

In ordine al processo di liberalizzazione del mercato interno dell'energia elettrica: i principi europei e la giurisprudenza in materia.

Di seguito, si richiamano i principi europei afferenti al **processo di liberalizzazione del mercato interno dell'energia elettrica e di incentivazione dello sviluppo degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili.**

Trattasi di principi a cui occorre far riferimento allorché sia indebitamente introdotto un canone di concessione per l'interramento, nelle sedi stradali provinciali, dei cavi di connessione degli esistenti impianti FER alla rete elettrica nazionale: canone a cui dovrà soggiacere chiunque vorrà concretamente costruire un impianto FER, anche se già debitamente assentito col rilascio della Autorizzazione Unica per la sua costruzione e l'esercizio (art. 12 D.Lgs. 387/2003).

Segnatamente:

i) la **Direttiva n. 1996/92/CE**, recepita nel nostro ordinamento dal D.Lgs. del 16 marzo 1999 n. 79, il cui art. 1, primo comma, statuisce che *“Le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle disposizioni del presente decreto”*:

ii) con **legge n. 239 del 23 agosto 2004**, è stato disposto (art. 1 comma 4) che *“Lo Stato e le regioni, al fine di assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti l'energia nelle sue varie forme e in condizioni di omogeneità (...) garantiscono:(...) b) l'assenza di vincoli, ostacoli o oneri, diretti o indiretti, alla libera circolazione dell'energia all'interno del territorio nazionale e dell'Unione europea (...)”*;

iii) successivamente, è intervenuta la **Direttiva n. 2001/77/CE**, cui è stata data attuazione nel nostro ordinamento con il **D.Lgs. 29 dicembre 2003 n. 387**, il cui art. 12 - significativamente intitolato *“Razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative”* -, al quarto comma ribadisce che *“L'autorizzazione di cui al comma 3 è rilasciata a seguito di un procedimento unico (...) svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche e integrazioni (...)”*;

inoltre, con la citata **Direttiva 2001/77/CE**, *“Gli Stati membri applicano meccanismi diversi di sostegno delle fonti energetiche rinnovabili a livello nazionale [...]”* e, all'art. 6,

impone agli Stati membri di “ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all’aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili” e di “garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie” (considerando n. 14);

iv) con la successiva **Direttiva 2003/54/CE**, si è altresì precisato che “*la libera circolazione delle merci, la libera fornitura dei servizi e la libertà di stabilimento, assicurate ai cittadini europei dal tratto, possono tuttavia essere attuate soltanto in un mercato completamente aperto, che consenta ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti*” (considerando n. 4);

quindi, dopo aver ricondotto l’attività di produzione di energia elettrica nel novero delle libertà riconosciute dal Trattato, la Direttiva in questione ha ulteriormente precisato che “*le procedure di autorizzazione non dovrebbero dar luogo a un onere amministrativo sproporzionato alle dimensioni e al potenziale impatto tra i produttori di energia elettrica*” (Considerando n. 12);

v) in seguito, la disciplina comunitaria in materia di impianti di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile è stata innovata dalla **Dir. n. 2009/28/CE**, recepita dallo Stato italiano con il **D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28**; ebbene, anche la nuova disciplina comunitaria non solo ribadisce che la procedura per il rilascio dell’autorizzazione alla costruzione e l’esercizio degli impianti in questione deve essere “*obiettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata*”, ma, altresì, che occorre “evitare oneri inutili”.

Tale direttiva prescrive, altresì, che

considerando n. 1: “*Il controllo del consumo di energia europeo e il maggiore ricorso all’energia da fonti rinnovabili, congiuntamente ai risparmi energetici e ad un aumento dell’efficienza energetica, costituiscono parti importanti del pacchetto di misure necessarie per ridurre le emissioni di gas a effetto serra e per rispettare il protocollo di Kyoto della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e gli ulteriori impegni assunti a livello comunitario e internazionale per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra oltre il 2012. Tali fattori hanno un’importante funzione anche nel promuovere la sicurezza degli approvvigionamenti energetici, nel favorire lo sviluppo tecnologico e l’innovazione e nel creare posti di lavoro e sviluppo regionale, specialmente nelle zone rurali ed isolate*”;

considerando n. 25: “*Gli Stati membri hanno potenziali diversi in materia di energia rinnovabile e diversi regimi di sostegno all’energia da fonti rinnovabili a livello nazionale. La maggioranza degli Stati membri applica regimi di sostegno che accordano sussidi solo all’energia da fonti rinnovabili prodotta sul loro territorio*”;

considerando n. 40: “La procedura utilizzata dall’amministrazione incaricata di supervisionare l’autorizzazione, la certificazione e la concessione di licenze per impianti di produzione di energie rinnovabili **dovrebbe essere obiettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata nell’applicazione a progetti specifici**”;

considerando n. 41: “È stato dimostrato che l’assenza di norme trasparenti e di coordinamento tra i diversi organismi incaricati del rilascio delle autorizzazioni ostacola lo sviluppo dell’energia da fonti rinnovabili”;

infine, il “**considerando 62**” (peraltro ribadendo il *considerando* 22 della precedente dir. 2001/77) impone che “**i costi della connessione alla rete elettrica e alla rete del gas di nuovi produttori di elettricità e di gas da fonti energetiche rinnovabili dovrebbero essere oggettivi, trasparenti e non discriminatori e si dovrebbero tenere in debito conto i benefici apportati alle suddette reti dai produttori integrati di elettricità da fonti energetiche rinnovabili e dai produttori locali di gas da fonti rinnovabili**”).

