

# L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Francesco Sclafani e Laura Zanettini

## 1. Premessa

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg) è stata istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, approvata appena tre anni dopo la trasformazione in società per azioni dell'Ente nazionale idrocarburi (Eni) e dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (Enel), gli enti pubblici economici fino ad allora preposti alla importazione, produzione e distribuzione di energia. La finalità della legge era di aprire alla concorrenza i mercati dell'elettricità e del gas, affidando ad un organo dotato di elevata professionalità e di indipendenza il compito di fissare le regole per il funzionamento dei mercati e di vigilare sulla applicazione di tali regole.

La questione dell'indipendenza dal potere politico ha sollevato un ampio dibattito tra studiosi di diritto ammi-

<sup>1</sup> La legge n. 481/1995 è intitolata *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*; l'Autorità è operativa dal 23 aprile 1997, data della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del regolamento di organizzazione e funzionamento. per un primo completo commento al testo della legge cfr. A. Bardusco, G. Caia e G. Di Gaspare (a cura di), *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Leggi civili commentate*, XXI, n. 2-3, Padova, Cedam, 1998; si vedano anche AA.VV., *Attività regolatoria e Autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Atti del convegno, Roma 2-3 febbraio 1996, Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica, 13, Milano, Giuffrè, 1996.

<sup>2</sup> Per una sintetica panoramica dei soggetti diversi dall'Autorità che, a livello comunitario e nazionale, incidono a vario titolo e con diverse modalità sulla disciplina dei mercati energetici si veda F. Sclafani, *Energia elettrica e gas*, in M. Clarich e F. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, il Sole-24 ore, 2007, pp. 258 ss.

nistrativo e costituzionale, in particolare sul deficit di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti, che si pongono al di fuori del circuito rappresentativo costituito da Parlamento e Governo e non sono perciò riconducibili al modello di amministrazione concepito dall'art. 95 Cost.<sup>3</sup>, ovvero una amministrazione che fa capo al Ministero, il quale risponde dinanzi al Parlamento dell'attività del proprio dicastero.

Come è stato evidenziato dalla dottrina<sup>4</sup>, l'indipendenza dal potere politico ha più giustificazioni. Innanzitutto essa mira a favorire gli investimenti privati di lungo periodo, garantendo stabilità e credibilità a decisioni regolatorie che sarebbero altrimenti influenzate dalla visione di breve periodo dei politici, condizionati dal ciclo elettorale<sup>5</sup>. In secondo luogo, poiché lo Stato, tramite il Mini-

<sup>3</sup> Per un dibattito a più voci sul tema si veda F.A. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001. Cfr. anche F. Merusi e M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003.

<sup>4</sup> M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 18.

<sup>5</sup> Lo ha notato di recente anche il giudice amministrativo, osservando che l'istituzione delle Autorità indipendenti risponde all'esigenza di «scongiurare il rischio (ampiamente invernatosi nel passato del nostro Paese), di una gestione "politica" della vita economica, gestione quest'ultima per sua intima natura "egoistica" giacché condizionata (secondo quanto appunto suggerito dall'esperienza) dall'interesse particolare delle formazioni politiche di volta in volta detentrici della maggioranza relativa» (Tar Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 10 aprile 2009, n. 3239). La Corte costituzionale ha invece precisato che l'Autorità «pur operando "in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione" (art. 2, comma 5) costituisce una "Autorità nazionale" (art. 2, comma 6) riconducibile alla materia della organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali: non v'è ragione per ritenere che tale posizione di indipendenza, ovvero il carattere "neutrale" (sentenza 20 gennaio 1991, n. 32) che le Autorità di tale natura in linea di principio assumono rispetto agli interessi cui sono preposte, possano produrre alterazioni dei criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l'esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali», con la conseguenza che all'Autorità possono essere attribuite le funzioni amministrative di cui lo Stato è titolare (Corte costituzionale, sentenza 27 marzo 2009, n. 88).

stero dell'economia e delle finanze, continua a mantenere partecipazioni significative nel capitale azionario dei privatizzati *incumbents*, pertanto l'indipendenza dal Governo è anche funzionale ad evitare il conflitto di interesse tra lo Stato proprietario e lo Stato regolatore, che potrebbe indurre a favorire le imprese sia pur parzialmente ancora in mano pubblica.

L'indipendenza è garantita in primo luogo sul piano organizzativo dalle disposizioni che disciplinano: i requisiti di «alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore» che devono avere i componenti<sup>6</sup>, le modalità di nomina *bipartisan*, la durata in carica di sette anni, più lunga rispetto al mandato parlamentare, l'inaffidabilità, il regime di incompatibilità, sia durante l'incarico che nei quattro anni successivi alla cessazione, il divieto di conferma<sup>7</sup>.

Essa è garantita anche sul piano funzionale da un autonomo sistema di finanziamento e dalla previsione secondo cui l'Autorità opera «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione»<sup>8</sup>. Sono tuttavia «fatte salve le funzioni di indirizzo nel settore spettanti al Governo»<sup>9</sup>, che nell'ambito del documento di programmazione economico-finanziaria individua anche «il quadro

<sup>6</sup> Art. 2, comma 8, legge n. 481/1995.

<sup>7</sup> Sulle garanzie organizzative di indipendenza dell'Aeeg si vedano A. La Spina e S. Cavatorto, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 185 ss.

<sup>8</sup> Art. 2, comma 5, legge n. 481/1995.

<sup>9</sup> Art. 2, comma 14, legge n. 481/1995. Sulla funzione di indirizzo comunque riservata al Governo cfr. anche: art. 1, comma 1, legge n. 481/1995, secondo cui, nel perseguimento delle finalità individuate dalla legge, l'Autorità deve tener conto degli «indirizzi di politica generale formulati dal Governo»; art. 1, comma 11, legge 23 agosto 2004, n. 239 sul *Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia*, in base al quale il Consiglio dei ministri può definire «indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi della legislazione vigente» e in sede di relazione annuale l'Autorità è tenuta a dar conto delle iniziative assunte in conformità ai predetti indirizzi (art. 1, comma 12, legge n. 239/2004).

di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese»<sup>10</sup>. La permanenza della funzione di indirizzo in capo al Governo ha sollevato un ampio dibattito in dottrina sulla natura indipendente o semi-indipendente dell'Autorità, dibattito alimentato dai più recenti interventi legislativi diretti a restituire alla politica spazi originariamente riservati all'Autorità<sup>11</sup>.

Un argine a quelli che sono stati efficacemente descritti come i «segni di riflusso» della politica sembra comunque venire dal diritto comunitario, che nelle direttive di seconda generazione, approvate nel 2003<sup>12</sup> e soprattutto nel terzo pacchetto di direttive comunitarie sulla liberalizzazione dei mercati energetici, approvato dal Parlamento europeo il 22 aprile 2009<sup>13</sup>, rimarca l'ac-

<sup>10</sup> Art. 2, comma 21, legge n. 481/1995.

<sup>11</sup> Sul dibattito originario fra i tanti si veda G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1997, pp. 645 ss., 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., pp. 3 ss. Sul dibattito più recente si veda M. De Bellis, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in «Rassegna giuridica dell'energia elettrica», 2004, pp. 401 ss. Per una sintetica panoramica degli interventi legislativi che ridimensionano i poteri dell'Autorità cfr. M. Clarich, *Verso il tramonto del modello di economia del mercato?*, in «Energia», 2008, 4, pp. 2 ss.

<sup>12</sup> Sono le direttive 2003/54/Ce in materia di energia elettrica e la direttiva 2003/55/Ce in materia di gas naturale.

<sup>13</sup> Il pacchetto si compone della direttiva 2009/72/Ce che modifica la direttiva 2003/54/Ce relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica; la direttiva 2009/73/Ce che modifica la direttiva 2003/55/Ce relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale; il regolamento (Ce) n. 713/2009 che istituisce una Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; il regolamento (Ce) n. 714/2009 che modifica il regolamento (Ce) n. 1228/2003 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica; il regolamento (Ce) n. 715/2009 che modifica il regolamento (Ce) n. 1775/2005 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale. Per un primo commento si veda E. Ciaralli, *I mercati europei dell'energia elettrica e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2008, 1, pp. 179 ss.

cento sull'indipendenza delle Autorità di regolazione, sia rispetto alle imprese regolate, sia e soprattutto rispetto al Governo, come uno degli elementi essenziali di una efficace regolazione proconcorrenziale<sup>14</sup>.

## 2. *Le funzioni*

La legge n. 481/1995 costituisce la normativa fondamentale sui poteri dell'Autorità. Tuttavia, invece di stabilire in modo analitico gli obblighi e i divieti che incombono sugli operatori economici e dettare una disciplina organica degli strumenti di intervento da parte dell'Autorità, essa introduce solo alcune regole di comportamento per le imprese – regole che spetta all'Autorità concretizzare di volta in volta – e fissa una serie di principi e di finalità ai quali l'Autorità deve attenersi e perseguire nello svolgimento della sua attività<sup>15</sup>.

La formulazione della legge n. 481/1995 è emblematica di quella che la dottrina ha chiamato la crisi della legalità sostanziale, ovvero l'incapacità del legislatore, soprattutto in settori caratterizzati da una rapida evoluzione tecnologica e di mercato, di stabilire un sistema completo di regole di comportamento e la sua tendenza ad attribuire alle autorità pubbliche poteri normativi e amministrativi molto ampi, il cui limite è spesso rappresentato soltanto dalla finalità pubblica da perseguire<sup>16</sup>. Lo stesso

<sup>14</sup> Sull'influenza esercitata dal diritto comunitario sulla indipendenza dei regolatori nazionali dei mercati energetici si veda L. Zanettini, *L'indipendenza delle Autorità di regolazione dei mercati energetici*, in «Energia», 2009, 1, pp. 40 ss.

