

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

Francesco Sclafani e Laura Zanettini

1. Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore: l'istituzione dell'Aeeg

L'elettricità ed il gas sono beni essenziali di largo consumo e di rilevanza strategica per l'economia. La loro erogazione presenta due caratteristiche fondamentali: costituisce un servizio pubblico in quanto soddisfa un bisogno fondamentale della collettività, che deve essere garantito a tutti, consumatori ed imprenditori, a prezzi accessibili ed in condizioni di sicurezza; richiede l'utilizzo di reti estese e capillari che costituiscono monopoli naturali in quanto non possono essere duplicate se non a costi proibitivi¹.

La natura di servizio pubblico e il carattere monopolistico della rete hanno a lungo giustificato la presenza di monopoli pubblici nei mercati energetici. Le imprese pubbliche, o comunque legate all'amministrazione, erano infatti considerate le più adatte ad assicurare l'erogazione di un servizio fondamentale per la collettività e il regime di monopolio consentiva loro di utilizzare i ricavi derivanti dalla fornitura dell'energia in zone facilmente accessibili, come quelle urbane, per compensare le perdite derivanti dall'erogazione del servizio nelle zone difficili da raggiungere, come quelle montuose (cd. sussidi incrociati).

L'esperienza italiana della seconda metà del Novecento riflette il favore di cui gode, anche a livello europeo, il descritto binomio servizio pubblico - monopolio pubblico.

Nel 1953 viene istituito l'Ente nazionale idrocarburi, ENI, con il “*compito di promuovere ed attuare iniziative di interesse nazionale nel campo degli idrocarburi e dei vapori naturali*” e titolare della esclusiva sia nella ricerca e coltivazione degli idrocarburi nelle zone del territorio nazionale più ricche di minerali, che nella costruzione ed esercizio delle reti di trasporto nazionale degli idrocarburi². Con successivi interventi normativi l'esclusiva di ENI viene estesa anche alla ricerca e coltivazione di idrocarburi nelle piattaforme marine e allo stoccaggio sotterraneo³. In questo modo ENI e le società da esso controllate diventano monopolisti di fatto nel settore del gas.

Nel settore dell'energia elettrica, in applicazione dell'art. 43 Cost., una legge del 1962 dispone la nazionalizzazione delle imprese elettriche e la creazione di un apposito ente pubblico economico, l'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica, ENEL, con il “*compito di esercitare nel territorio*

* Nota elaborata per il gruppo di lavoro Astrid “La riforma delle Autorità indipendenti”. Versione provvisoria del 5 maggio 2009.

Il presente scritto contiene valutazioni personali degli autori, che non sono riconducibili, né impegnano in alcun modo l'Autorità per l'energia elettrica e il gas di cui Francesco Sclafani è Direttore della Direzione Legislativo e Legale, e Laura Zanettini è consulente.

¹ Lo osserva P. Ranci, *Concorrenza e liberalizzazione: il caso dei servizi energetici*, in L. Torchia, F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, Passigli, 2005, pp. 54 ss.

² Art. 1, legge 10 febbraio 1953, n. 136, sulla “*Istituzione dell'Ente Nazionale Idrocarburi (E.n.i.)*”.

³ Legge 21 luglio 1967, n. 613, sulla “*Ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale e modificazioni alla legge 11 gennaio 1957, n. 6, sulla ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi*” e legge 26 aprile 1974, n. 170, sullo “*Stoccaggio di gas naturale in giacimenti di idrocarburi*”.

nazionale le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica da qualsiasi fonte prodotta"⁴.

Il modello dello Stato imprenditore, presente su tutte le fasi della filiera energetica, in qualità di unico proprietario e gestore della rete, nonché di unico produttore e fornitore di energia, entra tuttavia in crisi a partire dalla fine degli anni ottanta, in Italia come nel resto d'Europa, per ragioni in parte tecnologiche in parte giuridiche⁵.

Da un lato, il progresso dell'informatica consente per la prima volta di far funzionare la rete anche in presenza di una pluralità di operatori, effettuando misurazioni e fatturazioni separate del servizio di trasporto. Dall'altro, l'obiettivo di costruire un mercato unico europeo rende evidente l'esigenza di eliminare i monopoli nazionali, che sono presenti soprattutto nei servizi a rete come l'energia e costituiscono la causa principale degli ostacoli alla libera circolazione di beni, servizi e capitali. In quest'ottica si inserisce sia l'attivismo della Commissione europea nel far applicare le disposizioni del Trattato CE sul divieto degli aiuti di Stato (artt. 87-89) e sull'obbligo delle "imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale" di rispettare le norme in materia di concorrenza, al pari delle imprese private (art. 86, par. 2); sia l'approvazione delle prime direttive di armonizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas, rispettivamente nel 1996 e nel 1998⁶.

