

I limiti del potere regolatorio di Arera.*

1- La nozione di regolazione indipendente corrisponde a un nuovo tipo di intervento del potere pubblico su specifici mercati, realizzato attraverso soggetti indipendenti sia dalla politica sia dagli operatori del mercato.

E' emersa la necessità di garantire che le imprese svolgessero le proprie attività in un mercato caratterizzato dalla libera concorrenza e perciò per prima la legge antitrust.

Nella stretta relazione tra privatizzazione e regolazione, nonostante i termini siano antitetici, si passa dallo Stato Imprenditore allo Stato Regolatore. Quest'ultima adotta regole atte a garantire il buon funzionamento del mercato. La regolazione non interferisce con il merito dell'esercizio dell'attività economica. Ma consiste in regole e comandi adottati dal potere pubblico, facendo sì che in alcuni mercati si giunga a garantire un assetto concorrenziale di parità dei diversi operatori. È dotato di penetranti poteri istruttori e sanzionatori, si pensi alla cosiddetta regolazione asimmetrica che interviene al momento della liberalizzazione dei settori, si pensi ai mercati in cui un'impresa gode di una posizione dominante grazie alla proprietà di una rete o di una infrastruttura essenziale per la fornitura dei servizi ai clienti finali.

Questo non esclude che lo Stato possa intervenire direttamente sul mercato con gli strumenti sui propri che sono diversi da quelli disciplinati dal codice civile. Ancora oggi importanti società sono controllate dallo Stato. Si pensi alle imprese che operano nei settori strategici dell'energia e del gas, delle poste, del settore ferroviario.

Prima del passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, gli enti pubblici economici, ovvero le società a partecipazione pubblica. Operavano in una situazione di monopolio legale, quindi erano chiusi alla concorrenza di altri operatori nazionali ed europei. In altri termini, vi era identità tra regolatore e soggetto regolato.

Attualmente questi mercati non sono più chiusi, ma vengono aperti al mercato. Con il risultato che gli enti e le società controllati dallo Stato concorrono con altri operatori economici.

Il precedente sistema di regolazione basato sulla sostanziale coincidenza tra regolatore ministeriale e centro decisionale dell'impresa regolata. Questo stride con i principi di libera concorrenza e di parità di trattamento. Ecco perché le funzioni di regolazione non potevano essere affidate all'amministrazione tradizionale. Ma doveva essere lasciata o alla mano invisibile del mercato stesso oppure alla regolazione dei settori liberalizzati, attraverso la creazione Autorità Indipendenti dotate di un alto tasso tecnico specialistico, e non sottoposte né all'indirizzo politico governativo né all'influenza degli

operatori economici. Esse pertanto sono state dotate di ampi poteri regolatori. Ai quali sono connessi poteri strumentali, di vigilanza e di controllo.

La questione della legittimazione della regolazione indipendente pone il problema se essi si pongono fuori del cosiddetto circuito democratico del corpo elettorale.

Il modello di democrazia rappresentativa non è l'unico modello di legittimazione democratica, poiché accanto ad esso esiste anche un modello di democrazia deliberativa, secondo cui la legittimazione all'esercizio dell'autorità non discende dalla rappresentanza politica, ma si realizza attraverso la partecipazione degli interessati al processo decisionale.

La partecipazione procedimentale diviene così un elemento costitutivo dell'esercizio del potere. In questo quadro il controllo giurisdizionale assume rilevanza decisiva, sia rispetto all'attività di regolazione, sia riguardo all'esercizio di poteri sanzionatori. Tali poteri devono essere circondati da peculiari garanzie per assicurare il rispetto del principio del contraddittorio.

2- L'attività di regolazione delle autorità indipendenti ha una funzione per obiettivi, ossia il legislatore assegna ad esse il perseguimento di determinati obiettivi che costituiscono la finalità della loro attività di regolazione. Il mutamento continuo delle condizioni di mercato rende impossibile al legislatore determinare ex ante e tassativamente tutti gli strumenti e le misure che le autorità devono adottare per perseguire gli obiettivi posti. Inoltre, le autorità debbono valutare in maniera ciclica l'incidenza in concreto degli strumenti di regolazione sull'autonomia dei soggetti regolati.