<sup>15</sup> G. Vesperini e G. Napolitano (a cura di), *Le Autorità indipendenti: norme, procedimento e giudice*, Quaderni dell'Istituto giuridico della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi della Tuscia, n. 4/1998, Viterbo, Agnesotti, 1998; G. Napolitano, *Le Autorità per l'energia e le comunicazioni e rischi di un eccesso di regolazione*, in G. De Caprariis e G. Vesperini (a cura di), *L'Italia da semplificare: le regole e le procedure*, Bologna, Il Mulino, 1998.

<sup>16</sup> M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 155 ss.

giudice amministrativo ha definito la legge n. 481/1995 un «programma legislativo aperto», «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»<sup>17</sup>, continuando ad alimentare un dibattito dottrinario oltre che giurisprudenziale, sul rispetto del principio di legalità e sui c.d. poteri impliciti<sup>18</sup>.

Le finalità che in base alla legge n. 481/1995 devono orientare l'attività dell'Autorità sono: la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità; la garanzia di adeguati livelli di qualità; la diffusione e fruizione dei servizi; la definizione di un sistema tariffario certo e trasparente; la tutela degli interessi di utenti e consumatori<sup>19</sup>.

Oltre alla legge istitutiva, le altre fonti normative che riguardano l'attività dell'Autorità sono: il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, di attuazione della direttiva 96/92/Ce sul settore elettrico (decreto Bersani)<sup>20</sup>; il d.lgs. 23 maggio 2000,

<sup>17</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827, che nel rigettare la censura di una impresa di carenza di potere precisa che «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».

<sup>18</sup> In dottrina cfr. E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 165 ss. e G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, Milano, Giuffrè, 2008. In giurisprudenza si veda: Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze 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; Tar Lombardia, Sez. IV, sentenze 30 luglio 2007, n. 5469; 6 febbraio 2006, n. 246; 20 giugno 2005, n. 1846.

<sup>19</sup> Art. 1, comma 1, legge n. 481/1995.

<sup>20</sup> F. Di Porto, *Il decreto Bersani (d.lgs. n. 79/1999). Profili concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in «Concorrenza e mercato», 2000, 8, Milano, Giuffrè, pp. 407 ss.; G. Avanzini, *Il sistema*

n. 164, di attuazione della direttiva 98/30/Ce sul settore del gas (decreto Letta)<sup>21</sup>, contenenti una articolata disciplina di liberalizzazione dei mercati; la legge 23 agosto 2004, n. 239, di riordino del settore energetico (legge Marzano)<sup>22</sup>; il d.l. 18 giugno 2007, n. 73, convertito in legge 3 agosto 2007, n. 125, di attuazione di alcune disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia<sup>23</sup>.

Ai sensi dell'art. 2, comma 5, legge n. 481/1995 l'Autorità è preposta «alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza», ovvero esercita sia una funzione di regolazione, attraverso l'adozione di atti normativi ad efficacia generale che definiscono le regole di funzionamento del mercato<sup>24</sup>, sia una funzione di controllo e garanzia, attraverso l'emanazione di provvedimenti individuali diretti a verificare ed assicurare il rispetto delle regole<sup>25</sup>.

*elettrico in Italia*, in E. Ferrari (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, Giuffrè, 2000; G.G. Gentile, *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell'intervento pubblico*, in «Rassegna giuridica dell'energia elettrica», 1999, pp. 285 ss.; M. Gola, *L'organizzazione pubblica del mercato elettrico*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1999, pp. 509 ss.

<sup>21</sup> C. Cazzola, «*La volpe e il coniglio*»: monopolio e concorrenza nel mercato del gas naturale in Italia, in «Mercato Concorrenza Regole», 2000, pp. 329 ss.; M. Polo e C. Scarpa, *Gas, quanta concorrenza passerà attraverso i tubi?*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2000, pp. 363 ss.

<sup>22</sup> M. De Bellis, *La legge di riordino del settore energetico*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, 8, pp. 831 ss.

<sup>23</sup> P. Cirielli, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2008, 3, pp. 280 ss. e F. Polettoni, *Nuove misure per la promozione della concorrenza nel mercato energetico*, in «Diritto industriale», 2007, 6, pp. 567-568.

<sup>24</sup> S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002, p. 149.

<sup>25</sup> I commi 12 e 20 dell'art. 2, legge n. 481/1995 contengono un lungo elenco di poteri, peraltro non esaustivo. Sulla tipologia di poteri esercitati si veda F. Di Porto, *Un'Autorità regolatrice secondo il modello normativo e qualche variante (Autorità per l'energia elettrica e il gas)*, in S. Valentini (a cura di), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 157 ss.; E. Picozza e A. Colavecchio, *Energie*, in G. Corso e V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le ri-*

La funzione di regolazione consiste nel disegnare le regole di funzionamento del mercato e ha ad oggetto: le condizioni tecniche e quelle economiche (tariffe) di accesso e di interconnessione alle reti<sup>26</sup>; la separazione contabile ed amministrativa tra le attività svolte dalle imprese verticalmente integrate<sup>27</sup>, nonché la separazione funzionale<sup>28</sup>; la produzione ed erogazione dei servizi e in particolare «i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente»<sup>29</sup>; i progetti di risparmio energetico<sup>30</sup>; gli impianti di energia elettrica ali-

*forme costituzionali, Parte speciale*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 140 ss.; F. Vetrò, *Le Autorità indipendenti di regolazione: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in «Rassegna giuridica dell'energia elettrica», 2001, pp. 465 ss. Sull'attività svolta dall'Autorità e le prospettive di sviluppo, cfr. A. Ortis, *I nodi della regolazione dei comparti energetici*, in S. Mariotti e P.G. Torrani (a cura di), *Energia e comunicazioni. Le Autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 96 ss.

<sup>26</sup> Art. 2, comma 12, lett. d), legge n. 481/1995. In particolare l'Autorità determina e aggiorna le condizioni tecnico-economiche relative all'accesso a trasmissione e dispacciamento, e distribuzione dell'elettricità (art. 3, commi 1 e 3 e art. 9, comma 1, d.lgs. n. 79/1999) e le tariffe, ovvero le condizioni economiche, per l'accesso a trasporto, dispacciamento, stoccaggio, rigassificazione e distribuzione del gas (art. 23, comma 2, d.lgs. n. 164/2000). In relazione allo stoccaggio del gas l'Autorità fissa anche i criteri e le priorità di accesso (art. 12, comma 7, d.lgs. n. 164/2000). Ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, recante *Attuazione della direttiva 2001/77/Ce relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*, l'Autorità emana direttive relative alle condizioni tecniche ed economiche per l'erogazione del servizio di connessione alla rete elettrica degli impianti alimentati da fonti rinnovabili. Sui poteri tariffari si veda anche art. 1, comma 1, art. 2, comma 12, lett. e) e commi 17 e 18, legge n. 481/1995.

<sup>27</sup> Art. 2, comma 12, lett. f), legge n. 481/1995.

<sup>28</sup> Art. 1, comma 1, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, convertito in legge 3 agosto 2007, n. 125.

<sup>29</sup> Art. 2, comma 12, lett. b), legge n. 481/1995. Ai sensi dell'art. 2, comma 37, legge n. 481/1995 tali direttive dell'Autorità «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» predisposto dal soggetto esercente il servizio.

<sup>30</sup> Art. 5, comma 5, d.m. 20 luglio 2004 recante *Nuova individuazio-*



mentati da fonti assimilate alle fonti rinnovabili<sup>31</sup>; la cogenerazione<sup>32</sup>; le condizioni standard di erogazione dell'elettricità e del gas e, in via transitoria, i prezzi di riferimento per le forniture di elettricità e gas ai clienti domestici e ai piccoli imprenditori (servizio di maggior tutela e salvaguardia) che le imprese di distribuzione o vendita sono tenute ad indicare tra le proprie offerte commerciali<sup>33</sup>.

La funzione di controllo e garanzia consiste nel far rispettare le regole di funzionamento del mercato. In particolare l'Autorità verifica il rispetto delle condizioni di accesso alle reti<sup>34</sup> e più in generale lo svolgimento dei servizi, attraverso l'esercizio di «poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non ri-

*ne degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico e sviluppo delle fonti rinnovabili, di cui all'art. 16, co. 4, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 e art. 5, comma 5, d.m. 20 luglio 2004 recante Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi nazionali di incremento dell'efficienza energetica degli usi finali ai sensi dell'articolo 9, co. 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79.*

<sup>31</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma 14 e dell'art. 3, comma 1, legge n. 481/1995 sono trasferite all'Autorità le funzioni amministrative esercitate da organi statali e da altri enti e amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, relative alle sue attribuzioni. Il provvedimento Cip n. 6/1992 definisce la condizione tecnica in presenza della quale fonti non rinnovabili come i combustibili fossili sono assimilate alle fonti rinnovabili al fine della concessione di contributi pubblici, disciplina la procedura di controllo del rispetto della predetta condizione tecnica e il trattamento economico dell'energia elettrica prodotta da impianti alimentati da fonti assimilate alle rinnovabili. La nuova disciplina della procedura di controllo e del trattamento economico è ora dettata dall'Autorità (si veda ad esempio delibera 25 febbraio 1999, n. 27/1999).

<sup>32</sup> Art. 2, comma 8, d.lgs. n. 79/1999, ai sensi del quale la cogenerazione è «la produzione combinata di energia elettrica e calore alle condizioni definite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che garantiscano un significativo risparmio di energia rispetto a produzioni separate».

<sup>33</sup> Art. 1, comma 3, d.l. n. 73/2007. Sulla conformità al diritto comunitario di tale previsione legislative si veda *infra*, par. 6.

