

I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale

Sommario: 1. Premesse generali sulle autorità indipendenti. 2. La classificazione dei provvedimenti dell'ARERA. 3. Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'ARERA. 4. Potere regolatorio, principio di legalità e autonomia contrattuale.

1. Premesse generali sulle autorità indipendenti.

Le autorità indipendenti costituiscono una delle risposte al bisogno di evoluzione delle forme dell'azione pubblica e dei principi di organizzazione dello Stato, il riflesso della tendenza a sottrarre determinate funzioni pubbliche all'indirizzo politico di maggioranza in relazione al mutamento delle esigenze sempre più specifiche e tecniche della società.

In conformità al modello di origine statunitense (Administrative Procedure Act del 1946) le authorities, mediante i loro atti di regolazione, rispondono sempre di più alle richieste di maggiore garanzia ed efficacia dell'azione amministrativa, applicando procedure di notice and comment, mediante le quali viene resa pubblica la proposta di delibera al fine di permettere ai soggetti interessati, sia pubblici che privati, nel rispetto del pieno e paritario contraddittorio fra i medesimi, la partecipazione al procedimento di adozione della stessa con la produzione di osservazioni e documentazione di cui si terrà conto al momento della definitiva emanazione dell'atto di regolazione.

Tali schemi procedurali connaturano in particolar modo le autorità che compendiano nell'ambito della loro attività funzioni di amministrazione pura, funzioni regolatorie - e dunque, normative - e funzioni di vigilanza e sanzionatorie (queste ultime però, esplicate sempre nel rispetto della necessaria distinzione tra attività preliminare istruttoria e attività finale decisoria, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Come appena osservato, l'attività delle autorità indipendenti si connatura per rivestire diverse funzioni: oltre agli atti di amministrazione pura e a quelli di vigilanza e

sanzionatori, le stesse emettono, invero, atti di regolazione, che costituirebbero, per la dottrina più innovativa, una fonte del diritto da equiparare agli atti di normazione secondaria¹: le autorità non possono, quindi, effettuare anche la pura funzione giurisdizionale di sindacato sugli atti dalle stesse emessi, ma solo quella latamente giustiziale, perché chi crea le norme non può poi accertarne la corretta applicazione nel caso concreto.

Secondo un'opinione più recente, in particolare, il principio di separazione dei poteri avrebbe perso capacità ordinante e l'applicazione rigida di esso sarebbe stata abbandonata in molti ordinamenti, affermandosi la convinzione che la legalità sostanziale è comunque fatta salva qualora l'azione amministrativa sia ampiamente determinata da regole poste previamente ed il giudice possa esercitare su di essa un sindacato penetrante.

Il giudice amministrativo ha affermato ad esempio, in questa direzione, la necessità del giusto procedimento e della motivazione degli atti delle autorità indipendenti e si è orientato ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità escludendo ambiti di attività non sindacabili alle stesse riservati (Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2004, n. 926; Cass., S.U., 20 gennaio 2014, n. 1013). Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato diretta ad affermare il giusto procedimento ha, inoltre, assunto ruolo centrale la convinzione del valore di legittimazione democratica delle regole del contraddittorio e della partecipazione dei privati all'esercizio dei poteri regolatori (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972).

¹ Secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo: "I caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili. I regolamenti, invece, sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono. Inoltre, ai sensi dell'art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400, l'esercizio della potestà normativa attribuita all'esecutivo, quando sia necessario e consentito, deve svolgersi con l'osservanza di un particolare modello procedimentale, secondo cui per i regolamenti di competenza ministeriale sono richiesti il parere del Consiglio di Stato, la preventiva comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri, il visto e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale" (Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823).

2. La classificazione dei provvedimenti dell'ARERA.

L'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA), come si evince dalla stessa denominazione, esplica la rilevante funzione di regolazione nei settori dell'energia elettrica, del gas, del sistema idrico e ora anche dei rifiuti².

Volendo operare una classificazione dei provvedimenti che la stessa ARERA emana nell'ambito della sua attività, devono, innanzitutto, citarsi gli atti di regolazione generale, che hanno come destinatari i soggetti che operano nel settore che costituisce oggetto della regolazione, e che si suddividono, a loro volta, in atti di regolazione tariffaria e atti di regolazione non tariffaria.

Gli atti di regolazione tariffaria non regolano un mercato libero, ma un servizio pubblico (ad esempio l'intera filiera idrica), al fine di individuare la tariffa applicabile come controprestazione della fornitura del servizio medesimo.

² Cfr. art. 1, comma 527, l. n. 205/2017: "Al fine di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, superando così le procedure di infrazione già avviate con conseguenti benefici economici a favore degli enti locali interessati da dette procedure, sono attribuite all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, come ridenominata ai sensi del comma 528, con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, le seguenti funzioni di regolazione e controllo, in particolare in materia di:

a) emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni, anche ai fini della corretta disaggregazione per funzioni, per area geografica e per categorie di utenze, e definizione di indici di valutazione dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi;

b) definizione dei livelli di qualità dei servizi, sentiti le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori, nonché vigilanza sulle modalità di erogazione dei servizi;

c) diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi a beneficio dell'utenza;

d) tutela dei diritti degli utenti, anche tramite la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati;

e) definizione di schemi tipo dei contratti di servizio di cui all'articolo 203 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152;

f) predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio « chi inquina paga »;

g) fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento;

h) approvazione delle tariffe definite, ai sensi della legislazione vigente, dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento;

i) verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi;

l) formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati;

m) formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienze e di non corretta applicazione;

n) predisposizione di una relazione annuale alle Camere sull'attività svolta".

Costituisce peculiarità di questa tipologia di atti quella di riconoscere nell'ambito della tariffa, oltre ai costi per la fornitura del servizio, anche la qualità della prestazione (la cosiddetta voce "Q" come componente tariffaria), mirando, dunque, l'atto di regolazione ad incentivare un servizio sempre più performante³.

