative da parte dell'Agenzia considerato il fatto che un ulteriore aumento delle forniture di uranio naturale avrebbe compromesso la diversificazioni delle fonti di approvvigionamento e dunque l'indipendenza della Comunità da importazioni esterne.

³⁶⁷ Causa 7/71 del 14 dicembre 1971, in *Racc.*, 1978, pag. 2151.

Segnatamente, il governo francese aveva realizzato all'insaputa della Commissione un'autonoma politica di approvvigionamento muovendo dalla constatazione che il quasi monopolio detenuto dal principale fornitore di uranio della Comunità, escludesse che vi potesse essere qualsiasi ponderazione fra la domanda e l'offerta.

Nelle sue argomentazioni, la Corte di giustizia difende tenacemente il ruolo di mediatore dell'Agenzia, giustificando la politica dirigista della Comunità in ragione del necessario sviluppo dell'industria nucleare.

Negli anni novanta il tema dell'approvvigionamento torna nuovamente sui banchi dei giudici europei. Lo scenario è però diverso: inizia ad acuirsi la competitività economica e il pericolo di flussi di importazioni di uranio dai Paesi dell'Europa dell'Est. La missione che viene affidata all'Agenzia è quella di evitare una dipendenza irragionevole dai Paesi terzi e favorire l'acquisto di uranio, a prezzi di mercato, dall'ex Unione Sovietica.

La figura dell'Agenzia è ancora una volta al centro del confronto fra le autorità nazionali ed europee: in particolare viene censurato il potere riconosciutele di decidere di volta in volta le condizioni di fornitura.

Il Tribunale di primo grado chiamato a dirimere la controversia, prima di entrare nel merito si sofferma sull'analisi dei principi legittimanti l'esercizio del diritto di opzione ed esclusivo⁽³⁶⁸⁾ partendo dalla distinzione esistente tra sistema dell'approvvigionamento e politica comune di approvvigionamento: del primo è responsabile l'Agenzia-ESA⁽³⁶⁹⁾, la quale esercita un ruolo amministrativo, della seconda la Commissione che è invece titolare di un potere politico.

Per quanto riguarda i criteri in base ai quali l'ESA può esercitare il proprio diritto di opzione, dalla sentenza emerge che la

³⁶⁸ Nella sentenza citata il Tribunale doveva giudicare sulla legittimità di una decisione della Commissione con la quale veniva rigettato l'insieme delle richieste formulate dalla società ricorrente, l'impresa mineraria portoghese, ENU. Dagli antefatti emerge che quest'ultima non riuscisse a collocare sul mercato europeo parte della propria produzione e che tale percentuale di produzione invenduta avrebbe compromesso l'esercizio della sua attività industriale. Sentenza del 15 settembre 1995, Empresa Nacional de Uranio SA c. Commissione CEE-CEEA cause riunite T-458/93 e T-523/93.

³⁶⁹ L'Agenzia, spiega la Corte, si avvale dell'esercizio di quegli appositi diritti conferitigli dal Trattato in vista della realizzazione di uno degli obiettivi essenziali dell'EURATOM e cioè la sicurezza degli approvvigionamenti secondo il principio dell'eguale accesso alle risorse da parte degli utilizzatori.

sua discrezionalità è vincolata dal prezzo richiesto dal produttore europeo, che deve essere equivalente o inferiore a quello proposto dagli utilizzatori. L'Agenzia non può, invece, esercitare il diritto di opzione se il prezzo richiesto dal produttore europeo è troppo elevato, in quanto il principio di opzione sui minerali prodotti dalla Comunità è stato pensato principalmente per favorire gli utilizzatori, e non per assicurare ai produttori sicuri sbocchi sul mercato³⁷⁰).

Nel compiere il suo ruolo di regolatore del mercato l'Agenzia è incaricata di confrontare le domande e le offerte delle parti contraenti. I prezzi risultano da tal confronto, senza che le regolamentazioni nazionali possano contravvenire a tale meccanismo. L'art. 68 inoltre proibisce le pratiche di prezzi che hanno per l'oggetto di assicurare a certi utilizzatori una posizione privilegiata: nel caso in cui l'Agenzia constati tali pratiche, le segnala alla Commissione la quale può ristabilire il prezzo a un livello conforme al principio dell'eguale accesso alle risorse.

Da ultimo il Trattato di Lisbona al Protocollo N. 2, riconosce all'Agenzia la competenza esclusiva di concludere accordi e convenzioni sulla fornitura di materie fissili speciali, di stipulare contratti con i produttori dei materiali nucleari e di attribuire diritti di utilizzazione delle energie nucleari in un regime di monopolio di importazione.

Le poche disposizioni contemplate nel Trattato EURATOM a garanzia della concorrenza di tale segmento del sistema elettronucleare è però compensata dalla prassi della Commissione europea e da alcune pronunce giurisprudenziali

3.2 Realizzazione e messa in sicurezza degli impianti nucleari

La disciplina sulle installazioni nucleari è costruita intorno ad la fitta trama di rapporti tra le istituzioni CEEA e UE, da un lato, e le

³⁷⁰ Alla luce di questi argomenti, si può concludere nel senso dell'insussistenza di un diritto di imposizione all'ESA di far uso del suo diritto di opzione e del suo diritto esclusivo di concludere i contratti di fornitura, allo scopo unico di consentire lo smaltimento, da parte di un'impresa europea, della sua produzione. Tali conclusioni verranno ribadite dalla Corte di giustizia nella sentenza dell'11 marzo 1997, causa C-357/95 *Enu c. Commissione*, pronunciata su ricorso dell'impresa portoghese contro la sentenza del Tribunale appena esaminata. La Corte riconfermava, infatti, che il «Capo VI non contiene alcuna disposizione che faccia obbligo all'Agenzia di garantire lo smaltimento della produzione comunitaria di materiali nucleari».

Autorità nazionali, dall'altro che si estrinseca in forme di coordinamento e controllo multilivello.

La Commissione europea ha infatti il compito di coordinare lo sviluppo degli investimenti attraverso la pubblicazione periodica di programmi a carattere indicativo, concernenti gli obiettivi della produzione di energia nucleare e gli investimenti di qualsiasi natura richiesti per la loro realizzazione. In relazione a questi compiti di programmazione, è fatto obbligo alle imprese appartenenti ai settori industriali rientranti nell'ambito di applicazione del Trattato EURATOM, di comunicare alla Commissione i progetti di investimenti concernenti la realizzazione dei nuovi impianti e le sostituzioni o trasformazioni di impianti esistenti. La Commissione comunica poi alle imprese le proprie considerazioni sul progetto che potrà eventualmente ricevere degli ausili finanziari, in forma di mutui. Un regime giuridico di particolare favore è invece riconosciuto alle imprese comuni, costituite con decisione del Consiglio, previo parere motivato della Commissione europea.

Più circoscritto è il potere della Comunità EURATOM in materia di sicurezza delle centrali nucleari: in questo caso la Commissione può solo formulare delle raccomandazioni⁽³⁷¹⁾. L'assenza di poteri incisivi della Comunità sulla materia è iniziato a farsi sentire in maniera più insistente a seguito dell'incidente del 26 aprile 1986 presso la centrale nucleare di Chernobyl: nel 2002 la stessa Commissione, dopo avere riscontrato che le diverse misure adottate dagli Stati membri non rispettavano "le migliori condizioni possibili di sicurezza"⁽³⁷²⁾, invitava i paesi EURATOM a prestare il

³⁷¹ P. KOUTRAKOS, Case C-29/99 *Commission c. Council* (re: Nuclear Safety Convention), Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 10 December 2002, in *Common Market Law Review*, 41, 2004, pag. 191 ss.

³⁷² Il concetto di sicurezza nucleare non concerne soltanto gli impianti nucleari definiti dal punto 1 dell'art. 3 della direttiva, ma anche il trasporto e la gestione di materiali radioattivi. Nel 2006, ad esempio, sono state adottate, rispettivamente il 24 ottobre ed il 20 novembre, una raccomandazione (in *G.U.CE L.* 330 del 28 novembre 2006, pp. 31 ss.) ed una direttiva (in *G.U.CE L.* 337 del 5 dicembre 2006, pp. 21 ss.) che, a tutela della salute dalle radiazioni ionizzanti, riguardano alcuni aspetti della disattivazione di installazioni nucleari e della gestione, sorveglianza e trasporto, del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi. La sicurezza nucleare della quale ci si occupa non deve essere confusa col controllo di sicurezza previsto dal Titolo II, Capo VII del trattato EURATOM diretto ad evitare l'acquisizione e l'uso illecito di materiale nucleare.

proprio consenso all'emanazione di un quadro normativo organico e vincolante⁽³⁷³⁾.

Il quadro comunitario per la sicurezza degli impianti nucleari vede però la luce solo nel 2009, con il varo della direttiva n. 71⁽³⁷⁴⁾. Quest'ultima, emanata sulla base degli articoli 31 e 32 del TCEA, rappresenta uno strumento di armonizzazione minima delle disposizioni nazionali in quanto, come precisa il punto 2 dell'articolo 2, "non osta a che gli Stati membri adottino misure di sicurezza più rigorose nel settore contemplato".

Il punto 2 dell'art. 3 definisce la sicurezza come: "il conseguimento di adeguate condizioni di esercizio, la prevenzione di incidenti e l'attenuazione delle loro conseguenze, al fine di assicurare la protezione dei lavoratori e della popolazione dai pericoli derivanti dalle radiazioni ionizzanti". Non vi è, invece alcun riferimento alla salvaguardia dell'ambiente, come era stato originariamente proposto dalla Commissione⁽³⁷⁵⁾.

Il testo definitivo si discosta dalla proposta originaria anche per l'assenza di un rinvio ai principi generali di sicurezza IAEA⁽³⁷⁶⁾;

³⁷³ Così il punto 10 della proposta modificata di direttiva (Euratom) del Consiglio dell'8 settembre 2004 che definisce gli obblighi fondamentali e i principi generali nel settore della sicurezza degli impianti nucleari, Com. (2004) n. 526.

³⁷⁴ Direttiva EURATOM del 25 giugno 2009, n. 71/EURATOM, in *G.U.CE* L. 172 del 2 luglio 2009, pag. 18.

³⁷⁵ Nell'originaria proposta di direttiva del Consiglio (EURATOM) che istituisce un quadro comunitario per la sicurezza nucleare, COM (2008) 790 def., la sicurezza nucleare comprendeva anche la protezione da rischi indebiti di radiazioni ionizzanti "dell'atmosfera, dell'acqua e del suolo". Anche l'IAEA, nel documento sui Principi fondamentali di sicurezza (Vienna 2006, N. SF-1, punto 1.10) avverte che le misure di sicurezza hanno l'obiettivo di proteggere la vita e salute umana così come l'ambiente. Alcuni peraltro ritenevano che la direttiva non potesse contemplare la tutela ambientale sulla base della sola normativa Euratom, essendo necessario al riguardo ricorrere alle competenze attribuite dal trattato CE. Cfr. le discussioni nell'ambito della Commissione giuridica al Parlamento europeo che rese il parere 1° aprile 2009 sulla base giuridica della proposta di direttiva del Consiglio (Euratom) che istituisce un quadro comunitario per la sicurezza nucleare, consultabile su www.europarl.europa.eu.

³⁷⁶ L'originaria citata proposta della Commissione (Com. (2008) 790 def.) prevedeva all'art. 6 che: "Gli Stati membri rispettano i principi fondamentali dell'AIEA", all'uopo rinviando al documento AIEA n. SF-1 del 2006 il quale indica 10 principi di sicurezza, dettagliandone le implicazioni. Il Parlamento europeo, adito per l'acquisizione del parere consultivo sulla proposta di direttiva, con risoluzione legislativa del 22 aprile 2009 si spingeva ancora oltre proponendo un emendamento (n. 35) che comportava l'espressa applicazione dei principi AIEA alla "scelta del sito, progettazione, costruzione, esercizio e disattivazione di un impianto nucleare".

per la mancata istituzione un corpo ispettivo europeo e di un Comitato di supervisione dell'operato delle autorità nazionali di vigilanza sulla sicurezza nucleare (³⁷⁷).

Di fronte alle lacune del dato positivo, il sistema giuridico europeo comunque reagisce innescando degli strumenti di tipo relazionale, tra Autorità nazionale, e partecipativi. È significativo a riguardo il riconoscimento a favore degli Stati membri di un potere di intervento nelle ipotesi di “*disfunzioni del sistema di protezione introdotto in forza del trattato CEEA*”, mediante le consuete azioni di inadempimento, annullamento, ovvero come prevede l'articolo 32 del trattato EURATOM, di proposta di revisione e il completamento delle “norme fondamentali” a tutela della salute dal rischio di radiazioni ionizzanti.

In tal modo garantisce agli Stati, come ai singoli e alle imprese, l'opportunità di rivendicare e ottenere la tutela dei propri diritti (³⁷⁸).

3.3 La gestione dei rifiuti radioattivi e decommissioning degli impianti nucleari

La disciplina dei rifiuti radioattivi inerisce la gestione, il trattamento e la loro collocazione definitiva o semi-definitiva. Si tratta di una profilo che oltre a rappresentare un nodo cruciale con cui ogni politica energetica nucleare si misura, costituisce anche uno degli aspetti più difficili da gestire.

In essa si intersecano profili attinenti alla tutela ambientale, della salute e della responsabilità intergenerazionale, nonché economici e finanziari ordinabili solo secondo una filosofia d'azione fondata sulla pianificazione anticipata vale a sulla previa fissazione dei parametri tecnici e sulla verifica dell'adeguata qualificazione dei soggetti titolari dei poteri di proposta, istruttori e decisori.

Dal punto di vista tecnico le tre opzioni per lo smantellamento il più delle volte adottate sono le seguenti:

1) la chiusura su stretta sorveglianza dell'impianto: c.d. “*entombment*” (³⁷⁹), attualmente in fase di realizzazione per gli impianti di Chernobyl;

³⁷⁷ Così gli articoli 8 e 12 della citata proposta modificata di direttiva (EURATOM) del Consiglio dell'8 settembre 2004, Com. (2004) 526 def.

³⁷⁸ Cfr. Capitolo sulla giurisprudenza

³⁷⁹ L'impianto resta intatto ed il materiale radioattivo rimane in parte nel sito. Solo in seguito si rinchiude l'edificio del reattore, (possibilmente senza il

2) il rilascio del sito con alcune restrizioni: la procedura c.d. SAFSTOR in inglese *Safe Enclosure* (³⁸⁰);

3) La completa demolizione delle strutture e il loro trasporto in un centro di discarica o al riciclaggio del metallo fino a che non sia ripristinata una condizione di “prato verde” (c.d. *brown o green field*): la procedura dell’ *Immediate Dismantling*, o *Early Site Release* DECON.

Quest’ultima soluzione è quella attualmente preferita in Europa e negli USA, sia per i tempi relativamente brevi, sia perché permette l’uso delle aree precedentemente occupate e di quelle vicine: terminate le operazioni di *dismantling*, il sito viene reso disponibile al riutilizzo.

In tutte e tre casi, la procedura richiede comique tempi e costi elevati (³⁸¹): la radioattività latente nei “core” dei reattori, fa sì che il *decommissioning* sia eseguito in varie fasi spesso intervallate da decenni. Il lungo intervallo di tempo rende estremamente difficile effettuare a priori un calcolo affidabile dei costi. Lo sfioramento delle previsioni di spesa non è infrequente anche per progetti che non presentino complicazioni in *itinere* (³⁸²).

Dal punto di vista procedurale tale fase della filiera elettronucleare richiama quell’idea di “concerto” tra attori di cui si accennava nella parte iniziale del lavoro: tecnici, amministratori e

combustibile nucleare), posizionando le piscine, tubature, pompe, vaporizzatori e tubi e altri materiali all'esterno del reattore dentro a una struttura di lunga durata in cemento armato, sigillata in modo che non abbia perdite nel terreno, refrigerata e progettata per durare un periodo di tempo sufficiente ad assicurare che la radiazione residua non costituisca più un pericolo ingestibile.

³⁸⁰ L’impianto viene modificato (svuotato del combustibile nucleare e demolite alcune strutture), portandolo ad una configurazione ad immagazzinamento sicuro (*safe storage*) fino al momento dello smantellamento finale e della decontaminazione definitiva che avviene solitamente dopo 40-60 anni.

³⁸¹ Secondo le ultime stime della “*Nuclear Decommissioning Authority*” inglese, nel Regno Unito costerà almeno 70 miliardi di dollari smantellare i siti nucleari dismessi esistenti nella Gran Bretagna; questo calcolo non considera qualsiasi incidente o cambiamento delle normative che possa avvenire in futuro.

³⁸² Nonostante una vasta gamma di installazioni nucleari siano state disattivate e smantellate il numero di impianti di potenza completamente messi in sicurezza è davvero esiguo.