In Italia la liberalizzazione dei settori energetici avviene in parallelo con il processo di privatizzazione degli enti pubblici economici che fino ad allora avevano operato come monopolisti, processo motivato dall'esigenza di ridurre il debito pubblico e di rimpinguare le casse dello Stato. Con una legge del 1992, dal significativo titolo "*Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*", ENI ed ENEL sono trasformate in società per azioni e il loro capitale sociale è attribuito al Ministero del Tesoro⁷. E' il primo passo verso la privatizzazione sostanziale, ovvero la dismissione delle partecipazioni azionarie dello Stato e la loro diffusione tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali.

Il ritirarsi dello Stato dalle società dominanti nei mercati dell'energia solleva tuttavia il rischio che al monopolio pubblico si sostituisca il monopolio privato. Ne è consapevole lo stesso legislatore, che nel 1994 subordina espressamente le dismissioni delle partecipazioni azionarie pubbliche nei settori strategici, tra cui quello dell'energia, alla istituzione di "*organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico*"⁸.

⁴ Legge 4 dicembre 1962, n. 1643, sulla "*Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche*". In argomento v. G. Napolitano, *L'energia elettrica e il gas*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, tomo III, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 2192 ss.

⁵ M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 15 ss.

⁶ La direttiva 96/92/CE in materia di energia elettrica e la direttiva 98/30/CE in materia di gas naturale, Sul diritto comunitario in materia di energia, v. A. Colavecchio, *I mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 2001, pp. 481 ss.

⁷ Art.15, decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359.

⁸ Art. 1-bis, decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, introdotto con la legge di conversione 30 luglio 1994, n. 474, recante "*Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazione dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*". L'articolo è stato introdotto su suggerimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espresso nella relazione annuale al Parlamento e al Governo nel 1994. Un precedente riferimento normativo ad organismi indipendenti era contenuto nell'art. 1, lett. b), legge 24 dicembre 1993, n. 537, che delegava il Governo ad adottare decreti legislativi, mai emanati, diretti ad istituire "*organismi indipendenti per la regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico e prevedere la possibilità di attribuire funzioni omogenee a nuove persone giuridiche*". Il d.P.R. 20 aprile 1994, n. 373 trasferiva all'ora Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato le competenze del soppresso Comitato interministeriale per i prezzi (cd. CIP) "*fino all'assetto definitivo derivante dall'istituzione di organismi indipendenti di cui all'art. 1, lett. b), legge 24 dicembre 1993, n. 537*".

Lo Stato imprenditore lascia così spazio allo Stato regolatore che invece di pianificare, dirigere e operare direttamente sul mercato, si limita a fissare le regole di funzionamento del mercato e a controllarne l'applicazione⁹.

Emblematica del nuovo ruolo dello Stato nell'economia è la legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas¹⁰. La regolazione e il controllo dei mercati energetici è affidata ad un soggetto pubblico idoneo a garantire elevata professionalità e indipendenza dal potere politico¹¹. Quest'ultima circostanza ha peraltro sollevato un ampio dibattito tra studiosi di diritto amministrativo e costituzionale, 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.¹², ovvero una amministrazione che fa capo al Ministero, il quale risponde dinanzi al Parlamento dell'attività del proprio dicastero.

Come è stato evidenziato dalla dottrina¹³, 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 elettorale¹⁴. In secondo luogo, poiché lo Stato, tramite il Ministero dell'Economia e delle Finanze, continua a mantenere partecipazioni significative nel capitale azionario degli ex monopolisti, 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

⁹ Su questa transizione v. G. Gentile, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia)*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 2001, pp. 429 ss.

¹⁰ 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, 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; v. 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, in *Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 13, Milano, Giuffrè, 1996.

¹¹ 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 v. F. Sclafani, *Energia elettrica e gas*, in M. Clarich, F. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 258 ss.

¹² Per un dibattito a più voci sul tema v. F. A. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, in Bologna, Il Mulino, 2001. V. anche F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003.

