

SOSTENIBILITA' AMBIENTALE, ENERGIE RINNOVABILI ED EFFICIENTAMENTO.

Brevi note sulla funzione promozionale dei pubblici poteri¹.

Roberto Miccù²

Michela Bernardi³

Sommario: **1.** Introduzione. - **2.** Le dinamiche evolutive della disciplina europea per la promozione delle fonti rinnovabili. - **3.** Dalla programmazione alla promozione dei pubblici poteri nazionali nel settore dell'energia. - **4.** Conclusioni.

¹ Il presente contributo è frutto di una ricerca comune, ma il paragrafo 1 e il paragrafo 4 sono scritti in comune dagli autori, mentre il paragrafo 2 e il paragrafo 3 sono ascrivibili, rispettivamente, al Professore Roberto Miccù e alla Dottoranda Michela Bernardi.

² Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

³ Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

1. Introduzione.

Seguendo la suggestione di una metafora geometrica, potremmo descrivere l'evoluzione del modello di mercato europeo dell'energia come un triangolo scaleno, che nei decenni ha assunto forme diverse, sviluppando ora questo ora quello dei vari lati.

Negli anni '70 e '80 il triangolo si era allungato verso il vertice della sicurezza⁴, mentre negli anni '90 e nei primi anni 2000 si è accentuato il lato con al vertice la competitività, attraverso una serie di strumenti, quali la liberalizzazione dei mercati⁵, l'eliminazione dei monopoli, il *third party access*⁶, strumenti tutti volti a rendere più competitivo il mercato ed a ridurre il costo dell'energia.

Nell'ultimo decennio, il triangolo dell'energia ha cambiato nuovamente forma, allungandosi verso il vertice della sostenibilità ambientale. Lo sviluppo sostenibile⁷ è, infatti, uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni e si pone rispetto all'ambiente in un rapporto di tutela, al fine di preservarne la sua essenza e di combattere il c.d. cambiamento climatico.

In questo contesto un ruolo strategico è svolto dalle energie rinnovabili, cioè tutte quelle forme di energia generate da fonti il cui utilizzo non pregiudica le risorse naturali o che

4 Osserva V. TERMINI, *Il mondo rinnovabile: come l'energia pulita può cambiare l'economia, la politica e la società*, Luiss University press, Roma, 2018, p. 33: «Le crisi petrolifere negli anni Settanta riportarono l'attenzione sulla necessità di sicurezza energetica e sulla pericolosità della dipendenza dai combustibili fossili, per via della loro concentrazione e del potere dell'Opec nella gestione delle forniture e dei prezzi del petrolio, ma anche nel timore che queste risorse prima o poi finissero».

5 Che doveva affrancare il mercato europeo dalla forza e dal contrasto dei monopoli nazionali.

6 Vale a dire «l'obbligo di permettere l'accesso al sistema a coloro che ne facciano richiesta», secondo quanto stabilito dal d.lgs. n. 164/2000 per le imprese del gas naturale, ma il principio è valido anche per le imprese elettriche titolari di infrastrutture. La regolazione dell'accesso alla rete si rende necessaria nei mercati liberalizzati al fine di garantire una concorrenza effettiva dal momento che l'unica rete esistente deve essere utilizzata da una molteplicità di operatori per l'erogazione del servizio. Sul punto, si veda A. CLÔ, S. CLÔ, F. BOFFA, *Le riforme elettriche tra efficienza ed equità*, Il Mulino, Bologna, 2014.

7 Che trova la sua più celebre definizione nel Rapporto della Commissione mondiale su ambiente e sviluppo del 1987 (c.d. Rapporto Brundtland): sostenibile è lo sviluppo che «soddisfa i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri». La formula evoca un "processo circolare" che, nella sua indeterminatezza e genericità, rischia di restare sospeso nell'incertezza cognitiva. Osserva P. RANCI, *Economia dell'energia*, Il mulino, Bologna, 2011, p. 30, che «non esistono una definizione e un approccio univoci allo sviluppo sostenibile. Tuttavia, tutte le posizioni espresse sul tema riconoscono un problema di allocazione intertemporale delle risorse secondo criteri di equità ed efficienza. Ne deriva come una definizione condivisa, ancorché molto generica, di sviluppo sostenibile sia quella di sviluppo economico che perduri nel tempo». Tre sono, dunque, i formanti del concetto di sostenibilità: economia, ambiente, società. Si veda, altresì, R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008.

per loro caratteristica intrinseca si rigenerano o non sono "esauribili" nella scala dei tempi umani.

La regolazione delle suddette energie rinnovabili è oggetto di diversi atti normativi, tra cui, da ultimo, la direttiva 2018/2001, contenuta nel *Winter Package*, che nel suo complesso persegue un ambizioso obiettivo: quello di rendere – proseguendo nella metafora – equilatero il triangolo dello sviluppo del mercato dell'energia, ponendo i vertici tutti esattamente equidistanti tra loro: la sostenibilità ambientale, la competitività e la sicurezza degli approvvigionamenti.