Questo elenco include centrali nucleari, reattori di ricerca, impianti per la produzione di radio-isotopi, acceleratori, miniere di uranio, impianti per l’arricchimento dell’uranio, impianti PUREX per la separazione chimica del plutonio, ecc.

imprese incaricate dello smantellamento vengono tutte chiamate ad agire al fine di evitare il persistere della possibilità di incidenti radioattivi.

La “Convenzione Comune sulla sicurezza della gestione del combustibile usato e dei rifiuti radioattivi” così come direttiva EURATOM del 19 luglio 2011 n. 70 (che stabilisce il quadro comunitario per la gestione responsabile e sicura del combustibile nucleare esaurito e dei rifiuti radioattivi) ⁽³⁸³⁾ impone agli Stati membri l’adozione di norme di sicurezza uniformi per la protezione sanitaria dei lavoratori e della popolazione. Inoltre, per prevenire contaminazioni ambientali transfrontaliere, i progetti di smaltimento di rifiuti radioattivi predisposti da ogni Stato membro, prima di essere autorizzati dalle autorità nazionali, in base all’articolo 37 del trattato EURATOM devono essere sottoposti al parere della Commissione europea.

Infatti, una condizione essenziale per il loro rilascio è il soddisfacimento delle condizioni poste dall’articolo menzionato che obbliga ogni Stato membro dell’Unione europea a fornire tempestivamente alla Commissione ogni informazione sull’attività di smantellamento (i piani di smantellamento e stoccaggio dei componenti del reattore e ogni possibile rilascio accidentale di sostanze) nonché sull’impatto che l’attività di decommissioning produce nell’ambiente circostante ⁽³⁸⁴⁾.

Nell’ordinamento interno le prime norme che hanno disciplinato il settore sono le disposizioni di cui al d.lgs. 230/1995, che a partire dalla definizione proposta dall’art. 7 lettera p), attribuisce alla pianificazione e al coordinamento tra la fase di produzione e di disattivazione degli impianti, un ruolo cruciale per la messa in sicurezza del materiale nucleare⁽³⁸⁵⁾.

In tale ottica, precauzionale e preventiva, può essere a sua volta letta l’*exit strategy* così come definita dal decreto legislativo del 15 dicembre 2010 n. 31, il quale richiedeva, all’operatore economico,

³⁸³ Pubblicata sulla *Gazzetta UE* del 2 agosto 2011, n.199.

³⁸⁴ P.M. PUTTI, *Il decommissioning degli impianti nucleari*, in *Annuario di diritto dell’energia*, cit. pag. 189.

³⁸⁵ L’attività di *decommissioning* o disattivazione è definita dall’art. 7 come l’«*insieme delle azioni pianificatorie, tecniche e gestionali da effettuare su un impianto a seguito del suo definitivo spegnimento o della cessazione definitiva dell’esercizio, nel rispetto dei requisiti di sicurezza e di protezione dei lavoratori, della popolazione e dell’ambiente, sino allo smantellamento finale o comunque al rilascio del sito esente da vincoli di natura radiologica*».

già in fase di rilascio dell'Autorizzazione Unica per la costruzione dell'impianto, uno studio preliminare di disattivazione inclusivo della valutazione del volume e del condizionamento, trasporto e conferimento dei rifiuti radioattivi e del combustibile nucleare irraggiato, con l'indicazione dei relativi costi (art. 13 comma 6).

La gestione del *decommissioning* è invece affidata ad un soggetto di estrazione pubblica, la Sogin S.p.a., che è chiamata a presidiare interessi di carattere generale, quali la tutela dell'ambiente e della salute, in una prospettiva di lungo termine, nonché a garantire la continuità della gestione del *decommissioning*. Tale scelta è conforme agli *standard* internazionali dettati dall'IAEA che prevedono che al termine della vita dell'impianto, la sua gestione possa essere affidata ad un soggetto diverso dall'esercente nucleare.

Ma possono altresì scorgersi delle ragioni di ordine sia tecnico che valoriale: rileva in primo luogo l'esigenza di conservazione della «memoria dell'impianto», vale a dire di quel patrimonio di conoscenze necessarie ai fini dell'esecuzione delle attività di *decommissioning*, la cui implementazione può estendersi lungo un arco temporale di diversi anni. A tal fine, è necessario individuare un modello di gestione del sapere idoneo ad assicurare che tale trasmissione avvenga in maniera efficace ed effettiva coerentemente con quel principio di continuità intergenerazionale che impone alle generazioni presenti di trasmettere a quelle future le competenze necessarie a costituire la c.d. catena della responsabilità sulla gestione dei rifiuti.

In conclusione, la disciplina del *decommissioning* rappresenta una riprova del fatto che il concetto di competenza, in un contesto di mobilità come è quello elettronucleare, è sempre più svincolato da riferimenti di tipo stanziale e spaziale ed è piuttosto orientato a qualificare in senso funzionalistico lo spettro di azione dei vari attori, pubblici e privati, coinvolti (³⁸⁶).

CAPITOLO II

LA DISCIPLINE JURIDIQUE DE L'ENERGIE NUCLEAIRE EN FRANCE (RENOI)

³⁸⁶ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., pag.39.

1. Un droit qui éclate entre plusieurs cadres et systèmes juridiques

1.1 L'énergie électronucléaire par rapport à la mission économique et sociaux de l'Etat dans le secteur énergétique

La politique énergétique mise en œuvre en France depuis 1945 à sensiblement évolué dans ses priorités, mais s'est toujours appuyée sur un vaste secteur public.

Le raison on peut être recherché dans le besoin, considéré prioritaire, de garantir la sécurité d'approvisionnement électrique. Le cas de l'électricité en fait mérite une attention particulière car il s'agit d'une énergie qui vient de faire l'objet de nombreux bouleversements législatifs et réglementaires, en France ainsi qu'en Europe.

Energie de réseau qui ne se stock pas, l'électricité constitue un produit vital dont la demande est très inélastique. En même temps qu'il a ouvert le marché, le législateur a défini la notion de « service public de l'électricité » dans la loi n. 108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, dont l'article 1 précise notamment : « le service public de l'électricité a pour but objet de garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national, dans le respect de l'intérêt général ».

Le volet des pouvoirs publiques est assurer aux citoyens et aux agents économiques, un niveau de sécurité qu'il convient socialement et économiquement.

La forte croissance de l'économie français et la faiblesse de ses ressources énergétique ont incité les pouvoirs publics à définir une politique énergétique où le nucléaire a pris une place croissante. Après une phase intense d'investissement liées au choc pétrolier des années 1970, le nucléaire occupe désormais une place importante dans le paysage énergétique français

Dans le cadre de la politique énergétique, l'énergie nucléaire contribue en effet à l'indépendance et à la sécurité d'approvisionnement, à la gestion optimale et au développement des ressources nationales, à la maîtrise de la demande d'énergie et à la maîtrise de choix technologiques d'avenir. Mais il concourt aussi à la cohésion sociale, en assurant le droit à l'électricité pour tous.

Matérialisant le droit de tous à l'électricité, le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité.

1.2 Le rapport entre l'Etat français et Euratom dans le domaine de l'approvisionnement en uranium.

Le Traité Euratom a établi des règles de nature à promouvoir un développement concerté des applications pacifiques de l'énergie nucléaire au sein des Pays membres. Pour faire ça, il fallut résoudre des problèmes liés à la diversité de régime propre aux systèmes juridiques nationaux. A partir de la question de l'approvisionnement.

Pendant les années 1957-1958, la question de l'approvisionnement constituait la grande priorité pour les Pays « nucléaires », qui répondait à une nécessité autant économique que politique. Il s'agissait de s'opposer par une coopération accrue ou par la naissance d'une politique commune, à la position dominante des Etats-Unis. Celle-ci qui repose sur le monopole d'approvisionnement en service d'enrichissement, se nourrit à un réseau d'accords bilatéraux conclus entre Washington et les divers États européens, dont les intérêts se trouvent de la sorte divisés.

C'est pourquoi le rapport Spaak avait prévu à l'intérieur d'Euratom, une priorité d'achat au profit d'un organisme communautaire à créer et, pour l'extérieur, un monopole d'approvisionnement. Ce dispositif fut pour l'essentiel repris dans le texte définitif du Traité, qui en dépit de l'opposition allemande, organisa une politique d'approvisionnement intégrée au profit de l'Agence d'approvisionnement Euratom.

Mais le monopole ainsi projeté était étroitement lié à la question du contrôle, lequel répondait à un double finalité : la protection des usagers d'une part et la certitude d'une utilisation exclusivement pacifique des matières radioactives de l'autre.

La première répondait à l'objectif général de sécurité dont la puissance publique, quelle qu'elle soit, devait être la garante. La seconde fut imposée par les fournisseurs extérieurs, en l'occurrence

les États-Unis, qui venaient de définir pour la première fois les fondements de la politique de non-prolifération⁽³⁸⁷⁾.

L'organisation de ce type de contrôle souleva deux séries d'interrogations. Celle de son efficacité qui fut abordées sous l'angle de la notion d'appropriation publique des matières fissiles; celle ensuite de son champ d'application dont dépendait étroitement l'autonomie des choix militaires nucléaires des Etats-membres.

Comme le Traité CEE, le Traité CEEA visait à créer dans son domaine d'application matériel, un espace économique homogène. Mais les États membre et en particulier la France n'était pas d'accord sur les moyens et surtout sur les pouvoirs de l'Agence.

Il faut rappeler que l'Agence ayant pour mission d'assurer l'égal accès aux ressources et la non-discrimination entre les utilisateurs, a dû centralises les offres et le demandes, en informer les intéressés pour que les prix résultent de la confrontation des offres et des demandes.

A cet effet elle disposait de deux moyens de droit mentionnées par l'article 52 : « Est constituée une Agence disposant d'un droit d'option sur les minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales produits sur les territoires des États membres, ainsi que du droit exclusif de conclure des contrats portant sur la fourniture de minerais, matières brutes ou matières fissiles spéciales en provenance de l'intérieur ou de l'extérieur de la Communauté ». Dès sa conception, l'Agence apparait donc comme la « locomotive » de la politique d'approvisionnement en minerais, matières brutes ou matière fissiles spéciales.

Les prérogatives dont elle jouit pour accomplir sa mission étaient différentes selon que les matières nucléaires destinées à l'approvisionnement la Communauté proviennent ou non de son territoire.

En ce qui concerne l'approvisionnement en provenance de l'intérieur de la Communauté, l'Agence possédait un droit d'opposition qui lui permettait de se rendre acquéreur des minerais, matières brutes ou matières fissiles spéciales produit sur le territoire des Etats-membres.

³⁸⁷ Il s'agissait par les biais du contrôle international, d'assurer l'engagement d'utilisation pacifique exclusive auquel la *Maison Blanche* entendait alors soumettre ses partenaires commerciaux.

L'approvisionnement des matières en provenance de l'extérieur de la Communauté était régi principalement par l'article 64 qui conférait à l'Agence le droit exclusif, sauf des exception prévues par le Traité, de conclure des accords ou conventions avec les Pays tiers.

Ceci contribuait donc à conférer à la Communauté une position de force pour négocier son approvisionnement à des conditions avantageuses.

L'art 76 avait prévu que ces pouvoirs de l'Agence devaient expirer dans sept ans, mais lorsque le 31 décembre 1964 aucune décision n'était intervenue, une controverse s'établit entre la Communauté et l'Etat Français : la France invoquait la théorie de l'inexistence juridique de l'Agence et menait sa propre politique nucléaire qui comportait un approvisionnement particulier.

Elle avait prit d'habitude de procéder à des négociations directes et à la signature des contrats.

L'intervention de l'Agence, était ainsi réduit à un rôle de greffier, en se limitant à un simple rôle d'enregistrement *a posteriori*. Conçu au départ comme un *contrôle d'utilisation pacifique*, l'appropriation publique des matières fissiles spéciales régressa sous pression français en un simple *contrôle de conformité*. La surveillance exercée par l'Agence Euratom portait seulement sur la conformité de la destination civile ou militaire des matières avec la déclaration d'usage faite par l'opérateur.

Plusieurs efforts ont été nécessaires pour résoudre la question des pouvoirs de l'Agence par rapport à la nécessité de l'autolimitation de la souveraineté des États.

A partir de 1965, la France refusa de fournir à la Commission les rapports annuels sur le développement de la prospection et de la production, les réserves probables et les investissements miniers effectués ou envisagés sur le territoire français.

La Communauté réagit. Devant la Cour, la Commission lui fit grief d'avoir conclu à l'insu de l'Agence des contrats d'importation avec différents pays. La France se voyait en outre accusée d'avoir conclu un contrat portant sur la fourniture à l'Italie de matières fissiles spéciales et d'avoir refusé de notifier à l'Agence l'existence d'un engagement portant sur le façonnage d'uranium importé d'Afrique du Sud.

Devant la Cour, la France rappela sa position : les dispositions du Chapitre VI étaient devenues caduques faute d'avoir été

confirmées. En conséquence, elle n'avait pu manquer à des obligations devenues inexistantes. L'article 76 se trouvait au cœur du débat. Rappelons-en l'essentiel : « A l'issue d'une période de sept ans à compter de l'entrée en vigueur du Traité, le Conseil peut confirmer l'ensemble de ces dispositions relative à l'objet du présent chapitre sont arrêtés ».

Trois interprétation des termes « à l'issue d'une période de sept ans » étaient, selon la France, possibles : « soit que la décision de confirmer ou de modifier doive être prise avant le 31 décembre 1964, soit qu'elle doive être prise au plus tard à ce moment, soit qu'elle doive l'être après cette date, mais dans un délai suffisamment bref, faute de quoi, on ne se trouverait plus à l'issue de la période de sept ans ».

La première version avait, bien entendu, la préférence de le Gouvernement français. Quoi qu'il en soit, même en admettant l'interprétation la plus large des mots « à l'issue de », les délais prévus par le Traité seraient dépassés puisque plus de six ans s'étaient écoulés sans qu'une décision ait été prise. Par conséquent, les dispositions du chapitre VI étaient devenues inapplicables. La Commission s'estimait d'accord avec la France pour estimer que le dépassement des délais prévus à l'article 76 établit une situation qui ne constitue pas une application correcte du Traité ».

La Cour, posant comme principe que la « caducité des dispositions du Traité ne se présume pas », reprendrait l'argumentation de la Commission relative à l'effet utile des traités : l'article 76 a précisément pour but de permettre les adaptations du système d'approvisionnement à l'évolution des circonstances et ne saurait, des lors, être interprétée comme tendant à priver la Communauté d'un moyen d'action destiné à réaliser un des objectifs du Traité ».

Si ce raisonnement conduit à affirmer l'applicabilité des dispositions du chapitre VI, la Cour n'en estimait pas moins que celles-ci « ne sont maintenues qu'à titre temporaire de sorte qu'il pourra leur être substitué, à tout moment, un ensemble de dispositions nouvelles constitutives d'un régime d'approvisionnements différent ».

Mais cette nuance ne pouvait empêcher la France d'être condamnée comme ayant manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du Titre II, chapitre VI du Traité, instituant la CEEA ».

Au-delà de son refus d'admettre la caducité des dispositions du chapitre VI Euratom, la Cour avait permis de régler un litige par voie « superétatique »³⁸⁸, autre mode dit en supposant l'existence d'une instance supérieure ; d'un corps législatif ayant compétence pour connaître de la question de caducité, ou même l'évoquer si les signataires originaires n'ont pu se mettre d'accord, et statuer sur la conformité constatée entre l'intérêt collectif de la Communauté internationale intéressée et la règle de droit.

Cependant, le problème de la révision du chapitre VI restait en suspens. C'est à l'occasion de l'élaboration de la Convention sur la protection physique sous l'égide de l'Agence International de l'Energie Atomique (AIEA) que la question rebondit devant la Cour de justice par la délibération 1/78 du 14 novembre 1978. Dans cet occasion la Cour s'est livrée à une interprétation stricte des dispositions du chapitre VI Euratom en rappelant avec force la nature des pouvoirs transférés à la Communauté.

Elle souligne que l'Agence dispose, selon le Traité, d'un contrôle étroit sur les matières fissiles concernées. De ce fait, elle laisse intact le principe de compétence exclusive attribuée à la Communauté en matière d'approvisionnement nucléaire et sa responsabilité générale pour le fonctionnement normal du Marché commun nucléaire ».

La demande française de révision du chapitre VI Euratom, visant à supprimer les dispositions dirigistes de celui-ci, a été enfin accepté par la Commission en février 1982. Le nouveau régime vise à concilier l'exigence de permettre le respect complet des obligations visées à l'article 2 avec la nécessaire flexibilité des modalités inhérentes à l'accomplissement de cette mission.

Estimant que la production et le commerce des combustibles nucléaires relevaient essentiellement de la responsabilité des industriels, le Comité consultatif se prononça contre le maintien du monopole de l'Agence et contre le principe de l'égal accès.