¹³ M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello cit.*, p. 18.

¹⁴ Lo ha notato di recente anche il Giudice amministrativo, osservando che l'istituzione delle Autorità indipendenti risponde all'esigenza di *“scongiorare il rischio (ampiamente inверatosi 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 n. 32/1991) 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).

devono avere i componenti¹⁵, 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 conferma¹⁶ (su questi aspetti v. *infra* par. 2).

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*”¹⁷. Sono tuttavia “*fatte salve le funzioni di indirizzo nel settore spettanti al Governo*”¹⁸, che nell'ambito del documento di programmazione economico-finanziaria individua anche “*il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese*”¹⁹. 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'Autorità²⁰.

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 2003²¹ e soprattutto nel terzo pacchetto di direttive comunitarie sulla liberalizzazione dei mercati energetici, approvato dal Parlamento europeo il 22 aprile 2009²², rimarca l'accento 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 proconcorrenziale²³.

¹⁵ Art. 2, comma 8, legge n. 481/1995.

¹⁶ Sulle garanzie organizzative di indipendenza dell'Aeeg v. Cavatorto, La Spina, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 185 ss.

¹⁷ Art. 2, comma 5, legge n. 481/1995.

¹⁸ 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 “*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).

¹⁹ Art. 2, comma 21, legge n. 481/1995.

²⁰ Sul dibattito originario fra i tanti v. G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 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 v. M. De Bellis, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 2004, pp. 401 ss. Per una sintetica panoramica degli interventi legislativi che ridimensionano i poteri dell'Autorità v. M. Clarich, *Verso il tramonto del modello di economia del mercato?*, in *Energia*, n. 4/2008, pp. 2 ss.

²¹ Sono le direttive 2003/54/CE in materia di energia elettrica e la direttiva 2003/55/CE in materia di gas naturale.

²² Il pacchetto si compone di: una proposta di direttiva che modifica la direttiva 2003/54/Ce relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (COM(2007)528); una proposta di direttiva che modifica la direttiva 2003/55/Ce relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (COM(2007)529); una proposta di regolamento che istituisce una Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (COM(2007)530); una proposta di regolamento che modifica il regolamento (Ce) n. 1228/2003 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica (COM(2007)531); una proposta di regolamento che modifica il regolamento (Ce) n. 1775/2005 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale (COM(2007)532). Per un primo commento v. E. Ciaralli, *I mercati europei dell'energia elettrica e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1/2008, pp. 179 ss.

²³ Sull'influenza esercitata dal diritto comunitario sulla indipendenza dei regolatori nazionali dei mercati energetici v. L. Zanettini, *L'indipendenza delle Autorità di regolazione dei mercati energetici*, in *Energia*, n. 1/2009, pp. 40 ss.

2. L'organizzazione e il finanziamento

L'Autorità è un organo collegiale costituito dal presidente e da quattro membri²⁴ nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dello Sviluppo Economico. Le designazioni governative sono *bipartisan* perché devono essere conformi al parere delle competenti Commissioni Parlamentari espresso dalla maggioranza dei due terzi²⁵. I componenti del Collegio sono soggetti ad un rigido regime di incompatibilità, a pena di decadenza, che si estende anche ai quattro anni successivi alla scadenza dell'incarico, a pena di sanzione amministrativa.²⁶

Al fine di garantire la responsabilità e l'autonomia degli uffici nello svolgimento dell'attività istruttoria, la legge istitutiva richiama espressamente non solo i principi riguardanti l'individuazione e le funzioni del responsabile del procedimento, ma anche la distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo, attribuite al Collegio, e le funzioni di gestione, attribuite ai dirigenti²⁷. L'Autorità è esclusa dall'ambito di applicazione del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni, con conseguente deroga rispetto alla disciplina generale del pubblico impiego²⁸, e gode di autonomia organizzativa, contabile ed amministrativa. Infatti, la legge istitutiva prevede che essa, con propri regolamenti, definisca l'organizzazione, il funzionamento, la pianta organica del personale di ruolo nonché il trattamento giuridico ed economico del medesimo²⁹.