Questa circostanza ha imposto al giudice amministrativo una riflessione sulla tradizionale concezione del principio di legalità inteso in senso sostanziale. La nozione di legalità sostanziale postula che l'esercizio del potere attribuito alla pubblica amministrazione debba essere predeterminato dalla legge nel contenuto e nelle modalità. E <<non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore>> (Corte costituzionale n. 115 del 2011).

La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'attribuzione di poteri di regolazioni comporti la caduta della legalità sostanziale, sia perché nell'attribuire i poteri di regolazione alle autorità la legge non determina, in dettaglio, il contenuto del potere, i criteri e i limiti per il suo esercizio, sia perché una delle caratteristiche che identifica le autorità indipendenti è proprio la loro estraneità da quel circuito di responsabilità o di controllo dell'esercizio del potere, previsto dall'art. 95 della Costituzione.

La questione è stata affrontata dal giudice amministrativo in molti casi.

Tra i più recenti si può ricordare il caso in cui il Tar Lombardia è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di alcune misure adottate dall'autorità dell'energia elettrica e il sistema idrico (Aeegsi) volte a contrastare il fenomeno della morosità dei clienti finali. In questo caso una società attiva nel settore ha contestato l'inasprimento degli indennizzi imposti dalla regolazione alle società di distribuzione dell'energia elettrica a favore dei venditori di energia elettrica nel caso di ritardo della sospensione del servizio di distribuzione ai clienti finali morosi. In particolare la ricorrente aveva contestato che la misura in questione non fosse tra quelle poste a consultazione preventiva. E il Tar Lombardia ha accolto la censura sollevata dalla ricorrente, affermando che la discrepanza tra le misure poste a consultazione e quelle definitivamente approvate con la delibera impugnata si poneva in contrasto con il principio giurisprudenziale secondo cui la dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale, il quale si sostanzia nella previsione di più incisive forme di partecipazione degli interessati (Tar Lombardia, Milano, Sezione Seconda, n.1629 del 2016).

Anche per la giurisprudenza del Consiglio di Stato la legalità in senso procedimentale si pone, attraverso le tecniche partecipative dei soggetti interessati della regolazione come strumento sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Il rafforzamento della legalità procedimentale, inteso come aumento delle garanzie nell'ambito dei procedimenti di regolazione, non assume quindi solo una funzione di garantismo, ma rappresenta soprattutto la condizione necessaria ai fini della legittimazione dell'esercizio del potere regolatorio.

3- Per il giudice amministrativo il rafforzamento della legalità procedimentale nell'adozione di atti di regolazione da parte delle autorità indipendenti si sostanzia nella previsione di rafforzare forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari (Consiglio di Stato, sezione Sesta n. 3051 del 2011). Uno degli strumenti tipici di inclusione partecipativa dei soggetti interessati dalla regolazione delle autorità indipendenti è costituito dalla consultazione preventiva volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati attraverso audizioni e meccanismi con cui viene data preventiva notizia del progetto di atto e viene consentito di far pervenire da parte degli interessati le proprie osservazioni. L'avvio del procedimento di regolazione, accompagnato da un documento di consultazione portato a conoscenza degli operatori di mercato, attraverso il quale si rendono note le linee essenziali del progetto, le questioni sulle quali l'autorità richiede un particolar modo l'intervento dei soggetti coinvolti, le modalità delle consultazioni e una bozza di atto di regolazione da adottare.

Si prevede un tempo minimo, di norma, non inferiore a 30 giorni, entro il quale gli operatori interessati potranno presentare i loro contributi e le loro osservazioni.

Solo in casi di straordinaria urgenza, di emergenza o di segretezza, le autorità indipendenti possono adottare gli atti di regolazione senza svolgere la fase di consultazione. Esistono in proposito strumenti di consultazione successivi volti a meglio calibrare la portata e il contenuto dell'atto di regolazione. Indicativo, in questa direzione, è l'art. 5, punto A dell'allegato A alla delibera n. 46 della Aeegsi.