Dans cette optique, l'Agence a une mission d'observation et d'analyse du marché et d'assistance des consommateurs et des producteurs du secteur.

La limitation du champ d'application du chapitre VI est confirmé dans la Résolution du Parlement du 14 février 1984 où est

³⁸⁸ G. SCHELLE, *Droit international public*, 1944, n. 29, p. 510 ; M.M. BOULOUIS ET CHEVALIER, *Grands arrêts de la CJCE*, tome I^{er}, 1974, p. 22.

reconnu que tout approvisionnement à usage militaire ou destiné aux explosion civiles, est du ressort exclusif des États membres⁽³⁸⁹⁾.

Sur la question, a également pris position la Cour de justice⁽³⁹⁰⁾ selon laquelle l'Agence d'approvisionnement Euratom n'est pas habilitée, en l'absence de circonstances exceptionnelles susceptibles de porter atteinte aux objectifs du Traité, à exercer son droit d'option lorsque le prix demandé par le producteur communautaire est trop élevé pour lui assurer des débouchés sur le marché. Par ailleurs, et « sauf exceptions prévues par le Traité », le régime de fixation des prix institué par le chapitre VI du Traité ne permet pas, en principe, d'imposer aux utilisateurs l'achat de minerais provenant de la Communauté à un prix plus élevé que le prix du marché, résultant de la confrontation des offres et des demandes.

Concrètement, il en résulte que l'Agence ne pourrait faire prévaloir la préférence communautaire en faveur des producteurs de la Communauté et, dans ce but, s'opposer à une importation, que si le prix demandé par ces derniers était équivalent ou inférieur à celui spécifié soit dans la commande communiquée à l'Agence par l'utilisateur selon la procédure instituée par l'article 60 du Traité, en ses cinq premiers alinéas, soit, en pratique, dans le contrat préalablement soumis à cette dernière pour signature aux fins de sa conclusion (en application de l'article 5 bis du règlement de l'Agence déterminant les modalités relatives à la confrontation des offres et des demandes), ou si leurs offres étaient assorties d'avantages, pour l'utilisateur, de nature à compenser une éventuelle différence de prix.

En outre, et dans l'hypothèse où l'Agence est habilitée à exercer son droit d'option sur des minerais produits dans la Communauté, elle n'est cependant pas tenue de privilégier l'écoulement de la

³⁸⁹ Résolution du Parlement, le 14 février 1984, *JO N° C 77* du mars 1984, pag. 33. Au sein de ce projet, la politique de l'énergie est considérée comme une politique de l'Union. Son intervention vise à assurer la sécurité d'approvisionnement, la stabilité du marché de l'Union et, dans la mesure où ils sont réglementés, une politique harmonisée des prix compatible avec des pratiques loyales de concurrence. Elle vise également à promouvoir le développement des énergie alternatives et renouvelables, à instaurer des normes techniques communes en matière d'efficacité, de sécurité et de protection des population et de l'environnement et à encourager l'exploitation des sources européennes d'énergie.

³⁹⁰ [Arrêt du 15 septembre 1995, ENU / Commission T-458/93 et T-523/93, Rec. pag.II-2459.](#)

production communautaire, dans la mesure où le régime d'approvisionnement institué par le Traité ne consacre pas le principe de la préférence communautaire en faveur des producteurs.

L'Agence ne peut pas, en particulier, exercer ses droits exclusifs de manière à écouler l'uranium naturel offert par un producteur communautaire et assurer ainsi le maintien en activité de son exploitation sur le territoire de la Communauté qu'en relation avec la poursuite des objectifs définis par le traité.

En résulte un scénario majoritairement respectueux de la concurrence qui aligne la régulation du marché de l'uranium à celui de l'énergie de source conventionnelle selon l'idée que le marché électronucléaire participe à la construction du plus général marché unique de l'Union européenne.

1.3 Les règles sur l'exploitation des centrales nucléaires entre droit interne et droit internationales

La création et l'exploitation des centrales nucléaires procèdent par voie des dispositions impératives exorbitantes du droit commun.

En application du décret 63-1228 du 11 décembre 1963 (modifié par le décret 73-405 du mars 1973, n. 85-449 du 23 avril 1985, n. 90-78 du 19 janvier 1990 et n. 93-816 du 12 mai 1993) les centrales nucléaires sont classées comme installations nucléaires de base (INB). La réglementation de l'INB montre les adaptations continues dont le droit existant a fait l'objet pour permettre la prise en considération des particularismes juridiques de l'énergie nucléaire.

En particulier, il faut aborder le risque lié à l'énergie nucléaire : la loi nationale est fondée sur les principes d'autorisation et de surveillance permanente qui ont pour vocation d'assurer un contrôle initial et continu des activités nucléaires⁽³⁹¹⁾.

A cet égard, la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006, relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, prévoit que : la création ainsi que l'exploitation d'une centrale nucléaire sont soumises à autorisation qui ne peut être délivrée que si, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment,

³⁹¹ Sur ces concepts voir C.STOIBER, A.BAER, N.PELZER, W.TONHAUSER, *Manuel de droit nucléaire*, Vienne, 2003, pag.7.

l'exploitant démontre que les dispositions techniques ou d'organisation prises ou envisagées aux stades de la conception, de la construction et de l'exploitation ainsi que les principes généraux pour le démantèlement ou, pour les installations de stockage de déchets radioactifs, sont de nature à prévenir ou à limiter de manière suffisante les risques ou inconvénients que l'installation présente pour la santé des personnes et la tutelle de l'environnement.

L'autorisation prend en compte les capacités techniques et financières de l'exploitant qui doivent lui permettre de conduire son projet dans le respect de ces intérêts, en particulier pour couvrir les dépenses de démantèlement de l'installation et de remise en état, de surveillance et d'entretien de son lieu d'implantation ou, pour les installations de stockage de déchets radioactifs, pour couvrir les dépenses d'arrêt définitif, d'entretien et de surveillance.

S'il apparaît qu'une installation présente de risques graves pour la santé publique, les ministres chargés de la sûreté nucléaire peuvent, par arrêté, prononcer la suspension de son fonctionnement pendant le délai nécessaire à la mise en œuvre des mesures propres à faire disparaître ces risques graves.

En conformité à les règles édictées au niveau international en matière de responsabilité sur l'activité nucléaire la législation française prévoit une stricte séparation des responsabilités entre l'exploitant nucléaire en matière de sûreté des installations et les pouvoirs publics, qui, au regard de l'importance des activités nucléaires pour la santé des personnes et la sécurité des biens, exercent une activité normative et de contrôle importante.

Ces articulations entre l'exploitant nucléaire et les autorités de contrôle s'organisent en un enchaînement de responsabilités : les pouvoirs publics définissent des objectifs généraux de sûreté ; l'exploitant propose, avec le constructeur, des modalités techniques pour l'atteindre.

Un rôle important est joué par l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) qui représente le lien entre les pouvoirs publics et l'exploitant. Dans le domaine de la régulation, l'ASN instruit les demandes d'autorisation et fait des propositions au Gouvernement sur les décrets à prendre à cet égard. Elle définit les prescriptions applicables à ces installations en matière de prévention des risques, des pollutions et des nuisances et autorise la mise en service de ces installations et en prononce le déclassé après leur démantèlement.

Et aussi, l'un des éléments fondamentaux prévoit dans la Communauté internationale que les Etats doivent tenir en compte est la transparence des activités réglementaires nucléaires : la transparence est la principale condition préalable et la base de l'acceptation par le public de l'énergie nucléaire⁽³⁹²⁾.

Le système juridique français prévoit une enquête publique avant de procéder à la livraison de les autorisations utiles à la construction et exploitation de centrales nucléaires et des sites pour le stockage de déchets radioactives.

L'enquête public a pour objet d'informer le public e de recueillir ses appréciations, suggestions, et contre-propositions postérieurement à l'étude d'impact afin de permettre à l'autorité compétente de disposer de tous les éléments nécessaires à son information.

Le domaine de l'enquête public est celui du fonctionnement général(normal, incidentel ou accidentel) de l'installation. La procédure d'enquête publique a une portée locale alors que les procédures liées à la sureté ont une dimension nationale.

La loi TSN rend obligatoire l'institution d'une Commission Locale d'Information (CLI), auprès de tout site comprenant une ou plusieurs INB. Cette commission est chargée d'une mission générale de suivi, d'information et de concertation en matière de sûreté nucléaire, de radioprotection et d'impact des activités nucléaires sur les personnes et l'environnement pour ce qui concerne les installations du site. Elle assure une large diffusion des résultats de ses travaux, sous une forme accessible au plus grand nombre (décret n°2008-251 du 12 mars 2008).

Il appartient, en premier lieu à l'État de garantir la transparence et la participation et donc d'instaurer la confiance.

Toutefois, l'État de l'installation n'est pas entièrement libre de ses décisions quant à savoir qui doit bénéficier de la transparence et de la participation. Selon le principe de droit international public de bonne voisinage, les États voisins devraient également être informés et consultés afin que toutes le risques concernant l'exploitation puissent être abordées en respect du principe de coopération⁽³⁹³⁾.

³⁹² N. PELZER, *La renouveau de nucléaire-un nouveau droit nucléaire ?*, *Bulletin de droit nucléaire*, 2010, pag. 5.

³⁹³ Ce principe trouve son origine, entre autres, dans l'Affaire du détroit de Corfou de 1949 (CIJ *Recueil* 1949, pag.4), l'arbitrage de l'affaire du Lac Lanoux de 1956(*Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. XII, pag.281) ou le principe 24 de la

Pour assurer un plus ample harmonisation international en matière de reconnaissance mutuelle des procédures nationales d'autorisation, lors du Congrès *Nucléal Inter Jura* 2009, a été abordé la question de la normalisation des modèles des réacteurs nucléaires. Il a été justement souligné que parvenir à cet objectif nécessitera une modification des cadres juridiques et réglementaires existantes, ainsi que l'adoption d'une « Certification internationale d'un modèle ». Toutefois, un tel changement ne se fera avec la volonté des États d'accepter une limitation de leurs droits souverains en matière réglementaire au-delà des obligations qu'ils ont déjà acceptées en vertu de la Convention sur la sûreté nucléaire⁽³⁹⁴⁾.

1.4 Les acteurs publics et privés dans le scénario électronucléaire national

Les acteurs qui en France prendront parti à l'élaboration et mise en œuvre de la cadre réglementaire et du gouvernement électronucléaire sont distingués selon les compétences que leur sont confiés et le domaine d'action. En matière de sûreté nucléaire, les participants appartiennent si à le monde institutionnel que privé.

A partir des exploitants des installations nucléaires qui sont responsables de la sûreté de leurs installations. Ils doivent justifier aux pouvoirs publics la pertinence des moyens techniques et organisationnels mis en œuvre à cet effet. Ils proposent, dans le cadre des objectifs généraux fixés, des dispositions de nature à respecter ces objectifs, avec les justifications appropriées. La responsabilité première de la sûreté des activités à risques incombe en effet à ceux qui les entreprennent: un industriel est responsable de la sûreté des installations nucléaires qu'il exploite.

Au niveau réglementaire se situe, l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), créée par la loi n°2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (dite « loi TSN »), qui est chargée du contrôle de la sûreté nucléaire et de la radioprotection : elle assure ce contrôle, au nom de l'Etat, pour

déclaration de Stockholm de 1972 (déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement du 16 juin 1972), *UN Doc. A/CONF.48/14*, vol.11, pag.1416.

³⁹⁴ *Actes du Congrès Nuclear Inter Jura* 2009 édités par la Canadian Nuclear Law Organisation CNLO, vol. 1-3, Toronto 2009.

protéger les travailleurs, les patients, le public et l'environnement des risques liés aux activités nucléaires.

L'ASN contrôle ainsi les installations nucléaires de base (INB), depuis leur conception jusqu'à leur démantèlement, les équipements sous pression spécialement conçus pour ces installations, la gestion des déchets radioactifs ainsi que les transports de substances radioactives. L'ASN contrôle également toutes les installations industrielles et de recherche ainsi que les installations hospitalières où sont utilisés les rayonnements ionisants.

Dans le domaine de la recherche, l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN), organisme public d'expertise et de recherche sur les risques nucléaires et radiologiques, évalue, pour les différentes autorités compétentes, les dispositions proposées par les exploitants sur la base des dossiers qu'ils fournissent. Dans le cadre de son rôle d'expert public, il analyse le retour d'expérience du fonctionnement des installations et des transports, évalue l'exposition des hommes et de l'environnement aux rayonnements, et propose des mesures visant à protéger les populations dans l'hypothèse d'un accident.

Par ailleurs, l'IRSN effectue des recherches et des études sur les risques radiologiques et nucléaires, et assure une surveillance radiologique du territoire national et des populations exposées aux rayonnements ionisants. L'IRSN contribue également à l'information du public.

Toujours en matière d'information au public, au niveau local il faut souligner la présence des Comités ou Commissions locales d'information (CLI). Il s'agit de structures d'information et de concertation mise en place auprès d'une installation nucléaire de base. Elles ont une mission générale de suivi et de concertation en matière de sûreté nucléaire, de radioprotection et d'impact des activités nucléaires sur les personnes et l'environnement, et doivent favoriser l'information du public en matière de sûreté. Le décret du 12 mars 2008 précise les missions et modes d'organisation des CLI.

Les CLI implantées sur le territoire français sont regroupées au sein de l'Association Nationale des Comités et Commissions Locales d'Information (ANCCLI). L'ANCCLI a pour ambition de constituer un réseau d'échange et d'information, et souhaite dynamiser les rapports entre les CLI et permettre ainsi l'émergence de propositions, de suggestions reconnues et portées par les CLI.

Ils ont une composition pluraliste : composées notamment d'élus locaux, de représentants d'associations, de personnalités qualifiées.

A l'échelon national, se situe le Haut comité pour la transparence et l'information sur la sûreté nucléaire (HCTISN). Créé par la loi du 13 juin 2006, ce comité est une instance d'information, de concertation et de débat sur les risques liés aux activités nucléaires et l'impact de ces activités sur la santé des personnes, l'environnement et la sécurité nucléaire.

En matière de gestion des déchets radioactifs, le principale acteur est l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA) qui a été créé par l'arrêté du 7 novembre 1979 auprès du Commissariat à l'énergie atomique. Elle est chargée des opérations de gestion à long terme des déchets radioactifs. Ce n'était pas un organisme juridiquement distinct du CEA mais simplement un service disposant d'un budget propre à l'intérieur du budget du CEA.

La loi du 30 décembre 1991 relative aux déchets radioactifs a transformé en son article 13 l'ANDRA en établissement public industriel et commercial sous la tutelle conjointe du ministre de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement. L'ANDRA est aujourd'hui chargée de la gestion à long terme des déchets radioactifs notamment pour la recherches, la gestion de centres de stockages, l'inventaire et la localisation de tous les déchets radioactifs sur le territoire national. Les dispositions relatives à l'ANDRA sont maintenu codifiées aux articles L. 542-12 et R.542-1 du code de l'environnement.

Il faut aussi souligner la présence d'un Comité technique Euratom, créée par le décret n°2011-607 du 30 mai 2011, qui a comme mission d'assurer la suivi de la mise en œuvre des contrôle internationaux sur les matières nucléaires exercé en France par la Commission européenne et l'Agence internationale de l'énergie atomique ; veiller sur la mise en œuvre par la France du protocole additionnel à l'accord entre la France, la Communauté européenne de l'énergie atomique et l'AIEA relatif à l'application de garanties en France, fait à Vienne le 22 septembre 1998 ; assurer le suivi de la mise en œuvre des engagements internationaux souscrits par la France dans le domaine nucléaire, ainsi que dans le cadre d'accords portant sur la fourniture de matières nucléaires, d'équipements ou

technologies ; apporter au Secrétariat général des affaires européenne l'appui technique nécessaire à l'exercice de ses attributions, pour les questions relatives à l'application du Traité Euratom.

Il s'agit d'un organisme qui renforce le lien entre Euratom et le Gouverne nationale.

*1.5 Sécurité et **sûreté nucléaire** qui échappent à la règle de la protection plus stricte*

« Prévoir l'imprévisible. Penser l'impensable. C'est l'obligation qu'impose, à une filière électronucléaire qui a fait de sa fiabilité un dogme intangible »⁽³⁹⁵⁾.

La catastrophe de Fukushima Dai-ichi a définitivement démontré qu'un scénario d'accident jugé jusque là trop improbable pour être possible pouvait se réaliser. Le dispositif de sûreté nucléaire, dans son ensemble, a donc connu une défaillance majeure dont il faut dès lors identifier la nature en examinant tous les éléments qui concourent à la sûreté, à partir du concept lui-même.

En France le concept de sûreté nucléaire a été définie, par le décret du 13 mars 1973 créant le Conseil supérieur de la sureté nucléaires et le service central des installations nucléaires, comme l'ensemble des dispositions a prend à tous les stade de conception, de la construction, du fonctionnement et l'arrêt des installations pour prévenir les accidents et en limiter les effets. C'est donc un moyen de garantie qui regarde physiquement les centrales nucléaire.

