

Le Autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione *

SOMMARIO: 1. Due indipendenze a confronto: un *case-study* di esperienza vissuta. – 2. L'indipendenza vista dalla prospettiva dell'Autorità di regolazione. 2.1. Le Autorità di regolazione e l'Europa. – 2.2. Le Autorità di regolazione nel sistema costituzionale italiano. – 2.3. Il *modus procedendi* delle Autorità di regolazione. – 3. L'indipendenza vista dalla prospettiva del giudice amministrativo.

1. In questo mio intervento, mi piacerebbe darvi il senso di come “funzionano le cose” nella pratica di un'Autorità indipendente, per provare a colmare la distanza tra ciò che viene percepito dall'esterno come un mondo astrattissimo, fatto di tecnocrati in grisaglia che potrebbero ricordare i funzionari della Banca dei Goblin di Harry Potter, e ciò che è il concreto funzionamento di queste Autorità, in particolare di quelle di regolazione¹. Vorrei raccontarvi, dunque, della mia esperienza personale quale componente dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e, adesso, anche per il sistema

* Ringrazio il prof. Antonio Colavecchio per i suoi preziosi commenti a una prima versione di questo contributo.

Publicato in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2015, nn. 1-2.

¹ Sulle autorità indipendenti di regolazione, nell'ambito di una letteratura assai ampia, cfr., AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Quaderni della Riv. trim. dir. e proc. civ., 2, Milano, 1997; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; P. ROSSI, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2004; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione “indipendente” del mercato*, Bari, 2005; G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, 2010; P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012; N. LONGOBARDI, *Le autorità di regolazione dei mercati nel “tempo della crisi”*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 41 ss.; F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012.

idrico². In Italia non esistono 40 Autorità di regolazione come avviene in Francia³, ma comunque ve ne sono varie, tra cui le principali sono tre: quella, già richiamata, per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la neonata Autorità di regolazione dei trasporti: tutte e tre queste Autorità regolatorie fanno capo al modello disegnato da un lungimirante legislatore del 1995, con la legge n. 481⁴.

In particolare, tenterò di mettere a confronto l'esperienza di c.d. "indipendenza" di un'Autorità di regolazione con quella di un'altra indipendenza, se vogliamo anche più blasonata poiché riconosciuta a livello costituzionale: l'indipendenza del giudice, che, giocoforza, nell'ambito che si esamina, è il giudice amministrativo, sia perché l'art. 103 Cost. assegna alla giurisdizione del G.A. la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, nelle materie tassativamente indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi, sia perché, oggi, il codice del processo amministrativo (art. 133) espressamente devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti delle Autorità istituite ai sensi della succitata legge n. 481/1995.

Orbene, io affronterei questa comparazione muovendo prima dalla prospettiva di un'Autorità di regolazione c.d. "indipendente", per poi passare alla prospettiva del giudice amministrativo come organo giurisdizionale propriamente indipendente.

² Individuata anche con l'acronimo "AEEGSI". Su tale Autorità regolatoria, cfr., tra gli altri, AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Quaderni della Rass. giur. energia elettr., 13, Milano, 1996; E. PICOZZA – A. COLAVECCHIO, *Energie*, in G. CORSO – V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali, Parte speciale*, II, Milano, 2006, 131 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 435 ss.; M. PASSARO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in D. FLORENZANO – S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Trento, 2009, 57 ss.; F. SCLAFANI – L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in R. CHIEPPA – G.P. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XLI, Padova, 2010, 351 ss.

³ Sull'esperienza francese, cfr., *ex multis*, M.J. GUÈDON, *Les autorités administratives indépendantes*, Parigi, 1991; M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Parigi, 1994; J. CHEVALLIER, *Les AAI et la régulation des marchés*, in *Revue Justices*, 1995, n. 1, 81 ss.; J.-L. AUTIN, *Autorités administratives indépendantes*, in *JCP Administratif*, 1998, fasc. 75, 3 ss.