Lo spostamento verso un mix di fonti primarie di energia che vede come protagoniste le fonti rinnovabili, se ben guidato, potrebbe avere esiti che travalicano il settore energetico: da un lato, la riduzione delle emissioni di gas serra gioverebbe all'ambiente⁸; dall'altro, promuoverebbe l'avanzamento dei paesi in via di sviluppo, offrendo un'occasione delocalizzata per ottenere l'accesso all'energia elettrica che il continente ancora non è riuscito a sviluppare; infine, avrebbe un evidente risvolto economico, poiché consentirebbe lo sviluppo di una industria verde, che ancora stenta a decollare⁹.

L'obiettivo è ambizioso perché al fine di garantire anche un equilibrio del sistema in senso socio-economico risulta difficile trovare soluzioni di integrazione delle energie rinnovabili all'interno di una logica di mercato. Da questo punto di vista è emblematico il c.d. "regime di sostegno"¹⁰, espressamente previsto dal diritto europeo, vale a dire lo strumento, regime o meccanismo, applicato da uno Stato membro o gruppo di Stati membri, inteso ad annullare il differenziale di costo tra fonti tradizionali e fonti rinnovabili, proprio in ragione dei benefici non monetizzabili che si ottengono dalle energie rinnovabili, ma rispetto ai quali il mercato fallisce quando si tratta di valorizzarli

⁸ Nella Direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, la Comunità europea riconosceva la necessità di promuovere in via prioritaria le fonti energetiche rinnovabili sì da garantire la protezione dell'ambiente e uno sviluppo sostenibile. Infatti, l'incentivazione delle fonti rinnovabili costituiva una delle misure necessarie per conformarsi al protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici. Si veda, in particolare, il considerando 3 della direttiva: «Il maggior uso di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è una parte importante del pacchetto di misure necessarie per conformarsi al protocollo di Kyoto della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e dei pacchetti di politiche intese ad onorare ulteriori impegni».

⁹ V. TERMINI, *Il mondo rinnovabile: come l'energia pulita può cambiare l'economia, la politica e la società*, Luiss University press, Roma, 2018, p. 25.

¹⁰ Un riferimento sia pure indiretto e generico all'attività pubblica di incentivazione dell'economia si può rinvenire in quel plesso di norme costituzionali che taluno definisce facendo ricorso all'espressione "costituzione economica", nozione teorizzata principalmente dalla dottrina tedesca, e successivamente ripresa dalla dottrina italiana.

(esternalità negative)¹¹. Le misure di sostegno pubblico hanno, quindi, due anime, ambientale ed economica, tra loro interconnesse e inscindibili.

Il sostegno deve, tuttavia, avvenire nel rispetto della normativa comunitaria in materia di concorrenza e aiuti di stato. Si tratta, quindi, di comprendere l'*an* e il *quomodo* della compatibilità delle norme di incentivazione con il mercato interno¹².

La necessità di questi regimi, al fine di accrescere la produzione di fonti rinnovabili, trova ora il suo fondamento direttamente nel diritto primario dell'Unione europea che, all'art. 194, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) individua, tra gli obiettivi della politica energetica dell'Unione, proprio la promozione delle forme di energia da fonti rinnovabili¹³. I meccanismi di mercato non possono, infatti, garantire il raggiungimento di fondamentali interessi generali, quali la sostenibilità ambientale e la sicurezza dell'approvvigionamento (attraverso la riduzione della dipendenza degli Stati europei dall'importazione degli idrocarburi). Tali interessi generali diventano, quindi, "i fini ultimi dell'incentivazione ossia i fini a cui è diretta, a sua volta, l'attività economica (fine immediato), il cui svolgimento è promosso dall'erogazione di incentivi"¹⁴. Va tenuto presente che le politiche di incentivazione

11 P. RANCI, *Economia dell'energia*, Il mulino, Bologna, 2011, 187; A. CLÔ, *Transizione energetica tra stato e mercato*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *La transizione energetica e il winter package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati: atti del convegno AIDEN*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 100 osserva che «L'elevata intensità delle tecnologie energetiche a redditività differita nel tempo combinata al ristretto orizzonte temporale connotato a scelte di mercato, ha sempre portato gli investitori a restringere il campo a quelle che superavano il vaglio della convenienza di breve periodo. Una dissociazione tra costi/benefici *privati* e costi/benefici *sociali* che ha motivato l'intervento pubblico nel governo dell'energia negli Stati occidentali, specie ma non solo in quelli europei».

12 Sul punto, si veda N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, il quale - richiamando un noto scritto di G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 132- parla di «leggi-incentivo in presenza di tre caratteristiche: "a) che con esse lo Stato si propone di sollecitare i privati al compimento di specifiche attività; b) che, per ottenere l'attività desiderata, esse promettono un vantaggio a favore del privato; c) infine, che l'attività così stimolata, in assenza della legge "non sarebbe compiuta o sarebbe compiuta con forme o in quantità diverse da quelle ritenute più confacenti all'interesse collettivo».

13 L'art. 194 TFUE afferma che «Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche». Il comma 2 prevede, poi, che «Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al par. 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'art. 192, par. 2, lett. c)».