Il rafforzamento della partecipazione nell'ambito dei procedimenti di regolazione ha una doppia funzione. In primo luogo si rafforza il contraddittorio e in secondo luogo la partecipazione degli operatori di mercato è molto utile, poiché riduce l'asimmetria informativa e la pluralità dei soggetti partecipanti contribuisce a evitare fenomeni di cattura del regolatore da parte delle imprese.

La partecipazione ai procedimenti ha una funzione di legittimazione dell'esercizio del potere da parte dell'autorità. E quindi la mancata attivazione delle garanzie partecipative produce illegittimità, poiché il potere viene esercitato senza che ricorrano i presupposti che legittimino il suo esercizio.

La questione è stata affrontata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1532 del 20 marzo 2015, dove il giudice è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di alcune misure adottate dalla Aeegsi, volte a contrastare i fenomeni di speculazione con il prezzo dell'energia elettrica nel mercato della Regione Sardegna. In particolare la Aeegsi aveva introdotto una regolamentazione dei prezzi a cui Terna S.p.a. doveva acquistare l'energia in eccesso dagli operatori attivi sul mercato dell'energia elettrica (c.d. attività di dispacciamento). Si tratta del c.d. mercato del giorno prima. Le misure adottate erano tese ad evitare che i trader dell'energia elettrica potessero acquistare energia in eccesso nel mercato del giorno prima al fine di rivenderla a Terna S.p.a. a un prezzo più alto di quello dell'acquisto.

La questione principale riguardava appunto il mancato svolgimento di una consultazione preventiva. E quindi il coinvolgimento nel procedimento di adozione delle misure impugnate dal ricorrente, ovvero da parte di un trader attivo nel mercato sardo.

4- Emerge quindi una differenza rilevante tra l'attività di regolazione e l'attività di amministrazione tradizionale. Infatti, nell'ambito dell'attività di regolazione, la mancata attivazione di garanzie procedurali, mentre nell'amministrazione tradizionale costituisce semplicemente un vizio formale e quindi sanabile, nell'attività di regolazione si ha una illegittimità insanabile dell'attività amministrativa.

Accanto alle garanzie partecipative, il giudice amministrativo ha imposto anche in capo alle autorità un obbligo di motivazione degli atti di regolazione, prevedendo una garanzia ulteriore rispetto a quelli disposti dalla legge sul procedimento amministrativo in relazione ai tradizionali atti amministrativi generali; dove l'art. 3 della l. n. 241/1990

dispone che la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

5- Le autorità indipendenti introducono spesso nell'esercizio della regolazione misure e strumenti non espressamente previsti dalla legge. Si pone quindi il problema se essi siano compatibili con il principio di legalità, nelle sue due declinazioni di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi.

Un primo tentativo di soluzione del problema è stato basato sulla teoria dei cosiddetti poteri impliciti, intendendosi per essi quei poteri non espressamente previsti dalla fonte che legittima le attività e le azioni del soggetto, ma che sono strumentali all'esercizio di poteri espressamente attribuiti a un determinato soggetto.

Si tratta peraltro di una problematica di teoria generale. Essa rileva ogni qualvolta o si ha una delega o un'attribuzione di competenze o poteri da un soggetto all'altro. Non è infatti un caso che il problema si sia posto originariamente in un ordinamento federale come quello degli Stati Uniti d'America o come quello dell'Unione europea, basato sul principio di attribuzione di competenze o di cessione della sovranità da parte degli Stati membri a favore dell'Unione.

In entrambi gli ordinamenti si presenta il problema dell'ambito di estensione della delega o dell'attribuzione di poteri da parte delle entità statali a strutture sovranazionali. La questione che si pone è, in entrambi i casi, quella di stabilire se i poteri e le competenze attribuite a entità sovranazionali siano solo quelli ad essa espressamente attribuiti oppure se l'ente Sovranazionale può esercitare anche altri poteri e competenze che si pongono come strumentali all'esercizio dei poteri espressamente attribuiti. Entrambi gli ordinamenti si sono indirizzati in questa seconda direzione.