Il s'agit d'une compétence exclusive des États membres, bien que soient nombreux les textes internationaux qui s'occupent de la question. Il sont des actes peu contraignantes, inclus la Convention sur la sûreté nucléaire du 1994(CSN).

Les seuls mécanismes un peu contraignants consistent en une obligation de rapport de chaque État partie devant les autres membres de l'AIEA.

A côté de ces conventions, l'AIEA a développé à partir de 1996 des normes de sûreté et de sécurité sous la forme de principes ou de guides. Trois principes généraux, élaborés par les organismes de radioprotection internationaux et transposés dans l'Article L.1331-1

³⁹⁵ Cette formule a été prononcé par Jacques Reoussard, patron de l'Institut de radioprotection de sureté nucléaire français, *Le Monde*, Mercredi 25 mai 2011.

du code de la santé publique encadrent toute activité nucléaire telle que définie dans cet article (activité comportant un risque d'exposition des personnes aux rayonnements ionisants, émanant soit d'une source artificielle, qu'il s'agisse de substances ou des dispositifs, soit d'une source naturelle lorsque les radionucléides naturel sont traités ou l'ont été en raison de leurs propriétés radioactives, fissiles ou fertiles, ainsi que les intervention destinée à prévenir ou réduire un risque radiologique consécutif à un accident ou à une contamination de l'environnement ») : le principe de justification selon lequel une activité nucléaire ou une intervention ne peut être entreprise ou exercée que si elle est justifiée par les avantages qu'elle procure, notamment en matière sanitaire, sociale, économique ou scientifique, rapportés aux risque inhérents à l'exposition aux rayonnements ionisants auxquels elle est susceptible de soumettre les personnes ; le principe d'optimisation (principe Alara, *as low as reasonably achievable*) selon lequel l'exposition de personnes aux rayonnements ionisants résultant d'une activité nucléaire ou d'une intervention doit être maintenue au niveau le plus fiable qu'il est raisonnablement possible d'atteindre, compte tenu de l'état des techniques, des facteurs économiques et sociaux et, le cas échéant, de l'objet médical recherché ; le principe de limitation selon lequel l'exposition d'une personne aux rayonnements ionisants résultant d'une activité nucléaire ne peut porter la somme des doses reçues au-delà des limites fixées par voie réglementaire, sauf lorsque cette personne est l'objet d'une exposition à des fins médicales ou de recherche biomédicale.

Là encore, ces principes ne sont pas juridiquement contraignantes⁽³⁹⁶⁾, les États parties étant seulement fortement incités à les respecter.

A cette fin, l'AIEA a mis en place divers mécanismes d'évaluation des politiques de sûreté par les pairs. Toutefois, ces revues par les pairs (« *peer reviews* »)⁽³⁹⁷⁾ ne sont déclenchées qu'à la demande de chaque État partie. Il n'y a pas d'obligation ou de

³⁹⁶ On distingue les « *Safety fundamentals* » dont découlent les « *General safety requirements* », les « *Specific safety requirements* » et les guides.

³⁹⁷ Ces équipes sont composées d'experts de l'AIEA et des États parties. Il en existe de différents types : les *Integrated Regulatory Review Service* (IRRS) sur le cadre de sûreté des pays, les *Operational Safety Review Team* (OSART) pour l'examen de la sûreté des centrales nucléaires proprement dites.

périodicité imposée. Ces réserves ne signifient pas que le rôle de l'AIEA est marginal.

Les États parties, ou en tout cas l'immense majorité d'entre eux, ne peuvent pas ne pas en tenir compte. La pression des pairs est forte dans une matière où les échanges et la coopération entre les pays, les exploitants et les industriels sont très riches. Mais le cadre est lâche, d'autant plus que les grands principes de la CSN en matière de sûreté laissent aux États membres et aux opérateurs la responsabilité première des installations.

Ce principe est fondamental puisqu'il constitue la première garantie que les responsables de terrain mettent en œuvre tout ce qui est possible pour assurer le plus haut niveau de sûreté. Il est à la source d'une culture de la sûreté diffusée à tous les échelons. Ces principes excluent aussi catégoriquement qu'une autorité autre que nationale puisse décider de la création, de la suspension ou de l'arrêt d'un réacteur.

L'état d'esprit des États peut se résumer ainsi : oui à des objectifs de sûreté ou des lignes directrices, oui à plus de coopération et d'échanges, non à des normes contraignantes ou à des contrôles extérieurs imposés.

Seulement de récent, pour répondre aux défaillances multiples et sans précédent de la sûreté nucléaire ainsi mises en évidence, après l'accident de Fukushima, le Gouvernement français a engagé très vite une démarche d'évaluation complémentaire de la sûreté (ECS) des principales installations nucléaires.

Cette tâche d'audit de la sûreté des installations nucléaires sur le territoire national a été confiée par le Premier ministre, dans un courrier du 23 mars 2011, à l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN). Celle-ci a dès lors produit un cahier des charges, essentiellement transposé de celui auquel elle avait fortement contribué au sein du *European Nuclear Safety Regulators Group* pour la démarche de « stress tests » menée au niveau de l'Union Européenne⁽³⁹⁸⁾. Après avis notamment du Haut comité à la transparence et à l'information sur la sécurité nucléaire (HCTISN), l'ASN a demandé le 5 mai 2011 aux exploitants, sur la base du cahier des charges modifié, d'engager des évaluations complémentaires de sûreté (ECS) de leurs installations.

³⁹⁸ Voir Cap.

En réalité l'Autorité de Sécurité Nucléaire a adressé aux exploitant -Edf pour les réacteurs, Areva pour la production et le retraitement du combustible, le Commissariat à l'énergie atomique pour les laboratoires de recherche- des courriers leur prescrivant de réévaluer les « marges de sureté » et les « points faibles ».

L'Autorité de contrôle qui part du principe que les exploitant sont les premiers responsables de la sureté, n'a guère les moyens de mettre en doute le jugement d'ingénieur d'Edf, Areva ou du CEA, invite en réalités à s'autocontrôler sur la base des principes guides identifiés par les techniciens du secteur.

Par contre, la sécurité s'occupe de la protection des personnes contre les rayonnements ionisants et des effets du rayonnement sur l'homme, en marche normal ou en cas d'accident ou des défaillances des mécanismes de sureté. Les normes de radioprotection font l'objet de recommandations de la Commission internationale pour la protection radiologique (CIPR). Elles sont en général reprises par l'AIEA et les Etats.

Au niveau national la responsabilité de la radioprotection incombe aux médecins hygiénistes et relève du ministre de la Santé qui dispose avec le ministre du Travail du service central de protection contre les rayonnements ionisants (SCPRI) transformé en établissement public par le décret 94-604 du 19 juillet 1994 sous le nom d'office de protection contre les rayonnements ionisants(OPRI) et devenue l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire(IRSIN) depuis la loi du 9 mai 2001 n°398.

Les inspecteurs de l'IRSIN ont pour mission de surveiller les rejets d'effluents radioactifs à l'extérieur de bâtiments et depuis 1973 également à l'intérieur.

L'exploitant de la centrale nucléaire rend compte à l'IRSIN des rejets effectués quotidiennement. En cas de situation anormale, des prélèvements ou analyses complémentaires peuvent être demandés et l'IRSIN peut effectuer lui-même des mesures puisqu'il est habilité à pénétrer à tout moment dans toute centrale.

En vue de rendre plus crédibles les mesures de radioactivité, un programme spécial d'intercomparaison a été mis au point par le décret 88-715 du mai 1988 relatif à l'harmonisation des mesures de radioactivité de l'environnement et des denrées à la consommation.

Au niveau le plus élevé, et en vue d'assurer une coordination nécessaire, mais difficile, entre les organes chargés de la protection

des personnes et les organes chargés du fonctionnement technique des installations, a été créé un comité interministériel de la sécurité nucléaire.

Il apparaît que la complexité et la multiplicité des organes de contrôle ne sont pas satisfaisantes. Les décisions importantes ne sont pas prises par un organe indépendant extérieur à l'administration. Tout se passe dans un monde très fermé et les normes qui sont fixées le sont trop souvent en fonction des nécessités de production.

1.6 La gestion des déchets radioactifs

La dernière question qui se pose par rapport à la régulation nucléaire concerne la gestion des déchets radioactifs.

Il faut à cet égard, rappeler la notion de déchet radioactif comme a été élaboré par l'AIEA : « *Les déchets radioactifs résultent de la production d'électricité dans des centrales nucléaires, des opérations du cycle du combustible nucléaire et d'activités pour lesquelles des matières radioactives sont utilisées. Ils résultent aussi d'activités et de processus au cours desquels des matières radioactives naturelles se concentrent dans les rejets, dont la gestion requiert des mesures de sûreté. Des déchets radioactifs sont produits par une vaste gamme d'activités, allant des utilisations dans les hôpitaux aux centrales nucléaires, en passant par les mines et les installations de préparation de minerais. Les propriétés des déchets radioactifs sont diverses elles-aussi, non seulement en termes de contenu radioactif et de concentration d'activité, mais aussi en termes de caractéristiques physiques et chimiques. Leur taux de production est aussi diversifié. Un trait commun à tous les déchets radioactifs est qu'ils sont potentiellement dangereux pour les personnes et l'environnement, et qu'ils doivent donc être gérés de façon que les risques qui peuvent y être associés soient ramenés à des niveaux acceptables. Le danger potentiel va de grand à négligeable ; cet écart transparaît dans les options de gestion et de stockage définitif pour les divers types de déchets* »⁽³⁹⁹⁾.

L'Autorité de sûreté nucléaire distingue à ce titre des déchets de très courte durée de vie, de courte durée de vie et déchets de longue

³⁹⁹ Normes de sûreté de l'AIEA, 2012, Stockage définitif des déchets radioactifs pour la protection des personnes et de l'environnement, http://www.pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1449f_Web.pdf.

durée de vie. La durée de vie d'un radioélément peut s'entendre sur de meilleurs d'années. Toutefois, plus la durée de vie d'un radioélément est longue moins son activité (et sa dangerosité) est élevée.

La loi n. 91-1381 du 30 décembre 1991, appelée également loi Bataille du nom de son rapporteur, a fixé les grandes orientations relatives aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs de haute activité ou à vie longue, qui constitue, par leur nature, le plus complexe à gérer.

Elle a fixé un certain nombre de principes et a apporté de nombreuses garanties en ce qui concerne tant la rigueur que la transparence de la démarche.

En premier lieu la loi prévoit que des recherches sont conduites selon trois axes de manière que le Parlement puisse disposer de l'ensemble des données scientifiques nécessaires à une prise de décision.

Les voies de recherche et d'étude concernent : la séparation et la transmutation des éléments radioactifs présents dans les déchets, c'est-à-dire la possibilité, par diverses transformations dans des réacteurs nucléaires, de réduire la radioactivité des déchets ; les possibilités de stockage dans les formations géologiques profondes, correspondant à l'isolement des déchets par rapport à l'environnement. Cette démonstration est menée en s'appuyant notamment sur des résultats expérimentaux obtenus dans les laboratoires souterrains. Et enfin les procédés de conditionnement et d'entreposage de longue durée en surface, qui permettent à la fois de disposer d'enveloppes résistantes pour éviter toute dispersion des éléments radioactifs et de solutions d'attente pour les conserver dans de bonnes conditions avant toute décision.

Les recherches sur le premier et le troisième axes sont coordonnées par le Commissariat à l'Energie Atomique, celle sur le deuxième par l'Andra.

La loi définit un processus réglementaire transparent devant s'appliquer lors de la recherche d'un site pour un laboratoire souterrain. A cet égard, a été prévu sur chaque site d'un laboratoire

pour informer sur les objectifs, la nature et l'avancement et les résultats des recherches qui y sont effectuées⁽⁴⁰⁰⁾.

Le nouveau cadre juridique résulte dans l'approbation de la loi du 28 juin 2006 relative à la gestion durable des matières et des déchets radioactifs.

Le texte fixe un schéma de référence pour la gestion des déchets dans lequel les trois axes définis par la loi de 1991 apparaissent plus que jamais complémentaires. La complémentarité des trois axes de recherche est inscrite au sein de la nouvelle loi aussi bien dans le contenu des programmes de recherches que dans le plan national de gestion des matières et des déchets radioactifs.

Pour les déchets de haute et de moyenne activité à vie longue, le Parlement a fixé en 2006 des objectifs précis et opérationnels pour tous les axes de recherche.

Par ailleurs, le Parlement a validé les fonctions précises qui avaient été assignées à ces trois axes de recherche dans le cadre du projet présenté par le Gouvernement le 22 mars 2006 ainsi que les principes devant guider l'élaboration du plan national de gestion des matières et des déchets radioactifs : la réduction de la quantité et de la nocivité des déchets, notamment la réduction à la source, par le traitement des combustibles usés et, dans l'avenir, le cas échéant, par la séparation poussée/ transmutation ; l'entreposage comme étape préalable, notamment dans la perspective d'opérations de traitement des déchets ou de stockage ; après l'entreposage, le stockage comme solution pérenne, en particulier le stockage en couche géologique profonde pour les déchets de moyenne et de haute activité à vie longue.

En second lieu, les exigences de transparence et de démocratie qui s'imposent au secteur des déchets radioactifs, ont été renforcées. En particulier, le Parlement a complété la procédure d'autorisation relative à une future installation de stockage en couche géologique profonde. L'article 12 prévoit les différentes étapes et consultations nécessaires et prévoit en particulier des rendez-vous parlementaires futurs.

⁴⁰⁰ Il s'agit du Comité local d'information et de suivi (CLIS), dont on a parlé dans le chapitre en haut, paragraphe 1.3 (*Les acteurs publics et privés dans le scénario électronucléaire national*)

Le Parlement a également renforcé les exigences de transparence et de démocratie, sur l'indépendance de la Commission nationale d'évaluation (CNE), et sur la transparence des modalités de traitement et d'entreposage des déchets ou combustibles étrangers (l'interdiction de stocker en France des déchets radioactifs étrangers a été confirmée par le Parlement). La composition du Comité local d'information et de suivi a enfin été élargie, et sa présidence confiée à un élu.

Par rapport au dispositif d'accompagnement économique des territoires concernés par l'implantation d'un laboratoire souterrain de recherche à l'article 13, les Groupements d'intérêt public ont vu leur mission élargie à la formation et à la valorisation des connaissances scientifiques et technologiques. Dans le même temps, les taux planchers, qui déterminent la valeur minimale des taxes additionnelles spécifiquement créées pour assurer le financement des actions d'accompagnement économique, ont été augmentés à l'article 21.

En dernier lieu, le financement du démantèlement et de la gestion des déchets radioactifs a été sécurisé. A l'article 14, a été ainsi ajouté aux missions attribuées à l'Andra : l'évaluation des coûts afférents à la mise en œuvre des solutions de gestion à long terme des déchets radioactifs de haute et de moyenne activité à vie longue, et la remise en état de sites pollués par des substances radioactives (sur demande et aux frais de leurs responsables, ou sur réquisition publique lorsque les responsables de ces sites sont défaillants).

Les éventuelles subventions de l'Etat aux organismes participant aux recherches relatives à la séparation-transmutation sont complétées par des contributions des exploitants d'installations nucléaires de base.

A l'article 16, un fonds a été institué au sein de l'Andra destiné au financement de la construction, de l'exploitation, de l'arrêt définitif, de l'entretien et de la surveillance des installations d'entreposage et de stockage exploitées par l'Agence, financé par des contributions des producteurs de déchets définies par conventions.

Les pouvoirs conférés à l'autorité administrative en charge du contrôle de la sécurisation du financement des charges nucléaires de long terme ont été étendus (article 20 : possibilité d'imposer aux exploitants l'abondement du fonds de l'Andra, dans le cas où l'application de la loi serait susceptible d'être entravée).

La plus récente directive 2011/70/ Euratom, impose un nouveau changement de la cadre juridique qui devra avoir lieu dans le délai de cinq ans.

Cette directive couvre tous les aspects de la gestion des déchets radioactifs et du combustible usé, depuis leur production jusqu'au stockage de long terme.

Elle rappelle la responsabilité première des producteurs et la responsabilité en dernier ressort de chaque Etat membre d'assurer la gestion des déchets produits sur son territoire, en veillant à prendre les dispositions nécessaires pour garantir un niveau élevé de sûreté et pour protéger les travailleurs et le public des dangers des rayonnements ionisants.