Nell'ambito della componente dei costi, invece, più di quello dei costi operativi costituisce tipico tema tariffario – senza dubbio più problematico del primo – quello delle modalità di riconoscimento del costo del capitale (ad esempio mediante le stratificazioni, le immobilizzazioni, l'ammortamento, ecc.).

Nell'ambito del servizio elettrico costituiscono, dunque, oggetto di regolazione la trasmissione, la distribuzione e il dispacciamento dell'energia elettrica attraverso la rete.

Nell'ambito del servizio gas, invece, lo stoccaggio, il trasporto, la distribuzione e la rigassificazione (GNL), oltre al mercato di tutela⁴.

Gli atti di regolazione non tariffaria si occupano, invece, della regolazione economica e contrattuale del mercato, tipicamente del mercato elettrico e del gas.

Nell'ambito del mercato elettrico, deve precisarsi, innanzitutto, che ARERA non si occupa del disegno del mercato libero, che è adottato, invece, dal Ministero dello Sviluppo Economico, dietro parere dell'Autorità. La gestione della c.d. borsa elettrica è affidata al GME (gestore del mercato elettrico), mentre l'autorità detta le regole del mercato "in tempo reale" chiamato MSD, cioè il mercato dei servizi del dispacciamento⁵.

³ Cfr. art. 1, comma 1, l. 481/1995: "Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati «servizi» nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse".

⁴ Riguardo a quest'ultimo, pare utile citare un importante contenzioso che ha coinvolto l'Autorità in tema di condizioni economiche di fornitura gas. Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 16 aprile 2014, n. 978.

⁵ L'energia elettrica non si può immagazzinare. E' quindi necessario produrre, istante per istante, la quantità di energia richiesta dall'insieme dei consumatori (famiglie e aziende) e gestirne la trasmissione in modo che l'offerta e la domanda siano sempre in equilibrio, garantendo così la continuità e la sicurezza della fornitura del servizio. La gestione di questi flussi di energia sulla rete si chiama dispacciamento. Tale attività, svolta da Terna, richiede il monitoraggio dei flussi elettrici e l'applicazione delle disposizioni necessarie per l'esercizio coordinato degli elementi del sistema, cioè gli impianti di produzione, la rete di trasmissione e i servizi ausiliari.

Nel settore del gas, invece, ARERA si occupa della regolazione del mercato del bilanciamento⁶, chiamato MB.

Notevole rilievo riveste anche il tema delle aste per la capacità di stoccaggio, che costituisce un tipico esempio di concorrenza per il mercato. Grazie alle stesse, invero, i venditori si assicurano maggiore capacità di stoccaggio, e ne consegue un aumento dell'offerta di gas⁷.

Il sindacato sugli atti di regolazione generale tariffaria e non tariffaria concerne, soprattutto, la metodologia economica adottata e, quindi, in concreto, anche le formule matematiche⁸.

Oltre ai provvedimenti di regolazione generale l'Autorità provvede, altresì, all'emissione di provvedimenti individuali, che hanno, cioè, singoli destinatari determinati.

Rientrano in tale categoria di provvedimenti quelli di approvazione tariffaria, quelli prescrittivi, quelli sanzionatori ed, infine, quelli di cosiddetta moral suasion⁹.

In particolare, i secondi (prescrittivi), costituiscono una tipologia di provvedimenti che viene utilizzata dall'ARERA con una certa ampiezza, in ragione del carattere atipico degli stessi; quelli sanzionatori¹⁰, invece (ad esempio gli impegni), costituiscono atti

⁶ Il bilanciamento è diretto ad assicurare il mantenimento dell'equilibrio tra immissioni e prelievi all'interno della rete, onde garantire la sicurezza del sistema e la continuità delle forniture.

In sostanza, il gestore del servizio di bilanciamento deve immettere gas nella rete o prelevarlo, qualora rilevi che non vi sia equilibrio fra immissioni, da parte dei venditori, e prelievi, da parte dei clienti finali. In tale contesto, pare opportuno accennare al contenzioso sul tema della diligenza di Snam Rete Gas, l'impresa maggiore di trasporto del gas naturale, ossia l'impresa che avendo la disponibilità della rete nazionale di gasdotti svolge l'attività di trasporto sulla maggior parte della medesima. Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 21 aprile 2017, n. 942.

⁷ Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 20 marzo 2014, n. 737.

⁸ Può citarsi, ad esempio, nell'ambito della regolazione non tariffaria, la problematica del capacity payment, che costituisce un meccanismo regolatorio istituito al fine di garantire la copertura della domanda nazionale di energia con i necessari margini di riserva. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 6143.

⁹ A proposito dei provvedimenti di moral suasion può citarsi la delibera 342, con la quale si intima agli utenti del dispacciamento di cessare, da subito, ogni condotta finalizzata all'adozione di strategie di programmazione non coerenti con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza, che dovrebbero caratterizzare il comportamento di un operatore nell'ambito del servizio di dispacciamento e potenzialmente configurabili come manipolazione del mercato.

¹⁰ Il potere di regolazione dell'Autorità è assistito da una potestà sanzionatoria di carattere generale attribuita dall'art. 2, comma 20, lett. c) della legge 14 novembre 1995 n. 481. Nell'ambito dei provvedimenti sanzionatori può farsi, ad esempio, l'ipotesi del contenzioso sulle Royalties che ha viste contrapposte l'Autorità ed Edison. Cfr. Tar Lombardia, sez. III, 25 gennaio 2010, n. 156, con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro la deliberazione n. VIS 49/09 del 18 maggio 2009, con la quale l'Autorità ha comminato ad Edison S.p.a. una sanzione pecuniaria ammontante ad euro 659.000,00.

simili alle norme penali in bianco, cioè vengono costruiti in relazione alla singola fattispecie da regolare.