La giurisprudenza amministrativa ha fatto ricorso alla teoria dei poteri impliciti per giustificare l'esercizio da parte dell'amministrazione di poteri, quali quelli cautelari ovvero di autotutela; e questo ben prima che questi poteri venissero codificati dalla normativa primaria. Allo stesso modo, il giudice amministrativo ha fatto ricorso alla teoria dei poteri impliciti al fine di far emergere il potere di revoca delle nomine dei vertici dell'organo vigilato come estrema ratio per la salvaguardia del funzionamento dell'organo sottoposto a vigilanza. La giurisprudenza ha, ad esempio, riconosciuto il potere del ministro dei Trasporti di rimuovere d'imperio i vertici degli organi direttivi delle autorità portuali, anche al di fuori delle due ipotesi previste dalla legge.

Il ricorso ai poteri impliciti accentua la tensione tra due diverse concezioni del principio di legalità.

Secondo una prima concezione del principio di legalità, i poteri esercitati dalle autorità indipendenti devono essere espressamente disciplinati dalla legge. A questa si oppone

quella meno rigorosa, adottata dalla prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui la determinazione legislativa dei poteri di regolazione attribuiti alle autorità indipendenti costituirebbe un ostacolo al perseguimento degli obiettivi di regolazione affidati alle stesse autorità (Consiglio di Stato, sezione Sesta n. 4874 del 2014) Ad esempio, il Consiglio di Stato sulla legittimità degli strumenti adottati da Aeegsi, al fine di garantire la parità di trattamento degli utenti di energia elettrica situati nelle isole minori, non interconnesse e quindi senza accesso al mercato libero, rispetto agli altri utenti del sistema nazionale che dal 2007 hanno avuto accesso al mercato libero. Le ricorrenti, fornitrici di energia elettrica nelle isole minori non interconnesse hanno contestato la legittimità delle misure in questione, sostenendo che il legislatore non avesse attribuito all'autorità il potere di adottare le misure impugnate. Il Consiglio di Stato ha sostenuto che il potere dell'autorità di adottare le misure contestate fosse esplicitamente previsto negli obiettivi di regolazione espressamente assegnate all'autorità, quali il perseguimento della più efficiente utilizzazione dell'energia elettrica prodotta, ovvero quello di assicurare che l'accesso al mercato sia accettato, nel rispetto del principio di concorrenza e della trasparenza, anche al fine di soddisfare tutte le ragionevoli esigenze degli utenti (Consiglio di Stato, sezione Sesta n. 4874/2014).

L'interprete nell'individuare i poteri impliciti, può seguire tre percorsi interpretativi tra loro complementari. In primo luogo, l'interprete deve sempre dimostrare il collegamento del potere implicito con un potere espresso ovvero a un obiettivo espressamente fissato dalla legge. Sono infatti poteri impliciti solo quelli collegati a un potere espresso.

In secondo luogo, è necessario stabilire la tipologia di relazione che deve sussistere tra il potere implicito e il potere e gli obiettivi espressamente predeterminati dalla legge. La sola strumentalità non basta, non potendo essa scongiurare il pericolo di un determinato potere autoattribuito.

In terzo luogo, esiste una riserva di previsione legislativa esplicita dei poteri di natura sanzionatoria ablatoria, di cui l'interprete deve tenere in considerazione ai fini dell'emersione di un potere implicito. Anche la giurisprudenza, infatti, ha ritenuto che nei confronti dei poteri ablatori non si può superare la valenza costituzionale del principio di generalizzata sottoposizione dell'azione amministrativa di tipo autoritativo a disposizioni legislative provviste di un livello sufficiente di tipizzazione (Tar Lombardia, Milano, sezione Sesta n. 683 del 2013. Quindi i poteri sanzionatori e ablatori possono essere esercitati solo se espressamente previsti da una norma di legge e non possono essere mai oggetto di emersione come potere implicitamente attribuiti a una determinata autorità di regolazione.