Elle définit des obligations relatives à la sûreté de la gestion des déchets radioactifs et du combustible usé et impose à chaque Etat membre de se doter d'un cadre juridique relatif aux questions de sûreté, prévoyant: l'instauration d'une autorité de contrôle compétente et bénéficiant d'un statut qui garantisse son indépendance vis-à-vis des producteurs de déchets ; l'instauration de procédures d'autorisation. Elle encadre l'élaboration des politiques nationales de gestion des déchets radioactifs et du combustible usé que devra mettre en œuvre chaque Etat membre. En particulier, chaque Etat membre devra se doter d'un cadre législatif et réglementaire visant à mettre en place des programmes nationaux de gestion des déchets radioactifs et du combustible usé. Pour sa part, la France a déjà mis en place depuis 2006 un Plan national de gestion des matières et déchets radioactifs (PNGMDR).

Les nouveautés concernent notamment la question de la responsabilité: la directive formalise une responsabilité en dernier ressort de chaque Etat membre pour la prise en charge de la gestion de ses déchets radioactifs et encadre les possibilités d'exportation pour le stockage de ces déchets.

Ces aspects constituent des avancées majeures pour renforcer le caractère sûr et responsable de la gestion des déchets radioactifs et du combustible usé dans l'Union européenne.

1.7 Portées et limites du système juridique électronucléaire français

Le droit nucléaire français est né de l'accroissement et de la diversification des modes d'intervention de l'État qui seul détient, depuis l'origine, le monopole du contrôle et de l'utilisation de l'atome.

Dans l'ordre juridique français il faut signaler la prédominance de pouvoirs de l'exécutif : le Parlement n'a jamais véritablement été associé, dans la cadre de ses prérogatives, à l'élaboration de la politique française même si le Parlement est appelé à voter dans le cadre du projet de loi de finances les crédits de l'industrie et les crédits affecté à la recherche scientifique.

La raison peut être recherché dans le rapport entre droit et technique. Le droit nucléaire est désormais tributaire de l'évolution des techniques. La création éventuelle de règles de droit ne sont pas autre chose qu'un constat juridique de ce qui apparait techniquement réalisable dans une période donnée. Le droit nucléaire en France procédé ainsi beaucoup plus d'une codification des acquis de la technique que de normes préétablies dont le respect serait la condition de telle ou telle réalisation.

Notamment les experts du secteur regroupé au sien de l'ASN et du CEA, sont plus proche au Ministères que au Parlement. Il est pour cela que l'ordre juridique interne privilège des actes du Gouvernement. Pourtant cela retombe sur la démocratisation du system juridique : bien que le principe de souveraineté nationale du peuple français soit énoncé à l'article 3 de la Constitution, la légitimité de la volonté du peuple apparait loin d'être reconnue au sein de débats sur l'énergie nucléaire, au moins par les biais de son représentant institutionnel, le Parlement.

L'approbation de la loi du 28 juin 2006 relative à la gestion durable des matières et des déchets radioactifs en représente une exemption. Un examen parlementaire a été prévue et a l'issue de cet examen parlementaire, le texte préparé par le Gouvernement s'est trouvé modifié et enrichi. Par exemple c'est le Parlement qui a créé

une Commission nationale d'évaluation du financement (CNEF) des charges de démantèlement et de gestion des déchets radioactifs, pour s'assurer de la pertinence et du sérieux des contrôles mis en œuvre par l'autorité administrative ⁽⁴⁰¹⁾.

Dans le domaine de la sûreté des installations nucléaires un avancée dans le registre de la « transparence » a été enregistré à l'occasion de la publication des résultats de «stress test» imposé après la catastrophe de Fukushima.

Pour la première fois dans le cadre du processus d'instruction d'un dossier de sûreté en France, les rapports des exploitants et le rapport de l'IRSN ont été rendus publics dès leur remise à l'ASN, sans attendre les conclusions de cette dernière. Elle a permis une évolution importante dans l'ouverture à la discussion de ce dossier.

⁴⁰¹ Pour un analyse plus détaillé voir le paragraphe 1.5

RIFLESSIONI CONCLUSIVE PARTE SPECIALE

1. Il potere legale-razionale nel confronto con i c.d. “dispositivi dinamici” del settore elettronucleare

Dall'esame della disciplina elettronucleare e delle sue peculiarità è emerso che per favorire la crescita di questa particolare impresa, il legislatore abbia dovuto allargare le maglie del diritto per introdurre regole non solo ispirate ai canoni tradizionali, come quello di legalità e certezza, ma altresì a quelli dell'emergenza e a parametri elaborati fuori dalle arene politiche.

Principi come quelli elaborati da esperti in radioprotezione e gradatamente acquisiti nel sistema giuridico, prima europeo e poi nazionale, dimostrano come lo Stato abbia ceduto quote della propria sovranità ad organizzazioni che si situano fuori dal circuito politico istituzionale (⁴⁰²). La normativa tecnica ormai partecipa al processo di formazione del “diritto oggettivo” mettendo in crisi il sistema di diritto autopoietico in cui la legge è *ratione auctoritas*.

Inoltre, la varietà della normativa tecnica, che evolve rapidamente adeguandosi alle esigenze del mercato, lascia costantemente indietro la capacità del sistema legale di chiudersi e difendere la propria esclusività.

Muovendo da questo presupposto si spiega il perché dell'attuale stato di crisi in cui versa la legge a livello nazionale, strumento principe del potere politico che però, dovendo mediare tra tutti gli interessi in gioco, non può rispondere a quei medesimi criteri di efficienza verso i quali, invece, spinge l'economia globalizzata (⁴⁰³).

⁴⁰² A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il dir. dell'economia*, 1996, pag. 251. N. GRECO, *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi, Esemplicità della normazione tecnica ambientale*, in *St. parl. pol. cost.*, 1998, ora in N. Greco (a cura di), *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi*, Edistudio, Roma, 1999, pag. 7.

⁴⁰³ S. LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Dir. soc.*, 1983, pag. 723; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, pag. 411; G. CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Rass. Parl.*, 1989, pag. 231; M. AINIS, *La legge oscura*, Laterza, Bari, 1997, pag. 155. Secondo l'Autore la legge è oscura quando non consente “l'estrazione di una

Da qui il ricorso ai “dispositivi dinamici”, ovvero a strumenti di regolazione nati dalla cooperazione fra autorità pubbliche ovvero fra organismi privati.

Specificatamente nel settore elettronucleare tale fenomeno della cooperazione si esplica secondo le tradizionali forme diplomatiche (accordi interstatuali come il Trattato Euratom), nonché attraverso processi di coordinamento e convergenza dei sistemi di regolazione dei singoli paesi promossi e realizzati da autorità non sempre gerarchicamente ordinate e totalizzanti, ma piuttosto costituite in reti indipendenti strutturalmente e funzionalmente le une dalle altre.

Si pensi ai vari organismi internazionali istituiti per far fronte alle problematiche legate al *nuclear safety, safeguard e security*⁽⁴⁰⁴⁾: da una veloce panoramica dei loro atti istitutivi è possibile notare che solo la Comunità EURATOM, che condivide le stesse istituzioni dell'Unione Europea, presenta i caratteri propri di un'autorità politica potenzialmente in grado di imporre agli Stati aderenti forme di regolazione prescrittive del tipo *command and control*, come negli ordinamenti di *civil law* ⁽⁴⁰⁵⁾.

In tutti gli altri casi ci troviamo di fronte a reti intergovernative di poteri pubblici o organizzazioni tecniche il cui lavoro regolatorio si svolge per lo più attraverso atti di *soft law* spesso consistenti nella raccomandazione o indicazione di un corso d'azione come auspicabile, senza che la mancata adesione da parte dei destinatari generi in capo ad apposite autorità l'obbligo di far seguire una sanzione prestabilita. In realtà per quanto tali norme non creino diritti giustiziabili, esse sono capaci di produrre effetti giuridici indiretti.

Gli standard di sicurezza per la protezione della salute e la riduzione al minimo dei pericoli per la vita umana e la proprietà privata definiti dall'IAEA, pur facendo parte dei “*no-mandatory guidance instruments ad recomendations*” costituiscono degli imprescindibili riferimenti tecnico-regolatori a livello internazionale.

norma vincolante”, in genere perché afflitta da ambiguità, irrazionalità o incoerenza.

Sul punto si v. A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rass. Parl.*, 1999, pag. 172; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in *Studi parl.pol.cost.*, 1999, pag.7.

⁴⁰⁴ Si veda capitolo parte speciale, par. 2 pag. 1113

⁴⁰⁵ Per un approccio critico al tipizzato ruolo di primazia del diritto europeo, si veda G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. del dir.*, 2000, pag. 82.

« Les normes de sûreté de l'AIEA sont l'expression d'un consensus international sur ce qui constitue un degré élevé de sûreté pour la protection des personnes et de l'environnement contre les effets dommageables des rayonnements ionisants ».

Così le misure adottate in seno all'Oecd/Nea, dalla *Committee on nuclear Regulatory Activities*(Cnra), volte a coordinare gli aspetti relativi al regime delle licenze e all'ispezione degli impianti nucleari.

A livello di ordinamenti nazionali ciò comporta una recessione dell'idea che il legislatore sia l'unico detentore del potere di decidere sulla rilevanza giuridica di determinati interessi, e quindi, della convinzione che l'ordinamento possa essere concepito come isolato dalla quotidianità, protetto in un involucro di rara compattezza e inattaccabilità, in un'espressione un "universo a se stante"⁽⁴⁰⁶⁾. L'assunto secondo cui "*le droit n'est pas le seule source de normativité*", può quindi essere interpretato nel senso che la formazione delle scelte tecniche non trae più (solo) origine dal circuito decisionale parlamento-governo.

Ne offre contezza l'esperienza francese, in cui gli attori chiave sono le imprese (Edf, Areva e Andra) e l'*Autorité de sécurité nucléaire*, e ciò in ragione del fatto che da tempo esse "dialogano" nel contesto internazionale, partecipando a quel processo di standardizzazione del diritto nucleare volto a ridurre le incertezze derivanti dalla discrezionalità politica e a garantire una maggiore affidabilità dell'attività nucleare, nell'ottica di un'uniformità applicativa delle regole.

L'inserimento dei suddetti attori all'interno dei network europei o internazionali facilita lo sviluppo di *standards* di condotta e di prassi operative che creano aspettative condivise e accrescono l'efficacia del meccanismo sociale di attuazione innescando un meccanismo di *accountability* di tipo reputazionale.

La struttura degli incentivi che agisce sui regolatori situati all'interno di reti transnazionali corrisponde alla distinzione tra "cosmopoliti" e "provinciali" elaborata in ambito sociologico⁽⁴⁰⁷⁾: i primi sono quelli che hanno gruppi di riferimento internazionali, mentre i secondi hanno un orientamento nazionale o subnazionale; di

⁴⁰⁶ P. GROSSI, *Un diritto senza Stato, Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 290.

⁴⁰⁷ A. W. GOULDNER, *Cosmopolitan and Locals: Towards an Analysis of latent social roles*, parte I e II, in *Administrative Science Quarterly*, II, 1957, pag. 281.

conseguenza, rispetto ai cosmopoliti i quali possono appellarsi a standard e criteri propri di un corpo internazionale, i provinciali tendono ad essere più sottomessi alle strutture gerarchiche istituzionali in cui operano.

Ricorrendo a tale terminologia si può affermare che i *policy-network* creino un ambiente favorevole alla trasformazione dei regolatori nazionali da provinciali a cosmopoliti (⁴⁰⁸).

2. Il policentrismo del sistema giuridico elettronucleare: espressione e sintesi delle “aperture” del diritto contemporaneo

La complessità delle variabili che compongono il sistema giuridico elettronucleare tende a capovolgere la concezione statalista secondo cui ogni espressione del diritto così come quella di potere deriva o è autorizzata dallo Stato “sovrano”(⁴⁰⁹), in via diretta, ovvero grazie alla capacità del sistema di rinnovarsi ed integrarsi da se stesso.

Il fenomeno rilevante in questo campo è come noto l’insieme di prassi, tradotti in usi. Tale sistema merita di essere considerato tale perché, alla stregua di quelli statali, fornisce norme di comportamento, modelli di rapporto, istituti (come gli standard di comportamento, le linee guida), ed anche meccanismi di *enforcement* (come le giurisdizioni arbitrali).

Ciò che lo diversifica radicalmente da un ordinamento statale è il rapporto con la forza. Si è utilizzato a riguardo il concetto di *soft law*: il riconoscimento che il diritto degli Stati appresta agli atti di *soft law* porta con sé la messa a disposizione della coazione di cui lo Stato dispone a vantaggio degli interessi legittimati dalle norme consuetudinarie. È di per sé evidente che tale sistema normativo esuli dalla legalità dell’ordinamento statale, che sia un separato e diverso ordinamento: una *governance without government*.

Ciò dimostra che le norme non possono essere misurate solo secondo la loro vincolatività ma anche secondo il parametro

⁴⁰⁸ A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., pag. 271.

⁴⁰⁹ C. F. VON GERBER, *Sui diritti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1971; P. LABAND, *Il diritto pubblico dell’impero germanico*, Giappichelli, Torino, 1925; O. MAYER, *Deutsche Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1893.

dell'effettività ⁽⁴¹⁰⁾ e, in questa prospettiva, gli *standard* internazionali elaborati dalle organismi internazionali di regolazione del settore elettronucleare godono di effettività, in quanto è interesse degli investitori di operare in Paesi nei quali essi siano rispettati ed è interesse degli Stati di osservarli per attrarre investimenti: ne consegue una *compliance* degli Stati, che recepiscono gli *standard* cedendo ai regolatori globali porzioni sempre più crescenti del proprio *right to regulate* ⁽⁴¹¹⁾.

Pertanto, organizzazioni internazionali quali *l'International Atomic Agency* e la *Nuclear Energy Agency* seppur sprovviste di poteri vincolanti riescono a rappresentare dei centri di imputazione decisionale in grado di dare alle norme validità e non solo "vigore". Se necessario, quindi, la forza normativa è prestata al bisogno da chi la detiene e l'elemento che da forza a tali organizzazioni è il carattere necessario della loro esistenza connesso all'indisponibilità degli interessi loro assegnati ⁽⁴¹²⁾.

Le dimensioni globali del sistema elettronucleare incentivano, infatti, forme di normazione non gerarchiche ma in grado di selezionare le migliori pratiche e ridurre i costi di produzione delle regole, evitando conflitti fra normative nazionali non compatibili, intercettando le interdipendenze che si instaurano nell'ordine globale fra le imprese transnazionali ma anche fra Stati ⁽⁴¹³⁾. Questi strumenti non vincolanti governati dal principio di buona fede, creano aspettative di comportamento conforme tra gli operatori.

L'esigenza di uniformare le discipline nazionali si realizza poi per il tramite del diritto europeo: quest'ultimo entra in relazione con le altre discipline internazionali e, poi a cascata, tenta di garantire l'omogeneità a livello nazionale, distribuendo responsabilità e indicando assetto e *modus operandi* delle autorità competenti.

⁴¹⁰ Sul principio di effettività si veda N. ABBAGNANO, *Effettività*, in *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1971, pag.280.

⁴¹¹ S. BATTINI, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pag. 325: «Gli investitori internazionali tendono ad evitare i mercati in cui i regolatori non si adeguano agli *standard*. Ciò spiega sia l'interesse degli Stati a sottoporsi al giudizio, sia il loro interesse a ricevere il giudizio positivo».

⁴¹² A. WETHERALL, *Normative rule making at the IAEA: Codes of Conduct*, *Nuclear Law Bulletin*, 2005, pag. 75; P. BRAMBILLA, *La normativa comunitaria nazionale e regionale relative alla protezione dell'ambiente dalle radiazioni ionizzanti*, *Riv.giur.amb.*2006, pag. 591.

⁴¹³ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, cit., pag.4.; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2006, pag.314.

Un importante strumento di *soft law* che il diritto dell'Unione Europea eredita dalle consuetudini internazionali, rendendolo obbligatorio, è, ad esempio, la c.d. Autovalutazione periodica decennale (art. 9). Essa consiste nella sottoposizione sia del quadro normativo e organizzativo nazionale che dell'attività delle autorità di regolazione nazionale, ad un'autovalutazione seguita da *peer reviews inter pares*. Come è esplicitamente sottolineato al 21° considerando della direttiva 2009/71, «le autovalutazioni seguite dalle valutazioni *inter pares* internazionali non sono né ispezioni né controlli, bensì meccanismi di apprendimento reciproco secondo uno spirito di cooperazione e trasparenza».

3. La valeur des standards et des principes généraux dans le système juridique électronucléaire

La plupart des documents qui régissent le système juridique électronucléaire font partie de la catégorie de la *soft law*.

Il se pose donc un problème de leur valeur juridique : s'il n'ont pas de force obligatoire, quelle est leur influence ?

Compte tenu des standards de l'IAEA, trois cas sont à considérer : les standards sont incorporés dans une convention ; les standards sont utilisés de façon autonome par les États, les standards sont utilisés par l'IAEA dans sa fonction opérationnelle d'assistance législative.