In relazione all'attività giustiziale, le autorità indipendenti svolgono anche attività arbitrale. Le stesse sono, infatti, tenute, come tutte le altre amministrazioni, al rispetto del principio di imparzialità, perseguendo il pubblico interesse nella comparazione equitativa di quelli degli altri soggetti coinvolti nel procedimento.

Riguardo, invece, alla neutralità, cioè all'indifferenza verso gli interessi delle parti in conflitto, in realtà, in considerazione delle funzioni svolte dalle autorità indipendenti, risulta evidente come le stesse non possano risultare del tutto insensibili agli interessi che costituiscono il substrato della loro azione, perseguendo, dunque, precise politiche che rendono, per questo, più sfumata la neutralità che le contraddistingue¹¹.

La funzione giustiziale si distingue, invero, da quella giurisdizionale, perché nella prima l'autorità, che resta sempre un'amministrazione, persegue, in realtà, un interesse sempre connesso all'attività amministrativa dalla stessa esercitata, mentre solo nella seconda il giudice, nella sua individualità, è totalmente indipendente, nel senso che non ha altro scopo che quello di effettuare una corretta interpretazione della legge, pur in chiave evolutiva. E l'art. 103 Cost. indica, infatti, chiaramente una terzietà tra giudice amministrativo e amministrazioni.

Ci deve essere, quindi, sempre un giudice titolare della potestà di sindacato sugli atti delle autorità, anche se le modalità di esplicazione del sindacato giurisdizionale sugli atti delle authorities sono peculiari.

Sottrarre al controllo giurisdizionale gli atti delle autorità indipendenti contrasterebbe, invero, con le norme costituzionali, sia perché si conferirebbe ad un'amministrazione,

¹¹ Ciò appare chiaro anche dall'esame della sentenza della Corte di giustizia (seconda sezione) 28 luglio 2016, nella causa C-240/15 (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni contro Istituto Nazionale di Statistica - ISTAT e altri Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da Consiglio di Stato. Rinvio pregiudiziale – Reti e servizi di comunicazione elettronica – Direttiva 2002/21/CE – Articolo 3 – Imparzialità e indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione – Direttiva 2002/20/CE – Articolo 12 – Diritti amministrativi – Assoggettamento di un'autorità nazionale di regolamentazione alle disposizioni applicabili in materia di finanza pubblica nonché a talune disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche) che ha concluso per l'assoggettamento anche delle autorità indipendenti alle disposizioni applicabili in materia di finanza pubblica nonché a talune disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche includendole negli elenchi ISTAT.

pur dotata di poteri e funzioni straordinarie e di una particolare indipendenza, ma che non è un giudice, il sindacato su atti che possono incidere negativamente sulla sfera giuridica di altri soggetti, sia perché le stesse acquisirebbero la funzione sostanziale di giudici speciali.

3. Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'ARERA.

In relazione alle modalità di esplicazione della giurisdizione nell'ambito degli atti di regolazione dell'ARERA, che comporta di certo il sindacato sulla discrezionalità tecnica posta in essere dall'Autorità medesima, si è registrata e tutt'ora si registra una notevole evoluzione, come reso evidente dalle molteplici pronunce rese in questo ambito.

Premessa la comune riserva centrale al tema della discrezionalità tecnica, in giurisprudenza e in dottrina si sono contrapposti, originariamente, due orientamenti in ordine alle forme e all'intensità del sindacato giurisdizionale.

Secondo l'indirizzo iniziale del cosiddetto sindacato estrinseco, ormai da tempo superato, al giudice amministrativo era permesso solo di verificare la legittimità dell'iter logico seguito dall'autorità, potendo lo stesso esclusivamente rilevare i vizi di manifesta illogicità e incongruenza, senza entrare nel merito della decisione.

Secondo la teoria del cosiddetto sindacato intrinseco, invece, inaugurata con la storica decisione della quarta sezione del Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601, grazie all'introduzione nel processo amministrativo della consulenza tecnica d'ufficio, ai sensi dell'art. 16, della legge 21 luglio 2000, n. 205¹², il giudice amministrativo, avvalendosi delle stesse conoscenze tecniche dell'autorità, potrebbe verificare direttamente l'attendibilità del criterio tecnico adoperato dall'amministrazione e del procedimento applicativo seguito.

In relazione, invece, all'intensità del controllo, ci si è chiesti se il sindacato giurisdizionale potesse essere sostitutivo dell'azione amministrativa (cosiddetto

¹² Abrogato dal numero 23) del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, come modificato dal numero 8) della lettera b) del comma 3 dell'art. 1, d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195. Vedi, ora, gli artt. 63 e ss. del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

sindacato forte), o se invece dovesse arrestarsi al mero annullamento della decisione, senza poter sovrapporre una autonoma valutazione degli interessi in gioco rispetto a quella in precedenza svolta dall'autorità (cosiddetto sindacato debole). La giurisprudenza, in conformità alle regole imposte dal principio di separazione dei poteri, ha condiviso con decisione il secondo orientamento, ritenendo che al giudice amministrativo sia permesso di riesaminare la valutazione compiuta dall'autorità, potendo sindacarla fino a mettere in discussione i criteri tecnici opinabili dalla stessa adottati, ma non di sostituirla con una propria¹³.

“Gli atti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas sono normalmente espressione di valutazioni tecniche e conseguentemente suscettibili di sindacato giurisdizionale, in applicazione di criteri intrinseci al settore che viene in rilievo, esclusivamente nel caso in cui l'Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica. Non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile; non è consentito, infatti, al giudice amministrativo - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità. In definitiva, è, pertanto, necessario che le parti interessate deducano l'esistenza di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere mediante le quali dimostrare che la determinazione assunta dall'Autorità si pone in contrasto con il suddetto principio di ragionevolezza tecnica”¹⁴.