⁴ Per un esame analitico della quale si rinvia a A. BARDUSCO – G. CAIA – G. DI GASPARE (a cura di), *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 228 ss.

2. Sul versante delle Autorità, vorrei soffermarmi su tre elementi che caratterizzano, a mio avviso, il loro regime “indipendente”⁵. Il primo elemento è il collegamento diretto delle Autorità con il diritto europeo; il secondo riguarda il modo in cui le Autorità indipendenti, in assenza di una norma costituzionale che le preveda espressamente, hanno comunque trovato spazio nel nostro sistema costituzionale dei pubblici poteri; il terzo considera cosa fa in concreto un’Autorità di regolazione per funzionare secondo canoni legittimanti la propria azione.

2.1. Il rapporto diretto delle Autorità di regolazione con l’Europa trova le sue radici in quel fenomeno, verificatosi a cavallo tra gli anni ’80 e ’90, noto come “*rolling back the State*”: si tratta del fenomeno per cui tutti i “campioni nazionali”, le grandi imprese gerenti i servizi pubblici nazionali dell’elettricità, del gas, delle telecomunicazioni, delle poste, trasporti, ecc., sono state gradualmente privatizzate, così passando dalla mano pubblica alla mano privata. Su questo fronte, invero, alcuni Paesi sono stati più lenti di altri; la Francia, si potrebbe dire, è stata “prima nella lentezza”, ma ciò può essere considerato anche come un fatto positivo, se l’essere lenti rispetto ad esperienze di privatizzazioni “selvagge” può aver consentito di passare dallo “Stato imprenditore” allo “Stato regolatore” con maggiori garanzie per la tutela degli interessi della collettività. La sostituzione di un regolatore, necessariamente pubblico, ad un gestore pubblico costituisce infatti una sorta di surroga nella tutela di quegli interessi collettivi che prima venivano garantiti dalla *public ownership* delle imprese incaricate della gestione di servizi essenziali⁶. In altri termini, lo Stato imprenditore, ritirandosi dal mercato, lascia un arbitro, un regolatore appunto, che è chiamato a garantire il corretto

⁵ Sul carattere dell’“indipendenza” delle autorità amministrative indipendenti, cfr., in particolare, A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell’amministrazione dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 451 ss.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341 ss.; G. GRASSO, *L’indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di Stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un’indagine comparata*, in *Quad. reg.*, 1997, 587 ss.; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000; F.A. GRASSINI (a cura di), *L’indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, 337 ss.

⁶ Sul punto cfr. R. PERNA, *L’eccesso di tutela nella privatizzazione delle public utilities*, in *Foro it.*, 1996, III, 209 ss.

funzionamento di questi mercati così delicati, che vengono rimessi all’iniziativa privata⁷. Ovviamente, questo arbitro deve essere imparziale.

Per alcuni versi, nel caso italiano, il legislatore nazionale ha felicemente anticipato il diritto europeo: come già ricordato, infatti, nel 1995, con la legge n. 481, sono state istituite le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, proprio in vista della privatizzazione delle grandi imprese pubbliche gerenti i servizi energetici e delle telecomunicazioni.

In effetti, ci sono delle funzioni che non possono essere svolte se non da questa “strana istituzione” che è l’Autorità di regolazione: sono questi sicuramente i casi in cui ci si trova di fronte a quelli che gli economisti chiamano “fallimenti del mercato”, quali, tipicamente, monopoli naturali, esternalità, asimmetrie informative, ecc. La regolazione indipendente è stata in qualche modo codificata dal diritto europeo, per alcuni Stati anche al di là dei legislatori nazionali: tanto è vero che alcune Autorità di regolazione nazionali – per esempio i colleghi della Commissione di regolazione dell’energia francese (CRE) – quando invocano l’indipendenza rispetto ai Governi molto spesso lo fanno richiamandosi alle prerogative previste per i regolatori dal c.d. “terzo pacchetto energia”⁸. In questo modo, si realizza un rapporto *sui generis* tra le Autorità di regolazione nazionali e l’Europa, in quanto i regolatori degli Stati membri per sottrarsi agli indirizzi dei Governi si richiamano al diritto europeo, ma, talvolta, si ritrovano assoggettati – e quindi limitati nella loro indipendenza – da Istituzioni europee. Sempre restando nel settore energetico, a livello europeo opera l’ACER (Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell’energia⁹), la quale, sempre più intensamente pone vincoli all’autonomia delle