²⁴ Inizialmente era composta dal presidente e da due membri (art.2, comma 7, legge n. 481/1995) ma la composizione del collegio è stata portata a cinque dall'art. 1, comma 15, legge n. 239/2004. L'art. 2, comma 8, legge n. 481/1995 prevede che i componenti siano scelti tra "persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore" senza porre limitazioni in merito alle categorie professionali di provenienza come invece previsto dall'art. 10, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287 per la nomina dei componenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. I componenti del collegio durano in carica sette anni e non possono essere confermati. Sia i componenti che i funzionari dell'Autorità, nell'esercizio delle loro funzioni, sono pubblici ufficiali e sono soggetti al segreto d'ufficio.

²⁵ L'art. 2, comma 7, legge n. 481/1995 contiene una formulazione perentoria: "in nessun caso le nomine possono essere effettuate in mancanza del parere favorevole espresso dalle predette Commissioni a maggioranza dei due terzi dei componenti". In materia di energia si tratta della X Commissione della Camera dei Deputati "Attività produttive, commercio e turismo" e della X Commissione del Senato "Industria, commercio, turismo".

²⁶ Durante l'incarico non possono esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, né avere interessi anche indiretti nelle imprese che operano nel settore di competenza. Nei quattro anni successivi alla scadenza dell'incarico non possono avere rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nei settori di competenza dell'Autorità. Questo regime di incompatibilità successiva è previsto anche per i componenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (istituita anch'essa dalla legge n. 481/1995) mentre non è previsto per i componenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato perché, trattandosi di un'autorità di garanzia che opera in tutti i settori dell'economia, non sarebbe limitata a singoli settori economici, come avviene per le due autorità di regolazione, ma si estenderebbe a tutto il mercato.

²⁷ Art. 2, comma 10, legge n. 481/1995; art. 8, all. A, delibera 11 dicembre 2008, GOP 57/08, sul "Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas".

²⁸ Art. 2, comma 28, legge n. 481/1995, che fa salvo quanto previsto dal comma 10 del medesimo articolo, ovvero la qualifica di pubblico ufficiale, l'obbligo del segreto d'ufficio, le funzioni del responsabile del procedimento e la distinzione tra funzioni di indirizzo, spettanti al collegio, e funzioni di gestione, spettanti ai dirigenti. Anche per i dipendenti è previsto un rigido regime di incompatibilità a pena di decadenza dall'impiego e di applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 2, comma 31, legge n. 481/1995).

²⁹ Art. 2, commi 27 e 28, legge n. 481/1995. Sono espressione di tale autonomia: il regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità (delibera GOP 57/08 cit.); il regolamento per la disciplina dei contratti pubblici lavori, servizi e forniture stipulati dall'Autorità (delibera 2 dicembre 2008, GOP 55/08); le Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità (delibera 2 ottobre 2008, ARG/com 144/08); il regolamento per il conferimento di incarichi esterni (delibera 1 agosto 2007, n. 201/2007); il regolamento contenente il Codice etico (delibera 21 febbraio 2005, n. 30, integrata con la delibera 18 gennaio 2007, n.

L'organizzazione interna è così strutturata: a) il Collegio adotta i provvedimenti di competenza dell'Autorità ed esercita le funzioni di indirizzo e controllo³⁰; b) il Presidente ha la rappresentanza dell'Autorità, convoca le riunioni del Collegio e ne dirige i lavori, vigila sull'attuazione delle delibere e sull'andamento complessivo della struttura³¹; c) il Segretario generale assiste il Presidente e i componenti del Collegio nella pianificazione, sviluppo e controllo delle attività svolte dall'Autorità³²; d) il Direttore Generale dirige gli uffici coordinando l'attività dei dirigenti e risponde al Collegio dell'attuazione degli indirizzi e della gestione della struttura³³; e) il Collegio dei revisori provvede al controllo di gestione al fine di verificare l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa³⁴; f) il Garante del Codice Etico vigila sull'osservanza e sulla corretta interpretazione del Codice e ne riferisce al Collegio dell'Autorità³⁵; g) gli uffici sono articolati in direzioni che a loro volta possono essere suddivise in unità³⁶.