La dicotomia sindacato forte/debole è stata superata con forza anche nella decisione con la quale il Consiglio di Stato ha evidenziato, oltre ogni formula definitiva, l'importanza di realizzare un sindacato tendente a un modello comune al livello europeo, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità delle controversie, e in cui sia attribuito al giudice il compito non di

¹³ Cfr., sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479; 15 dicembre 2014, n. 6154; 10 dicembre 2014, n. 6041; 11 settembre 2014, n. 4629; 8 agosto 2014, n. 4228; 21 maggio 2013, n. 2722; 28 settembre 2012, n. 5140; 4 luglio 2012, n. 2901; 11 marzo 2012, n. 1192

¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521.

esercitare un potere assegnato dalla legge a un' autorità, ma di verificare se quest' ultimo sia stato correttamente esercitato¹⁵.

“Relativamente ai provvedimenti tecnici delle Autorità amministrative indipendenti, pur non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione in ciò che è ad essa riservato, in ordine al merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma deve estendersi, invece, dall'esatta rappresentazione dei fatti all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio - costituzionale e comunitario - di effettività della tutela giurisdizionale. Tale principio impone che l'esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l'apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili, quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte”¹⁶.

“Le scelte regolatorie compiute dall'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (AEEG), specie quelle che incidono sui meccanismi tariffari, sono spesso caratterizzate da un elevato tasso di complessità tecnica, in quanto normalmente presuppongono o sottendono questioni specialistiche la cui risoluzione richiede l'impiego di concetti e nozioni appartenenti a discipline di settore, di carattere prevalentemente economico e finanziario. A fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve avvenire «con gli occhi dell'esperto», ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità: il giudice deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell'Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 6050; sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888.

*complessità tecnica della materia regolata) con quello della irragionevolezza o dell'inadeguatezza motivazione. La necessità di un sindacato intrinseco e forte sotto questo profilo rappresenta allora una forma di garanzia non solo per il privato, ma anche e prima ancora per l'Autorità, onde evitare che scelte regolatorie supportate da una adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall'esterno, di difficile comprensione*¹⁷.

Sul punto sono intervenute anche le Sezioni unite della Corte di Cassazione¹⁸ che, riprendendo alcuni precedenti¹⁹, hanno confermato la tesi secondo cui il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti delle autorità indipendenti comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici. Ove tali valutazioni però includano apprezzamenti che abbiano un oggettivo margine di opinabilità, il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non eccedenza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità.

La giurisprudenza europea è giunta ai medesimi risultati riguardo alle valutazioni economiche complesse compiute dalla Commissione europea²⁰.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 162.

¹⁸ Cfr. Cass. Civ., S.U., 20 gennaio 2014, n. 1013.

¹⁹ Cfr. Cass., S.U., 29 aprile 2005, n. 8882; 17 marzo 2008, n. 7063; 13 maggio 2013, n. 11345.

²⁰ Corte di Giustizia, 21 luglio 2011, C- 506/08; Id., 16 luglio 2009, C-440/07; Id., 10 luglio 2008, C-413/06. Il giudice comunitario ha ammesso che alla Commissione è concesso uno spazio riservato nelle attività di valutazione tecnica, ma allo stesso tempo ha chiarito che ciò non implica l'assenza o la limitazione del controllo giurisdizionale. La Corte di Giustizia (3 maggio 2012, C-285/11; Id., 18 luglio 2013, C-501/11) ha dichiarato che il sindacato del giudice non si limita a un controllo formale, ma si spinge fino a una piena verifica dei fatti e dei criteri tecnici adoperati, non potendo però assumere un carattere sostitutivo delle valutazioni tecniche compiute dalla Commissione. Il giudice comunitario eserciterebbe un sindacato di legittimità assimilabile a quello affermato nella giurisprudenza italiana, cioè un sindacato pieno, penetrante, ma non sostitutivo (Tribunale di primo grado, 29 marzo 2012, T- 336/07). Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa sulla questione con la nota sentenza Menarini (27 settembre 2011, n. 43509). I giudici di Strasburgo hanno affermato che in astratto il sindacato offerto dal modello giurisdizionale italiano, concedendo al giudice un accesso totale al fatto, agli elementi di prova raccolti, potendo giudicare da vicino la correttezza dei criteri tecnici utilizzati, anche grazie alla consulenza tecnica d'ufficio, appare in linea con le garanzie tracciate dalla Convenzione. I giudici europei hanno osservato che nel caso di specie il sindacato non si era limitato a un mero controllo di legittimità, in quanto il giudice ha potuto verificare se l'autorità aveva fatto uso appropriato dei suoi poteri, aveva utilizzato criteri tecnici adeguati e ragionevoli, ed aveva inflitto una sanzione proporzionalmente corretta.

La posizione appena espressa è stata confermata da altre pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (21 luglio 2011, n. 32181/04; Id., 21 gennaio 2014, n. 48754). Pertanto, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti espressivi di valutazioni tecniche è un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio. Sotto quest'ultimo aspetto, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., la cognizione

Al fine di migliorare l'efficacia dell'azione della giurisdizione amministrativa in tema di discrezionalità tecnica, sussistono possibilità di evoluzione delle modalità di esplicazione della funzione giurisdizionale per il futuro.

Una proposta potrebbe riguardare la possibilità di integrazione dei collegi giudicanti con tecnici laici.

Più specificamente, nell'ipotesi di controversie che concernono materie di particolare tecnicità e che richiedono, dunque, per la loro definizione, anche la competenza tecnica di professionisti del settore, come la materia degli appalti pubblici o quella delle autorità indipendenti, il giudice amministrativo è obbligato a ricorrere agli strumenti della verifica o della consulenza tecnica d'ufficio.

Questo comporta, oltre ad una notevole estensione della durata del giudizio, anche un rilevante aumento delle spese processuali che dovranno essere poste a carico della parte soccombente, spese che ricomprenderanno anche la parcella del consulente tecnico di ufficio nominato dal collegio giudicante, nonché, per tutte le parti, anche quelle dei rispettivi consulenti tecnici nominati per l'esplicazione dell'incombente istruttorio.