⁷ Sul passaggio dal modello dello “Stato imprenditore” a quello dello “Stato regolatore”, cfr., *ex multis*, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, 579 ss.; F. MC GOWAN – H. WALLACE, *Towards a European Regulatory State*, in *Journal of European Public Policy*, 1996, vol. 3, n. 4, 560 ss.; A. MAJONE – G. LA SPINA, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000; M. MORAN, *Understanding the Regulatory State*, in *British Journal of Political Science*, 2002, vol. 32, 391 ss.; R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI – R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011, 137 ss.

⁸ In argomento cfr. A. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell’energia e il difficile percorso del “terzo pacchetto” legislativo*, in *Amministrare*, 2009, 2, 217 ss., e F. DI CRISTINA, *L’attuazione del “terzo pacchetto” e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 925 ss.

⁹ G. BELLANTUONO, *I poteri dei regolatori nazionali e il ruolo dell’Agenzia europea*, in G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell’energia 2012. Il regime giuridico delle infrastrutture di energia*, Bologna, 2012, 39 ss.; G. NAPOLITANO, *L’Agenzia dell’energia e l’integrazione regolatoria europea*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., 153 ss.; L. AMMANNATI, *L’“agenzia per la cooperazione tra i*

Autorità nazionali, adottando regole che prima erano prerogativa solo di queste, come ad esempio, i “codici trasmettitori” (il trasmettitore della rete che trasporta energia deve avere dei codici). Un altro esempio di “vincolo europeo” si ha quando l’ ACER decide in caso di disaccordo tra regolatori nazionali su questioni inerenti la regolamentazione di infrastrutture transfrontaliere. In questa seconda fattispecie, si configura addirittura una forma di potere sostitutivo, di avocazione in favore dell’Agenzia europea. Si tratta non solo di ipotesi teoriche ma di casi in cui la questione si è posta in concreto: il riferimento è, in particolare, alla vicenda del c.d. “TAP” (Trans-Adriatic Pipeline), che porterà il gas azero in Europa, *bypassando* la Russia.

2.2. Il sopra delineato rapporto con l’Europa è ricostruibile, in qualche modo, come una “accomodazione *ex post*” della nostra Costituzione dove, come detto, non si trovano espressamente previste le Autorità amministrative indipendenti.

Nell’ambito della Costituzione formale, il tema delle Autorità indipendenti si muove tra due principi generali, espressi, rispettivamente, dall’art. 95 e dall’art. 97 Cost. L’art. 95, che individua un modello di P.A. sottoposta alla direzione e alla responsabilità ministeriali, sembra difficilmente applicabile alle Autorità di regolazione indipendenti¹⁰. Per esse sono piuttosto le ragioni dell’imparzialità amministrativa, espresse, dall’art. 97 Cost., a raggiungere una particolare intensità¹¹. Tali Autorità, infatti, sono caratterizzate dall’alto tasso di *imparzialità* cui informano il loro operato, intesa questa caratteristica come capacità, astratta e concreta, di operare nei confronti di *tutti* i soggetti interessati

regolatori dell’energia” e la costruzione del mercato unico dell’energia, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2011, 675 ss.

¹⁰ Sul punto cfr. G. DE VERGOTTINI, *L’Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti*, cit., 11-15.