14 Così, M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Munus*, 2014, fasc. 1.

mirano anche a realizzare condizioni di eguaglianza sostanziale dei cittadini¹⁵, dovendo il mercato essere regolato per garantirne il carattere sociale. Si tratta, dunque, di mutare la prospettiva, assumendo come punto di riferimento non un concetto formale di uguaglianza, ma gli obiettivi della politica economica e sociale individuati dal legislatore, in funzione dei quali vengono predisposti gli strumenti promozionali.

In termini di teoria generale, queste problematiche rendono necessario tornare a riflettere sulla funzione promozionale dei poteri pubblici¹⁶, da intendersi come stimolo a decodificare la realtà, e non come gabbia dogmatica. Si tratta di riportare le tecniche di incoraggiamento agli obiettivi e ai fini assunti dai pubblici poteri attraverso la costituzionalizzazione degli stessi. A tal proposito, osservava Bobbio che «la contrapposizione tra il vecchio e il nuovo modello costituzionale emerge dal raffronto tra l'art. 2, in cui si dice che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», e l'art. 3 dove si dice che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», cioè tra l'affermazione di un compito meramente protettivo che si attua mediante la tecnica delle misure negative e l'affermazione di un compito promozionale che si attua per lo più attraverso misure positive»¹⁷.

15 L'esigenza di impedire l'aggravarsi delle iniquità sociali causate dalle attuali politiche è sottolineata da A. CLÔ, *Transizione energetica tra stato e mercato*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *La transizione energetica e il winter package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati: atti del convegno AIDEN*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 107 ss. Più in generale, tra i principi fondamentali dell'intervento dello Stato nell'economia si rinviene l'affermazione secondo cui lo Stato, mediante la rimozione di ogni ostacolo economico e sociale che limiti di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, deve promuovere l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2, Cost.). In vista di tali obiettivi, quindi, lo Stato non può disinteressarsi delle vicende dell'economia. Si veda, in tal senso, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 42 ss. Il tema è strettamente legato alle esigenze del governo democratico dell'economia e, quindi, alla necessità di contrastare le disuguaglianze sociali e le disparità. Sulle disuguaglianze che connotano l'attuale fase storico-economica si veda F. VON. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Il Saggiatore, Milano, 2010 (trad. it.); J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Milano, 2013 (trad. it.); N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari-Roma, 1998.

16 Indagini sistematiche sul tema dell'intervento pubblico nell'economia sono state svolte da V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1957; G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962.

17 N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, 25, ove vengono richiamate le diverse norme costituzionali che declinano il modello promozionale. Si vedano gli articoli 4 (La Repubblica «promuove le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro»), 5 (promuove le autonomie locali), 9 («promuove lo sviluppo della cultura»), 45 («promuove e favorisce l'incremento» della cooperazione), 47, comma 2 (favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà).

2. Le dinamiche evolutive della disciplina europea per la promozione delle fonti rinnovabili

La nuova direttiva del dicembre 2018 si inserisce nel filone della politica europea dell'energia prodotta da fonti rinnovabili, che trova in ambito internazionale e comunitario la primaria fonte di ispirazione¹⁸. All'indomani dell'adozione del Protocollo di Kyoto del 1997, l'attenzione delle istituzioni comunitarie si è tradotta in una pluralità di documenti programmatici che hanno individuato proprio in ambito energetico il settore di intervento legislativo prioritario per il contenimento delle emissioni nocive¹⁹. La produzione di energia rinnovabile costituisce, infatti, uno degli strumenti più efficaci per contrastare il *climate change*²⁰, poiché concorre a ridurre le emissioni nocive nella prospettiva della tutela ambientale²¹. Oltre ai Libri verde (1996) e Bianco (1997) in cui si annunciano una strategia ed un piano di azione a favore delle energie rinnovabili, il forte impulso dato all'energia rinnovabile si ha attraverso due direttive: la direttiva 2001/77/CE e la direttiva 2009/28/CE. La prima ha posto come obiettivo desiderabile, ma non vincolante, il raddoppio delle fonti rinnovabili nel mercato elettrico europeo, lasciando gli stati membri liberi in ordine alla predisposizione di strumenti di promozione nazionale²²; la seconda, invece, ha previsto target vincolanti per il 2020 in materia di politiche energetiche e cambiamenti climatici al fine di creare, per la prima volta, un quadro giuridico stabile: in particolare, l'Unione europea ha stabilito l'obiettivo di conseguire un aumento del 20 % dell'efficienza energetica, di garantire una riduzione del 20% delle emissioni di gas serra e di coprire il

18 A.FODELLA e L. PINESCHI, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

19 Osserva V.M. SBRESCIA, *Politiche energetiche, sviluppo sostenibile e integrazione comunitaria: dall'Europa la spinta verso le rinnovabili*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, fasc. 1-2, p. 198, che «la spinta proveniente dall'Europa verso le energie rinnovabili veniva, anzitutto, da esigenze di natura socio-economica oltre che da motivazioni specificamente legate alla necessità di arginare i cambiamenti climatici, contrastando la diffusione di gas serra».

20 Sul tema si veda M. Montini, *La risposta istituzionale al problema dei cambiamenti climatici*, in M. MONTINI, *Il protocollo di Kyoto e il Clean development mechanism: aspetti giuridici ed istituzionali*, Giuffrè Milano, 2008.