<sup>34</sup> Art. 2, comma 12, lett. c), legge n. 481/1995.

spetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli quantitativi inferiori» a quelli previsti<sup>35</sup>. Nell'ambito del controllo sulla separazione contabile e amministrativa «verifica i costi delle singole prestazioni per assicurare, tra l'altro, la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza»<sup>36</sup>. Richiede ai soggetti esercenti i servizi le informazioni e i documenti sulle loro attività<sup>37</sup>, li diffida a cessare i comportamenti lesivi dei diritti degli utenti e impone il pagamento di indennizzi<sup>38</sup>. Irroga sanzioni amministrative pecuniarie nei casi di violazione delle proprie delibere e di mancata comunicazione delle informazioni e dei documenti richiesti<sup>39</sup>. Verifica la conformità ai criteri tariffari delle proposte di aggiornamento delle tariffe annualmente presentate<sup>40</sup>. Valuta «reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali [l'Autorità] interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio» predisposto dal gestore<sup>41</sup>. Risolve le controversie tra utenti ed esercenti attraverso procedure di conciliazione

<sup>35</sup> Art. 2, comma 12, lett. *g*), legge n. 481/1995. Si veda anche: art. 2, comma 12, lett. *n*), sulla verifica della «congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti il servizio al fine di assicurare la parità di trattamento degli utenti, garantire la continuità della prestazione dei servizi e l'efficacia delle prestazioni [...]»; art. 2, comma 12, lett. *p*), sul controllo dell'adozione della carta dei servizi; art. 20, lett. *b*), legge n. 481/1995, sul controllo dell'esercizio dei servizi in concessione.

<sup>36</sup> Art. 2, comma 12, lett. *f*), legge n. 481/1995.

<sup>37</sup> Art. 2, comma 20, lett. *a*), legge n. 481/1995.

<sup>38</sup> Art. 2, comma 20, lett. *d*), legge n. 481/1995. Ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. *e*), l'Autorità può inoltre adottare «nell'ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio».

<sup>39</sup> Art. 2, comma 20, lett. *c*), legge n. 481/1995.

<sup>40</sup> Art. 2, comma 12, lett. *f*), legge n. 481/1995.

<sup>41</sup> Art. 2, comma 12, lett. *m*), legge n. 481/1995.

o di arbitrato<sup>42</sup> e quelle tra gestori della rete e titolari di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili<sup>43</sup>.

Alle funzioni di regolazione e di garanzia e controllo va poi aggiunta la funzione di impulso e consultiva, che consiste nella formulazione di proposte, segnalazioni e pareri, indirizzati soprattutto al Governo e al Parlamento<sup>44</sup>. L'Autorità propone ad esempio al Governo le modifiche normative necessarie in relazione alle dinamiche tecnologiche, alle condizioni del mercato e all'evoluzione della normativa comunitaria<sup>45</sup>; formula proposte al Ministro dello sviluppo economico e al Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali per l'individuazione degli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas<sup>46</sup>; esprime parere obbligatorio ma non vincolante nell'ambito del procedimento per la definizione della rete nazionale di gasdotti<sup>47</sup>; presenta annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio una relazione sullo stato dei servizi e sull'attività svolta<sup>48</sup>. L'Aeeg è inoltre tenuta a segnalare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato eventuali intese restrittive della concorrenza o abusi di posizione dominante nei mercati energetici<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma 24, lett. b), legge n. 481/1995 con regolamento governativo vengono disciplinati i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento delle procedure di conciliazione e di arbitrato; tale disposizione non ha tuttavia ancora avuto attuazione. Fanno riferimento ai poteri dell'Autorità di risoluzione delle controversie anche: art. 5, comma 3, d.lgs. n. 79/1999.

<sup>43</sup> Art. 14, comma 2, lett. f-ter), d.lgs. n. 387/2003 e delibera dell'Autorità, 16 settembre 2008, n. Arg/elt/123/08.

<sup>44</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma 6, legge n. 481/1995 l'Autorità svolge «attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza anche ai fini della definizione, del recepimento e della attuazione della normativa comunitaria».

<sup>45</sup> Art. 2, comma 12, lett. a), legge n. 481/1995.

<sup>46</sup> Art. 46-bis, comma 2, d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, recante *Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale*, convertito in legge 29 novembre 2007, n. 222.

<sup>47</sup> Art. 9, d.lgs. n. 164/2000.

<sup>48</sup> Art. 2, comma 12, lett. i), legge n. 481/1995.

<sup>49</sup> Art. 2, comma 33, legge n. 481/1995.

Infine è stato recentemente attribuito all'Aeeg un compito che esula dalle sue tradizionali competenze in materia energetica: quello di vigilare sulla puntuale osservanza del divieto di traslazione della maggiorazione dell'Ires<sup>50</sup> sui prezzi al consumo praticati dalle maggiori imprese che operano nei settori dell'energia elettrica, del gas e petrolifero (vigilanza sulla c.d. *Robin Hood Tax*).

### 3. *La funzione di regolazione*

Nelle pagine precedenti è stata utilizzata una definizione giuridica di regolazione, intesa come adozione di atti normativi ad efficacia generale che definiscono le regole di funzionamento del mercato. Per analizzare l'attività svolta dall'Aeeg è utile tener conto anche di un'altra definizione, elaborata dagli studiosi di analisi economica del diritto, secondo cui la regolazione, precisamente quella economica, indica l'insieme degli interventi operati dallo Stato nell'economia per correggere i c.d. fallimenti o insuccessi del mercato, ovvero le situazioni nelle quali il libero esplicarsi della domanda e dell'offerta non conducono ad una allocazione efficiente delle risorse<sup>51</sup>.

L'Aeeg è un'Autorità di regolazione che interviene nei mercati dell'energia elettrica e del gas per correggere almeno due *market failures*.

Il primo è l'esistenza di monopoli naturali – rappre-

<sup>50</sup> Imposta sul reddito delle società su cui è prevista un'addizionale di 5,5 punti percentuali per i soggetti che hanno conseguito un volume di ricavi superiore a 25 milioni di euro (art. 81, comma 16, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133). L'Aeeg ha esercitato tale potere con le delibere Arg/com 91/08, Vis 109/08 e Vis 111/08.

<sup>51</sup> G. Fonderico, *Regolazione economica (diritto della)*, in M. Clarich e G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, Il Sole-24 Ore, 2008, pp. 596 ss. Sui fondamenti della regolazione e le varie teorie della regolazione si veda A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 117 ss.

sentati dai segmenti delle reti che non è economicamente efficiente duplicare – e la conseguente tendenza del monopolista a fissare prezzi di offerta del suo servizio, in questo caso rappresentato dall'accesso alla rete, maggiori rispetto a quelli che si formerebbero in un mercato concorrenziale. Tale tendenza è più marcata nelle ipotesi, frequenti nel settore dell'energia, in cui il gestore della rete opera anche nei segmenti di mercato aperti alla concorrenza ed è pertanto incline a discriminare le imprese concorrenti che hanno bisogno di accedere alla rete per svolgere la propria attività. Il rischio è infatti quello di comportamenti opportunistici da parte del gestore, che si trova in una evidente posizione di conflitto di interessi.

Il secondo è rappresentato dalle asimmetrie informative, che caratterizzano i rapporti tra imprese che operano nei mercati energetici e i clienti finali.

In relazione all'oggetto sul quale incidono, i poteri regolatori dell'Aeeg sono attualmente riconducibili a due categorie principali, corrispondenti alle due menzionate tipologie di intervento dello Stato nel mercato: da un lato la regolazione della rete, dall'altro la regolazione del servizio<sup>52</sup>.

### 3.1. *La regolazione della rete*

Nell'ambito della regolazione della rete si può ulteriormente distinguere a seconda che i poteri esercitati dall'Autorità abbiano ad oggetto l'accesso alla rete o l'*unbundling*, cioè la separazione tra le attività di gestione della rete e le altre attività della filiera elettrica e del gas gestite in concorrenza, ovvero quelle a monte, di produzione, importazione e quelle a valle, di fornitura dell'energia.

La regolazione dell'accesso alla rete si rende necessaria perché nei mercati liberalizzati l'unica rete esistente

<sup>52</sup> Ma si veda anche la regolazione dell'efficienza energetica, a tutela dell'ambiente.

deve essere utilizzata da una pluralità di soggetti per l'erogazione del servizio<sup>53</sup>. Al fine di garantire una concorrenza effettiva il legislatore nazionale, in recepimento delle direttive comunitarie, impone alle imprese che hanno la disponibilità di infrastrutture energetiche «l'obbligo di permettere l'accesso al sistema a coloro che ne facciano richiesta»<sup>54</sup>.

Le condizioni tecniche ed economiche alle quali l'accesso deve avvenire non sono autonomamente negoziate tra le parti, ma sono fissate dall'Autorità in modo da «garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, la massima imparzialità e la neutralità» dell'utilizzo della rete<sup>55</sup>. Le condizioni economiche sono anche indicate con il termine tariffe.

Finora si è parlato di accesso «alla rete», ma è più corretto parlare di accesso «alle reti», ovvero alle porzioni di rete che, per effetto della liberalizzazione, hanno assunto rilievo giuridico ed economico autonomo. Così nella filiera del gas le tariffe determinate dall'Autorità<sup>56</sup> riguardano l'accesso: alla rete di trasporto<sup>57</sup> (e al dispac-

<sup>53</sup> Sul tema si veda G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in Associazione italiana professori di diritto amministrativo, *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Annuario Aipda, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>54</sup> È quanto stabilisce, per le imprese del gas naturale, l'art. 24, comma 1, d.lgs. n. 164/2000 ma il principio è valido anche per le imprese elettriche titolari di infrastrutture. Si veda l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 79/1999, che sancisce in capo al gestore della rete di trasmissione nazionale «l'obbligo di connettere alla rete di trasmissione nazionale tutti i soggetti che ne facciano richiesta» e art. 9, comma 1, d.lgs. n. 79/1999 in base al quale le «imprese distributrici hanno l'obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta». L'obbligo di consentire l'accesso alla rete non è un obbligo assoluto: la normativa nazionale e comunitaria prevedono ipotesi nelle quali esso è escluso o limitato (cfr. art. 24, comma 2, d.lgs. n. 164/2000 e art. 1, commi 17 ss., legge n. 239/2004).

<sup>55</sup> Art. 24, comma 5, d.lgs. n. 164/2000 e in termini analoghi art. 3, comma 3, d.lgs. n. 79/1999.

<sup>56</sup> Art. 23, commi 3 e 4, d.lgs. n. 164/2000.