6- Quanto più grande è la cesura tra la legalità sostanziale tanto più penetrante diventa il sindacato del giudice amministrativo sulla regolazione. La garanzia del controllo

giurisdizionale svolge, in altri termini, un ruolo di controllo del modello di regolazione indipendente, che fa sì che il potere sia sotto controllo in un'ottica di controbilanciamento tra diversi centri di esercizio del potere.

Principale problematica che si pone in questo ambito è quello del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche effettuate dall'autorità di regolazione.

Emerge in proposito una differenza di fondo tra il sindacato giurisdizionale esercitato sugli atti di regolazione e quello esercitato sull'attività amministrativa tradizionale.

La differenza in questione riguarda l'oggetto dell'attività amministrativa sottoposta a controllo. La regolazione infatti consiste nello stabilire le <<regole del gioco>> in un determinato settore e quindi si tratta di attività relative alla formazione di regole e di comandi nei confronti degli attori attivi in un determinato mercato. L'attività amministrativa tradizionale riguarda invece il bilanciamento tra l'interesse pubblico con altri interessi relativi, ossia alla produzione di un'utilità concreta ovvero alla mancata produzione di un pregiudizio da parte dell'azione della pubblica amministrazione.

Nel caso dell'attività di regolazione la discrezionalità tecnica è più inerente alla scelta e alla creazione delle <<regole del gioco>> che alla loro applicazione.

L'analisi della giurisprudenza amministrativa relativa all'intensità del controllo giurisdizionale sulla regolazione indipendente dimostra che il giudice amministrativo ha sempre cercato di trovare un punto di equilibrio tra l'effettività della tutela e la natura tecnica e scientifica della regolazione indipendente.

In quest'ottica, la giurisprudenza amministrativa si è mossa da una iniziale posizione di << sindacato estrinseco>> sugli atti di regolazione a un modello di <<sindacato intrinseco>> a doppia intensità.

Si è ritenuto, infatti, che il controllo giurisdizionale doveva essere forte, ossia pieno e senza alcun ostacolo in tutti i casi in cui gli atti di regolazione non contenessero valutazioni tecnico scientifiche di tipo opinabile.

In ogni caso, la dicotomia tra sindacato debole e forte è stata superata dalla giurisprudenza amministrativa che ha approdato all'attuale posizione in cui il giudice svolge un controllo intrinseco sull'opera delle autorità indipendenti, volto a vagliare la correttezza e la coerenza dell'attività. Il sindacato giurisdizionale implica un controllo intrinseco del modello di regolazione scelto dalla autorità indipendente. L'analisi del giudice amministrativo è volta a verificare che l'applicazione concreta del modello di regolazione scelto dall'Autorità indipendente in un determinato caso, risulti comprensibile, attendibile secondo la scienza economica e immune da travisamento dei fatti, da vizi logici o da violazioni di regole normative (Consiglio di Stato, sezione terza, n. 3143 del 2016). Sono note le sentenze relative alle misure di regolazione adottate

dall'autorità per le garanzie nelle comunicazioni rispetto ai prezzi che Telecom Spa che, in qualità di soggetto con significativo potere di mercato nei mercati di accesso alla rete fissa, doveva applicare ai concorrenti che chiedevano l'accesso alla rete fissa.

In questo contesto, il giudice amministrativo ha chiarito che l'oggetto del controllo giurisdizionale è la <<falsificabilità>> e non già la <<falsità>> del modello scientifico prescelto dall'amministrazione. Con la conseguenza che la scelta della regola tecnica posta a base del modello di regolazione spetta all'autorità competente, mentre il giudice deve verificare che il modello prescelto sia poi effettivamente applicato coerentemente alle regole e principi propri di quel modello.

Si delinea un sindacato giurisdizionale sulla regolazione che rispecchia la differenza tra razionalità intrinseca dalla regola tecnico scientifica, poste a base del modello di regolazione e la scelta tra diverse regole tecnico scientifiche al fine del raggiungimento di un determinato obiettivo di regolazione.