vi) In seguito, la **Direttiva 2009/72/CE**, nel solco della disciplina sopra menzionata ha ribadito che “*le libertà assicurate ai cittadini dell’Unione dal trattato - tra l’altro la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera fornitura dei servizi - possono essere attuate soltanto in un mercato completamente aperto, che consenta ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti*” (considerando n. 3), con la precisazione che “*il buon funzionamento del mercato interno dell’energia elettrica **dovrebbe offrire ai produttori incentivi adeguati per investire nella nuova produzione di energia, compresa l’energia da fonti rinnovabili***” (considerando n. 8).

Inoltre, l’art. 13 della Direttiva in questione dispone che “*Gli Stati membri assicurano che le norme nazionali in materia di procedure di autorizzazione [...] siano **proporzionate e necessarie** [...]. c) **le procedure amministrative siano semplificate e accelerate al livello amministrativo adeguato**; d) **le norme in materia di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze siano oggettive, trasparenti, proporzionate, non contengano discriminazioni tra partecipanti***”.

vii) Da ultimo, la **Direttiva 2018/2001/UE** ha ribadito che “*Gli Stati membri prendono in particolare le misure appropriate per assicurare che: a) le procedure amministrative siano razionalizzate e accelerate al livello amministrativo adeguato e siano fissati termini prevedibili per le procedure di cui al primo comma; b) le norme in materia di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze **siano oggettive, trasparenti e proporzionate, non contengano discriminazioni***”.

Ebbene, trattandosi di un'attività inquadrata nell'ambito di un processo di liberalizzazione (ricondotto nell'alveo delle libertà previste dal Trattato dell'Unione Europea), la normativa sovranazionale non contempla in nessun modo che l'Autorità nazionale possa subordinare la costruzione e l'esercizio di impianto FER ad un siffatto - arbitrario e discriminatorio - onere economico in capo al richiedente: ciò è, peraltro, il naturale precipitato della base normativa della disciplina euro-unitaria sopra richiamata che, come chiarito dalla Corte di Giustizia dell'UE, è dato dalla libertà di circolazione dei servizi.

Ne consegue che i titolari di un impianto FER non possono essere assoggettati al pagamento di un canone di concessione di suolo pubblico, per l'occupazione dei tratti di strade provinciali su cui vengono interrati i cavidotti funzionali all'esercizio dei parchi eolici, svincolato completamente dall'entità e dalle concrete caratteristiche del suolo occupato, calcolato soltanto sulla scorta della pretesa capacità contributiva degli stessi titolari, ponendosi tale pretesa economica in violazione delle su menzionate Direttive comunitarie, contraddicendone la *ratio* di **liberalizzazione, di creazione del mercato e di apertura alla concorrenza**.

Invero, un simile "onere", anziché **incentivare lo sviluppo** degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili **e, comunque, prevedere costi di connessione alla rete elettrica "oggettivi, trasparenti e non discriminatori"** ed **"evitare oneri inutili" rispetto alla concreta funzionalità degli impianti, introduce un nuovo ostacolo ed onere economico alla realizzazione degli stessi**, essendo sostanzialmente denegata la possibilità di costruire l'impianto eolico assentito con Autorizzazione Unica (ex art. 12 D. Lgs 387/2003) senza la concessione dell'occupazione del suolo pubblico, facente parte delle strade provinciali, specificamente interessate dall'attraversamento dei cavidotti interrati a servizio degli impianti.

Ed invero, i realizzati cavidotti sono funzionali al collegamento dei singoli impianti realizzati alla rete elettrica nazionale e, pertanto, oggettivamente rientrano tra i vari costi di

connessione dell'impianto alla rete elettrica nazionale: costi che debbono essere "oggettivi, trasparenti e non discriminatori".

Per di più, tale ostacolo alla costruzione ed esercizio degli impianti FER è chiaramente discriminatorio e non oggettivo, dal momento che, come afferma anche il Consiglio di Stato:

*"Le dichiarazioni del Presidente della Provincia di Foggia - depurate della valenza politica - **danno atto delle scelte effettuate** che risultano, come detto, pienamente legittime",* ovvero della dichiarata intenzione della Amministrazione di "fare cassa" ed utilizzare il canone COSAP dovuto dai soli titolari di impianti FER per far fronte a tutte le spese sostenute dalla Provincia, compreso quelle per la manutenzione, ordinaria e straordinaria, dell'intera rete viaria provinciale: *"aumenteremo questa tassa non ai poveri ma i ricchi e passeremo da un introito di soli € 42.000 a circa 7-8 milioni. Potremo assicurare manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade, delle scuole e quei servizi essenziali per la gente di Capitanata"* (Cons. Stato, **sentenza n. 7904**, resa dalla **Sezione Quinta del Consiglio di Stato** il 10 dicembre 2020).