21 Un nesso esplicito tra l'utilizzo delle fonti rinnovabili e la tutela ambientale è contenuto nel considerando n. 48 della direttiva 2009/28/CE, laddove si specifica che «Gli Stati membri, al fine di accelerare la fissazione di livelli minimi per l'uso di energia da fonti rinnovabili negli edifici, prevedano che tali livelli siano conseguiti con l'inserimento di un fattore di energia da fonti rinnovabili per il rispetto delle prescrizioni minime di rendimento energetico previste dalla direttiva 2002/91/CE, correlato a una riduzione ottimale in termini di costi delle emissioni di carbonio per edificio». E, oggi, nel considerando n. 45 della direttiva 2018/2001 che, così, espressamente prevede: «E' opportuno assicurare la coerenza tra gli obiettivi della presente direttiva e il diritto dell'ambiente dell'Unione. In particolare, durante le procedure di valutazione, pianificazione o concessione di licenze per gli impianti di energia rinnovabile, gli Stati membri dovrebbero tener conto di tutto il diritto dell'ambiente dell'Unione e del contributo dell'energia da fonti rinnovabili al conseguimento degli obiettivi in materia di ambiente e cambiamenti climatici, specialmente rispetto agli impianti di energia non rinnovabile».

22 Ciò anche in relazione alla circostanza che alcuni Stati avevano già introdotto misure di incentivazione.

20% della domanda di energia dell'Unione europea attraverso il ricorso a fonti rinnovabili²³. Dalla politica energetica dell'Unione, e in particolare dalla sempre più penetrante integrazione delle fonti rinnovabili nel mix energetico, si evince la volontà di combattere contro il surriscaldamento globale promuovendo un'economia a bassi tassi di emissione. L'inasprimento connesso al passaggio da un obiettivo orientativo a uno vincolante ha una duplice scaturigine: *in primis*, il fallimento degli obiettivi meramente orientativi, stante il fatto che solo *target* vincolanti sono in grado di stimolare quei processi di modifica del mix energetico che, altrimenti, non sarebbero intrapresi²⁴; *in secundis*, la stretto legame con le politiche sul clima, in particolare con il pacchetto 20-20-20.

Il percorso politico dell'Unione europea in materia di energia rinnovabile, oggi, è tracciato dalla direttiva 2009/28/CE, in combinato disposto con il “Terzo Pacchetto”.

Il tema della transizione dell'energia verso un'economia basata sull'energia pulita e della riforma della progettazione e del funzionamento del mercato dell'elettricità dell'Unione europea è stato di recente, oggetto di ben otto proposte, presentate il 30 novembre del 2016, dalla Commissione europea all'interno un pacchetto di proposte, conosciuto con il nome di “*Winter Package*”.

Ad oggi, il “*Clean Energy for all Europeans*” o “*Winter package*” comprende otto diversi atti legislativi: la Direttiva sul rendimento energetico nell'edilizia (Dir. 2018/844), la Direttiva sulle energie rinnovabili (Dir. 2018/2001), la Direttiva sull'efficienza energetica (Dir. 2018/2002), il Regolamento sulla governance (Reg. 1999/2018), la Direttiva sull'energia elettrica, il Regolamento sull'energia elettrica, il Regolamento sulla preparazione del rischio ed il Regolamento per l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER)²⁵. Gli ultimi quattro atti normativi sono in attesa di adozione da parte del Parlamento e del Consiglio.

La nuova direttiva dell' 11 dicembre del 2018 n. 2001, sulla “Promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili”, in attuazione all'articolo 194, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che, come è noto, individua tra gli obiettivi della politica energetica dell'Unione proprio la promozione delle *forme di energia da fonti rinnovabili*, stabilisce una serie di interventi volti a realizzare tale obiettivo. Il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili o all'energia rinnovabile costituisce una parte importante del pacchetto di misure necessarie per ridurre le

23 L'obiettivo di consumo di energia rinnovabile è, poi, suddiviso tra gli Stati membri non in base a un criterio di efficienza, bensì di ricchezza pro capite: lo sforzo maggiore per il raggiungimento dell'obiettivo è sostenuto dagli stati più ricchi e non da quelli nei quali sarebbe meno costoso realizzare lo sviluppo dell'energia rinnovabile.

24 A. CLÔ, S. CLÔ, F. BOFFA, *Le riforme elettriche tra efficienza ed equità*, Il Mulino, Bologna, 2014.

25 Regolamento 713/2009 ha istituito l'ACER con il compito di favorire l'integrazione del mercato e l'armonizzazione delle norme in materia.

emissioni di gas a effetto serra e per rispettare gli impegni dell'Unione nel quadro dell'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici, a seguito della 21a Conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici («accordo di Parigi»), e il quadro per le politiche dell'energia e del clima all'orizzonte 2030, compreso l'obiettivo vincolante dell'Unione di ridurre le emissioni di almeno il 40 % rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030.

La presente direttiva si occupa altresì dei temi connessi allo sviluppo di sistemi di riscaldamento e di rinfrescamento da energie rinnovabili e per lo sviluppo di carburanti per il trasporto da fonti energetiche rinnovabili.