Il finanziamento dell'Autorità grava integralmente sui “*soggetti operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas*”, tenuti al pagamento di un contributo in misura non superiore all'uno per mille

8/07); il regolamento del personale e ordinamento delle carriere (approvato con delibera 18 dicembre 1996, n. 7/96 è stato più volte modificato ed integrato, da ultimo con la delibera 26 gennaio 2009, GOP 2/09); il regolamento di contabilità (approvato con delibera 4 dicembre 1996, n. 3/96 è stato anch'esso più volte modificato ed integrato, da ultimo con la delibera 27 dicembre 2007, n. 339/07); il regolamento per l'effettuazione delle verifiche e dei sopralluoghi sugli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, da fonti assimilate alle rinnovabili e sugli impianti di cogenerazione (delibera 14 dicembre 2004, n. 215/04); il regolamento per le audizioni periodiche delle associazioni collettive e per le rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e sull'efficacia dei servizi (delibera 10 aprile 2003, n. 33/2003); il regolamento recante la disciplina delle garanzie di trasparenza dell'azione amministrativa (delibera 20 giugno 2002, n. 115/2002); il regolamento recante le disposizioni generali sullo svolgimento dei procedimenti dell'Autorità (delibera 20 maggio 1997, n. 61/97). Sul potere regolamentare delle Autorità indipendenti v. F. Cintioli, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione al Convegno sulle Autorità amministrative indipendenti, Roma, Consiglio di Stato, 9 maggio 2003, in <http://www.giustizia-amministrativa.it> e F. Politi, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti (ad vocem)*, in *Enc. Giur.*, vol. XIX, Roma, Treccani, 1995.

³⁰ Le riunioni del Collegio sono valide quando vi partecipa la maggioranza dei componenti. Il Segretario Generale e il Direttore Generale vi assistono senza diritto di voto. Le deliberazioni sono adottate con il voto favorevole della maggioranza dei componenti ed il voto è palese. La pubblicità delle delibere a carattere generale è assicurata mediante la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, sul bollettino di cui all'art. 2, comma 26, legge n. 481/1995 e sul sito internet dell'Autorità.

³¹ In caso di assenza o impedimento del Presidente le sue funzioni sono assunte temporaneamente dal componente con maggiore anzianità nell'ufficio o, in caso di pari anzianità, dal più anziano d'età.

³² Il Segretario Generale è nominato dal Collegio e dura in carica sette anni ma l'incarico può essere revocato qualora venga meno il rapporto fiduciario con il Collegio.

³³ Anche il Direttore Generale è nominato dal Collegio per sette anni salvo revoca dell'incarico qualora venga meno il rapporto fiduciario. Coordina e rappresenta le direzioni dinanzi al Collegio e quindi costituisce il punto di raccordo tra le funzioni di indirizzo e controllo svolte dal Collegio e le funzioni di gestione svolte dai dirigenti.

³⁴ Il Collegio dei revisori è composto da un Presidente e da due membri nominati dall'Autorità tra i magistrati della Corte dei Conti e i professori universitari di ruolo in contabilità pubblica o discipline simili, ovvero tra gli iscritti all'albo dei revisori dei conti; essi durano in carica tre anni e possono essere rinnovati. Il Collegio dei Revisori esercita le seguenti funzioni: verifica la legittimità della gestione amministrativa e contabile; controlla almeno una volta ogni tre mesi gli atti della gestione finanziaria e contabile ed i contratti; esprime il proprio parere sul progetto di bilancio di previsione; predispose una relazione sul rendiconto annuale.

³⁵ Il Garante del Codice etico è scelto tra coloro che esercitano o abbiano esercitato le funzioni di magistrato delle giurisdizioni superiori, tra i professori ordinari di università in materie giuridiche, ovvero tra gli avvocati dopo venticinque anni di esercizio.

³⁶ L'attuale regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità prevede le seguenti Direzioni: Direzione generale, Comunicazione ed Eventi, Consumatori e Qualità del servizio, Legislativo e Legale, Mercati, Personale Amministrazione e Finanza, Strategie Studi e Documentazione, Tariffe, Vigilanza e controllo.

dei ricavi dell'ultimo esercizio³⁷. Il contributo è determinato annualmente dall'Autorità mediante delibera approvata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Ministro dell'Economia e delle Finanze ed è versato direttamente all'Autorità che lo gestisce in totale autonomia³⁸. E' tuttavia previsto un meccanismo di silenzio assenso in quanto, decorsi venti giorni dalla trasmissione della delibera alla Presidenza del Consiglio dei Ministri senza che siano state formulate osservazioni, essa diviene esecutiva³⁹.

In ogni caso la legge prevede che l'entità del contributo deve essere commisurata al fabbisogno dell'ente che ne beneficia e precisamente che deve essere fissata dall'Autorità "ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento"⁴⁰. Nell'esercizio della propria autonomia amministrativa l'Autorità ha dato esecuzione alle suddette disposizioni di legge disciplinando presupposti, modalità di calcolo e pagamento del contributo⁴¹.