<sup>57</sup> Esclusi i gasdotti di coltivazione e le reti di distribuzione (art. 2, comma 1, lett. *ii*), d.lgs. n. 164/2000).

ciamento<sup>58</sup>), ai giacimenti di stoccaggio (che può essere di modulazione<sup>59</sup>, minerario<sup>60</sup> o strategico<sup>61</sup>), agli impianti di gas naturale liquefatto<sup>62</sup> e alle reti di distribuzione<sup>63</sup>. Nella filiera elettrica le tariffe di accesso regolato<sup>64</sup> sono quelle relative alla rete di trasmissione<sup>65</sup> e alle reti di distribuzione<sup>66</sup>.

Secondo la definizione contenuta nella legge istitutiva dell'Aeeg, le tariffe sono «i prezzi massimi unitari dei servizi al netto delle imposte»<sup>67</sup>, dove per servizio si intende l'accesso e l'uso della rete per trasportare, stoccare o distribuire il gas, oppure per trasmettere o distribuire l'energia elettrica.

Il potere tariffario è esercitato attraverso un atto ad efficacia generale, di durata quadriennale, che stabilisce la tariffa base, nonché i parametri e gli altri elementi di rife-

<sup>58</sup> È «l'attività diretta ad impartire disposizioni per l'utilizzazione e l'esercizio coordinato degli impianti di coltivazione, di stoccaggio, della rete di trasporto e di distribuzione e dei servizi accessori» (art. 2, comma 1, lett. *j*), d.lgs. n. 164/2000).

<sup>59</sup> È lo «stoccaggio finalizzato a soddisfare la modulazione dell'andamento giornaliero, stagionale e di punta dei consumi» (art. 2, comma 1, lett. *ff*), d.lgs. n. 164/2000).

<sup>60</sup> È lo «stoccaggio necessario per motivi tecnici ed economici a consentire lo svolgimento ottimale della coltivazione di giacimenti di gas naturale nel territorio italiano» (art. 2, comma 1, lett. *gg*), d.lgs. n. 164/2000).

<sup>61</sup> È lo «stoccaggio finalizzato a sopperire a situazioni di mancanza o riduzione degli approvvigionamenti o di crisi del sistema del gas» (art. 2, comma 1, lett. *hb*), d.lgs. n. 164/2000).

<sup>62</sup> L'impianto di Gnl è «l'impianto utilizzato per le operazioni di liquefazione del gas naturale, o di scarico, stoccaggio e rigassificazione di Gnl» (art. 2, comma 1, lett. *p*), d.lgs. n. 164/2000).

<sup>63</sup> Sono «le reti di gasdotti locali» nelle quali il gas viene trasportato «per la consegna ai clienti» (art. 2, comma 1, lett. *n*), d.lgs. n. 164/2000).

<sup>64</sup> Art. 3, comma 10 e art. 9, comma 1, d.lgs. n. 79/1999.

<sup>65</sup> È «il complesso delle stazioni di trasformazione e delle linee elettriche di trasmissione ad alta tensione sul territorio nazionale gestite unitariamente» (art. 2, comma 20, d.lgs. n. 79/1999).

<sup>66</sup> Sono le «reti [...] a media e bassa tensione per le consegne ai clienti» (art. 2, comma 14, d.lgs. n. 164/2000).

<sup>67</sup> Art. 2, comma 17, legge n. 481/1995. In realtà la definizione data dal legislatore del 1995 non riguardava i servizi di accesso e uso della rete, bensì quelli di fornitura dell'elettricità e del gas ai clienti.

rimento<sup>68</sup> sulla base dei quali procedere all'aggiornamento della tariffa base, che invece è effettuato annualmente, all'esito di procedimenti individuali avviati su istanza delle imprese interessate<sup>69</sup>. Si tratta di un atto ablatorio del potere dell'imprenditore titolare della rete di stabilire autonomamente i prezzi di accesso e di utilizzo della stessa<sup>70</sup>.

Il metodo di calcolo della tariffa base e dei successivi aggiornamenti è quello del *price cap*, definito come il «limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale»<sup>71</sup>. Esso mira ad incentivare il gestore della rete ad aumentare la propria produttività riducendo i costi di gestione<sup>72</sup>.

Le finalità perseguite attraverso il potere tariffario sono almeno due<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Art. 2, comma 12, lett. e), legge n. 481/1995. I parametri di riferimento sono: l'obiettivo di variazione del tasso annuale di produttività, fissato con cadenza triennale e il tasso di variazione medio annuo dell'inflazione (art. 2, comma 18, lett. a) e b), legge n. 481/1995). Gli «altri elementi» che l'Autorità deve considerare ai fini della determinazione dei prezzi di accesso sono: il «recupero di qualità del servizio rispetto a standard prefissati per un periodo almeno triennale»; i «costi derivanti da eventi imprevedibili ed eccezionali, da mutamenti del quadro normativo o dalla variazione degli obblighi relativi al servizio universale»; i «costi derivanti dall'adozione di interventi volti al controllo e alla gestione della domanda attraverso l'uso efficiente delle risorse» (art. 2, comma 19, rispettivamente lett. a), b) e c), legge n. 481/1995).

<sup>69</sup> Art. 2, comma 12, lett. f), seconda parte, legge n. 481/1995.

<sup>70</sup> In questo senso Tar Lombardia, Sez. II, sentenza 31 gennaio 2001, n. 697.

<sup>71</sup> Art. 2, comma 18, legge n. 481/1995.

<sup>72</sup> Sui problemi che l'applicazione del *price cap* solleva M. Carassiti e D. Lanzi, *Regolamentazione «price cap» e problemi di efficienza*, in «L'industria», 2000, 2, pp. 289 ss.

<sup>73</sup> In questo senso si veda E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici. Il caso dell'energia elettrica e del gas*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 47 ss. in relazione alle tariffe di accesso alle infrastrutture del gas, ma con argomentazioni che possono essere estese anche all'accesso alle reti elettriche. Peraltro la legge n. 481/1995 stabilisce che il potere tariffario deve essere esercitato «in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse» (art. 2, comma 12, lett. e).



La prima è quella di promuovere la concorrenza e garantire che «l'accesso alla rete sia fornito senza discriminazioni, in modo trasparente e a prezzi ragionevoli»<sup>74</sup>, per cui il sistema tariffario deve essere «certo, trasparente e basato su criteri predefiniti»<sup>75</sup>. In sostanza le imprese che producono, importano e/o vendono elettricità o gas e non sono collegate con l'impresa che gestisce la rete devono essere in condizione di conoscere in anticipo i prezzi di accesso e ricevere lo stesso trattamento che il gestore riserva alle proprie imprese<sup>76</sup>. Dall'altro, occorre arginare la tendenza del monopolista a fissare prezzi superiori a quelli che si formerebbero in regime di concorrenza, prezzi inevitabilmente destinati ad essere scaricati sul prezzo finale di fornitura dell'elettricità e del gas. La seconda finalità è quella di evitare l'eccessiva onerosità delle tariffe di accesso. Le scelte tariffarie dell'Autorità devono quindi tener conto sia dell'interesse delle imprese concorrenti che dell'interesse dei clienti finali.

Il d.lgs. n. 164/2000 introduce ulteriori vincoli alla determinazione tariffaria in relazione alle infrastrutture del gas<sup>77</sup>, prescrivendo ad esempio che i prezzi di accesso

<sup>74</sup> Considerando 6, direttiva 2003/54/Ce e considerando 7, direttiva 2003/55/Ce.

<sup>75</sup> Art. 1, comma 1, legge n. 481/1995.

<sup>76</sup> Per tale ragione le tariffe e le modalità di calcolo devono essere pubblicate prima della loro entrata in vigore (art. 20, par. 1, direttiva 2003/54/Ce e art. 18, par. 1, direttiva 2003/55/Ce).

<sup>77</sup> Ai sensi dell'art. 23, comma 3, le tariffe di trasporto del gas «tenono conto in primo luogo della capacità impegnata e della distanza di trasporto, e in secondo luogo della quantità trasportata indipendentemente dalla distanza; le tariffe relative al trasporto sulla rete nazionale ai gasdotti sono determinate in relazione ai punti di entrata e di uscita da tale rete, tenendo conto della distanza di trasporto in misura equilibrata». Inoltre le tariffe per il trasporto e il dispacciamento e quelle per lo stoccaggio non devono «penalizzare le aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali, ed in particolare le aree del Mezzogiorno», ovvero devono promuovere una fruizione omogenea sul territorio nazionale, senza essere ancorate al criterio della corrispondenza con i costi. Quelle per lo stoccaggio e per l'utilizzo dei terminali di Gnl invece «devono permettere il loro sviluppo, incentivando gli investimenti per il potenziamento delle rispettive capacità»; mentre le tariffe per la distribuzione

a tutti i segmenti della filiera siano tali da assicurare «una congrua remunerazione del capitale investito»<sup>78</sup>. Si tratta di un principio che, sebbene non espresso in termini altrettanto chiari nel d.lgs. n. 79/1999, vale anche per l'accesso alle infrastrutture elettriche e la sua applicazione da parte dell'Autorità ha alimentato un ampio contenzioso. Sia il Tar che il Consiglio di Stato hanno sottolineato l'esigenza che nella determinazione dei costi di realizzazione e gestione delle infrastrutture ai fini del loro riconoscimento in tariffa l'Autorità faccia riferimento ai costi effettivamente sostenuti dalle imprese interessate, piuttosto che ai costi teorici di una impresa astratta<sup>79</sup>. È tuttavia ragionevole ritenere che, conformemente a quanto

del gas «tengono conto della necessità di remunerare iniziative volte ad innalzare l'efficienza di utilizzo dell'energia e a promuovere l'uso delle fonti rinnovabili, la qualità, la ricerca e l'innovazione finalizzata al miglioramento del servizio» (art. 23, comma 3, d.lgs. n. 164/2000). Per quanto riguarda la rete elettrica, indicazioni sull'esercizio del potere tariffario più puntuali rispetto a quelle contenute nella legge n. 481/1995 e nel d.lgs. n. 79/1999 sono dettate all'art. 1-*quinquies*, comma 7, d.l. 29 agosto 2003, n. 239, recante *Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica*, convertito in legge 27 ottobre 2003, n. 290. Questo dispone che l'Autorità deve determinare «le tariffe di remunerazione delle reti di trasporto e di distribuzione [...] anche al fine di garantire le esigenze di sviluppo del servizio elettrico, adottando criteri che includano la rivalutazione delle infrastrutture, un valore del tasso di rendimento privo di rischio almeno in linea con quello dei titoli di Stato a lungo termine, nonché una simmetrica ripartizione tra utenti e imprese delle maggiori efficienze realizzate rispetto agli obiettivi definiti con il meccanismo del *price cap* [...]».