¹¹ Nella originaria versione del d.d.l. AS n. 1577, per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (approvato dal Senato il 30 aprile 2015, in un testo modificato rispetto a quello del proponente e con il nuovo titolo “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”), le Autorità indipendenti vengono distinte dalle “*Amministrazioni statali*” (ricongiungibili al modello dell’art. 95 Cost.), per essere inserite nel novero delle “*Amministrazioni nazionali*”, accanto al Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro (di cui, peraltro, il d.d.l. cost. AS n. 1429 prevede la soppressione), alle commissioni di garanzia ed agli enti pubblici non economici nazionali. Tale collocazione sembra corretta, in quanto le amministrazioni delle Autorità indipendenti hanno natura diversa dalle amministrazioni statali; in questo senso, anche la disciplina della gestione del personale delle Autorità indipendenti non può essere ricondotta alla disciplina generale del pubblico impiego c.d. “privatizzato”, di cui al decreto legislativo n. 165/2001. In questo senso, anche il decreto-legge n. 90/2014 (c.d. “decreto P.A.”), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114/2014, prefigura un regime in parte peculiare per le Autorità indipendenti.

dalla propria azione senza discriminazioni arbitrarie. A complemento di ciò, esse sono dotate di un elevato grado di *specializzazione tecnica* per i requisiti di alta professionalità e competenza richiesti non solo ai loro componenti, ma anche a dirigenti e funzionari. Come espresso, con efficace sintesi, nel parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, n. 872/2011¹², le Autorità indipendenti di regolazione sono, dunque, *“organizzazioni titolari di poteri pubblici che si caratterizzano per un grado notevole di indipendenza dal potere politico, esercitando funzioni neutrali nell’ordinamento giuridico, specie in delicati settori economici, mediante l’utilizzazione di elevate competenze tecniche”*.

In questa prospettiva è certamente difficile inquadrare le Autorità indipendenti di regolazione secondo il principio classico della tripartizione dei poteri (legislativo, esecutivo, giudiziario), in quanto tali organismi partecipano, in qualche misura, di ciascuno di tali poteri, svolgendo sia funzioni normative (per es., quando adottano atti di regolazione generale), sia amministrative (per es., quando effettuano controlli o irrogano sanzioni), sia quasi-giurisdizionali o, meglio, “decisorie” (per es., quando decidono sulle controversie tra gestori di rete e produttori).

Negli ambiti affidati alla regolazione delle Autorità indipendenti, poi, neppure sembra facilmente applicabile il criterio di gerarchia delle fonti: in particolare, nel caso dell’Autorità per l’energia, essa sicuramente pone delle regole, sicuramente è sottoposta alla legge, ma sembra difficile sostenere che la sua regolazione sia sottoposta anche ai regolamenti governativi. Piuttosto, nel caso di che trattasi, sembra potersi applicare il criterio della competenza.

In tema di indipendenza delle Autorità di regolazione, andrebbe spesa una parola anche sulla questione della indipendenza dalle imprese private (c.d. “potere economico”). Difatti, mentre la questione dell’indipendenza dal potere esecutivo è spesso al centro all’attenzione, occorre anche preoccuparsi di garantire l’indipendenza del regolatore dalle imprese del settore. Al riguardo, occorre infatti considerare che gli operatori dei settori di pubblica utilità sono imprese di enormi dimensioni: pensando solo al settore dell’energia, in esso operano ben tre tra le prime cinque aziende italiane per fatturato. Il legislatore, invero, si è posto tale questione, stabilendo nella legge n. 481/1995 una rigorosa

¹² Cons. Stato, parere Comm. Speciale n. 872 del 10 febbraio (n. aff. 5365/2010), reperibile sul sito www.ildirittoamministrativo.it.

procedura di nomina dei componenti delle Autorità di regolazione, nonché un sistema di incompatibilità, anche *post-mandato*, particolarmente restrittivo, che si applica anche ai dirigenti¹³; un sistema di incompatibilità, peraltro, ben più rigoroso di quello previsto per chi assuma cariche di Governo.

Ciò precisato, è veramente importante rilevare che l'indipendenza assicurata ai componenti delle Autorità di regolazione e ai loro funzionari apicali non può essere intesa come un privilegio, bensì come un modo di esercizio di un "servizio" e magari come un "valore" da meritare: infatti, a mio avviso, l'Autorità indipendente non va vissuta come un "potere", quanto piuttosto come un "servizio".