Le premier cas est apparemment le plus simple et celui qui entraîne le moins d'interprétations. Toutefois plusieurs situations sont possibles, cela dépend comment se fait l'incorporation : si le texte de la convention précise que le texte du (ou des) standard(s) concernés fait partie de la convention, celui-ci devient un texte contraignant comme l'ensemble de la convention ; si le texte de la Convention précise qu'il prendra en considération (ou toute autre expression équivalente) le standard concerné, la valeur juridique du standard n'est pas évidente ; si le texte de la Convention ne précise rien et cite simplement le standard, ce document n'a qu'une valeur d'information ou d'explication.

Dans les conventions de droit international relatives à la sûreté nucléaire il n'y a pas de renvoi à standard, sauf le cas de la Convention commune qui peut se placer dans la deuxième catégorie.

A l'alinéa XIV du préambule il précise que : « ayant à l'esprit les principes énoncés dans les Normes fondamentales de protection contre les rayonnements ionisants et de sûreté de sources de rayonnement, établies sous les auspices de plusieurs organisations internationales existantes qui régissent la sûreté des transports des matières radioactives.

Dans cet exemple qui fait référence à trois documents, l'utilisation de l'expression « ayant à l'esprit » ne semble pas pouvoir donner une valeur contraignante à ces trois documents. D'ailleurs dans cet exemple, s'il on tient compte des travaux préparatoires, il apparaît que ce n'était pas la volonté des signataires de cette convention de donner une valeur contraignante à ces documents. Mais les Parties contractantes doivent, suivant le principe de bonne foi, avoir un comportement en faveur de l'application des dispositions figurant, sous une forme ou sous une autre, dans ces documents cités dans la Convention commune.

Un autre aspect est à prendre en considération : bien qu'il ne s'agisse pas de renvoi inter-conventionnel, puisque le document objet du renvoi n'est pas un texte contraignant d'origine, un problème existe dans la situation présente, il s'agit d'un renvoi à une norme qui n'est plus en vigueur.

L'indication apportée par la doctrine conduit à considérer, avec des exceptions, que la norme visée a normalement vocation à continuer à s'appliquer⁽⁴¹⁴⁾. Il est le cas du document « Principe de gestion des déchets radioactifs » de 1996 qui a été remplacé par le document plus général « Principes fondamentaux de sûreté » de 2007. Certes une partie des éléments du document original est reprise aux articles 4 et 11 de la Convention, mais les dispositions relatives à la maîtrise de la production des déchets radioactifs développées en détail dans le document de 1996 sont réduites dans la Convention et n'apparaissent plus en détail dans le document de 2007. Il y a donc ici une régression des dispositions de sûreté applicable à la gestion des déchets radioactifs, sauf à considérer que le document de 1996 continue à s'appliquer.

Il faut citer aussi l'exemple de la Convention sur la sûreté nucléaire de 1994 où la référence à des standards est encore plus floue, mais dont la prise en compte plus détaillée, dans l'alinéa VIII)

⁴¹⁴ M. FORTEAU, *Les renvois inter-conventionnels*, A.F.D.I., 2003, pag.71.

du Préambule (⁴¹⁵). Ce considérant peut laisser perplexe sur sa signification précise : la référence détournée (⁴¹⁶) au document de l'IAEA de la série Fondements de sûreté (*Sûreté des installations nucléaires*) est secondaire. Le fait de faire référence à des principes généraux plutôt qu'à des normes détaillées ne soulève pas non plus de critiques.

La perplexité vient du fait que se trouve au début de l'expression « la présente Convention comporte l'engagement d'appliquer », expression qui est très forte ; par contre la fin du considérant précisant « peuvent donc donner des indications » détruit la force de « l'engagement d'appliquer » du début du considérant.

L'interprétation littérale du texte s'avère donc pratiquement impossible pour en déduire la valeur juridique des documents cités dans la Convention. Mais là encore l'examen des travaux préparatoire, menés par le Groupe d'experts juridiques et des techniciens convoqué par le Directeur général de l'IAEA montre qu'il n'y avait majoritairement aucune intention de rendre « obligatoire » le standard concernant la sûreté nucléaire.

S'il apparaît que les références aux standards de l'IAEA dans les conventions portant sur la gestion des déchets radioactifs et la sûreté nucléaire ne permettent pas de leur donner une force obligatoire, l'utilité de tous ces divers documents dans la construction du droit international nucléaire positif est indiscutable.

Il y a pourtant le cas où les standards peuvent être considérés comme de textes autonomes.

La page de garde de documents de la série Norme de sûreté de l'IAEA précise que « les normes de sûreté de l'IAEA n'ont pas force obligatoire pour les Etats membres, mais ceux-ci peuvent, à leur discrétion, les adopter pour l'application dans le cadre de leur réglementation nationale, à leurs propres activités. L'IAEA est tenue d'appliquer les normes à ses propres opérations et à celle où elle fournit une assistance ».

La deuxième partie de la déclaration relative aux propres opérations de l'Agence est une application de règles du droit

⁴¹⁵ « Considérant que la présente Convention comporte l'engagement d'appliquer des principes fondamentaux de sûreté pour les installations nucléaires plutôt que des normes de sûreté détaillées et qu'il existe, en matière de sûreté, des orientations définies au niveau international qui sont actualisées de temps à autre et peuvent donc donner des indications sur les moyens les plus récents d'atteindre un haut niveau de sûreté ».

⁴¹⁶ Dans la Conventionne commune le titre du standard de référence est explicite.

international public relative aux organisations intergouvernementales selon lesquelles elles ont le droit d'adopter des actes obligatoires pour leur fonctionnement interne ; cette disposition figure d'ailleurs explicitement à III A 6) du Statut qui impose « de prendre des dispositions pour appliquer ces normes à ses propres opérations, aussi bien qu'aux opérations qui comportent l'utilisation de produits, de services, d'équipement, d'installations et de renseignements fournis par l'Agence ou à sa demande, ou sous sa direction, ou son contrôle; et de prendre des dispositions pour appliquer ces normes, à la demande des parties, *aux opérations effectuées en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral*».

En dehors de ce cas d'application imposé ou adopté volontairement, il existe, peut-être, des circonstances ou des situations où en force obligatoire pourrait être attribué aux dispositions de ces documents. L'adoption de certains codes de conduite par la Conférence générale n'entraîne pas la force obligatoire de ces documents approuvé par le Conseil des gouverneurs, mais donne un poids supplémentaire vers une éventuelle transformation des dispositions de ces documents en coutume internationale, par suite de l'adoption du document par l'ensemble des États membres de l'Agence, et de la pratique généralisée des États.

En admettant qu'un document puisse être considéré comme ayant une valeur coutumière, le caractère général de certains textes peut rendre difficile un constat de non-application des dispositions concernées et même l'appréciation de leur caractère contraignant.

Par exemple, les neuf principes de la gestion des déchets radioactifs du document IAEA (⁴¹⁷). Le principe de gestion des

⁴¹⁷ Principe 1: Protection de la santé humaine- *Les déchets radioactifs doivent être gérés de façon qu'un niveau acceptable de protection de la santé humaine soit assuré.*

Principe 2: Protection de l'environnement- *Les déchets radioactifs doivent être gérés qu'un niveau acceptable de protection de l'environnement*

Principe 3 : Protection au-delà des frontières nationales- *Les déchets radioactifs doivent être gérés de façon que leurs effets sur la santé humaine et l'environnement au-delà des frontières nationales soient pris en compte.*

Principe 4 : Protection des générations futures- *Les déchets radioactifs doivent être gérés de façon que leurs effets prévus sur la santé des générations futures ne soient pas supérieurs aux niveau périmant qui sont acceptable aujourd'hui.*

Principe 5 : Contraintes pour le générations futures- *Les déchets radioactifs doivent être gérés de façon à ne pas imposer de contraintes excessive aux générations futures.*

déchets radioactifs ne sont pas tous anodins : si le non-respect des principes concernant la protection de l'environnement de la santé humaine et les contraintes pour les générations futures, sont pratiquement impossible à prouver, le non-respect du principe concerné la protection au-delà des frontières nationales serait plus facile à prouver, mais il s'agit d'un principe déjà reconnu par le droit international (⁴¹⁸).

Il apparaît donc que les standards de l'IAEA comme documents autonomes, ne peuvent être considérés comme de textes contraignants. Ils sont néanmoins d'une importance primordiale pour la préparation de conventions internationales.

Il représentent des engagements politiques des États, qui leur donnent une efficacité indéniable pour la maîtrise internationale des risques nucléaires, par exemple dans le code de conduite sur la sûreté nucléaire et la sûreté des sources radioactive de 2003 (⁴¹⁹).

Enfin l'adoption de ces documents dans les législations nationales leur donne une influence certaine pour la maîtrise des risques au niveau national (⁴²⁰).

Principe 6 : Cadre juridique national-*La gestion des déchets radioactifs doit s'inscrire dans un cadre juridique national approprié, qui répartit clairement les responsabilités et prévoit des fonctions de réglementation indépendantes*

Principe 7 : Maîtrise de la production des déchets radioactifs- *La production des déchets radioactifs doit être maintenue au niveau le plus bas qu'il soit possible d'atteindre.*

Principe 8 : Liens d'interdépendance dans la production et la gestion des déchets radioactifs- *Les liens d'interdépendance existant entre toutes les étapes de la production et de la gestion des déchets radioactifs doivent être dûment pris en compte*

Principe 9 : Sûreté des installations- *La sûreté des installations de gestion des déchets radioactifs doit être assurée comme il convient pendant toute leur durée de vie.*

⁴¹⁸ Le principe de l'utilisation non dommageable d'un territoire par un autre Etat est ancien : il a été énoncé d'abord, en ce qui concerne l'environnement, dans la sentence arbitrale de la Fonderie Détroit de Corfou de la C.I.J. de 1949 ; il se trouve aussi dans la sentence arbitrale du Lac Lanoux du 16 novembre 1957. Il a fait l'objet du principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972 et du principe 2 de la Déclaration de Rio 1992 dont le teneur est pratiquement la même. Sa force obligatoire est confirmée par l'avis consultatif de la Cour International de Justice de 1996 relatif à la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

⁴¹⁹ Les dispositions de ce principe figurent dans les obligations de la Convention sur la sûreté nucléaire de 1994 et de la Convention commune de 1997. De nombreux pays de l'ex-bloc soviétique, sans attendre d'être Parités à ces conventions, se mettent en conformité avec cette disposition.

⁴²⁰ P. BIRNIE ET A. BOYLE, *Given their undoubted influence on the regulation of nuclear risks at national level*, dans *International Law & the Environment*, O.U.P., 2002, pag. 247

Le dernier cas concerne l'application de standard dans l'activité opérationnelle d'assistance législative de l'IAEA. Notamment, l'Agence a une obligation d'assistance aux pays qui en font la demande en ce qui concerne la sûreté nucléaire. Cette mission est le corollaire de celle qui lui est confié selon les termes de l'article III A, du Statut. Cette assistance technique (appelé aujourd'hui coopération technique) a démarré à petite échelle de la création de l'Agence en 1957 et s'est considérablement développée quantitativement. Cette coopération est gérée par le Département de la coopération technique, mais fait appel à tous les autres.

L'assistance technique porte essentiellement sur des transferts de technologie, mais dans le domaine de la sûreté nucléaire elle comprend une assistance législative pour la mise au point des lois et réglementations, basée sur les standards de sûreté de l'Agence, avec la participation du Bureau des affaires juridiques de l'Agence. Mais si pour les actions pratiques d'assistance technique les normes et les mesures de sûreté sont appliquées, donnant ainsi une force obligatoire à ces documents, la question se pose différemment pour l'assistance législative, qui prendra en compte les standards, mais ce sont les textes adoptés par les Etats qui seront la norme obligatoire.

Cette assistance, qui ne porte pas uniquement sur l'aide à la rédaction de lois et règlements, mais aussi sur des aides à la mise en œuvre de ces législations, reste néanmoins un vecteur important de la mise en œuvre des différents standards et des obligations internationales.

Aussi efficaces soient-ils, ces documents de *soft law* établis par les organisations internationales compétentes ne remplacent pas la nécessité d'instruments contraignants opposables aux États. Par exemple dans le domaine de la sûreté de la gestion des déchets radioactifs où cet objectif s'est concrétisé par l'adoption en 1997 de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs.

CONCLUSIONI FINALI E SPUNTI COMPARATIVISTICI

Il percorso fin qui tracciato conduce a riprendere una riflessione generale sulla presenza dei poteri pubblici nei sistemi energetici.

L'acquisizione più significativa è il diverso rapporto che lega i sistemi giuridici a quelli energetici, a seconda che si tratti di fonti convenzionali (elettricità e gas) e fonte elettronucleare.

Nella trattazione dedicata ai sistemi giuridici da fonte convenzionale si è cercato di evidenziare come la matrice pubblica sovranazionale sia riuscita progressivamente ad allargare le maglie del diritto positivo primario, ovverosia dei Trattati e a sovvertire, almeno sulla carta, il rapporto tra Stato e mercato, in senso concorrenziale, su tutti i segmenti della filiera dell'elettricità e del gas.

Mentre, per il sistema da fonte elettronucleare è del tutto evidente l'alternarsi di zone grigie spesso in prossimità di segmenti della filiera elettronucleare che si situano al confine tra esigenze economiche e di tutela della sicurezza.

È questo il caso degli aspetti afferenti alla *sûreté* degli impianti elettronucleari, la cui disciplina normativa ha una matrice pubblica nazionale, malgrado la *securité*, e quindi la regolamentazione delle problematiche afferenti la tutela dalle radiazioni ionizzanti, sia "comune" ai Paesi membri dell'Unione europea dotati di infrastrutture nucleari. Nonostante non manchino occasioni di confronto inter-istituzionali, queste si svolgono per lo più nelle sedi internazionali, dando vita a Convenzioni e nella maggior parte dei casi ad atti di *soft law*. Manca, quindi, per tali aspetti, l'apporto che l'ordinamento europeo riesce a dare in termine di sintesi tra la dimensione internazionale dei problemi connessi allo sviluppo dell'energia nucleare e la dimensione della giustiziabilità e tutela.

In entrambi i sistemi energetici si osserva, però, l'esistenza di una panoplia di tecniche regolatorie che sono all'origine dello straordinario sviluppo di reti organizzative situate a vari livelli di governo.

La matrice da cui esse traggono origine è quella del diritto dell'Unione europea, gli effetti che producono hanno però degli impatti significativi sulle tecniche regolatorie degli Stati e sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari.

Si fa riferimento al c.d. fenomeno dell'*administration composité* ovvero dell'esistenza di gruppi di regolazione o agenzie amministrative che danno vita ad una particolare forma di integrazione fra le amministrazioni nazionali e le organizzazioni amministrative europee (⁴²¹).

Si tratta di strutture non di rado presentate come sistemi sviluppatasi al di fuori della originaria architettura istituzionale dell'Unione, funzionali all'applicazione di tecniche regolatorie diverse dalla tradizionale attività normativa prevista dai trattati e nettamente distinte dalle strutture di *governing*, rappresentate da Commissione, Consiglio e Parlamento, e dalla dialettica tra dimensione sovranazionale e intergovernativa ad esse sottesa.

In realtà esse si situano in una fitta trama di continuità con le istituzioni tradizionali, partecipando più che alla fase di *policy-making* europeo, nella quale viene compiuta una scelta politica primaria (creazione e/o modifica dei Trattati), alla fase c.d. di *policy-implementation*, destinata alla esecuzione delle norme di base attraverso norme secondarie e misure amministrative.

Alla base della loro creazione vi è infatti l'esigenza di dare effettività alle decisioni politiche assunte a livello europeo.

Ne offre contezza l'ACER che replica, almeno in parte, nella propria architettura organizzativa e procedurale, la dialettica tra dimensione sovranazionale e intergovernativa, ed opera come coordinatore delle reti transnazionali al fine di garantire una migliore effettività dell'attuazione delle normative adottate dal legislatore dell'Unione europea (⁴²²), ed in particolare dei Codici di rete.

Si adatta bene alla sua "fisionomia" la nozione di "sistema comune settoriale", che indica il complessivo sistema di organizzazioni e di attività nel quale le autorità nazionali e quelle europee operano congiuntamente per il raggiungimento di finalità dell'Unione.

⁴²¹ J. TRONDAL, *An Emergent European Executive Order*, Oxford, Oxford University Press, 2010; P. CRAIG, *Shared Administration and Networks: Global and UE Perspectives*; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁴²² P.F. KJAER, *Between Governing and Governance. On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, p. 37 ss. Tra i primi scritti a proporre in maniera chiara questa tesi, si rilegga, in particolare, R. DEHOUSSE, *Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance*, Jean Monnet Working Papers, n. 2/2002

Analoghe considerazioni possono essere adottate per la *Nuclear Energy Agency*.

Con riguardo a queste organizzazioni, nel corso dell'analisi si è scelto di focalizzare l'attenzione sul carattere plurale e integrato, sulla complessità delle tecniche attraverso le quali l'effetto di integrazione è perseguito, sulla dinamica delle interazioni tra le varie componenti della rete.