Essa contribuisce, altresì, al potenziale impatto positivo che l'Unione e gli Stati membri possono avere nel promuovere lo sviluppo del settore delle energie rinnovabili nei paesi terzi.

L'Unione e gli Stati membri dovrebbero promuovere la ricerca, lo sviluppo e gli investimenti nella produzione di energie rinnovabili nei paesi in via di sviluppo e in altri paesi partner nel pieno rispetto del diritto internazionale, rafforzando così la loro sostenibilità ambientale ed economica e la loro capacità di esportazione di energie rinnovabili.

L'Unione europea dispone di una strategia, l'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile, che, se accolta con consapevolezza e in modo risoluto dai suoi Stati membri e dalla società civile europea, le consentirebbe di delineare un quadro economico, sociale, ambientale e istituzionale virtuoso. Tra le linee da percorrere per la piena attuazione degli obiettivi dello sviluppo sostenibile sanciti da Agenda 2030 rientra il miglioramento dell'efficienza energetica, che si pone al centro delle priorità dell'Unione europea.

3. Dalla programmazione alla promozione dei pubblici poteri nel settore dell'energia

Una volta ripercorse le linee di sviluppo dell'azione posta in essere dall'Unione europea al fine di promuovere lo sviluppo delle energie rinnovabili, è necessario dedicare una specifica attenzione al contesto nazionale. Va rilevato che la rilevanza stringente degli obiettivi internazionali del Protocollo di Kyoto, affidata, principalmente, alla promozione delle fonti alternative di energia e a misure di efficienza energetica, unitamente alla forte spinta da parte dell'Europa verso le rinnovabili suggerisce l'intervento dei pubblici poteri nazionali nel processo di produzione e distribuzione dell'energia rinnovabile.

Il tema si colloca nella più ampia dialettica tra Stato e mercato²⁶, tra pubblici poteri e dinamiche economiche²⁷. Si tratta di un settore in cui si intrecciano profili tecnici, economici e regolatori, oltre che, più in generale, questioni riguardanti le scelte di politica industriale.

La crisi finanziaria ed economica globale²⁸ ha rappresentato un fatto ostativo alla capacità del mercato di garantire in sé la riduzione delle emissioni nocive e la sicurezza della fornitura energetica attraverso l'incremento della generazione elettrica da fonti rinnovabili. Di qui la necessità di un regime nazionale di incentivazione, ma, ancor prima, di una programmazione pubblica.

A ben vedere, la linea lungo la quale procede l'Unione europea, considerate le finalità che persegue (e, quindi, gli obiettivi che impone) nel comparto delle fonti rinnovabili, contribuisce, forse suo malgrado, a rafforzare la compenetrazione sempre più evidente tra Stato e mercato, imponendo un intervento pubblico al precipuo fine di garantire il raggiungimento degli standard quantitativi stabiliti a livello europeo. L'apposizione di indirizzi, vincoli e controlli all'esercizio della libera iniziativa economica costituiscono le connotazioni strutturali di tale intervento, che vede nell'interesse generale (affidato ai pubblici poteri, nazionale ed europei, in tale settore²⁹) non assicurato dal mercato la sua giustificazione e, al contempo, il suo limite. Limite rappresentato dell'*acquis communautaire* - consistente nel principio della tutela del mercato aperto e concorrenziale - nonché del più complesso processo di globalizzazione economica- e dal processo di liberalizzazione del mercato elettrico³⁰.

26 Con riguardo alla dialettica tra istituzioni ed economia, si veda F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica: società per azioni, Stato e classi sociali*, Zanichelli, Bologna, 1980; G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008.

27 Il rapporto tra pubblici poteri e principio di concorrenza è un tema largamente dibattuto in dottrina. Si veda, tra gli altri, S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000.

28 Sugli scenari concernenti la crisi economica e sulle azioni poste in essere dai Governi al fine di contenerne gli effetti si veda G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

29 L'attività di incentivazione è volta a far sì che gli operatori economici indirizzino le loro decisioni verso obiettivi di utilità generale, assumendosi cioè determinati obblighi in cambio di dati benefici che lo Stato può accordare loro prima, durante o dopo il compimento dell'attività prestabilita. Così, G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962.

30 Per un quadro dei processi di liberalizzazione del settore si veda F. RANALLI-S. TESTARMATA, *Il settore elettrico italiano: processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese*, in R. MELE-R. MUSSARI (a cura di), *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 101 ss.; F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete: l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 213 ss.; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 2190 ss.; A. COLAVECCHIO, voce *Energia elettrica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Utet, Torino, 2005, 233 ss.; G. BELLANTUONO, *Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio*

Ça va sans dire, la palmare discrasia tra attività economica liberalizzata e suo opportuno assoggettamento a una forma di programmazione pubblica³¹ rende piuttosto difficile l'azione di adeguamento o, almeno, di coordinamento dei pubblici poteri (statali) nella gestione del comparto energetico tanto che è stato argutamente osservato³² che lo scivolamento semantico dal sostantivo «programmazione» a quello di «strategia energetica» è un chiaro segnale della difficile convergenza di questi due sfere.