<sup>78</sup> Art. 23, comma 2, d.lgs. n. 164/2000. La dottrina ha osservato che la definizione del tasso di rendimento comporta la ponderazione di due interessi pubblici opposti: quello al contenimento della tariffa di accesso e quello di non disincentivare la realizzazione di nuove infrastrutture (così E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici*, cit., p. 51). In dottrina si vedano L. Cavallo e G. Coco, *La remunerazione del capitale investito nelle imprese soggette a regolazione*, in «Economia pubblica», 2002, 4, pp. 175 ss.

<sup>79</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenze 1° ottobre 2002, n. 5105 e 10 aprile 2003, n. 1921 per il settore elettrico; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 23 ottobre 2001, n. 567 in termini generali; Tar Milano, Sez. II, sentenza n. 4659/2001 e n. 6690/2001 per il settore del gas.

previsto dal diritto comunitario, per essere ammessi al recupero tariffario i costi effettivi debbano comunque corrispondere «a quelli di un gestore di rete efficiente e comparabili dal punto di vista strutturale»<sup>80</sup>.

Mentre in relazione alle condizioni economiche di accesso alla rete, a seguito dell'esercizio del potere tariffario non residua alcun margine di autonomia in capo ai gestori, tenuti solo ad applicare tariffe interamente eterodeterminate, in relazione alle condizioni tecniche un contributo fondamentale è affidato proprio ai soggetti regolati. L'Autorità stabilisce infatti solo i criteri generali di accesso, che spetta poi alle imprese titolari delle infrastrutture puntualizzare, specificando le condizioni e le modalità di accesso in appositi codici, c.d. codici di rete<sup>81</sup>. Al fine di garantire il rispetto dei criteri stabiliti dall'Autorità, i codici devono essere trasmessi al regolatore per la verifica di compatibilità<sup>82</sup>.

La regolazione dell'accesso alla rete consiste nella imposizione di obblighi comportamentali a carico degli operatori, nella specie i gestori, tenuti appunto a garantire l'accesso e l'uso delle proprie infrastrutture ai terzi che ne facciano richiesta, applicando le tariffe fissate dall'Autorità e le condizioni tecniche stabilite nei codici di rete, conformemente ai criteri dettati dal regolatore.

La regolazione dell'*unbundling* consiste invece nella imposizione di obblighi strutturali, volti cioè a modificare la struttura stessa dell'impresa che gestisce la rete e in particolare il suo essere verticalmente integrata, vale a

<sup>80</sup> Art. 4, par. 1, regolamento Ce n. 1228/2003 del 26 giugno 2003, relativo alle «condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica».

<sup>81</sup> Art. 24, comma 5, d.lgs. n. 164/2000, art. 3, comma 6, d.lgs. n. 79/1999 per l'accesso alla rete di trasmissione, su cui v. anche art. 1, commi 4 e 5, d.p.c.m. 11 maggio 2004, recante *Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione*, dedicati al «codice di trasmissione, dispacciamento, sviluppo e sicurezza della rete».

<sup>82</sup> Art. 3, comma 6, d.lgs. n. 79/1999 e art. 24, comma 5, d.lgs. n. 164/2000.

dire presente anche nei segmenti della filiera aperti alla concorrenza (a monte o a valle della rete)<sup>83</sup>. Tale regolazione incide in misura modesta sulla libertà di iniziativa economica del gestore se si traduce nell'obbligo del gestore di tenere, per le attività inerenti alla gestione e manutenzione della rete, una contabilità separata rispetto a quella che riguarda le altre attività di produzione e/o fornitura del servizio (separazione contabile). Ha invece ben altro impatto quando comporta l'obbligo di dismettere le imprese collegate che operano a monte o a valle della filiera (separazione proprietaria)<sup>84</sup>.

In relazione all'*unbundling* la legge n. 481/1995, approvata prima dell'adozione e del recepimento delle direttive di liberalizzazione, prescrive la separazione contabile per «i soggetti esercenti il servizio nel settore elettrico»<sup>85</sup> e si limita a prevedere in capo all'Autorità il potere di emanare «direttive di separazione contabile e amministrativa»<sup>86</sup>, senza chiarire cosa debba intendersi per separazione amministrativa e senza fornire ulteriori precisazioni in ordine ai presupposti e alle modalità di regolazione dell'*unbundling*.

Anche nella disciplina successiva mancano disposizioni dettagliate in materia.

<sup>83</sup> Secondo la definizione contenuta nelle direttive comunitarie e nella delibera impugnata, è verticalmente integrata l'impresa che svolge almeno una attività legata alla rete, ad esempio l'attività di trasmissione nel settore elettrico e quella di trasporto nel settore del gas naturale, e almeno una attività a monte oppure a valle della filiera, ad esempio, rispettivamente, la produzione di energia elettrica e la coltivazione del gas naturale, oppure la vendita ai clienti finali dell'elettricità o del gas naturale (art. 2, n. 21, direttiva 2003/54/Ce e art. 2, n. 20, direttiva 2003/55/Ce).

<sup>84</sup> Per una illustrazione delle varie tipologie di separazione tra rete e servizio previste dalla normativa comunitaria e nazionale sui servizi a rete cfr. H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2001, pp. 469 ss.

<sup>85</sup> Art. 3, comma 8.

<sup>86</sup> Art. 2, comma 12. La prima applicazione della disposizione si è avuta con la delibera 11 maggio 1999, n. 61, sulla quale si vedano A. Abate e A. Clò, *La regolazione elettrica in Italia: alcune prime valutazioni*, in «L'industria», 2000, 4, pp. 735 ss.

In particolare il d.lgs. n. 79/1999 ha imposto a tutte le imprese verticalmente integrate di garantire la separazione contabile ed amministrativa «secondo le modalità stabilite dall'Autorità»<sup>87</sup>. I titolari delle reti di distribuzione di elettricità più estese, ovvero quelle che alimentavano più di trecentomila clienti finali, erano inoltre obbligati a porre in essere una separazione di tipo societario, costituendo una o più società per azioni, alle quali trasferire esclusivamente i beni e i rapporti relativi alla vendita ai clienti vincolati<sup>88</sup> (il limite dei trecentomila clienti è stato di recente abbassato a centomila<sup>89</sup>). La separazione societaria era imposta anche all'ex monopolista, tenuto a costituire società separate per lo svolgimento delle attività di produzione e distribuzione, vendita, smantellamento delle centrali nucleari dismesse ed esercizio dei diritti di proprietari della rete di trasmissione nazionale<sup>90</sup>. Quanto alla rete di trasmissione, la proprietaria Enel S.p.A. era tenuta a costituire una società a cui conferire tutti i beni, il personale e i rapporti giuridici inerenti alla trasmissione di elettricità, tranne la proprietà delle reti<sup>91</sup>. Era cioè prevista una separazione tra proprietà e gestione della rete, che tuttavia alla prova dei fatti si è rivelata inidonea a garantire la terzietà dell'accesso alla rete e adeguati incentivi allo sviluppo dell'infrastruttura<sup>92</sup>. Nel

<sup>87</sup> Art. 1, comma 4, d.lgs. n. 79/1999 e art. 2, comma 12, lett. f), legge n. 481/1995.

<sup>88</sup> Art. 9, comma 7, d.lgs. n. 79/1999, nella versione originaria. L'art. 9, comma 7 attualmente vigente, riscritto con l'art. 1, comma 45, legge n. 239/2004, prevede la facoltà della separazione societaria per i soggetti titolari di impianti di distribuzione e, in tal caso, anche la separazione «gestionale e amministrativa» delle attività secondo le modalità stabilite dall'Autorità.

<sup>89</sup> Art. 1, comma 1, prima parte, d.l. n. 73/2007, convertito in legge n. 125/2007.

<sup>90</sup> Art. 13, comma 2, d.lgs. n. 79/1999.

<sup>91</sup> Art. 3, comma 4, d.lgs. n. 79/1999. Sul punto si veda P. Cirielli, *La trasmissione di energia elettrica in Italia*, Milano, Ipsoa, 2005.

<sup>92</sup> Sulle criticità che hanno condotto alla riunificazione di proprietà e gestione, cfr. P. Cirielli, *Verso l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica di trasmissione*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, 12, pp. 1292 ss.

2003 è stata perciò disposta per legge la riunificazione della proprietà e della gestione della rete di trasmissione<sup>93</sup>, che oggi fanno capo alla società per azioni Terna.

Per il settore del gas il d.lgs. n. 164/2000 ha invece introdotto la separazione societaria delle attività di distribuzione, di trasporto e dispacciamento e di stoccaggio da tutte le altre attività della filiera; lo stoccaggio, il trasporto e il dispacciamento possono essere gestiti dalla stessa società ma devono comunque essere oggetto di separazione contabile e di una non meglio precisata separazione gestionale<sup>94</sup>; nessun obbligo di separazione è previsto per gli impianti di Gnl<sup>95</sup>.