Il fenomeno dell'«integrazione amministrativa europea», da questo punto di vista, non si traduce in un arretramento della componente sovranazionale a vantaggio delle componenti transnazionali, ma dà luogo ad una realtà più complessa, nella quale le componenti sovranazionali e transnazionali sono spesso chiamate a coesistere e a ridefinirsi reciprocamente nell'ambito di organismi compositi europei.

Le ricadute sui sistemi amministrativi nazionali, sono diverse: la partecipazione delle amministrazioni nazionali alle reti amministrative europee, non di rado impone ai primi di adeguare le proprie strutture e i propri modi di funzionamento per venire incontro alle esigenze amministrative dell'Unione.

Viene altresì accentuata la frammentazione e la specializzazione dei sistemi amministrativi nazionali, le cui singole componenti vengono, per così dire, isolate e chiamate ad operare, in sede europea, a fianco di amministrazioni ultrastatali e di altri Stati a loro omogenee, sotto il profilo degli interessi tutelati e della expertise tecnica.

Le reti amministrative europee, per un verso, quindi, disaggregano i sistemi amministrativi nazionali, accentuando il carattere tecnico e sezionale dei vari uffici e diminuendo il collegamento delle singole componenti con l'esecutivo nazionale, per altro verso ricompongono i poteri pubblici nazionali in figure organizzative di composizione europea.

Le ragioni della loro esistenza sono state variamente ricercate dalla dottrina nelle dinamiche complessive del processo di integrazione europea. È il caso, ad esempio, della teoria dei *conflicts of laws* elaborata da Joerges, in base alla quale l'integrazione europea è sin dall'inizio orientata — e, su un piano normativo, è obbligata a restare orientata — essenzialmente alla costruzione di una costellazione pluralistica e riflessiva di ordinamenti giuridici nazionali che tengono sotto controllo le proprie potenzialità negative

interagendo attraverso modalità deliberative, secondo un disegno che porta inevitabilmente con sé la messa in opera di strutture e processi reticolari in grado di innescare pratiche argomentative volte alla soluzione di problemi transnazionali, come avviene con la comitologia⁽⁴²³⁾.

Altre ricostruzioni mettono a fuoco una varietà di micro-condizioni funzionali e strutturali che si sono realizzate nel corso dello sviluppo dell'Unione come l'aumento graduale ma sempre più incisivo delle competenze dell'Unione; la maggiore articolazione delle tecniche regolatorie, che porta con sé una rinnovata attenzione al momento dell'attuazione amministrativa delle politiche europee; la ricerca di una maggiore efficienza nell'azione amministrativa; il carattere sempre più tecnico e specialistico delle discipline e delle politiche pubbliche europee; la sempre maggiore consapevolezza da parte dei governi nazionali e degli stessi regolati dei limiti di effettività delle normative e delle politiche pubbliche dell'Unione che derivano dalla scelta per un modello fortemente incentrato sull'esecuzione indiretta, attraverso le macchine amministrative degli Stati membri⁽⁴²⁴⁾.

Altre ricostruzioni ancora si concentrano su singole reti di cui vengono date spiegazioni sostanzialmente funzionali, legate alle esigenze dei settori considerati.

L'orientamento che qui si condivide è quello che ritiene sia possibile individuare alcuni elementi del sistema europeo che contribuiscono a rendere conto della nascita e del consolidamento di reti amministrative responsabili dell'attuazione delle normative e delle politiche dell'Unione europea. Queste ultime, in particolare, possono essere considerate come l'esito di un «gioco di forze» peculiare, che caratterizza e condiziona gli sviluppi

⁴²³ C. JOERGES e J. NEYER, *Transforming strategic interaction into deliberative problem-solving: European comitology in the foodstuffs sector*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, p. 609 ss.; ID., *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, in *European Law Journal*, 1997, p. 273 ss.; C. JOERGES, 'Good governance' through comitology?, in *EU Committees*, a cura di C. JOERGES e E. VOS, Oxford, Hart, 1999 p. 311.

⁴²⁴ P.F. KJAER, *Between Governing and Governance. On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, cit., in particolare pag. 13

dell'amministrazione europea sin dai prodromi della pratica della comitologia (⁴²⁵).

Da qui una serie di scelte compromissorie, che non vanno nella direzione di un superamento del quadro originario, con un ampliamento della esecuzione diretta e la costruzione di un'amministrazione sovranazionale e federale, ma che mirano piuttosto a risolvere la questione di effettività posta dalla tradizionale strategia di azione europea inquadrando le macchine amministrative nazionali nel contesto di vari tipi di sistemi comuni europei transnazionali, cui partecipano, in modi che mutano da caso a caso, la Commissione e le amministrazioni nazionali e nei quali l'azione di queste ultime viene stabilmente coordinata e organizzata.

Una diversa natura ha invece il sistema comune europeo per la normalizzazione: in esso prevale l'aspetto del coinvolgimento tanto dei poteri pubblici quanto dei soggetti privati.

Tutti i principali procedimenti attraverso i quali opera la rete europea per la normalizzazione, a partire da quelli relativi al cosiddetto "nuovo approccio", sono oggetto di una compiuta disciplina europea. Tale disciplina regola nel dettaglio l'azione congiunta di amministrazioni nazionali, europee e miste, oltre che di organismi privati nazionali e transnazionali, come il *Comité européen de normalisation* (Cen), il *Comité européen de normalisation electrotechnique* (Cenelec) e lo *European Telecommunications Standards Institute* (Etsi). Il disegno complessivo presuppone che la valutazione tecnica sia sostanzialmente estranea alla dimensione giuridica, essendo basata sul ragionamento scientifico, di carattere tecnico ed altamente specialistico, che si caratterizza per la qualità dell'argomentazione scientifica e per il grado di expertise, piuttosto che per l'autorità. Il diritto, così, rinuncia a conoscere il profilo scientifico, ritenuto realisticamente invalutabile, e ridefinisce il proprio ruolo nella direzione del controllo dell'esercizio dell'attività tecnica, al fine di garantire che sia diretto al raggiungimento degli obiettivi del sistema europeo di normalizzazione, consistenti nella libertà di circolazione delle merci e nella salute pubblica.

⁴²⁵ R. DEHOUSSE, C. JOERGES, G. MAJONE, F. SNYDER (in collaborazione con M. Everson), *Europe After 1992 - New Regulatory Strategies*, European University Institute Working Papers, Law, 92/31; E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2012, 01, pag. 29

Con riguardo a tali organismi si pone però un problema di *accountability*: in particolare per la normalizzazione, la funzione di controllo dell'esercizio dell'attività tecnica fatica a tradursi in vere e proprie garanzie procedurali. Mancano, ad esempio, disposizioni in materia di accesso ai documenti degli organismi europei di normalizzazione o disposizioni che garantiscano la partecipazione delle piccole e medie imprese al processo decisionale⁽⁴²⁶⁾.

Mentre per le decisioni assunte dall'ACER, prevalgono i meccanismi garantistici del *rule of law*, ovvero sia attivabili dai destinatari dell'azione amministrativa: nei confronti delle sue decisioni può essere presentato ricorso di fronte alla Commissione dei ricorsi che siede nella stessa ACER. La Commissione ricorsi è composta da sei membri selezionati tra soggetti con un'esperienza a vario titolo nel settore della regolazione dell'energia, formalmente nominata dal Consiglio di amministrazione ma su proposta della Commissione europea. Le decisioni sono adottate a maggioranza qualificata dei 2/3 dei componenti. La Commissione ricorsi è svincolata da ogni rapporto o intervento degli altri organi dell'Agenzia e nei confronti delle sue decisioni può essere presentato ricorso di fronte alle corti europee (Tribunale e Corte di Giustizia).

Così nel settore elettronucleare le situazioni giuridiche soggettive degli operatori possono essere difese di fronte all'*European Nuclear Energy Tribunal*, e per le questioni che ricadono nell'ambito di operatività dell'Unione europea, presso la Corte di giustizia.

In tal modo, il diritto di matrice sovranazionale tenta di integrare e sviluppare quello nazionale dimostrando di riuscire, almeno in parte, a superare quelle posizioni dottrinarie c.d. "dualiste" ⁽⁴²⁷⁾tese ad asseverare l'alterità dell'ordinamento nazionale rispetto a

⁴²⁶ Le difficoltà del giudice europeo nel definire un orientamento coerente nella risoluzione di casi nei quali si pone un problema di effettività della tutela giurisdizionale rispetto a procedimenti composti sono ben illustrate dalle note pronunce *Borelli*, *Textilwerke*, *Jégo-Quéré* e *Unión de Pequeños Agricultores*; si veda, per un recente commento unitario, S. Cassese e M. Savino, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 245 ss.; in precedenza, H.C.H. Hofmann, *Composite decision making procedures in EU administrative law* e A.H. Türk, *Judicial review of integrated administration in the EU*, entrambi in *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, a cura di H.C.H. Hofmann e A.H. Türk, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, rispettivamente a p. 137 ss. e p. 218 ss.

⁴²⁷ Su «monismo» e «dualismo» si v. per il dualismo R. GUASTINI, *Diritto internazionale, diritto comunitario, diritto interno: monismo o dualismo?*, cit.,

quello europeo⁽⁴²⁸⁾, e a condividere i presupposti per l'esistenza di un comune sistema giuridico le cui proprietà non sono altro che frutto del dialogo e dell'interazione, spontanea o cogente, fra tutte le variabili che contribuiscono a dare una risposta alle esigenze che il mercato o la società richiede di soddisfare.

passim; per il monismo P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Jovene, Napoli, 2008, spec. pag. 47; L. MARI, *Le fonti*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 112 ss.; A. LUMINOSO, *Fonti comunitarie, fonti internazionali e regole di interpretazione*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, pag. 659.

⁴²⁸ Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183, in *Foro It.*, 1974, I, pag. 315, con nota di R. MONACO, *La costituzionalità dei regolamenti comunitari*, in *Giust. Civ.*, III, 1974, pag. 410 ss., con nota di M. BERRI, *Riflessioni sul conflitto di norme comunitarie con leggi interne posteriori e sulla legittimità costituzionale dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. It.*, I, 1, 1974, pag. 513 ss.

Nella medesima sentenza n. 183 del 1973, la Corte Costituzionale aveva, peraltro, affermato la necessità di garantire il proprio sindacato giurisdizionale «sulla perdurante compatibilità del trattato» con «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana». L'affermazione viene poi ripresa nella sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170, *cit.*, punto 7193 della motivazione, e nella sentenza del 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. Cost.*, 1989, pag. 1001, in cui la Consulta definisce la propria competenza nel senso di verificare attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato, se una qualsiasi norma di quest'ultimo, così come essa è applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari non venga in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana. Analogamente Corte Costituzionale, sentenza del 28 dicembre 2006, n. 454, in *Giur. Cost.*, 2006, pag. 6. In dottrina si v. tra i contributi più recenti G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 831.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV. *International Nuclear Law in the post Chernobyl Period*, OECD -Reports, 2006

AA.VV., *Annuario di diritto dell'energia nucleare*, (a cura di) NAPOLITANO G., ZOPPINI A., Il Mulino, Bologna, 2011

AA.VV., *La privatizzazione nel settore elettrico. Atti del Seminario tenutosi a Roma il 27 maggio 1994 e il 20-21 maggio 1995*, Giuffré, Milano, 1995

ABBAGNANO N., *Effettività*, in *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1971, pag.280

ADAM R., *Il diritto del mercato interno: l'art. 100 A del Trattato CEE e l'armonizzazione delle legislazioni*, in A. MASSERA (a cura di), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1994, pag. 50

AGO R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova

AGUS D., *Le agenzie per le risorse idriche e il servizio postale: l'importanza di chiamarsi Autorità*, 27 maggio 2011, www.nelmerito.com.

AICARDI N., *Energia*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo II, Milano, Giuffré, 2007, pag. 1060

AINIS M., *La legge oscura*, Laterza, Bari, 1997

AMATO G., *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova Costituzione economica* (a cura di), DELLA CANANEA G. e NAPOLITANO G., Il Mulino, Bologna, 1998, pag.11

AMMANNATI L., DE FOCATIIS M., *Un nuovo diritto per il nucleare, una prima lettura del d.lgs. 15 febbraio 2010, n.31*, www.astrid-online.it

AMMANNATI L., LA SPINA A., *Il ritorno al nucleare. Il contesto regolatorio e l'Agenzia per la sicurezza nucleare*, in *Amministrare*, a. XXXIX, n.2. giugno 2009, pag.231.

AMMANNATI L., *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2005

AMORELLI G., *Autoproduzione e "common carrier" dell'energia elettrica: privatizzazione strisciante del settore*, in *Mercato europeo e diritto dell'energia*, Atti del Convegno di Studi di Maratea 12 - 15 ottobre 1989, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 15

ANCORA F., *Normazione tecnica e certificazione di qualità. Elementi per uno studio*, in *Cons. Stato*, 1994, II, pag. 1563

ANCORA F., *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2000

ANDREINI P., *La normativa tecnica tra sfera pubblica e privata*, in P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Il Mulino, Bologna, 1995

ANGELINI A.M., voce *Fonti primarie di energia*, in *Enc. Novecento*, II, Roma, 1977, pag. 511

AZZONE G., *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, F. Angeli, Milano, 1991

BALDASSARRE A., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, pag.582

BARBERA A., CATALANI A., LABRIOLA S., *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001

BARBERA A., *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento*, Giuffrè, Milano, 2006

BARNATO V., D'ORTA C., *I soggetti centrali e periferici: modelli organizzativi e funzioni di governo dell'energia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il governo dell'energia*, 1992, pag. 59.

BATTINI S., *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pag. 325

BELL J., *Mechanism for cross-fertilisation of administrative law in Europe*, in J. BELL AND T. TRIDIMAS (edited by), *New Directions in European Public Law*, Oxford, 1998

BENEDETTI A., *Certezza pubblica e "certezze private"*, Giuffrè, Milano, 2012

BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1957

BERRI M., *Riflessioni sul conflitto di norme comunitarie con leggi interne posteriori e sulla legittimità costituzionale dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. It.*, I, 1, 1974, pag. 513 ss

BEVILACQUA P., *Demetra e Clio. Uomini e ambiente nella storia*, Laterza, Roma, 2001

BIFULCO, *L'energia nucleare tra Stato e Regioni (e discorso pubblico)*, www.astrid-online.it

BLIX H., *The role of IAEA in the Development of International Law*, in *Nordic Journal of international Law*, vol. 58, 1989, pag. 238

BOITEUX M., *L'énergie électrique, donnés, problème, perspectives*, *Rev. franç. de l'énergie*, n°123, nov. 1960

BONFANTE P., *Natura del contratto di somministrazione dell'elettricità*, in *Foro it.*, 1901, I, pag. 901.

BRAMBILLA P., *La normativa comunitaria nazionale e regionale relative alla protezione dell'ambiente dalle radiazioni ionizzanti*, *Riv.giur.amb.*2006, pag. 591

BRANCA G., SCIALOJA A., *Commentario del codice civile*, Milano, Zanichelli/ Soc. ed. del *Foro Italiano*, 1977

C. F. VON GERBER, *Sui diritti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1971; P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, Giappichelli, Torino, 1925

CAGLI A., *Organizzazione e procedure dell'attività amministrativa tecnica nel settore dei prodotti industriali*, in P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS E F. ROVERSI MONACO (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, il Mulino, Bologna, 1995

CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Morano, Napoli, 1985

CALAMANDREI P., *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1929

CALVANO R., *I poteri impliciti comunitari, L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio di competenze*, Giuffr , Milano, 2006, pag. 91

CAMERON P.D., *Competition in Energy Market: law and regulation in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002

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

CARNELUTTI F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. Dir. comm.*, 1913, I, pag. 354

CASINI L., *Le agenzie amministrative*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2003, pag. 436

CASSESE S. *Tratto di diritto amministrativo*, Giuffr , Milano, 2003

CASSESE S., *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2001, pag.601

CASSESE S., *La Costituzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1991, pag. 487

CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006

CASTRONOVO C., S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, I, Giuffr , Milano, 2007,

CASTRONOVO V., *Storia dell'industria elettrica in Italia. Dal dopoguerra alla nazionalizzazione. 1945-1962*, Laterza, Bari, 1994, v. 4

CAVALIERE A., *La rete dell'energia*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/2005, pag.5.