L'analisi diacronica consente di affermare che, allo stato, la programmazione odierna si colma di un significato cangiante, rispetto alla programmazione energetica degli anni Settanta/Ottanta³³ (direttamente connessa con l'energia nucleare), assumendo un (inaspettato) valore euristico. Gli interessi pubblici da tutela sono diversi e presentano una dimensione essenzialmente transnazionale³⁴: se da un lato si parla di *environmental sustainability*, vale a dire la necessità di minimizzare gli impatti ambientali dei sistemi energetici, dall'altro si pone il tema della dipendenza geopolitica degli Stati europei dalla sicurezza degli approvvigionamenti. Dunque, sostenibilità ambientale e autosufficienza dell'approvvigionamento. E' ciò che emerge dal d.l. n. 112 del 2008, convertito in legge n. 133 del 2008, sotto la denominazione di Strategia economica nazionale³⁵, consistente in un piano decennale del nostro Governo volto ad anticipare e

interdisciplinare, in *Po. Dir.*, 2007.

31 G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1992; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giffrè, Milano, 1957; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1985; P. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. RENNA-F. SAIITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, si spinge fino a enucleare un "principio di programmazione", da intendersi anche come metodo democratico di svolgimento delle attività dei pubblici poteri. Per tale ultima accezione si veda I.M. MARINO, *La programmazione come "sistema giuridico"*, in *Dir. Soc.*, 1990, p. 427 ss. Il tema è posto in Italia da Norberto Bobbio, parlando della dicotomia fondamentale, la "grande dicotomia" per usare il suo linguaggio, fra "norme di condotta" e "norme di organizzazione" o, con una semplificazione, tra "regole" e "programmi". Sebbene l'accento della dottrina si è posto, dagli anni '80 al 2000, sul maggior rilievo delle "regole", rispetto ai "programmi", i due termini della "grande dicotomia" restano gli elementi base della struttura istituzionale del governo dell'economia.

32 F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili nella programmazione energetica nazionale*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Annuario di diritto dell'economia: regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013.

33 Così, M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia: fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Angeli, Milano, 2014, la quale sottolinea la differenza rispetto alla programmazione intrapresa dall'Italia a partire dalla metà degli anni '70 «che ebbe, inizialmente, l'essenziale finalità di legittimare il ricorso alla fonte nucleare (e poi di puntare sul carbone e sulle fonti rinnovabili, a seguito del referendum del 1987 che decretò l'uscita dal nucleare) dinanzi al drammatico manifestarsi della crisi energetica, senza alcuna ambizione di soddisfare interessi pubblici ulteriori».

34 M. COCCONI, *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, in *Amministrazione in cammino*, 2017, p. 5.

35 L'art. 7, in particolare, è la norma che attribuiva al governo il potere di procedere a una programmazione energetica nazionale. Erano ivi indicate le seguenti priorità: il miglioramento della competitività del sistema energetico nazionale e lo sviluppo delle infrastrutture; la diversificazione delle

gestire il cambiamento del sistema energetico, accompagnando il processo di transizione energetica.

La programmazione, quindi, deve essere teleologicamente adattata. Si tratta di verificare se l'attività programmatoria possa comunque riuscire ad affermare la sua "presenza" a fronte del mutamento di paradigma.

Un arresto della programmazione energetica nazionale si è avuto in seguito all'incidente giapponese di Fukushima dell'11 marzo 2011 al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. Tuttavia, un fondamento normativo poteva essere rinvenibile nel d.lgs. n. 93/2011³⁶, che, all'art. 1, comma 2, contiene un riferimento alla «Strategia energetica nazionale».

Ad oggi, la Strategia energetica nazionale 2017 si pone come priorità politiche e sociali la competitività, la sostenibilità ambientale e la sicurezza energetica, dettando le linee strategiche per favorire il raggiungimento degli obiettivi europei del *Clean Energy Package* fissati in vista del 2030, e dando impulso alle filiere italiane che operano nel contesto dell'efficienza energetica. In particolare, si prevede un'accelerazione nella decarbonizzazione in linea con gli obiettivi di lungo termine dell'Accordo di Parigi. Rinnovabili ed efficienza contribuiscono non solo alla tutela dell'ambiente, ma anche alla sicurezza, riducendo la dipendenza del sistema energetico, e all'economicità, favorendo la riduzione dei costi. Ciò è di fondamentale importanza specie nell'attuale fase congiunturale di crisi economica, che stimola interrogativi riguardanti la produzione energetica, le regole che disciplinano il relativo mercato e i regolatori³⁷ chiamati a promuovere lo sviluppo concorrenziale del mercato stesso.

La "politica programmatoria" del legislatore nazionale dovrebbe, quindi, favorire il raggiungimento degli obiettivi delineati dalla disciplina europea, non tanto attraverso una programmazione *stricto sensu* intesa, bensì mediante una attività diretta a indirizzare e coordinare l'attività economica privata, proprio nel senso inteso dall'art. 41, comma 3. Stante la natura trasversale della materia dell'energia, va evidenziato che, accanto all'attività di indirizzo del Governo, occorre una decisa azione di coordinamento tra i vari soggetti istituzionali. A tal fine, la SEN 2017 ha previsto

fonti di energia e delle aree geografiche di approvvigionamento; la promozione delle fonti rinnovabili di energia e dell'efficienza energetica e la sostenibilità ambientale nella produzione e negli usi dell'energia, anche ai fini della riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra. Sulla Strategia Energetica Nazionale, si veda E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014, p. 4 ss.