2.3. Per concludere sulla parte relativa alle Autorità di regolazione indipendenti, visto che abbiamo detto che siamo una "strana istituzione", in Europa e nel sistema costituzionale italiano, dobbiamo allora capire quali regole si devono applicare alla loro attività; quale deve essere, cioè, il loro *modus procedendi*.

Il Consiglio di Stato ha detto chiaramente che ad esse non si applicano le regole generali della Magistratura; questo, evidentemente, non significa che non si applichi nessuna regola, anzi le regole individuate per colmare il c.d. *deficit* di democraticità appaiono anche particolarmente stringenti.

Viene qui in rilievo un altro caso pratico, quello della c.d. "consultazione".

Questo nome magico – "consultazione" – esprime sinteticamente il nostro modo ordinario di fare le regole. Prima di adottare un atto di regolazione generale, approviamo sempre, qualche tempo prima, un'altra delibera, che sottopone uno schema di intervento regolatorio, appunto, a consultazione. In altri termini, viene pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità una bozza di atto di regolazione, che viene posta in discussione con tutti i soggetti interessati: le aziende, le industrie, gli operatori, i trasmettitori e distributori di energie, i consumatori. Tutti possono "dire la loro" durante il procedimento di consultazione, che dura in media uno o due mesi. L'Autorità raccoglie tutte le osservazioni presentate che, laddove "convincenti", sono accolte nella deliberazione

¹³ Al riguardo, si consideri l'art. 22, comma 3, del citato decreto-legge n. 90/2014, che, modificando l'art. 2, comma 9, legge n. 481/1995, ha esteso anche ai dirigenti delle Autorità di regolazione il divieto, già previsto per i componenti, di intrattenere rapporti di collaborazione, consulenza o di impiego con le imprese operanti nei rispettivi settori di competenza.

finale; laddove invece “non convincenti”, viene fornita adeguata spiegazione delle ragioni che impediscono all’Autorità di accogliere le osservazioni. In ogni caso, la delibera finale è sempre il frutto della consultazione. Questo meccanismo procedurale non è imposto dal diritto europeo, né di esso vi è traccia nella legislazione nazionale o, tanto meno, nella Costituzione. Esso si è sviluppato soprattutto dalla interlocuzione tra giudice amministrativo (nella specie, il TAR Lombardia) e l’Autorità per l’energia e viene ormai da tutti riconosciuto come una *best practice* nel campo della regolazione.

In origine, il meccanismo della consultazione era stato concepito dall’Autorità per svolgere al meglio la propria attività regolatoria, per poter acquisire gli interessi e le posizioni degli interessati anche al di là degli schemi partecipativi della legge n. 241/1990, in sintesi per recepire veramente la “voce” degli interessati nel procedimento volto all’adozione di atti di regolazione generale. In questo modo, si è inteso coinvolgere effettivamente nel procedimento coloro che, subito dopo l’adozione dell’atto di regolazione, sono chiamati ad applicare le regole ivi contenute, senza far cadere dall’alto tali regole, ma consentendo a imprese e consumatori di partecipare alla loro elaborazione, anche segnalando, in sede di consultazione, eventuali problematiche della concreta applicazione delle regole stesse.

Orbene, questa buona pratica, nata per “far meglio le cose”, è diventata, grazie a una giurisprudenza amministrativa assai illuminata, una forma di compensazione del *gap* democratico dell’Autorità per l’energia (e delle altre Autorità di regolazione in genere), prive di un mandato del corpo elettorale, facendo loro riacquistare, per così dire, una forma di “legittimazione dal basso”. Efficacemente rappresentativa di quanto detto è la sentenza del Consiglio di Stato n. 1215 del 2010¹⁴, in cui, pur osservandosi che “*ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti (ivi compresa l’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas) non si applicano le generali regole dell’azione amministrativa che escludono dall’obbligo di motivazione e dall’ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l’attività della p.a. diretta all’emanazione di atti normativi ed amministrativi generali*”, si ritiene che “*in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l’indipendenza e la neutralità delle Autorità può*