Sussiste, inoltre, in questi casi, il pericolo della cosiddetta "cattura" del consulente, il quale, pur essendo vincolato dagli obblighi connessi all'espletamento della sua professione, resta pur sempre un privato.

Per evitare i succitati rilevanti inconvenienti, si potrebbe introdurre una modifica al codice del processo amministrativo che contempli, per i casi di controversie concernenti particolari materie, la possibilità di decisione del collegio giudicante in composizione allargata, cioè comprensiva di membri laici.

Tali soggetti svolgerebbero, dunque, una funzione coadiuvante per i giudici togati, risolvendo le problematiche di rilievo tecnico che si presentano in certe circostanze nell'ambito della stessa camera di consiglio, permettendo, quindi, una sollecita

giudiziale non si ferma alla fase rescindente, ma si estende alla rideterminazione della sanzione nell'esercizio della giurisdizione di merito (Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4085; Id., 7 settembre 2012, n. 4753; Id., 16 settembre 2011, n. 5171).

decisione della causa senza ulteriori rinvii e senza spese aggiuntive, se non quelle connesse ad un'indennità fissa ai medesimi spettante.

Tale soluzione vincolerebbe, inoltre, i tecnici in maniera molto più forte al rispetto della segretezza e dell'imparzialità, come tutti gli altri membri del collegio giudicante, e sarebbe conforme al disposto dell'art. 102, comma 2, della Costituzione.

4. Potere regolatorio, principio di legalità e autonomia contrattuale.

E' progressivamente maturato un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza in ordine alla sussistenza o meno, nell'ambito dell'esplicazione della potestà di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti, del potere di intervenire con effetti conformativi sugli assetti contrattuali preesistenti e, dunque, di incidere in via eteronoma sul contenuto sostanziale dell'autonomia negoziale delle parti.

Il tema è di notevole rilevanza e sotto diversi profili involve, altresì, la nota tematica dei poteri impliciti, da lungo tempo approfondita dai migliori esponenti dell'accademia.

Sotto quest'ultimo profilo ci si è chiesti, in particolare, se le Autorità alle quali compete la potestà di regolazione siano dotate dei soli poteri conferitigli espressamente dalla legge oppure se alle stesse sia attribuita, altresì, la possibilità di esercitare potestà comunque finalizzate al perseguimento della funzione istituzionale che le caratterizza, anche se non esplicitamente previsti da disposizioni normative.

La risposta al quesito è, come noto, strettamente connessa all'approccio ermeneutico che si vuole attribuire al principio di legalità: se, cioè, lo si vuole intendere come connaturato da valenza sostanziale, di modo che ciascuna potestà autoritativa della pubblica amministrazione non può che ricevere il proprio fondamento in una specifica ed espressa disposizione di legge formale, non potrebbero mai configurarsi poteri impliciti; se, al contrario, il principio di legalità viene interpretato, per come applicato all'esplicazione del potere regolatorio, in senso formale, meno rigoroso, o, come più comunemente detto, secondo un'accezione "debole", al fine di conseguire al contempo finalità di tutela dei privati ed un'efficace funzionalizzazione dell'attività

amministrativa regolatoria, potrebbero sussistere poteri impliciti, purchè da configurarsi alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza in funzione degli interessi da tutelare e nel pedissequo rispetto della partecipazione procedimentale e dell'obbligo di motivazione.

Al fine della difficoltosa risoluzione delle questioni controverse, pare utile cercare un filo conduttore che permetta di pervenire al risultato più vantaggioso per gli interessi sottesi alla funzione di regolazione delle Autorità Indipendenti.

Senza dubbio, infatti, i soggetti coinvolti non rivestono esclusivamente natura imprenditoriale o di soggetti pubblici, atteso che, oltre agli operatori del settore e alle Amministrazioni dotate del potere regolatorio, gli effetti finali dell'azione delle Autorità Amministrative Indipendenti in questo campo interessano anche i singoli utenti dei servizi e, quindi, i cosiddetti clienti deboli.

La prospettiva muterà, dunque, in relazione alla posizione che risulti più utile da tutelare.

Non molto distante da tale modus operandi pare, del resto, essere stato anche quello sposato dalle pronunce giurisprudenziali che si sono registrate sul tema, ed in particolar modo di quelle della Suprema Corte di Cassazione, la quale diverse volte si è espressa, come vedremo subito, in senso funzionalmente orientato, cioè per la sussistenza della possibilità di incidere sul contenuto dei contratti preesistenti nell'esplicazione del potere regolatorio da parte delle Autorità Amministrative Indipendenti, purchè tale incidenza non si traduca nella deroga a disposizioni normative di carattere imperativo e sia sempre finalizzata a procurare un vantaggio all'utente del servizio.

La tesi contraria, invece, ravvisa un difetto di attribuzione dell'Autorità ogni qual volta non si rinvenga una specifica norma che conferisca a quest'ultima il potere di incidere sull'oggetto e sugli effetti dei contratti di utenza, senza indagare il merito delle modalità di esercizio del potere regolatorio e, soprattutto, le finalità e, dunque, l'effetto finale dell'effettivo funzionamento del sistema regolatorio.

In presenza di una norma sull'integrazione del contratto come l'art. 1374 c.c., secondo cui *“Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche*

a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”, tutto si gioca, allora, sul difficile equilibrio tra l'efficace esplicazione della potestà regolatoria attribuita alle Autorità amministrative indipendenti e la vincolatività del preesistente potere di autoregolamentazione attribuito ai privati ai sensi dell'art. 1372 c.c. e, dunque, sull'ammissibilità o meno della modifica "in via amministrativa" dell'assetto negoziale prefissato dalle parti.

L'art. 2, commi 12, lett. h e 37, della legge 14 novembre 1995 n. 481, prevede espressamente il potere dell'ARERA di incidere, con gli effetti tipici dell'art. 1339 c.c., sulle obbligazioni che caratterizzano lo svolgimento dei contratti di utenza.