³⁶ Di attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale)

³⁷ Con particolare riferimento al ruolo dell'Agenzia europea per la cooperazione tra i regolatori dell'energia, si veda L. AMMANNATI, *Il ruolo dell'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia nella governance e nella regolazione del settore energetico*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, p. 11.

L'istituzione di una cabina di regia, coordinata dai Ministeri dello Sviluppo Economico e dell'Ambiente, con la partecipazione dei Ministeri dell'Economia, dei Trasporti e dei Beni Culturali, con una rappresentanza delle Regioni e con periodico aggiornamento anche degli enti locali.

Storicamente, il legislatore ha inteso promuovere l'uso di energia da fonti rinnovabili riducendone i costi, aumentando i prezzi a cui può essere venduta o aumentando, per mezzo di obblighi in materia di energie rinnovabili o altri mezzi, il volume acquistato di tale energia; includendo, a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, gli aiuti agli investimenti, le esenzioni o gli sgravi fiscali, le restituzioni d'imposta, i regimi di sostegno nella forma di obblighi in materia di energie rinnovabili, inclusi quelli che usano certificati verdi, e i regimi di sostegno diretto sui prezzi, ivi comprese le tariffe onnicomprensive e le tariffe premio fisse o variabili³⁸.

Accanto alle misure di cui sopra viene in rilievo, quale forma di incentivazione diretta, il fondo nazionale per l'efficienza energetica, istituito presso il Ministero dello Sviluppo economico³⁹. Esso costituisce uno strumento di incentivazione a carattere trasversale per gli interventi di efficienza energetica⁴⁰. In ordine alle tipologie di incentivo si prevedono: a) la concessione di garanzie su singole operazioni o su portafogli di operazioni finanziarie; b) l'erogazione di finanziamenti.

Il comma 4 dell'art. 15 del D. Lgs. n. 102/2014 ha rimesso a un decreto del Ministero dello Sviluppo Economico e del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze l'individuazione delle priorità, dei criteri, delle condizioni e delle modalità di funzionamento, di gestione e di intervento del Fondo, nonché delle modalità di articolazione per sezioni (decreto interministeriale 22 dicembre 2017).

Se questo è il quadro degli strumenti, l'assetto istituzionale che sul piano effettivo dovrebbe garantire la *governance* degli incentivi inseriti nel piano, agevolando la *mise en oeuvre* delle varie misure di sostegno alle imprese è piuttosto deficitario. A riguardo, è stata creata una "cabina di regia" governativa⁴¹, composta da rappresentanti del

38 Sono queste le forme più classiche di finanziamento pubblico all'impresa privata. Per una ricostruzione sistematica delle diverse categorie di ausili finanziari, si veda M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1993, 225 ss. e, successivamente, nel solco tracciato da Giannini, G.P. MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, La disciplina dell'economia*, IV, Milano, 2000, 3741 ss.

39 Art. 15 del d.lgs. 102/2014. Esso sostituisce il fondo di garanzia a sostegno delle reti di teleriscaldamento di cui all'art. 22 d.lgs. 28/11. L'obiettivo del fondo è quello di facilitare l'accesso alle risorse per le imprese.

40 Le finalità del fondo sono dettagliate nel comma 3.

41 Istituita dall'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 102/2014 per il coordinamento ottimale degli interventi e delle misure per l'efficienza energetica. Il decreto interministeriale 9 gennaio 2015 ne individua le modalità di funzionamento.

Ministero dello sviluppo economico e del Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, con il supporto di ENEA e del GSE, che dovrebbe garantire un coordinamento degli *stakeholders*, senza però esercitare poteri direttivi.

L’importanza strategica dell’efficienza energetica impone, poi, di individuare la giusta sinergia tra pubblica amministrazione e privato. Esempi eloquenti sono rintracciabili nell’adozione di un approccio di *Project financing*, così come nell’esperienza del partenariato pubblico-privato, designante forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese per la realizzazione di opere o servizi di utilità sociale e ambientale (art. 180 d.lgs. 50/2016), e nell’esperienza del c.dd. “appalti pubblici verdi”, ove il soggetto pubblico inserisce tra i criteri di aggiudicazione le “clausole verdi” al fine di selezionare concorrenti in grado di offrire prodotti e servizi eco-efficienti. Un passo decisivo verso l’integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica è rappresentato dalle c.dd. clausole ambientali obbligatorie (art. 6, d.lgs. 102/2014, in tema di efficienza energetica; artt. 34 e 71 d.lgs. 50/2016, in ordine all’applicazione obbligatoria dei “criteri di sostenibilità energetica e ambientale”). Di particolare rilievo è, altresì, l’art. 30, comma 1, d.lgs. 50/2016, a norma del quale il principio di economicità, alla base dell’azione della p.a., può essere subordinato a criteri “ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell’ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”.