¹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 947, con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, *ivi*.

trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale”.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, “*nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio*” (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2007/2006¹⁵, n. 2201/2006¹⁶ e n. 7972/2006¹⁷). Ciò avviene, appunto, attraverso l’istituto della consultazione, presente anche in altri ordinamenti e analogo all’istituto del *notice and comment*¹⁸. La consultazione dei soggetti interessati, oltre ad essere un elemento di legittimazione del soggetto regolatore, assume, qui, importanza soprattutto come elemento di supporto delle scelte regolatorie, per selezionare l’opzione preferibile, raccogliere le informazioni necessarie ad una regolazione efficace e far emergere tutti gli elementi (economici, giuridici e sociali) necessari per una corretta e completa analisi degli effetti della regolazione¹⁹.

Ecco perché l’Autorità può consentirsi un’ampia latitudine decisionale: perché le sue scelte sono fondate su un procedimento *evidence-based*, partecipato, trasparente, aperto, che rende “*accountable*” anche una scelta “discrezionale”, senza trasformarla in scelta “politica”.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Urb. appalti*, 2006, 733.

¹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 377, con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, *ivi*.

¹⁸ Sulla riconducibilità delle procedure di formazione degli atti di regolazione generale dell’AEEGSI al modello del *notice and comment*, cfr., in dottrina, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 18.

¹⁹ L’analisi di impatto della regolazione (AIR) costituisce fattore di legittimazione della regolazione e dei Regolatori. Come affermato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 7972/2006, l’esercizio dei poteri regolativi da parte di Autorità è giustificato anche in base all’esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In questo quadro, «i regolatori sono credibili se forniscono ragioni per le loro scelte regolatorie, fondano le loro decisioni su una analisi economica condotta in modo trasparente, forniscono ai gruppi di interesse l’opportunità di partecipare al processo regolatorio». Per maggiori approfondimenti sul tema, si rinvia ad A. NATALINI – F. SARPI – G. VESPERINI (a cura di), *L’analisi dell’impatto della regolazione. Il caso delle Autorità indipendenti*, Roma, 2012; con specifico riferimento all’applicazione dell’AIR da parte dell’AEEGSI, v., da ultimo, A. FLORI, *L’AIR nell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico*, *Osservatorio sull’Analisi di Impatto della Regolazione*, www.osservatorioair.it, marzo 2014, S 8/2014.

3. Passo ora rapidamente ad esporre come questa indipendenza delle Autorità di regolazione si incrocia con un'altra indipendenza, che è quella del giudice amministrativo: si tratta, in altri termini, di capire come il giudice amministrativo interagisce con le Autorità.

Anche per questo argomento, ci si può soffermare su tre domande: 1) il giudice amministrativo può sindacare gli atti delle Autorità di regolazione? 2) che tipo di provvedimenti si trova a “maneggiare” il giudice amministrativo? 3) qual è il contributo fornito dal G.A. attraverso il suo sindacato degli atti delle Autorità di regolazione?

Alla prima domanda la risposta è semplicissima: gli atti delle Autorità di regolazione sono giustiziabili, non c'è alcun dubbio che siano giustiziabili, e ciò non solo per l'art. 6 della CEDU ma anche per l'art. 113 Cost., che, come noto, non consente di limitare o escludere la tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A. a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti²⁰. Da ultimo, sul punto, è intervenuto il codice di procedura amministrativa che, all'art. 133, n. 2), lett. l), sancisce, in maniera ormai inequivocabile, la sindacabilità degli atti delle Autorità indipendenti, devolvendo le controversie ad essi relativi alla giurisdizione esclusiva del G.A.