La sussistenza di tale peculiare potere è stata ribadita a più riprese dalla Suprema Corte di Cassazione.

In particolare, con la sentenza della sezione terza, 27 luglio 2011, n. 16401, le cui statuizioni sono state ripetutamente confermate (cfr., tra le tante, Cassazione Civile, sezione sesta, 13 luglio 2012, n. 11992, nonché la più recente ordinanza, sempre della sezione sesta, 8 novembre 2012, n. 19333), la Corte di Cassazione ha chiarito che “Il potere normativo secondario (o, altrimenti, il potere di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi) dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (A.E.E.G.) ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h, l. 14 novembre 1995 n. 481, si può concretare anche nella previsione di prescrizioni specifiche, che non lascino al destinatario margini di scelta sul quando e sul quomodo, le quali, tramite l'integrazione del regolamento di servizio, di cui al comma 37 dello stesso art. 2 citato, possono in via riflessa integrare, ai sensi dell'art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in via derogatoria delle norme di legge”.

Confermando, dunque, espressamente la sussistenza del potere di integrazione dei contratti di utenza, con gli effetti dell'art. 1339 c.c., la Corte di Cassazione ha individuato, in proposito, due specifiche condizioni per l'esercizio del medesimo. Secondo il Supremo consesso civile, infatti, il riferito potere può essere esercitato dall'Autorità a condizione che le norme di legge eventualmente derogate rivestano natura meramente dispositiva, essendo, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la

deroga sia posta in essere dall'Autorità al fine di tutelare l'interesse dell'utente o consumatore, non essendo in nessun caso possibile - salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta non la consenta - la deroga a disposizioni di legge di contenuto imperativo o a disposizioni normative dispositive ma con finalità contrarie all'interesse dell'utente e consumatore.

Dalle summenzionate pronunce si ricaverebbe, dunque, che la questione che ci occupa non concerne, forse, la sussistenza o meno del potere regolatorio di intervento sui contratti di fornitura – potere che sarebbe previsto dalla legge (art. 2, commi 12, lett. h) e 37 della legge n. 481/95), come confermato dalla succitata giurisprudenza della Corte di Cassazione – quanto, semmai, alle sue modalità di esercizio, ed in particolare al rispetto dei riferiti requisiti individuati dalla Suprema Corte di Cassazione.

Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 481/95, è compito dell'Autorità promuovere la concorrenza e la tutela degli utenti nel settore dell'energia elettrica mediante interventi di regolazione anche incidenti sulle fasi liberalizzate della filiera, perché la liberalizzazione del mercato non si esaurisce nel definire idonei tutti i clienti finali.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, nella sentenza della sezione sesta 5 giugno 2006 n. 3352, ha chiarito che “L'Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità (...). I poteri di regolazione per favorire la concorrenza sono stati previsti dalle disposizioni fondamentali della legge n. 481 del 1995;(..); consentono all'Autorità di regolare ogni segmento della filiera delle attività dei settori energetici; possono essere esercitati indipendentemente dal regime giuridico che caratterizza tali attività e anche quando esse siano liberalizzate; non coincidono con quelli tariffari, poiché comprendono anche il potere di determinare i comportamenti tali da consentire una effettiva concorrenza (col conseguente contenimento dei prezzi), a tutela degli utenti e dei consumatori. (...) nella fase iniziale di liberalizzazione è del tutto consono al sistema che l'Autorità vigili sull'andamento del mercato e indichi ex

ante quali siano le regole in assenza delle quali possano verificarsi (o aggravarsi) effetti distorsivi. In altri termini, la voluntas legis di liberalizzare un settore (..) implica il potere-dovere dell'Autorità di disporre tutte le misure volte a favorire l'affermarsi di un mercato caratterizzato da una effettiva concorrenza, anche nell'interesse dell'utenza, non solo con azioni repressive ex post, ma anche imponendo comportamenti che ex ante possano rimuovere o prevenire effetti distorsivi.”

I riferiti principi relativi al rapporto tra liberalizzazione e poteri di regolazione, affermati e ribaditi costantemente dal Supremo consesso amministrativo anche nelle sentenze della sezione sesta 27 ottobre 2003, n. 6628, 24 settembre 2007 nn. 4895, 4896, 4897, 4898, 4899, 4900, 4901, 4902, 4903, 4904, 4905, 4906 e, più di recente, nella decisione 28 settembre 2012, n. 5149, sono stati recepiti espressamente dal legislatore che, con l'art. 28 della legge n. 99/09, ha chiarito, mediante l'integrazione dell'art. 2, comma 5, della legge n. 481/95, che “Per i settori dell'energia elettrica e del gas, al fine di tutelare i clienti finali e di garantire mercati effettivamente concorrenziali, le competenze ricomprendono tutte le attività della relativa filiera”.

In tale contesto, la legge n. 481/95 affida, dunque, all'Autorità la funzione di garantire – come visto con riferimento a tutte le attività della filiera energetica - la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore energetico, assicurando adeguati livelli di qualità nei servizi in condizioni di economicità e di redditività. A tal fine, attribuisce all'Autorità (v. art. 2) il potere di intervenire per modificare le condizioni tecniche, giuridiche ed economiche relative allo svolgimento o all'erogazione dei servizi; promuovere iniziative volte a migliorare le modalità di erogazione dei servizi; emanare direttive con cui definire anche i livelli di qualità generali e specifici riferiti rispettivamente al complesso delle prestazioni e al singolo rapporto di utenza; diffondere la conoscenza delle condizioni di svolgimento dei servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi o finali.