In mancanza di chiare indicazioni legislative, l'estensione e l'oggetto del potere regolatorio dell'Autorità in materia di *unbundling* sono stati individuati dal giudice amministrativo<sup>96</sup>. Questo ha innanzitutto precisato che tale potere non è limitato alla gestione della rete ma si estende a tutte le attività della filiera, anche a quelle che in base ai decreti di recepimento delle direttive non sono soggette ai più pregnanti obblighi di separazione societaria. Ha poi chiarito che le locuzioni «separazione contabile e amministrativa» e «separazione contabile e gestionale» individuano due forme diverse di *unbundling*. L'*unbundling* contabile «assolve alla funzione di garantire una certa uniformità ai bilanci degli operatori del settore e costituisce una misura

<sup>93</sup> Art. 1-ter, d.l. n. 239/2003, convertito in legge n. 290/2003, che rinviava ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri per la definizione delle condizioni, modalità e criteri della riunificazione. Per un commento sul d.p.c.m. 11 maggio 2004, di attuazione dell'art. 1-ter cit., si veda F. Di Porto, *Riunificazione e privatizzazione della rete di trasmissione dell'energia elettrica: il caso Terna-Grtn*, in L. Ammannati (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 287 ss.

<sup>94</sup> Art. 21, d.lgs. n. 164/2000.

<sup>95</sup> Gas naturale liquefatto.

<sup>96</sup> Tar Lombardia, Milano, Sez. II, sentenze 16 dicembre 2002, n. 5130 e 10 novembre 2003, n. 4956, entrambe relative alla delibera 21 dicembre 2001, n. 311, avente ad oggetto *Direttiva per le separazioni contabile e amministrativa per i soggetti che operano nel settore del gas e relativi obblighi di pubblicazione e comunicazione*.

orientata all'obiettivo di rendere trasparenti le disaggregazioni delle componenti patrimoniali ed economiche, anche ai fini della determinazione degli oneri afferenti il servizio universale». L'*unbundling* amministrativo o gestionale mira invece ad attribuire autonomia gestionale alle singole attività, di modo che queste siano gestite come fossero imprese separate.

Una nuova tipologia di *unbundling* è stata introdotta con le seconde direttive di liberalizzazione del 2003, in base alle quali i gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione nel mercato dell'energia elettrica<sup>97</sup> e i gestori dei sistemi di trasporto, distribuzione o di sistemi combinati di trasporto, Gnl, stoccaggio e distribuzione nel mercato del gas<sup>98</sup> devono essere indipendenti «sotto il profilo della forma giuridica, dell'organizzazione e del potere decisionale» dalle altre attività non connesse ai sistemi gestiti. È la separazione c.d. funzionale, i cui aspetti distintivi sono la separazione giuridica o societaria tra attività inerenti alla rete e altre attività, la titolarità da parte del gestore della rete di effettivi poteri decisionali e la sua indipendenza sul piano organizzativo rispetto alla impresa verticalmente integrata; le direttive fissano alcuni criteri minimi per garantire l'indipendenza.

Tali disposizioni comunitarie sono state recepite dal legislatore italiano nel 2007, con una sintetica norma che attribuisce all'Aeeg il potere di adottare «disposizioni per la separazione funzionale, anche per lo stoccaggio del gas, secondo le direttive 2003/54/Ce e 2003/55/Ce»<sup>99</sup>. Come ha chiarito il giudice amministrativo, l'oggetto e la finalità del nuovo potere attribuito al regolatore sono individuati dalle direttive comunitarie, che costituiscono pertanto il parametro di legittimità degli atti regolatori adottati dall'Autorità<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Rispettivamente art. 10 e art. 15, direttiva 2003/54/Ce.

<sup>98</sup> Art. 9, art. 13 e art. 15, direttiva 2003/55/Ce.

<sup>99</sup> Art. 1, comma 1, d.l. n. 73/2007.

<sup>100</sup> Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, sentenza 21 febbraio 2008, n. 395 e nello stesso senso Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 13 feb-

### 3.2. *La regolazione del servizio*

Accanto alla rete l'altro principale oggetto di regolazione da parte dell'Autorità è la fase a valle della filiera energetica, ovvero il servizio di fornitura dell'elettricità e del gas ai clienti finali.

Mentre la regolazione della rete è un fenomeno recente, introdotto per effetto delle direttive comunitarie di liberalizzazione, la regolazione del servizio di fornitura di energia era presente già prima della liberalizzazione, quanto meno per ciò che attiene alla regolazione tariffaria. Infatti anche durante il regime monopolistico i corrispettivi pagati dai clienti finali per la fornitura di energia non erano fissati liberamente dal concessionario pubblico, ma determinati autoritativamente dal Comitato interministeriale prezzi<sup>101</sup>.

Tale potere tariffario è stato trasferito all'Aeeg e ad esso sono dedicate molte disposizioni della legge n. 481/1995<sup>102</sup>. L'apertura alla concorrenza della vendita di energia – formalmente avvenuta il 1° gennaio 2003 per il settore del gas, il 1° luglio 2007 per il settore dell'elettricità – e il conseguente diritto di tutti i clienti, domestici e industriali, di scegliere liberamente il proprio fornitore, è destinata a far venire meno il potere di determinazione amministrativa dei prezzi finali. Tuttavia al fine di consen-

braio 2009, n. 701, che, sia pure con argomentazioni in parte diverse rispetto al giudice di primo grado, conferma con marginali eccezioni la legittimità delle delibere 18 gennaio 2007, n. 11 e 22 novembre 2007, n. 253, di disciplina della separazione funzionale nei settori del gas e dell'elettricità.

<sup>101</sup> In generale sulla determinazione amministrativa dei prezzi M.E. Schinaia, voce *Prezzi (disciplina dei prezzi-diritto pubblico)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, Roma, Treccani, 1991, e, dello stesso autore, *Tariffe dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXX, Roma, Treccani, 1991. Sulle tariffe elettriche prima della legge n. 481/1995 e sul ruolo svolto dal Comitato interministeriale prezzi (Cip) si veda S. Cassese, *La determinazione autoritativa dei prezzi nel settore elettrico*, Rimini, Maggioli, 1989.

<sup>102</sup> Art. 2, comma 12, lett. e), commi 17, 18 e 19, art. 3, commi 2, 4, 5 e 6.



tire il passaggio graduale e indolore di tutti i clienti finali al mercato libero, il legislatore ha introdotto due nuovi regimi di vendita dell'energia elettrica, le cui modalità applicative sono in parte regolate dall'Autorità: il servizio di maggiore tutela e il servizio di salvaguardia<sup>103</sup>.

Per i clienti finali domestici e le piccole imprese che al 1° luglio 2007 non hanno scelto un nuovo fornitore di elettricità, la fornitura al dettaglio è svolta dalle imprese di distribuzione sulla base delle «condizioni standard di erogazione del servizio» e dei «prezzi di riferimento» che l'Aeeg «definisce transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio» e che le imprese «nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali contemplando anche la possibilità di scelta tra piani tariffari e fasce orarie differenziate» (servizio di maggior tutela)<sup>104</sup>.

Per le imprese che non soddisfano i requisiti per accedere al servizio di maggior tutela – poiché hanno più di 50 dipendenti e un fatturato superiore a 10 milioni di euro – e che non hanno scelto un nuovo fornitore dopo il 1° luglio o sono rimaste transitoriamente sprovviste di fornitore, l'erogazione dell'elettricità è garantita da fornitori individuati dall'Acquirente unico attraverso «procedure concorsuali per ambiti territoriali» (servizio di salvaguardia). In particolare, per ciascuna delle aree territoriali individuate dall'Autorità sulla base dei criteri fissati dal Ministero per lo sviluppo economico con decreto 23 novembre 2007, l'Acquirente unico è tenuto ad indire

<sup>103</sup> Art. 1, commi 2, 3 e 4, d.l. n. 73/2007, su cui cfr. P. Cirielli, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, cit., pp. 284-286 e delibera 27 giugno 2007, n. 156, recante *Approvazione del Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas per l'erogazione dei servizi di vendita dell'energia elettrica di maggior tutela e di salvaguardia ai clienti finali ai sensi del decreto legge 18 giugno 2007, n. 73/07*.

<sup>104</sup> Ai clienti finali domestici sono assimilate le imprese connesse in bassa tensione, aventi meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro (art. 1, comma 2, ultima parte, d.l. n. 73/2007, cit.).

procedure di gara nel rispetto dei requisiti minimi di partecipazione, delle garanzie da prestare ai fini della partecipazione alla gara e dei criteri di selezione degli esercenti stabiliti dall'Autorità<sup>105</sup>.

Accanto a quella descritta c'è una regolazione del servizio che, come quella sull'accesso alla rete e l'*unbundling*, costituisce un portato della disciplina di liberalizzazione: la regolazione della qualità. Si tratta di una regolazione multidimensionale, ovvero che attiene ad una pluralità di indici, che sia per l'elettricità che per il gas sono riconducibili ad almeno due categorie: la tempestività ed accuratezza con le quali le imprese che forniscono il servizio soddisfano le richieste dei clienti finali (qualità commerciale); la continuità della fornitura, che si misura in base al numero e alla durata delle interruzioni (qualità tecnica)<sup>106</sup>. Per l'energia elettrica la qualità tecnica comprende anche la qualità del voltaggio<sup>107</sup>, mentre per il gas naturale essa include anche la sicurezza della fornitura.

<sup>105</sup> I criteri per l'individuazione delle aree territoriali fissati dal Mse riguardano la omogeneità dei punti di prelievo o dei consumi complessivi in ciascuna area territoriale, tale da garantire la copertura dei costi fissi del servizio; l'appartenenza dei punti di prelievo dell'area alle zone in cui si articola il mercato elettrico. La delibera dell'Aeeg è del 21 dicembre 2007, n. 337 e reca *Disposizioni per l'erogazione del servizio di vendita dell'energia elettrica di salvaguardia di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 125/07, in attuazione del decreto del Ministero dello Sviluppo economico 23 novembre 2007*.

<sup>106</sup> Sulla regolazione della qualità dei servizi erogati dalle *utilities* si veda L. Rovizzi, *The Regulation of Product Quality in Public Utilities*, in M. Bishop, J. Kay e C. Mayer (a cura di), *The Regulatory Challenge*, Oxford, Oxford University Press, 1995 e D. Sappington, *Regulating Service Quality: A Survey*, in «Journal of Regulatory Economics», 2005, 27, 2, pp. 123 ss.