Secondo l'opinione prevalente tale prestazione imposta costituisce una forma di partecipazione del singolo operatore economico alla spesa sostenuta dal soggetto pubblico per lo svolgimento della propria attività istituzionale dalla quale il contribuente trae un vantaggio. Il contributo costituisce quindi un *tertium genus* che si colloca tra l'imposta e la tassa: si distingue dalla prima perché l'obbligo di contribuzione sorge in dipendenza dell'utilità che l'attività dell'ente procura al contribuente ma si distingue anche dalla tassa perché il pagamento del contributo non è imposto in relazione ad una singola prestazione del soggetto pubblico⁴².

Pur essendo collegato all'utilità che l'impresa regolata trae dall'attività dell'Autorità, l'obbligo di pagamento del contributo prescinde da qualsiasi correlazione in senso sinallagmatico tra la prestazione dovuta dal soggetto ed il vantaggio che esso ricava dall'attività istituzionale. Ciò dovrebbe far propendere per la sua natura tributaria che è stata infatti riconosciuta dalla Corte Costituzionale⁴³, mentre la giurisprudenza amministrativa propende per la natura di corrispettivo⁴⁴.

³⁷ Art. 2, comma 38, legge n. 481/1995. La materia è stata nuovamente disciplinata dall'art.1, comma 68-bis, legge 23 dicembre 2005, n. 266 (finanziaria 2006), il quale ha abrogato l'art.2, comma 39 l. 481/1995, che assegnava al Ministero delle Finanze il potere di adeguare annualmente la misura del contributo Sul tema v. G. Napolitano, *L'autofinanziamento delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2006, pp. 260 ss.

³⁸ Art. 2, comma 40, legge n. 481/1995, sostituito dall'art. 18, comma 24, legge 30 dicembre 2004, n. 312 recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2005 e bilancio pluriennale per il triennio 2005-2007". Il contributo è stato determinato nella misura dello 0,3 per mille per gli anni 2008, 2007, 2006 (rispettivamente delibera 26 febbraio 2008, GOP 16/08; delibera 22 giugno 2007, n. 142/07 e delibera 19 giugno 2006, n. 117/06), confermando dunque la misura del contributo precedentemente prevista dal Ministero delle Finanze.

³⁹ Art. 1, comma 65, legge n. 266/2005.

⁴⁰ Lo prevede espressamente l'art.1, comma 68-bis, legge n. 266/2005 per l'Autorità per l'energia elettrica e il gas con ciò limitando il potere di autodeterminazione del contributo.

⁴¹ Si tratta della delibera 22 giugno 2007, n. 143/07 sulle "Modalità di contribuzione agli oneri di funzionamento dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas" nella quale sono elencate, in via meramente esemplificativa, le attività che danno luogo all'obbligo di pagamento del contributo ed è specificato che questo viene liquidato sul valore dei ricavi relativi alle suddette attività conseguiti nell'esercizio precedente e risultanti dal bilancio approvato. Inoltre, in caso di società legate da rapporti di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c. ovvero sottoposte a direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c., ciascuna società è tenuta a versare il proprio contributo in relazione ai ricavi iscritti al proprio bilancio. Il pagamento deve avvenire entro il 31 luglio di ciascun anno ed entro il successivo 15 settembre le imprese regolate devono inviare all'Autorità apposita dichiarazione contenente la misura del versamento effettuato e la base imponibile su cui è stato calcolato. Il mancato invio della suddetta dichiarazione o la trasmissione di dati non veritieri comporta, salvo che il fatto costituisca reato, l'irrogazione di sanzioni amministrative da parte dell'Autorità ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), legge n. 481/1995.

⁴² In questo senso F. Menti, *Contributi (dir. trib.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁴³ Corte costituzionale 6 luglio 2007, n. 256 (in un giudizio relativo al contributo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici) in cui si legge che i contributi obbligatori di cui all'art. 1, comma 65, legge n. 266/2005 "sono riconducibili alla categoria delle entrate tributarie statali, di cui soddisfano i principali requisiti. Si tratta, infatti, di

3. 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 attività⁴⁵.