Va da sé, insomma, che l'imposizione determina un costo tutt'altro che "oggettivo, trasparente e non discriminatorio", oltre che di ostacolo e disincentivo alla libera esplicazione dell'attività di produzione di energia da fonte rinnovabile, come la su richiamata normativa europea impone.

Ancora, con **legge 10/11/1997, n. 415**, l'Italia ha ratificato e posto in esecuzione il **trattato sulla Carta Europea dell'Energia**, con atto finale, protocollo e decisioni, fatto a Lisbona il 17 dicembre 1994, che ha sancito il principio del giusto ed equo trattamento e tutela gli investitori da repentini e inattesi cambiamenti delle condizioni sulla base delle quali gli investimenti sono stati effettuati (art. 10, intitolato "*Promozione, tutela e disciplina degli investimenti*"¹).

Dunque, in conformità all'obiettivo del Trattato di creare un quadro giuridico stabile e favorevole alla protezione degli investimenti nel settore energetico, è vietata l'applicazione di **misure ingiustificate e discriminatorie** in materia di gestione, mantenimento, impiego,

godimento ed alienazione degli investimenti energetici, qual è appunto un canone determinato non come corrispettivo sinallagmatico di una determinata occupazione del suolo pubblico ma, a prescindere dall'occupazione concessa, soltanto per esigenze di bilancio e reperire tutte le risorse necessarie per espletare tutti i servizi resi dalla Provincia.

Alla stregua delle considerazioni dianzi esposte, l'introduzione di un canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche d'importo elevato, si pone in patente ed insanabile contrasto con le previsioni euro-unitarie di riferimento ma, a ben vedere, anche col fondamentale pilastro della **libera prestazione dei servizi** di cui agli **artt. 56, 57 e ss del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea**, per cui *“le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate”*, anche laddove *“I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale;...”*.

Infatti, con l'introduzione del suddetto canone, si finisce per introdurre un nuovo limite, seppur di natura economica, che incide sulla possibilità di realizzare impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili, in quanto, la mancata concessione del suolo pubblico per l'interramento dei cavidotti a servizio degli impianti, comporta l'irrealizzabilità dell'impianto e del relativo cavidotto, così come specificatamente assentito con Autorizzazione Unica.

D'altra parte, l'introduzione di un siffatto canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, in totale spregio delle surrichiamate disposizioni euro-unitarie, produce l'effetto di estromettere l'attività di produzione di energia elettrica dal novero delle **attività libere**, includendola nuovamente - riportando “l'orologio indietro nel tempo” - nell'ambito delle *privative pubbliche*; e ciò, come detto, in totale contrasto con le previsioni euro-unitarie di riferimento e, in particolare, con il fondamentale pilastro della **libera prestazione dei servizi** di cui ai citati artt. 56 e ss. TFUE.

¹ “1. Ciascuna Parte contraente, in conformità al disposto del presente Trattato, incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori di altre Parti contraenti che effettuano investimenti nella sua area. Queste condizioni comprendono l'impegno ad accordare in ogni occasione agli investimenti di investitori di altre Parti contraenti un trattamento giusto ed equo. Gli investimenti godono inoltre di una piena tutela e sicurezza e nessuna Parte contraente può in alcun modo pregiudicare con misure ingiustificate e discriminatorie la gestione, il mantenimento, l'impiego, il godimento o l'alienazione degli stessi. In nessun caso tali investimenti sono sottoposti ad un trattamento meno favorevole di quello prescritto dal diritto internazionale, compresi gli obblighi pattizi. Ciascuna Parte contraente adempie eventuali obblighi assunti riguardo ad un investitore o un investimento effettuato da un investitore di una qualsiasi altra Parte contraente.

2. Ciascuna Parte contraente si adopera per concedere agli investitori di altre Parti contraenti, per quanto riguarda la realizzazione di investimenti nella propria area, il trattamento descritto al paragrafo 3.

3. Ai fini del presente articolo, si intende per «trattamento», il trattamento concesso da una Parte contraente che non è meno favorevole di quello più favorevole previsto per i propri investitori o per gli investitori di qualsiasi altra Parte contraente o qualsiasi Stato terzo. ...

5. Ciascuna Parte contraente, relativamente alla realizzazione di investimenti nella sua area si adopera per: a) limitare al minimo le eccezioni al trattamento descritto al paragrafo 3; b) sopprimere progressivamente le restrizioni in atto pregiudizievoli agli investitori di altre Parti contraenti. ...

7. Ciascuna Parte contraente concede agli investimenti effettuati nella sua area da investitori di altre Parti contraenti e alle loro attività connesse, compresi la gestione, il mantenimento, l'uso, il godimento o l'alienazione, un trattamento non meno favorevole di quello migliore concesso agli investimenti e alle relative attività di gestione, mantenimento, uso, godimento o alienazione dei propri investitori ovvero degli investitori di qualsiasi altra Parte contraente o di qualsiasi Stato terzo.”.

Aprile 2021