Ciò posto – e passiamo alla seconda domanda – vediamo che tipo di provvedimenti si trova davanti il giudice amministrativo quando è investito di un ricorso su atti delle Autorità di regolazione: si tratta di atti e provvedimenti di varia natura, normativi, amministrativi, giustiziali. Gli atti di regolazione generale sono certamente atti normativi²¹; altri atti, come le sanzioni²², sono certamente provvedimenti amministrativi; altri ancora, come le decisioni di risoluzione delle controversie tra i produttori di energia da fonti rinnovabili ed il gestore della rete di distribuzione, hanno natura giustiziale²³. Al

²⁰ Sull'art. 113 Cost., che, come noto, esprime il “principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa”, cfr., di recente, G. CERRINA FERONI, *La giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, II ed., Milano, 2008, 43 ss.; M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 225 ss.

²¹ L'esercizio di poteri di normazione generale – di rango regolamentare – da parte delle Autorità di regolazione è pacificamente ammesso, sulla base di una lettura finalistica dei poteri alle stesse attribuiti, cui accede la funzione normativa generale ed astratta. In tema, si rinvia, da ultimo, a R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

²² Sull'argomento, cfr., in specie, M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 957 ss.

²³ In argomento, cfr., da ultimo, S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, 94 ss.

di là della natura di tali atti, invero non sempre inequivoca, è comunque certo che si tratti di provvedimenti del tutto peculiari: ciò perché sono atti “multidisciplinari”, formalmente giuridici ma con una fortissima valenza economica. Si pensi, ad esempio, agli atti inerenti la regolazione dei c.d. “mercati artificiali”, come il mercato dei certificati verdi o dei certificati bianchi, oppure al mercato dei servizi di dispacciamento. In questi casi abbiamo atti di regolazione fondati su criteri economici anche se “scritti” con regole giuridiche. Vi è dunque una fortissima presenza delle regole economiche, come pure vi è una fortissima presenza delle regole “ingegneristiche” e tecniche: quando si interviene, bisogna conoscere perfettamente come funzionano le reti, gli impianti, ecc.

Tutte queste regole estranee al diritto entrano, “forzandosi”, dentro un provvedimento formalmente giuridico, un atto amministrativo, come tale sindacabile dal giudice amministrativo. Certo, è vero che il provvedimento è giuridico ed è vero che il mercato ha bisogno del diritto, come è vero che gli effetti economici hanno bisogno di strumenti giuridici per essere tradotti in regole cogenti; d’altro canto, però, è anche vero che il diritto deve tener conto delle regole economiche e tecniche e che anche queste sono regole probabilmente più importanti di quelle giuridiche per disciplinare, in concreto, la fattispecie regolata.

E veniamo così alla terza e ultima domanda, quella cioè di quale può essere il contributo del giudice amministrativo in relazione ad atti così particolari, formalmente e necessariamente giuridici, ma ad alto tasso di multidisciplinarietà, al di là del fatto che l’atto sia espressione di una funzione di regolazione, amministrativa o giustiziale.

Si può essere rassicurati dal fatto che il lavoro del giudice amministrativo, almeno a mio avviso, è fruttuoso: innanzitutto è un bene che il sindacato del G.A. ci sia²⁴, in quanto, senza di esso, l’Autorità potrebbe – paradossalmente – rivendicare meno la sua indipendenza, poiché sarebbe deresponsabilizzata. Un’Autorità senza sindacato del G.A. sarebbe certamente più debole, più vulnerabile, non solo da un punto di vista giuridico-funzionale, ma anche nella sua autorevolezza, nel suo prestigio istituzionale, soprattutto

²⁴ Sul sindacato del G.A. sugli atti dell’AEEGSI, cfr., in specie, F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell’Autorità per l’energia e il gas*, in *Dir. econ.*, 2007, 631 ss.; A. TRAVI, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI – F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 73 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in AA.VV., *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, 2009, 415 ss.; R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., 103 ss.

verso gli operatori, oltre che verso il Governo. Anche quando il giudice amministrativo “corregge” gli atti dell’Autorità, tale funzione è da valutarsi positivamente perché in qualche modo il G.A. conforma regole tecniche e, in qualche modo, conforma pure il ruolo dell’Autorità indipendente.