<sup>107</sup> Sulla regolazione della qualità nella fornitura di elettricità si veda Ceer, *4th Benchmarking Report on Quality of Energy Supply*, 2008, disponibile su [http://www.ceer-eu.org/portal/page/portal/EER\\_HOME/C08-EQS-24-04\\_4th%20Benchmarking%20Report%20EQS\\_10-Dec-2008.pdf](http://www.ceer-eu.org/portal/page/portal/EER_HOME/C08-EQS-24-04_4th%20Benchmarking%20Report%20EQS_10-Dec-2008.pdf), nonché E. Fumagalli e L. Lo Schiavo, *Regulating and Improving the Quality of Electricity Supply: The Case of Italy*, in corso di pubblicazione e bibliografia ivi citata. Sul caso italiano si vedano anche R. Malaman e E. Putzu, *Regolazione incentivante per incrementare la qualità del servizio*, in «Economia e politica industriale», 2007.

In base alla legge istitutiva l'Aeeg «emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente»<sup>108</sup>.

La regolazione della qualità avviene dunque attraverso la fissazione di livelli minimi, standard, relativi al complesso delle prestazioni o al singolo rapporto di utenza, che le imprese sono tenute a rispettare nella erogazione del servizio. I livelli minimi individuati dall'Autorità costituiscono parte integrante del regolamento di servizio che l'esercente è tenuto a predisporre<sup>109</sup> e secondo una consolidata giurisprudenza amministrativa sono disposizioni integrative del singolo contratto di somministrazione dell'energia<sup>110</sup>. Per quanto riguarda la qualità commerciale i livelli minimi riguardano, ad esempio, i tempi di attivazione, disattivazione e riattivazione della fornitura; la periodicità della lettura del contatore; la trasparenza della fatturazione; il trattamento degli utenti morosi. In relazione alla qualità tecnica gli standard attengono invece alla durata delle interruzioni del servizio elettrico o alla sostituzione gratuita e tempestiva del contatore che non misura correttamente.

#### 4. *La rilevanza del principio del contraddittorio*

La crisi della legalità sostanziale, unita al deficit di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti, ha indotto dottrina e giurisprudenza ad attribuire funzione

<sup>108</sup> Art. 2, comma 12, lett. b).

<sup>109</sup> Art. 2, comma 37, legge n. 481/1995.

<sup>110</sup> Tar Lombardia, Milano, Sez. II, sentenza 20 novembre 2002, n. 4515. Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 24 giugno 2003, n. 6628 – sulla delibera n. 229/2001 con cui l'Autorità ha definito le «condizioni inderogabili per i contratti di vendita del gas naturale a clienti del mercato vincolato» – che richiama Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 24 maggio 2002, n. 2854 e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29 maggio 2002, n. 2987.

legittimante al procedimento che si svolge dinanzi ad esse.

In particolare la dottrina ha evidenziato la «correlazione inversa» che unisce legalità sostanziale e legalità procedimentale, per cui quanto meno è garantita la prima, per effetto di molteplici ed ampie deleghe di poteri amministrativi e normativi, tanto più forte è l'esigenza di rafforzare la seconda, attraverso il contraddittorio scritto e orale nel procedimento che conduce ad individuare la regola più idonea a disciplinare la fattispecie concreta<sup>111</sup>.

Sulla stessa linea si è mossa la giurisprudenza, individuando nel «procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative» una delle giustificazioni per l'esercizio di poteri regolatori da parte di autorità amministrative come l'Aeeg, poste al di fuori del circuito rappresentativo delineato dall'art. 95 Cost.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., pp. 154-155. Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827, che rigetta la censura di carenza di potere osservando tra l'altro che «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».

<sup>112</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972, ove si legge che «In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Del resto, non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: 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». Per un commento alla sentenza si veda S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, n. 4, pp. 377 ss.

Il contraddittorio nei procedimenti dinanzi all'Aeeg assume dunque una rilevanza maggiore rispetto a quella che ha nel tradizionale procedimento amministrativo, poiché, da un lato, serve a compensare l'attribuzione all'Autorità di poteri quasi in bianco, dall'altro costituisce la fonte di legittimazione «dal basso» della sua indipendenza dal potere politico.

Non è un caso che la legge n. 481/1995 prefiguri un modello di procedimento più avanzato rispetto a quello tradizionale delineato dalla legge n. 241/1990. In particolare essa dispone che i regolamenti governativi di disciplina dei procedimenti dinanzi all'Aeeg devono garantire agli interessati il contraddittorio non solo in forma scritta, ma anche in forma orale<sup>113</sup>.

Nel regolamento relativo ai procedimenti individuali<sup>114</sup> sono perciò previste sia audizioni istruttorie, finalizzate ad acquisire gli elementi utili all'adozione del provvedimento<sup>115</sup>, sia un'audizione finale, a conclusione dell'istruttoria, per consentire ai soggetti interessati di illustrare oralmente al Collegio la propria posizione, alla luce degli elementi probatori già acquisiti al procedimento<sup>116</sup>. Stabilisce inoltre che con propria delibera l'Autorità può consentire la partecipazione dei soggetti portatori di interessi

<sup>113</sup> Art. 2, comma 24, lett. a), legge n. 481/1995. Sul contraddittorio nei procedimenti generali e individuali dinanzi all'Autorità, Assonime, *Autorità indipendenti e garanzie procedurali*, in «Note e Studi Assonime», n. 43/2003. Sul contraddittorio dinanzi alle Autorità indipendenti, R. Chieppa, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>114</sup> D.p.r. 9 maggio 2001, n. 244, commentato da P. Lazzara, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2002, 4, pp. 361 ss.

<sup>115</sup> Art. 10, commi 1-4, d.p.r. n. 244/2001.

<sup>116</sup> Art. 10, comma 5 e art. 16, comma 3, d.p.r. n. 244/2001. I giudici di primo grado hanno tuttavia respinto siffatta distinzione, sostenendo che anche l'audizione finale fa parte dell'istruttoria e quindi anche nel corso dell'audizione finale le parti possono depositare memorie e documenti (Tar Lombardia, Milano, Sez. III, sentenze 4 febbraio 2009, nn. 1101, 1102 e 1103, avverso le quali l'Autorità ha proposto appello, pendente dinanzi al Consiglio di Stato).

pubblici e privati «nei procedimenti di formazione degli atti normativi o degli atti a contenuto generale» (art. 2, comma 2).

È quanto è stato disposto con la delibera n. 61/1997<sup>117</sup>, che introduce una fase di consultazione preventiva, nell'ambito della quale vengono diffuse, anche tramite il sito internet dell'Aeeg, versioni preliminari dell'atto da adottare e viene data agli interessati la facoltà di presentare le proprie osservazioni, secondo il metodo del *notice and comment*<sup>118</sup>. Si tratta di una delibera di grande rilievo, se si considera che l'Aeeg non era tenuta ad introdurre forme di consultazione per l'adozione degli atti di regolazione e che gli artt. 3 e 13 della legge n. 241/1990 sottraevano e tuttora sottraggono espressamente gli atti normativi e amministrativi generali dalle garanzie partecipative e dall'obbligo di motivazione.

Peraltro in talune occasioni il giudice amministrativo ha precisato che l'applicazione degli istituti generali previsti dalla legge n. 241/1990, come la comunicazione di avvio del procedimento, non è incompatibile con la disciplina dei procedimenti regolatori, ma anzi consente di garantire un «migliore livello di circolazione di informazioni in un ambito in cui [...] la massimizzazione delle stesse è anche condizione necessaria per operare nel mercato»<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Delibera 20 maggio 1997, n. 61, recante *Disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*.

<sup>118</sup> Art. 5, delibera n. 61/1997. Sulla consultazione preventiva degli interessati si veda G. Bruzzone, *La consultazione nell'adozione degli atti di regolazione: esperienze delle Autorità indipendenti e modelli di riferimento*, Seminario Formez-Mipa, *Metodologie e procedure della consultazione*, Cnel, 25 febbraio 2004, **Assonime, Note e studi**; A. Cellotto, *La consultazione dei destinatari delle norme*, in M.A. Sandulli e L. Carbone (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 203 ss.

<sup>119</sup> Tar Lombardia, Sez. II, sentenza 31 luglio 2001, n. 5288, ove si legge che il provvedimento autoritativo, nella specie quello tariffario, deve essere preceduto il più possibile «da forme di contatto tra l'amministrazione e gli interessati, di cui l'informazione degli intendimenti che la Pa sta per realizzare costituisce il livello minimo». La sentenza è stata

Con maggiore frequenza Tar e Consiglio di Stato hanno però rilevato che in materia di garanzie partecipative l'Autorità è vincolata solo a quanto essa stessa ha stabilito con la delibera n. 61/1997, in particolare laddove questa prescrive che l'Autorità dia notizia, mediante pubblicazione di un avviso sul Bollettino o in altra forma ritenuta idonea, dell'avvio delle attività dirette alla predisposizione di atti normativi e di atti a contenuto generale e prevede lo svolgimento di un contraddittorio con i soggetti interessati sulla bozza di atto da adottare<sup>120</sup>. Dalla delibera emerge infatti che nei settori energetici «l'ordinamento tende ad evitare l'imposizione di una regolazione di settore in assenza di una previa interlocuzione con i soggetti, esercenti ed utenti, che nel settore stesso operano», ritenendo che gli interessi coinvolti «possano trovare il loro migliore assetto in fasi conciliative pre-contenziose»<sup>121</sup>.