L'art. 36 della Direttiva 2009/72/CE, recante “*norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*”, sul punto ripreso pedissequamente dall'art. 42, comma 1, del

d.lgs. n. 93/11 - di recepimento della Direttiva medesima – sancisce, inoltre, che: “l’autorità di regolamentazione adotta tutte le misure ragionevoli idonee al perseguimento dei seguenti obiettivi (..): a) promuovere (..) un mercato interno dell’energia elettrica concorrenziale, sicuro e ecologicamente sostenibile nella Comunità, nonché l’efficace apertura del mercato per tutti i clienti e i fornitori della Comunità e garantire condizioni appropriate per il funzionamento efficace e affidabile delle reti dell’elettricità, tenendo conto di obiettivi a lungo termine;(..) d) contribuire a conseguire, nel modo più efficace sotto il profilo dei costi, lo sviluppo di sistemi non discriminatori sicuri, affidabili ed efficienti orientati al consumatore e promuovere l’adeguatezza dei sistemi e, in linea con gli obiettivi generali in materia di politica energetica, l’efficienza energetica nonché l’integrazione della produzione su larga scala e su scala ridotta di energia elettrica da fonti di energia rinnovabili e la produzione decentrata nelle reti di trasmissione e di distribuzione; (..) g) provvedere a che i clienti beneficino del funzionamento efficiente del proprio mercato nazionale, promuovere una concorrenza effettiva e contribuire a garantire la tutela dei consumatori; h) contribuire a conseguire un servizio universale e pubblico di elevata qualità nel settore dell’approvvigionamento di energia elettrica, contribuire alla tutela dei clienti vulnerabili e alla compatibilità dei processi di scambio dei dati necessari per il cambio di fornitore da parte degli utenti”.

Il menzionato art. 46 del d.lgs. 93/11, nel recepire la Direttiva 2009/72/CE testé citata, ha poi precisato che “nel quadro dei compiti e delle funzioni attribuiti dalla vigente normativa, l’Autorità per l’energia elettrica e il gas adotta tutte le misure ragionevoli e idonee al perseguimento delle seguenti finalità, che integrano quelle previste dalla legge 14 novembre 1995, n. 481: a) promuovere (..) mercati interni dell’energia elettrica e del gas naturale concorrenziali, sicuri e ecologicamente sostenibili, nonché l’efficace apertura del mercato per tutti i clienti e i fornitori dell’Unione europea; c) contribuire a conseguire, nel modo più efficace sotto il profilo dei costi, lo sviluppo di sistemi non discriminatori sicuri, affidabili ed efficienti orientati al consumatore e promuovere l’adeguatezza dei sistemi (..)”.

Con riferimento alla questione che ci occupa, occorre in particolare sottolineare che, ai sensi dell'art. 2, commi 12, lettera h) e 37 della legge n. 481/95, all'Autorità è riconosciuta la "possibilità di integrare il contenuto del rapporto obbligatorio", costituendo "esercizio del potere di regolazione "non tariffaria" che la legge riconosce all'Autorità con riferimento ai servizi di pubblica utilità, potere la cui sussistenza è stata ravvisata anche nelle ipotesi di attività liberalizzate (...) non potendo un'attività avente rilevanza pubblica...sia pure gestita in forma libera ... ritenersi del tutto svincolata dal potere o di regolazione non tariffaria previsto e disciplinato dalla legge n. 481/95 (sentenza 13 aprile 2001, n. 3116)" (cfr. Tar Lombardia, 19 dicembre 2002, n. 5281).

Inoltre, sulla base dell'art. 2, commi 12, lettera h) e 37 della legge n. 481/95 "nell'ambito delle direttive concernenti la produzione ed erogazione dei servizi, direttive con cui possono essere definiti anche i "livelli di qualità" generali e specifici (riferiti rispettivamente al "complesso delle prestazioni" e al singolo rapporto di utenza), possono rientrare anche prescrizioni che incidono precipuamente sulle obbligazioni caratterizzanti lo svolgimento dei singoli rapporti di utenza. Prescrizioni attinenti alla "produzione", alla "erogazione" o a "livelli di qualità" del servizio sono, infatti, per loro natura chiamate a tradursi, se traguardate sotto il profilo dell'esecuzione delle prestazioni del rapporto obbligatorio, in comportamenti attuativi del contratto individuale di utenza (i.e. contratto di somministrazione)" (Consiglio di Stato, sezione sesta, 27 ottobre 2003, n. 6628).

Riguardo, in particolare, all'impostazione interpretativa del principio di legalità in connessione con l'esercizio dei poteri di regolazione dell'AEEG, il Consiglio di Stato ha in numerose occasioni chiarito l'esigenza di abbracciare, con riferimento agli atti di regolazione dell'AEEG, una accezione elastica del principio di legalità, che tenga conto della peculiare necessità di assicurare il raggiungimento delle finalità stabilite dalla legge (con particolare riferimento alla tutela della concorrenza e alla protezione degli utenti) in settori caratterizzati dalla continua evoluzione tecnologica e dei mercati.

In proposito, con la sentenza della sezione sesta 17 ottobre 2005 n. 5827, con riferimento ad una fattispecie di imposizione a tutti gli utenti civili, con provvedimento di regolazione dell'Autorità, di una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas fornito da un impianto di distribuzione, il Consiglio di Stato ha chiarito che “quanto alla dedotta mancanza di copertura legislativa all'operato dell'Autorità occorre rilevare che, nella specie, il mercato elettrico e del gas è regolato dall'azione dell'Autorità e che la legge n. 481/95, come molte leggi istitutive d'Amministrazioni indipendenti è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare. La natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si “autoprogramma” secondo le finalità stabilite dal legislatore. Se così è, allora non può lamentarsi alcuna carenza di prescrittività del dettato normativo, che, stabiliti i poteri e le finalità dell'Autorità, secondo la tecnica del “programma legislativo aperto”, rinvia, al procedimento ed alle garanzie di partecipazione per fare emergere la regola, che dopo l'intervento degli interessati, appaia, tecnicamente, la più idonea a regolare la fattispecie.”