Da ultimo, un importante aspetto concerne la cumulabilità degli incentivi⁴², tra i quali si fa espresso riferimento ai certificati bianchi, quale sostegno economico per la produzione combinata di energia elettrica e calore⁴³. Tuttavia, ricorrere al meccanismo dei TEE è disagiata, in considerazione della complessità tecnica della materia, che si riflette sulla regolazione, registrandosi un affollamento di decreti ministeriali, delibere dell’ARERA, nonché schede tecniche del GSE⁴⁴.

42 Ai sensi dell’art. 10, DM 22 dicembre 2017 «le agevolazioni di cui al presente Capo sono cumulabili con agevolazioni contributive o finanziarie previste da altre normative comunitarie, nazionali e regionali nel limite del regolamento *de minimis* laddove applicabile, o entro le intensità di aiuto massime consentite dalla vigente normativa dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato. Fermo restando quanto stabilito al comma 1, le agevolazioni di cui al presente Capo sono cumulabili con gli incentivi di cui al decreto del Ministero dello sviluppo economico 11 gennaio 2017 concernente l’aggiornamento delle linee guida per il meccanismo dei certificati bianchi».

43 Il d.lgs. n. 102/2014 ha confermato il ruolo fondamentale dei certificati bianchi che «dovrà(nno) garantire il conseguimento di un risparmio energetico al 31 dicembre 2020 non inferiore al 60 % dell’obiettivo di risparmio energetico nazionale cumulato di cui al comma 1. Il restante volume di risparmi di energia è ottenuto attraverso le misure di incentivazione degli interventi di incremento dell’efficienza energetica vigenti».

44 L. AMMANNATI, *La disciplina europea sull’efficienza energetica e il modello italiano: discrezionalità e vincoli per gli Stati membri*, in P. BIANDRINO, M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell’energia: un nuovo modello?* Atti del convegno, Milano, 13 dicembre 2016.

4. Conclusioni

Si è visto come la progressiva attenzione verso un'economia ad alta efficienza energetica e a basse emissioni di anidride carbonica si ponga al centro della politica energetica dell'Europa e dell'Italia, con l'obiettivo di rendere l'energia più competitiva per i clienti finali, più sicura negli approvvigionamenti e più sostenibile sotto il profilo ambientale.

A ben vedere, il mercato elettrico non può essere demandato alle sole logiche concorrenziali: l'obiettivo di favorire il processo di apertura dei mercati si pone in sinergia con quello di preservare una fornitura di energia elettrica efficiente, sicura e sostenibile. Per questa ragione la progettazione di piani e strategie energetiche occorre anche in sistemi orientati al mercato concorrenziale, non potendo lo Stato essere ridotto al ruolo di mero regolatore (ruolo che, peraltro, le istituzioni statali condividono ormai con le Autorità indipendenti).

Se si prende in seria considerazione l'attuale fase di evoluzione del sistema elettrico, ove energie rinnovabili ed efficientamento assumono una rilevanza sempre crescente, occorre riportare l'attenzione sui meccanismi e sulle modalità di coordinamento e pianificazione attraverso cui far convergere le scelte degli operatori sia dal lato dell'offerta che della domanda. La gestione della transizione energetica e delle complessità che ne conseguono impone, infatti, un indirizzo strategico chiaro, senza il quale gli incentivi non possono assurgere a effettivo strumento di promozione degli investimenti, poiché, collocandosi inevitabilmente a valle, avrebbero sì un'utilità nell'immediato, ma non sarebbero in grado di attivare una virtuosa dinamica di investimenti nel medio e lungo termine. A tal fine, occorre sollecitare una transizione anche a livello delle istituzioni dato l'affollamento di competenze tra i diversi livelli di governo, il tutto in un ambito quasi esclusivo di legislazione concorrente⁴⁵, che crea spesso una sovrapposizione o una vacanza decisionale.

Come è stato opportunamente osservato, “più le rinnovabili sono integrate nei piani energetici nazionali, e usufruiscono di un supporto istituzionale e finanziario, minore è il costo del capitale. Il problema colpisce particolarmente i paesi in via di sviluppo, che sono affetti da una cronica mancanza di capitale e che l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico potrebbe aiutare ad affrontare”. Ne deriva che il ruolo della

45 Si veda A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Il diritto dell'energia*, Cedam, Milano, 2015, p. 67 ss. Osserva L. AMMANNATI, *La transizione energetica*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 33 che “i principali punti di debolezza della normativa nazionale attengono, in primo luogo, ad una scarsa chiarezza nella ripartizione delle competenze e nell'attribuzione delle responsabilità a livello istituzionale, che si riflette fundamentalmente nell'assenza di un'autorità di coordinamento e di supervisione; in secondo luogo, a gravi carenze di tecnica legislativa, che si traducono soprattutto in una scarsa organicità delle disposizioni, sparse in una normativa di rango differente e adottata in tempi diversi e da varie istituzioni. Nei diversi ambiti le suddette criticità si sovrappongono, dando luogo ad una disciplina frammentaria e non omogenea, nonché alla contemporanea presenza di soggetti diversi aventi competenze scoordinate”.

finanza pubblica è importantissimo, non tanto per gli investimenti diretti nelle rinnovabili, quanto per il supporto agli investimenti privati per i nuovi progetti rinnovabili.