- CAVALLO PERIN R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998
- CAVALLO PERIN R., *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, Napoli, 1993
- CECCHINI A., *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Arch. Giur.*, 1923
- CESARINI SFORZA W., *La teoria degli ordinamenti giuridici ed il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933
- CHARBONNEAU S., *La gestion de l'impossible : la protection contre les risques techniques majeurs*, LJDG, Paris, 1992
- CHELI E., *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, pag. 260
- CHITI E., *La normalizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Giuffrè, Milano, 2000
- CHITI E., *Organizzazione europea ed organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv.trim.dir. pubbl.*, pag. 359
- CHITI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011
- CIAURRO G., *La crisi della legge*, in *Rass. Parl.*, 1989, pag. 231;
- CIPOLLA C.M., *Le fonti dell'energia nella storia dell'umanità*, in *Enc.int.delle fonti di energia*, 1961, pag.773
- CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005
- CLO A., *Il rebus energetico. Tra politica, economia e ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2008
- COCCO G., *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. del diritto*, a. XXXI, marzo 2000, pag. 83
- CODACCI PISANELLI G., *La presupposizione come sanzione di norme non giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1940

- COHEN E., *De la réglementation à la régulation : histoire d'un concept*, Problème économique, 2000
- COLIN S., *Private regulation of the public sector: A neglected facet of contemporary governance*, in *Journal, Law and Society*, vol. 29, n. 1, marzo 2002
- COMPORI G.D., *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino 2010, pag.253.
- CORSALE M., *La certezza del diritto*, Giuffré, Milano, 1970
- CRISAFULLI V., *Legge di nazionalizzazione, decreti delegati di trasferimento e ricorsi regionali*, in *Giur. Cost.*, 1964, pag. 90
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale, II- L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Cedam, Padova, 1984 pag.177
- CRISMANI A., FONDA E., *Il funzionamento del mercato elettrico. Considerazioni alla luce delle recenti modifiche normative*, in *Riv. giur. amb.*, 2009,VI, pag. 901
- DANN P., *The Political Institutions*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2006, pag. 229
- DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Dalloz, 1977
- DE OÑATE L., *La certezza del diritto*, Gismondi, Roma, 1942
- DE PRETIS D., *Aspetti dell'organizzazione di un ente pubblico economico: l'Enel*, in *Energia*, 1985, Vol. I, pag. 76
- DEHOUSSE R., *Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance*, *Jean Monnet Working Papers*, n. 2/2002
- DEL VECCHIO G., *La crisi dello Stato*, *Riv. It., fil. Dir.*, 1993
- DEL VECCHIO G., *Sulla statualità del diritto*, in *Riv. It., fil. Dir.*, 1929
- DELL'ANNO P. *Energia ed assetto del territorio: profili istituzionali*, Cedam, Padova, 1983
- DELLA CANANEA G. *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, III ed., Milano, Giuffré, 2011

DOMENICHELLI V., *L'amministrazione pubblica e l'impresa (fra privatizzazione, deregolazione e semplificazione)*, in *Riv. Amm. Pubbl. Ital.*, 2002 fasc. 12, pag. 1159

EHLERMANN C.D., *Quelles règles de fonctionnement pour le marché intérieur de l'énergie?*, in *RMC*, 1994, pag.450

FALKE J. *The new approach to technical harmonization and standards, its preparation through ECJ case law on Articles 30, 36 EEC and the Low-Voltage Directive, and the clarification of its operating environment by the Single European Act.*

FALKE J., *Achievements and Unresolved Problems of European Standardization: The Ingenuity of Practice and the Queries of Lawyers*, in C. JOERGES (a cura di), *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making* (Baden-Baden: Nomos, 1997), pag.187

FALKE J., *Technische Normung in Europa: zieht sich der Staat wirklich zurück?*, in G. Winter, *Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche*, ZERP-Discussion Papers, 7/1991, pag. 94

FERRARESE R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti della società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 72

FIORITTO A., *La funzione di certezza pubblica*, Cedam, Torino, 2003

FORTEAU M., *Les renvois inter-conventionnels*, *A.F.D.I.*, 2003, pag.71.

FRIGNANI A., WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Giappichelli, Torino, 1996

G. MICHANEK, P.SODERHOLM, *Licensing of nuclear power plants: The cause of Sweden in an international comparison*, *Energy Policy*, 2009, pag. 4086; C.YUSHENG, T. YOSHIDA, M. KUNISHIMA, *A comparative study on licensing and inspections of nuclear power projects in USA, France and Japan*, <http://library.jsce.or.jp/jsce/open/00524/1997/05-0133.pdf>.

- GALGANO F., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2006, pag.314.
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Cicu, Messineo*, VII, Giuffrè, Milano, 1995, pag.128.
- GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato Iudica, Zatti*, Milano,1990, pag. 28.
- GARGALE E., *Amministrazione pubblica e privati nella certificazione*, in *Informatica e diritto*, 1993, pag. 245
- GARRI F., *La normazione tecnica in Italia*, in *Foro amm.*, 1977, pag. 1010
- GENTILE G., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*. in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2001 fasc. 3-4, pag.429
- GENTILE G., *Diritto nazionale e politica europea dell'energia*, in *Rass. Giur. Energia Elettr.*, 1991, pag. 749.
- GENTILE G., *Lezioni di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 3.
- GIANI L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002
- GIANNINI M. S., *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1985.
- GIANNINI M. S., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1956, pag. 227
- GIGANTE M., *Effetti giuridici nel rapporto fra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate*, in *Riv. Trim. dir. pubbl. com.*, 1997, pag. 331
- GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè, Milano, 2008
- GOULDNER A. W., *Cosmopolitan and Locals: Towards an Analysis of latent social roles*, parte I e II, in *Administrative Science Quarterly*, II, 1957, pag. 281

GRECO G., *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffr , Milano, 2007, pag. 831

GRIPPO E., MANCA F., *Manuale Breve di diritto dell'energia*, Cedam, Padova, 2008

GROSSI P., *Un diritto senza Stato, Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffr , Milano, 1998

GUARINO G., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffr , Milano, 1962

GUASTINI R., *Diritto internazionale, diritto comunitario, diritto interno: monismo o dualismo?*, cit., passim;

HANCER L., MORAN M., *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989, pag.129.

HAYEK F., *Law, Legislation and Liberty*, Vol. I, 1923; AAVV, *L'interventionnisme de la puissance publique. Etudes en l'honneur du Doyen Georges P quignot*, C.E.R.A.M., Montpellier, 1984, pag.549.

HEALD D. – MCGREW A., *The global transformation reader. An introduction to globalization debate*, Cambridge, 2001

HOFFMANN H., TÜRK A., *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, a cura di, London, Elgar Publishing, 2009

HUNT M., TALUS K., *EU Energy Law and Policy issues*, Euroconfidential, Bruxelles, 2008, pag. 43.

IRTI N., *L'et  della decodificazione*, III ed., Giuffr , Milano, 1989;

IRTI N., *Un dialogo tra diritto e impresa*, in *Contratto e impresa*, 2000, pag. 665

ISIDORO C., *L'ouverture du march  de l' lectricit    la concurrence communautaire*, L.G.D.J., Paris, 2006, pag. 177;

JOERGES C., *'Good governance' through comitology?*, in *EU Committees*, a cura di C. JOERGES e E. VOS, Oxford, Hart, 1999 p. 311.

JOERGES C., NEYER J., *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, in *European Law Journal*, 1997, p. 273 ss.;

JOERGES C., NEYER J., *Transforming strategic interaction into deliberative problem-solving: European comitology in the foodstuffs sector*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, p. 609 ss.; ID.,

KAY J., VICKERS J., «*Regulatory Reform: An Appraisal*» in G. MAJONE (ed), *Deregulation or Re-regulation – Regulatory Reform in Europe and the United States*, 1990, pag.223

KJAER P.F., *Between Governing and Governance. On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010

KOUTRAKOS P., *Case C-29/99 Commission c. Council* (re: Nuclear Safety Convention), Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 10 December 2002, in *Common Market Law Review*, 41, 2004, pag. 191

KRÄMER L., *Manuale di diritto comunitario dell'ambiente*, Giuffré, Milano, 2002, pag. 52;

LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000

LABRIOLA S., *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Dir. soc.*, 1983, pag. 723

LENAERTS K., *De Rome à Lisbonne, la Constitution européenne en marche ?*, dans *Cahiers droit européenne*, 2008, pag. 229

LENAERTS K., *La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne*, dans *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'une constitutionnaliste*, Bruxelles, 2008, pag. 815

LENAERTS K., *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Communities*, in *CMLR*, 1991, pag. 11

LINDEN O., *Deregulation of Electricity Sector in the EU*, Stockolm, 1996

LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, I, 1996, pag.124

LUMINOSO A., *Fonti comunitarie, fonti internazionali e regole di interpretazione*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, pag. 659.

LUNGARESI N., *Profili Comparatistici della normazione tecnica: l'esperienza francese dell'Afnor*, in P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS, F. ROVERSI MONACO (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, il Mulino, Bologna, 1995, pag. 423

MANDIL C., *Rapport du groupe de travail sur le réforme de l'organisation électrique et gazière française*, CJEG, avr. 1994, pag. 155

MARI L., *Le fonti*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 112

MARRACINO A., CONTE E., *Commentario delle nuove disposizioni legislative sulle acque pubbliche*, Tip. Soc. Cartiere Centrali, Roma, 1917

MASI A., *L'energia elettrica nell'esperienza giuridica di inizi del secolo XX*, Giuffrè, Milano, 1994

MERLONI F., *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. Pubblico*, 1999, pag. 722

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001

MERUSI F., *I servizi pubblici negli anni 80*, in *Quad. Reg.*, n. 1/1985

MESSINETTI D., *Energie*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, pag. 856

MEURIN G., *La problématique économique de l'approvisionnement (off-demande)*, in *Euratom, L'approvisionnement en question*, Edition de l'Université libre, Bruxelles, 1982, pag. 49

MODUGNO F., NOCILLA D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, pag. 411

MODUGNO F., *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1985

MORELLI G., *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, in *Riv. Dir. int.*, 1933, pag. 391

MORI G., *La nazionalizzazione in Italia: il dibattito politico-economico*, in *Storia dell'industria elettrica in Italia*, Vol. 5, *Gli sviluppi dell'ENEL, 1963–1990*, ed. Zanetti, Laterza, Bari, 1990, pag. 93

MORTARA G., *Lo sviluppo dell'industria elettrica in Italia*, in *Nel Cinquantenario della società Edison. 1884-1934*, Soc. Edison, Milano, 1934, pag. 107

MORTATI C. *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc.dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, pag. 139

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976

MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008

NAPOLITANO G., *Acqua e poste: l'ibrido delle due agenzie*, www.firstonline.info

O VON BUSEKIST V., *A Bridge Between two Conventions on Civil Liability for Nuclear Damage: the Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention*, 129;

ONIDA V., *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, in *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale, Atti del Convegno giuridico*, Castel Ivano, 29-30 aprile, 1994, Giuffrè, Milano, pag. 68

ORSINI R., *Certificazioni e standard tecnici come strumenti di segnalazione: il ruolo della reputazione-paese*, in *L'Industria*, 1997, pag. 565

P. BIRNIE ET A. BOYLE, *Given their undoubted influence on the regulation of nuclear risks at national level*, in *International Law & the Environment*, O.U.P., 2002, pag. 247

PAGLIARO, A. PARODI GIUSSINO M., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 2000

- PAPA A., *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio nella produzione normativa*, in *Rass. Parl.*, 1991, pag. 284
- PARDOLESI R., *Le energie*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da RESCIGNO P., vol. VII, Torino, 1982
- PASCOLINI A., *Il disastro di Chernobyl e le iniziative internazionali per la sicurezza nucleare. Parte seconda: accordi e convenzioni internazionali*, in *Pace e Diritti umani*, n. 2, maggio-agosto 2007
- PERLINGIERI P., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Jovene, Napoli, 2008
- PERTICONE G., *Sui principi generali del diritto positivo*, in *Arch. Giur.*, 1940
- PIZZORUSSO A., voce *Certezza del diritto(II) Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI, Treccani, Roma, 1988
- POGGI A., *Soft Law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali AIC*, Annuario 2005, Cedam, Padova, 2007, pag.369
- POLLAK M., *La régulation technologique, le difficile mariage entre le droit et la technologie*, *Rev.fr.sc.pol.*, 1982, pag. 165
- PREDIERI A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il dir. dell'economia*, 1996, pag. 289
- RESCIGNO. P., *Introduzione al codice civile*, Roma/Bari, Laterza ed. 2006, pag. 232
- RESTA E., *Il diritto, la libertà, la tecnica*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2001, pag. 71
- ROMANO A., *Amministrazione, legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n.1/1999
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni ed., Firenze, 1917
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffré, 1969
- ROPPO V., *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. del dir.*, 1997, fasc. 4 pag. 627

ROSSI G., *Il Settore dell'energia nel contesto europeo, problemi giuridici ed istituzionali*, in D. VELO (a cura di), *La cooperazione rafforzata e l'Unione Economica. La politica europea dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2007, pag.138

ROSSI S., *L'evoluzione del sistema elettrico nazionalizzato. In particolare il rapporto tra l'ENEL e le imprese degli enti locali*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1993, pag. 35

ROSSI S., *Repertorio di dottrina sull'Enel*, in *Rass. Giur. Enel*, 1976, pag. 639.

ROUX E., *Energie électrique et civilisation*, Flammarion, Paris, 1945

SALMONI F., *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001

SALTARI L., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007

SAUTER W., SCHEPEL H., "State" and "Market" in the competition and Free Movement Case Law of the European Court, *TILEC Discussion Paper 2007-024*, pag.164.

SCALFARI E., *La storia segreta dell'industria elettrica*, Laterza, Bari, 1963

SCHARPF F.W., *Governare l'Europa: legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, Frankfurt am Main, 1993

SCHMITT C., *Il Nomos della terra*, Giuffrè, Milano, 1991

SCOCA F. G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in memoria di G. Roehressen*, Cedam, Padova, 1991

SCOZZAFAVA O.T., *I beni e le forme giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1982

SENDEN L., *Soft Law in European Community*, Oxford-Portland, 2004

SHOLZS R., LANGER S., *Binnenmarkt und energiepolitik*, Duncker u. Humblot, Berlin, 1992, pag. 208

SIEFERLE R.P. *The energy system. A basic concept of environmental history*, in P. BRIMBLECOMBE, C. PFISTER (a cura

di), *The silent countdown. Essays in european environmental hystory*, Bwrlin-Heidelberg, 1990, pag. 9

SIEFERLE R.P., *The Subterranean Forest. Energy Sistem and the Industrial Revolution*, Cambridge, 2001

SILVESTRI G., *La parabola della sovranità*; in N. GRECO (a cura di) *Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi*, Edistudio, Roma, 1999, pag.7

SLOT P.J., *Energy (Electricity and Natural Gas)* in *The liberalization of State Monopolies*, in *CMLR*, 1994, pag.49

SMITH A., *Recherche sur la nature et l'origine de la richesse des Nations*, trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, Newton Compton Editori, Roma, 1976

SOMMA A., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009

STOIBER C., *Building a stronger framework of nuclear law*, in *IAEA Bulletin* vol. 45, 2003, pag. 30

STUART MILL J., *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, trad.it., Utet, Torino, 1988

TEULON F., *Dictionnaire d'histoire, économie et finance, géographie*, PUF, Major, 1999

TILOCCA L., *La compatibilità con l'ordinamento comunitario delle proroghe degli affidamenti diretti del servizio di distribuzione del gas naturale*, in *L'amministrazione italiana*, 2007, 56

TOCCOGNA G., *Approvvigionamento in uranio per gli utilizzatori europei: questioni concernenti l'amministrazione CEEA del mercato ed in particolare la procedura semplificata*, in *Dir. pubb. comp. eur*, 1999, pag. 1243

TRONDAL J., *An Emergent European Executive Order*, Oxford, Oxford University Press, 2010

VACCA A., *Proroga delle concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale e diritto comunitario*, in *Foro amm. - TAR*, 2006, pag. 3792

VALENTINI S., *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, Milano, 2005

VAN BAEL J., BELLIS J. *Il diritto della concorrenza nella CE*, Giappichelli, Torino, 1996

VEDASCHI A., *Il principio di certezza del diritto «tutela» il legittimo affidamento dei gestori delle concessioni di distribuzione del gas naturale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pag. 2009

VETRÒ F., *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005

VETRÒ F., *La regolazione del mercato elettrico. Sull'ordine giuridico del mercato libero dell'energia elettrica*, *Rivista*, nn. 3-4, 2003, pag. 808

VITALE A., *Il regime delle acque nel diritto pubblico e nel diritto privato italiano*, Hoepli, Milano, 1920, pag. 322

WETHERALL A., *Normative rule making at the IAEA: Codes of Conduct*, *Nuclear Law Bulletin*, 2005, pag. 75

WILLKE V. H., *Dystrophie*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002

ZAGREBLESKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992

ZAVATTONI G., *La direttiva e l'accesso dei terzi alla rete*, in *Rass. Giur. Energia Elettr.*, 1998, pag.759.

ZEI A., *Tecnica e diritto*, Giuffrè, Milano, 2008