D’altra parte, il modello della consultazione è nato proprio dalla interazione con il giudice amministrativo, ed anche questo è un indice di quanto positivo sia l’apporto del giudice stesso.

Sotto un altro profilo, ci si lamenta spesso dei tempi della giustizia, ma nel caso dei ricorsi contro gli atti delle Autorità indipendenti questi tempi sono davvero rapidi. Come noto, infatti, l’art. 119 del codice del processo amministrativo, per i giudizi aventi ad oggetto controversie su provvedimenti di Autorità indipendenti, ha prefigurato dei tempi rapidissimi, di talché tra cautelare e merito di primo e secondo grado, si perviene ad un pronunciamento definitivo in un anno e mezzo. Si tratta di tempi che forse non sono riscontrabili nel resto dell’Europa, dunque può dirsi che, sotto il profilo dei tempi di giudizio, non vi siano particolari problemi e che il rapporto tra G.A. e Autorità indipendenti è un rapporto felice.

Un rapporto più problematico deriva, piuttosto, dalla complessità tecnica ed economica della regolazione, così elevata da giustificare l’istituzione di un’Autorità indipendente. Per parte sua, il giudice amministrativo, pur essendo assolutamente attrezzato a giudicare dell’intreccio tra gli interessi pubblici ed economici – tanto da essere stato a ragione definito il “giudice dell’economia”²⁵, il giudice dell’intervento pubblico in campo economico fa tuttavia fatica, a volte, a comprendere sino in fondo il senso e la portata delle regole tecniche e, d’altronde, non è suo compito farlo. Ed allora poco rileva la questione dell’alternativa tra “sindacato forte” e “sindacato debole”; ciò che è veramente necessario è un “sindacato consapevole”: consapevole delle enormi conseguenze della decisione della controversia, che spesso vanno molto al di là di quelle che sono le risultanze del “fascicolo”. In questa prospettiva, sarebbe auspicabile che il giudice amministrativo, al di là di quello che chiedono le parti, sia consapevole che l’affermazione della regola di diritto nella definizione della lite riguarda tutti i cittadini, la comunità nel suo complesso, perché una pronuncia che non è adeguatamente supportata sul piano cognitivo, che non valuti bene quali sono le conseguenze di un annullamento o

²⁵ V., da ultimo, G. MONTEDORO, *Il giudice e l’economia*, Roma, 2015.

di un non annullamento può arricchire imprese che non meritano di essere arricchite o, viceversa, può far fallire imprese che non meritano di fallire, oppure, ancora, può rendere precaria la sicurezza della rete, o indebolire il mercato, o socializzare, scaricandoli in bolletta, dei costi che probabilmente non avrebbero dovuto essere scaricati. Tutto ciò richiede una interazione tra giudice amministrativo e Autorità: la nostra Autorità per l'energia sta lavorando in questa direzione, per esempio sviluppando il ricorso al c.d. interrogatorio libero, uno strumento che consente agli economisti, agli ingegneri, ai "tecnici" dell'Autorità di rapportarsi al G.A. per spiegare, per esempio, cosa voglia veramente dire il sistema di *default* del gas o il mercato di bilanciamento. Secondo me, la direzione giusta è proprio quella di sviluppare gli strumenti e le tecniche di applicazione della pratica di questo tipo di interazione tra l'Autorità e il giudice amministrativo, anche perché il giudice, con le sue pronunce, soprattutto in un periodo come quello attuale, può sempre aggiungere elementi di complessità, può ridurre la portata delle riforme, può costituire un fattore di rallentamento se non di arresto della crescita o, al contrario, può portare un contributo di semplificazione, può favorire l'accelerazione dei cambiamenti, può costituire un fattore di sviluppo, di crescita. Un giudice amministrativo che in grado di essere "consapevole" anche sugli atti di regolazione, del loro impatto sia economico che sociale, si inserirebbe decisamente nel secondo ambito.

Luigi Carbone

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato
già Componente dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico

Publicato il 12 settembre 2017