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 perseguire⁴⁶. Lo stesso 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"⁴⁷, continuando ad alimentare un dibattito, dottrinario oltre che giurisprudenziale, sul rispetto del principio di legalità e sui c.d. poteri impliciti⁴⁸.

una contribuzione – imposta in base alla legge e connesso ad una particolare situazione i cui i soggetti obbligati si vengono a trovare per effetto dell'attività dell'ente- alle spese necessarie a consentire l'esercizio della sua attività istituzionale, che si caratterizza per la doverosità della prestazione, il collegamento di questa ad una pubblica spesa ed il riferimento ad un presupposto economicamente rilevante (sent. n.73 del 2005). Il primo requisito è soddisfatto in quanto essa grava sull'intero mercato di riferimento, senza alcuna relazione diretta con il godimento di specifici servizi ed in difetto di un rapporto sinallagmatico tra prestazione e beneficio percepito dal singolo; il secondo, in quanto è connessa alla spesa relativa al servizio di vigilanza del settore dei lavori pubblici, obbligatorio in relazione all'istituzione dell'Autorità; il terzo, infine, in quanto l'entità di detta contribuzione è determinata con una percentuale fissa rispetto ai ricavi annui delle imprese regolate". Sulla sentenza v. G. Napolitano, L'autofinanziamento delle Autorità indipendenti al vaglio (parziale) della Corte costituzionale, in Giorn. dir. ammin., 2008, pp. 140 ss. e L. Zanettini, Il finanziamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, in <http://www.lexitalia.it>.

⁴⁴ In tal senso TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza 19 giugno 2006, n. 1435, ove si legge che "il prelievo de quo non è assimilabile ad una prestazione imposta di carattere tributario, soggetto, come tale, alla predetta riserva di legge: questa, infatti, opera solo allorché al depauperamento patrimoniale dell'obbligato non corrisponda alcun specifico onere di dare o di fare da parte dell'Amministrazione. Viceversa, il contributo in questione appare assimilabile ad un corrispettivo per l'attività svolta dall'Autorità nei confronti dei soggetti amministrati per un servizio agli stessi reso direttamente o indirettamente (TAR Lazio, Roma, II, 9/12/1993, n.1633; idem, 4/12/2003, n.11596), che trova specifica previsione nell'art.2, comma 38, lettera b, della legge n.481/1995".

⁴⁵ G. Vesperini, G. Napolitano (a cura di), *Le Autorità indipendenti: norme, procedimento e giudice*, in *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, G. Vesperini (a cura di), *L'Italia da semplificare: le regole e le procedure*, Bologna, 1998.

⁴⁶ M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello cit.*, pp. 155 ss.

⁴⁷ 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".

⁴⁸ 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 v.: Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 10 maggio 2007, n. 2247; sentenza 14 giugno 2006,

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 consumatori⁴⁹.

Oltre alla legge istitutiva, le altre fonti normative che riguardano l'attività dell'Autorità sono: il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, di attuazione della direttiva 96/92/CE sul settore elettrico (cd. decreto Bersani)⁵⁰; il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, di attuazione della direttiva 98/30/CE sul settore del gas (cd. decreto Letta)⁵¹, contenenti una articolata disciplina di liberalizzazione dei mercati; la legge 23 agosto 2004, n. 239, di riordino del settore energetico (cd. legge Marzano)⁵²; il decreto legge 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'energia⁵³.

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 mercato⁵⁴, sia una funzione di controllo e garanzia, attraverso l'emanazione di provvedimenti individuali diretti a verificare ed assicurare il rispetto delle regole⁵⁵.

La funzione di regolazione consiste nel disegnare le regole di funzionamento del mercato e ha ad oggetto: le condizioni tecniche e quelle economiche (cd. tariffe) di accesso e di interconnessione alle reti⁵⁶; la separazione contabile ed amministrativa tra le attività svolte dalle imprese

n. 2501; sentenza 5 giugno 2006, n. 3352; sentenza 14 giugno 2006, n. 3503; sentenza 24 giugno 2005 n. 5827; TAR Lombardia, Sez. IV, sentenza 30 luglio 2007, n. 5469; sentenza 6 febbraio 2006, n. 246; sentenza 20 giugno 2005, n.1846.

⁴⁹ Art. 1, comma 1, legge n. 481/1995.

⁵⁰ F. Di Porto, *Il decreto Bersani (d.lgs. n. 79/1999). Profili proconcorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorrenza e mercato*, n. 8/2000, Giuffrè, Milano, pp. 407 ss.; G. Avanzini, *Il sistema elettrico in Italia*, in E. Ferrari (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000; G.G. Gentile, *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell'intervento pubblico*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1999, pp. 285 ss.; M. Gola, *L'organizzazione pubblica del mercato elettrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 509 ss.