Con riferimento al primo aspetto, il giudice svolge un sindacato giurisdizionale pieno e particolarmente penetrante sulla coerenza interna delle valutazioni tecniche poste a base del modello regolatorio adottato. Per il giudice amministrativo, il tecnicismo dei modelli posti alla base della regolazione indipendente non può essere un <<alibi>> per esercitare un controllo debole o estrinseco sul provvedimento regolatorio. La tecnica non può essere quindi una valida giustificazione per creare spazi sottratti al controllo giurisdizionale. La tecnica non deve essere una valida giustificazione alla mancata comprensione della regolazione da parte del giudice. Con la conseguenza che il giudice amministrativo non può ritenere irrazionale o illogica una misura regolatoria solo perché di difficile comprensione per i non addetti ai lavori. Il controllo giurisdizionale sugli atti della regolazione deve essere pertanto svolto con gli occhi dell'esperto e non con gli occhi del profano (Consiglio di Stato, sezione sesta, n.162 del 2016).

Tuttavia, il giudice non può invalidare la scelta di un determinato modello di regolazione solo perché ritiene che un altro modello alternativo a quello del regolatore, proposto attraverso i motivi di censura, sia più adatto al raggiungimento degli obiettivi di regolazione.

La scelta del modello o dell'ipotesi scientifica sottostante al provvedimento è sostanzialmente riservata all'amministrazione indipendente. Il giudice amministrativo può al massimo esercitare un controllo estrinseco di manifesta erroneità, illogicità o irragionevolezza della scelta effettuata. Questa posizione è stata espressa non solo nell'ambito del controllo giurisdizionale di legittimità, ma anche in sede di ottemperanza, dove è stato parimenti ritenuto che il giudice amministrativo non può sostituire il proprio modello scientifico a quello individuato dall'amministrazione. Così come normalmente avviene negli altri tipi di giudizi.

7- L'esercizio di poteri di natura regolatoria è un fenomeno che non si arresta alla dimensione degli ordinamenti nazionali, ma interessa in misura rilevante anche l'ordinamento dell'Unione europea. In proposito si registra un progressivo ricorso ad agenzie di regolazione per l'attuazione del diritto della Comunità e dell'Unione. Questo ha determinato il superamento di un sistema centrato sulla previsione di compiti amministrativi e di regolazione svolti da istituzioni nazionali in attuazione del diritto dell'Unione, con l'attribuzione di quei compiti alla stessa Unione europea. Nel settore dell'energia opera l'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (Ager). Essa non esercita solamente funzioni di coordinamento, ma può anche adottare decisioni a carattere vincolante attinenti al mercato europeo dell'energia e volte a favorire la convergenza delle attività di regolazione svolte dalle autorità di settore degli Stati membri.

Vi è stato un progressivo mutamento dei sistemi di regolazione europea.

Infatti si è affermata la dimensione composita che tiene insieme, attraverso meccanismi di interazione tra le autorità nazionali e la Commissione, il livello nazionale e quello europeo.

In questo contesto si amplia anche il ruolo dei giudici, e in particolare quello della Corte di giustizia europea, chiamata da un lato a verificare la tenuta sistematica di tale progressiva e sempre più ampia attribuzione di poteri e dall'altro a valutare la correttezza dei confini e modalità di esercizio.

Il primo problema si è posto a proposito dell'attualità della dottrina c.d. Meroni relativa al potere esercitato dalle Istituzioni comunitarie. La Corte ha previsto l'impossibilità di delegare poteri di regolazione discrezionale a soggetti diversi dalle Istituzioni europee per non alterare il sistema delle responsabilità. E ha ritenuto invece ammissibile la delega di poteri di esecuzione nettamente circoscritti.

In un caso rilevante, alcuni Stati membri hanno contestato l'attribuzione, riconosciuta dal proprio regolamento istitutivo del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che costituisce l'Autorità europea di vigilanza degli strumenti finanziari del mercato. Anche in una decisione successiva la Corte affronta i temi dei limiti dell'attribuzione di poteri alle istituzioni europee. In un caso specifico l'attribuzione dello specifico potere si basava su un atto della medesima autorità che lo avrebbe esercitato. La Banca centrale europea, infatti, con una propria decisione, illustrata in un comunicato stampa, decideva di affrontare un programma di sostegno economico alle economie degli Stati membri dell'eurozona.