Le ragioni tecniche ed economiche delle scelte regolatorie compiute dall'Autorità sono contenute nel preambolo delle delibere o, nei casi di maggiore complessità, in un documento separato chiamato «relazione tecnica» che, pubblicato contestualmente o successivamente alla delibera cui si riferisce, costituisce parte integrante degli atti dell'Autorità<sup>122</sup>.

confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 1 ottobre 2002, n. 5101, che in relazione al rapporto tra la legge n. 241/1990 e la delibera n. 61/1997 precisa che «il complesso dei principi ricavabili dalla legge n. 241/1990 in tema di partecipazione procedimentale, si pone come canone interpretativo della disciplina di settore». In senso contrario, in relazione all'applicazione dell'istituto della comunicazione di avvio si veda Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 4 dicembre 2001, n. 6071, ove si afferma che «la caratterizzazione generale del provvedimento tariffario esonera l'Autorità per l'energia elettrica e il gas dall'applicare alcune regole previste dagli artt. 7 ss., legge 7 agosto 1990, n. 241». Nello stesso senso anche Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 20 gennaio 2009, n. 258.

<sup>120</sup> *Ex multis* Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze 16 febbraio 2002, n. 961 e 1° ottobre 2002, n. 5105; Tar Lombardia, Sez. II, sentenze 21 novembre 2002, n. 4517 e 15 dicembre 2003, n. 315.

<sup>121</sup> Tar Lombardia, Sez. II, sentenza 27 gennaio 2003, n. 171.

<sup>122</sup> Tar Lombardia, Sez. IV, sentenze 24 marzo 2004, n. 1286, 24 marzo 2005, n. 675, 1° aprile 2005, n. 745.

Il giudice amministrativo ha chiarito che la consultazione, come disciplinata dalla delibera n. 61/1997, in tanto ha senso in quanto obblighi l'Aeeg a prendere in considerazione le osservazioni delle parti, anche se ciò non comporta la necessità di adottare una delibera conforme allo schema diffuso in fase di consultazione<sup>123</sup>, né di replicare in modo puntuale a tutte le osservazioni presentate<sup>124</sup>.

Diversamente da altre Autorità indipendenti<sup>125</sup>, anche oggi l'Aeeg non è assoggettata dal legislatore all'obbligo di sottoporre a consultazione le sue delibere di regolazione. Ciononostante essa ha di recente avviato un procedimento di consultazione volto a sostituire la delibera n. 61/1997 con una nuova e più articolata disciplina dei procedimenti di regolazione<sup>126</sup>. Ciò riflette l'attenzione

<sup>123</sup> Tar Lombardia, Sez. IV, sentenza 27 maggio 2005, n. 1144, ove si legge che «ove essa [l'Autorità] fosse obbligata a diffondere un nuovo documento di consultazione ogni qualvolta intendesse discostarsi da quello già diffuso, il procedimento decisionale risulterebbe sostanzialmente paralizzato [...] senza alcun apprezzabile costrutto, posto che la partecipazione degli operatori non è funzionale al raggiungimento di una regolazione concordata». Nello stesso senso anche Tar Lombardia, Sez. IV, sentenza 14 febbraio 2006, n. 528.

<sup>124</sup> Consiglio di Stato, sentenza n. 7972/2006, cit., il quale ha ulteriormente precisato che «l'Autorità deve però dare conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto in quei casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria».

<sup>125</sup> Cfr. art. 11, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, sulla consultazione nei procedimenti dinanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; art. 23, legge 28 dicembre 2005, n. 262, *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, ai sensi del quale i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip aventi natura regolamentare e di contenuto generale sono adottati all'esito della consultazione degli «organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori»; art. 8, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante *Codice dei contratti pubblici*, ai sensi del quale l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nell'adozione degli atti amministrativi generali «utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente».

<sup>126</sup> Delibera 4 marzo 2009, Gop 9/2009 e documento di consultazione 4 marzo 1009, Dco 2/09.



dell'Autorità per il contraddittorio con i destinatari della regolazione e per il prezioso contributo informativo che da questi può venire.

L'Autorità ha mostrato di essere all'avanguardia anche in materia di analisi di impatto della regolazione<sup>127</sup>, esplicitamente introdotta nel 2008 dopo una lunga fase di sperimentazione<sup>128</sup>.

Il contraddittorio dinanzi all'Aeeg, nelle forme succintamente richiamate, presenta dimensioni e finalità diverse a seconda del tipo di funzione esercitata<sup>129</sup>.

In particolare la dimensione è verticale quando il contraddittorio si instaura tra operatori economici e Aeeg, che si trova in una posizione sovraordinata e deve porre le imprese in condizione di replicare e controdedurre rispetto alle iniziative e ai poteri che essa esercita d'ufficio. Si tratta della dimensione che, salva una eccezione richiamata più avanti, caratterizza l'esercizio di tutte le funzioni di garanzia e controllo. Queste infatti comportano l'instaurarsi di rapporti giuridici nei quali vi sono un soggetto, l'Aeeg, titolare di un potere amministrativo e uno o più soggetti privati, in una posizione di soggezione rispetto all'esercizio del potere, titolari di interessi legittimi che possono essere di tipo pretensivo, ad esempio alla verifica e certificazione di risparmi ener-

<sup>127</sup> Ai sensi dell'art. 12, comma 1, legge 29 luglio 2003, n. 229, *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001*, «Le Autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza, regolatorie, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione, o pianificazione, e, comunque, di regolazione».

<sup>128</sup> Delibera 3 ottobre 2008, Gop 46/08.

<sup>129</sup> Nell'analisi che segue si riprende, applicando all'Aeeg, la griglia concettuale elaborata da M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti*, tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, Consiglio di Stato, 9 maggio 2003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

getici o al riconoscimento di determinati costi in sede di aggiornamento della tariffa, oppure di tipo oppositivo, ad esempio in relazione ad una sanzione, ad un ordine di consentire l'accesso alla rete o di cessare un comportamento ritenuto illegittimo.

Anche l'esercizio di funzioni di regolazione, ad esempio di tipo tariffario, dà vita ad un contraddittorio verticale, ma a rigore esso non determina l'instaurarsi di una relazione giuridica diretta tra Aeeg e soggetti regolati, perché riguarda l'intero mercato e tutti gli operatori tenuti al rispetto delle regole, anche quelli che ancora non operano nel mercato<sup>130</sup>.

Il contraddittorio ha invece una dimensione orizzontale quando si instaura tra soggetti portatori di interessi contrapposti, ciascuno dei quali deve poter controdedurre alle allegazioni di fatti, al deposito di documenti e alle argomentazioni giuridiche dell'altro. In tali procedimenti l'Autorità si trova in una posizione di equidistanza e neutralità rispetto alle parti, simile a quella del giudice o dell'arbitro. È quanto accade quando l'Aeeg esercita la funzione di garanzia e controllo attraverso la risoluzione delle controversie tra gestori della rete tenuti a garantirne l'accesso a terzi e operatori che hanno bisogno della rete per svolgere la propria attività nei settori energetici.

La dimensione orizzontale del contraddittorio emerge anche nell'esercizio delle altre funzioni amministrative, i cui procedimenti sono aperti alla partecipazione di sog-

<sup>130</sup> Sul punto la giurisprudenza ha sottolineato che la possibilità di individuare i destinatari dell'atto di regolazione, caso frequente nel settore energetico, non fa venir meno la natura di atto generale perché ad esempio «l'atto di determinazione del regime tariffario ha per eccellenza natura generale, poiché disciplina in termini astratti e suscettibili di reiterate applicazioni nel tempo, il procedimento di formazione del "prezzo"», pertanto, il fatto che «tali operatori siano così poco numerosi da essere conosciuti all'Amministrazione è mera evenienza fattuale, che non può ripercuotersi sulla struttura obiettiva dell'atto, restando quest'ultimo espressione di un (tipico) potere amministrativo generale» (Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, sentenza n. 1298/2006).

getti portatori di interessi contrapposti rispetto a quello di cui è titolare il soggetto destinatario del provvedimento finale, come i concorrenti, i consumatori, i denunciati. Tuttavia ciò non comporta che agli altri soggetti partecipanti al procedimento sia riconosciuta una situazione giuridica soggettiva simmetrica rispetto a quella del destinatario. Nel caso di esercizio di poteri sanzionatori, ad esempio, il giudice amministrativo ha precisato che esso comporta l'instaurarsi di un rapporto giuridico i cui protagonisti sono unicamente l'Autorità e l'impresa sanzionata, senza che ciò possa incidere su soggetti terzi, che non sono quindi titolari di un interesse giuridicamente protetto alla conclusione del procedimento sanzionatorio in un senso oppure in un altro<sup>131</sup>.

Le funzioni che il contraddittorio svolge nei procedimenti davanti all'Autorità sono tre. Innanzitutto vi è la funzione di garanzia del diritto di difesa, tipica dei procedimenti che producono effetti restrittivi nella sfera giuridica dei privati, come quelli sanzionatori e prescrittivi, nei quali l'impresa fa valere il suo interesse oppositivo di fronte alla prospettata adozione di una sanzione o di un ordine.

Vi sono poi le funzioni di partecipazione collaborativa e di rappresentanza degli interessi, entrambe presenti nei procedimenti di regolazione. In tali casi infatti la partecipazione degli interessati, sotto forma di consultazione preventiva su schemi di atti normativi che l'Autorità intende adottare, è indispensabile al soggetto pubblico per acquisire i dati utili all'individuazione della regola più adatta al funzionamento del mercato. Si pensi alla regolazione tariffaria, che presuppone la conoscenza dei costi della rete, noti alle imprese con una precisione ed una aderenza alla realtà di cui l'Autorità non dispone. Nell'ottica dell'Autorità il contraddittorio mira dunque a col-

<sup>131</sup> Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, sentenza 18 gennaio 2006, n. 80, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso una delibera sanzionatoria da una impresa concorrente di quella destinataria della delibera.

mare le asimmetrie informative che caratterizzano il suo rapporto con i soggetti regolati<sup>132</sup> e ha una evidente funzione collaborativa, ferma restando l'esigenza e l'opportunità di passare al vaglio le informazioni fornite dalle imprese. Nell'ottica delle imprese, invece, il contraddittorio consente di partecipare all'esercizio del potere regolatorio contribuendo, attraverso la rappresentazione del proprio punto di vista, alla costruzione della regola di funzionamento del mercato.

<sup>132</sup> In questi termini M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 11 ss.