Del resto, anche con recentissime decisioni, il Supremo consesso amministrativo ha ribadito che “Nel caso degli atti regolamentari [dell'AEEG] la legge normalmente non indica nei dettagli il loro contenuto. La parziale deroga al principio di legalità sostanziale si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida sarebbe di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti. La dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata, come detto, dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone, inoltre, il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro,

nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari” (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2521).

Occorre inoltre rilevare come tale impostazione interpretativa, da tempo prospettata anche nelle sentenze della sezione sesta 10 maggio 2007, n. 2247, 14 giugno 2006, n. 2501, 5 giugno 2006, n. 3352, 14 giugno 2006, n. 3503, 24 giugno 2005, n. 5827 e 2 maggio 2012, n. 2521, trovi chiara ed espresa conferma nelle prescrizioni del diritto dell’Unione europea: come già accennato, infatti, l’art. 36 della Direttiva 2009/72/CE sancisce che *“Nell’esercitare le funzioni di regolatore specificate dalla presente direttiva, l’autorità di regolamentazione adotta tutte le misure ragionevoli idonee al perseguimento dei seguenti obiettivi..²¹”*, ribadendo dunque lo stretto legame tra finalità istituzionali e poteri esercitabili dall’Autorità e indicando la necessità, per le peculiari caratteristiche che connaturano l’azione istituzionale dell’Autorità medesima, di ricorrere ad una accezione ampia ed elastica delle clausole attributive dei poteri alla stessa, in coerenza con i principi da tempo affermati dal Consiglio di Stato.

Con riferimento ai poteri di regolazione delle Autorità indipendenti sembra, dunque, preferibile sposare – alla luce delle recenti prescrizioni del diritto nazionale ed europeo,

²¹ Art. 36 Direttiva: *“Nell’esercitare le funzioni di regolatore specificate dalla presente direttiva, l’autorità di regolamentazione adotta tutte le misure ragionevoli idonee al perseguimento dei seguenti obiettivi, nel quadro dei compiti e delle competenze di cui all’articolo 37, in stretta consultazione con altre autorità nazionali pertinenti, incluse le autorità garanti della concorrenza, se del caso, e fatte salve le rispettive competenze: a) promuovere, in stretta cooperazione con l’Agenzia, con le autorità di regolamentazione degli altri Stati membri e con la Commissione, un mercato interno dell’energia elettrica concorrenziale, sicuro e ecologicamente sostenibile nella Comunità, nonché l’efficace apertura del mercato per tutti i clienti e i fornitori della Comunità e garantire condizioni appropriate per il funzionamento efficace e affidabile delle reti dell’elettricità, tenendo conto di obiettivi a lungo termine; b) sviluppare mercati regionali concorrenziali e adeguatamente funzionanti all’interno della Comunità, allo scopo di conseguire gli obiettivi di cui alla lettera a); c) eliminare le restrizioni agli scambi di energia elettrica tra gli Stati membri e sviluppare adeguate capacità di trasmissione transfrontaliere per soddisfare la domanda e migliorare l’integrazione dei mercati nazionali che potrebbe agevolare la circolazione dell’energia elettrica attraverso la Comunità; d) contribuire a conseguire, nel modo più efficace sotto il profilo dei costi, lo sviluppo di sistemi non discriminatori sicuri, affidabili ed efficienti orientati al consumatore e promuovere l’adeguatezza dei sistemi e, in linea con gli obiettivi generali in materia di politica energetica, l’efficienza energetica nonché l’integrazione della produzione su larga scala e su scala ridotta di energia elettrica da fonti di energia rinnovabili e la produzione decentrata nelle reti di trasmissione e di distribuzione; e) agevolare l’accesso alla rete di nuove capacità di generazione, in particolare eliminando gli ostacoli che potrebbero impedire l’accesso di nuovi operatori del mercato e dell’energia elettrica da fonti di energia rinnovabili; f) assicurare che ai gestori del sistema e agli utenti del sistema siano offerti incentivi adeguati, sia a breve che a lungo termine, per migliorare l’efficienza delle prestazioni del sistema e promuovere l’integrazione del mercato; g) provvedere a che i clienti beneficino del funzionamento efficiente del proprio mercato nazionale, promuovere una concorrenza effettiva e contribuire a garantire la tutela dei consumatori; h) contribuire a conseguire un servizio universale e pubblico di elevata qualità nel settore dell’approvvigionamento di energia elettrica, contribuire alla tutela dei clienti vulnerabili e alla compatibilità dei processi di scambio dei dati necessari per il cambio di fornitore da parte degli utenti”*.

nonché della costante giurisprudenza del Consiglio di Stato – un’accezione elastica del principio di legalità (in cui peraltro, come chiarito dalla giurisprudenza²², l’eventuale “deficit” di legalità sostanziale è “compensato” da un rafforzamento della legalità procedurale, grazie alla previsione di forme di partecipazione procedimentale particolarmente avanzate e obbligatorie anche per gli atti normativi o a carattere generale), che tenga conto della necessità di garantire il perseguimento delle finalità stabilite dalla legge, costituite soprattutto dalla tutela della concorrenza e dalla protezione degli utenti, in settori connaturati dalla continua evoluzione tecnologica e dei mercati.

Come più volte affermato dai migliori studiosi, infatti, la ragione dell’esistenza del Regolatore, che ne costituisce, altresì, l’essenza stessa, consiste nel correggere le conseguenze che deriverebbero dal fallimento del mercato lasciato a sé stesso, sia in considerazione delle diverse posizioni di forza degli operatori coinvolti, che dell’indiscussa situazione di disparità sussistente tra esercente il servizio e cliente finale.

Pare, dunque, pienamente da condividere l’approdo cui è pervenuta la giurisprudenza sul tema del rapporto tra potere regolatorio, principio di legalità e autonomia contrattuale, perché maggiormente rispondente ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, che da sempre devono connotare l’esercizio della funzione amministrativa.

Elena Quadri

²² V. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006 n. 7972.