Anche per la Corte di giustizia, il giudice ha il potere di valutare la coerenza e la ragionevolezza delle decisioni adottate, anche alla luce dell'istruttoria e delle

conseguenti valutazioni economiche complesse delle autorità di regolazione, ma il margine per discostarsi da queste valutazioni sembra molto esiguo.

Nel decreto legislativo n. 182/2015, art. 95, comma secondo, viene esclusa la possibilità per il giudice di ricorrere alla consulenza tecnica. Anche questo costituisce un'ulteriore conferma di tale arretramento.

Nell'ordinamento italiano l'utilizzo della consulenza tecnica era stato ritenuto pacificamente ammissibile anche nei giudizi amministrativi avverso gli atti delle autorità di regolazione. Una simile scelta di segno opposto da parte del giudice europeo, pur se circoscritta ad un preciso ambito applicativo, ossia quello dei giudizi relativi alle misure assunte per la gestione della crisi, è indice di una rimodulazione del rapporto tra regolatori e giudici sotto la spinta del diritto europeo.

Anche con riferimento alla tutela giudiziale di natura cautelare, le scelte del legislatore europeo sono orientate a circoscrivere i poteri di controllo giurisdizionale. La sospensione di una decisione dell'autorità competente viene infatti espressamente scoraggiata attraverso la presunzione, salva la prova contraria, che la sospensione disposta con il provvedimento cautelare del giudice si configuri come contrario all'interesse pubblico. Si tratta di una prova contraria molto difficile da fornire, che determina, di conseguenza, una vera e propria sterilizzazione dei poteri cautelari del giudice, la sostanziale intangibilità delle misure adottate dall'autorità di regolazione fino al termine del processo.

9- Concludo con il riferimento ad una recentissima sentenza della seconda sezione del Consiglio di Stato del 7 marzo 2024, n. 2255, dove l'autorità di regolazione per l'energia reti e ambiente aveva adottato una delibera con la quale aveva approvato il metodo tariffario rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025. Per la prima volta aveva fissato criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento e smaltimento dei rifiuti (cosiddette tariffe al cancello). L'autorità indipendente aveva seguito un approccio asimmetrico per riconoscere dei costi alla base delle tariffe di accesso a taluni impianti di trattamento e smaltimento dei rifiuti., distinguendo tra impianti integrati minimi e aggiuntivi. La stessa deliberazione aveva dettato i requisiti per l'individuazione degli impianti minimi, quali la presenza nelle filiere del trattamento e dello smaltimento di particolari categorie di rifiuti. Il fatto che tali impianti presenti sul territorio regionale abbiano già una capacità impegnata per flussi garantiti da strumenti di programmazione o da altri atti amministrativi ha indotto il Consiglio di Stato a ritenere che la qualificazione degli impianti minimi effettuata comporta che alcuni operatori vengono sottratti dall'ambito concorrenziale del mercato del trattamento e

smaltimento dei rifiuti per essere assoggettati alla pianificazione regionale dei flussi di rifiuti conferiti e alla fissazione autoritativa del prezzo.

Secondo il Consiglio di Stato si tratta di una misura regolatoria volta a fronteggiare le manifestazioni di potere economico dei titolari di impianti privati che eccede il mero svolgimento tecnico di modelli di razionalità tariffaria, sporgendo vistosamente rispetto al mandato legislativo che riguarda la sola determinazione autoritativa del prezzo sulla base dei costi efficienti. Nella sentenza si precisa che stabilire i confini tra attività riservate al settore pubblico, attività regolate, attività lasciate alla concorrenza nel mercato, così come orientare i mercati verso assetti più giusti limitando la spinta alla massimizzazione del profitto, spetta al decisore politico. Pertanto ha ritenuto sussistente il vizio di carenza di potere.

Roma, 12 maggio 2024

Prof. Gianpiero Paolo Cirillo

Già Presidente di sezione del consiglio di stato