⁵¹ 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, C. Scarpa, *Gas, quanta concorrenza passerà attraverso i tubi?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, pp. 363 ss.

⁵² M. De Bellis, *La legge di riordino del settore energetico*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8/2004, pp. 831 ss.

⁵³ P. Cirielli, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Giorn. dir. ammin.*, n. 3/2008, pp. 280 ss. e F. Polettoni, *Nuove misure per la promozione della concorrenza nel mercato energetico*, in *Dir. industr.*, n. 6/2007, pp. 567-568.

⁵⁴ S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2002, p. 149.

⁵⁵ I commi 12 e 20 dell'art. 2, l. n. 481/1995 contengono un lungo elenco di poteri, peraltro non esaustivo. Sulla tipologia di poteri esercitati v. 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, A. Colavecchio, *Energie*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, vol. III, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 140 e ss. F. Vetrò, *Le Autorità indipendenti di regolazione: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 2001, pp. 465 ss. Sull'attività svolta dall'Autorità e le prospettive di sviluppo A. Ortis, *I nodi della regolazione dei comparti energetici*, in S. Mariotti, P.G. Torrani (a cura di), *Energia e comunicazioni. Le Autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 96 ss.

⁵⁶ Art. 2, comma 12, lett. d), l. 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*

verticalmente integrate⁵⁷, nonché la separazione funzionale⁵⁸; 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”⁵⁹; i progetti di risparmio energetico⁶⁰; gli impianti di energia elettrica alimentati da fonti assimilate alle fonti rinnovabili⁶¹; la cogenerazione⁶²; 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 (cd. *servizio di maggior tutela e salvaguardia*) che le imprese di distribuzione o vendita sono tenute ad indicare tra le proprie offerte commerciali⁶³.

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 reti⁶⁴ 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 rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli quantitativi inferiori*” a quelli previsti⁶⁵. 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*”⁶⁶. Richiede ai soggetti esercenti i servizi le informazioni e i documenti sulle loro attività⁶⁷, li diffida a cessare i

promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell’elettricità”, l’Autorità emanano 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 v. anche art. 1, comma 1, art. 2, comma 12, lett. e) e commi 17 e 18, legge n. 481/1995.

⁵⁷ Art. 2, comma 12, lett. f), legge n. 481/1995.

⁵⁸ Art. 1, comma 1, decreto legge 18 giugno 2007, n. 73, convertito in legge 3 agosto 2007, n. 125.

⁵⁹ Art. 2, comma 12, lett. h), 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.

⁶⁰ Art. 5, comma 5, decreto ministeriale 20 luglio 2004 recante “*Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico e sviluppo delle fonti rinnovabili, di cui all’art. 16, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164*” e art. 5, comma 5, decreto ministeriale 20 luglio 2004 recante “*Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi nazionali di incremento dell’efficienza energetica degli usi finali ai sensi dell’articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79*”.

⁶¹ Ai sensi dell’art. 2, comma 14 e dell’art. 3, comma 1, l. 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 (v. ad esempio delibera 25 febbraio 1999, n. 27/99).

⁶² Art. 2, comma 8, d.lgs. n. 79/999, 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*”.

⁶³ Art. 1, comma 3, d.l. n. 73/2007. Sulla conformità al diritto comunitario di tale previsione legislative v. infra, par. 6.

⁶⁴ Art. 2, comma 12, lett. c), legge n. 481/1995.

⁶⁵ Art. 2, comma 12, lett. g), l. n. 481/1995. V. 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), l. n. 481/1995, sul controllo dell’esercizio dei servizi in concessione.

⁶⁶ Art. 2, comma 12, lett. f), l. n. 481/1995.

⁶⁷ Art. 2, comma 20, lett. a), l. n. 481/1995.

comportamenti lesivi dei diritti degli utenti e impone il pagamento di indennizzi⁶⁸. Irroga sanzioni amministrative pecuniarie nei casi di violazione delle proprie delibere e di mancata comunicazione delle informazioni e dei documenti richiesti⁶⁹. Verifica la conformità ai criteri tariffari delle proposte di aggiornamento delle tariffe annualmente presentate⁷⁰. Valuta i “*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 gestore⁷¹. Risolve le controversie tra utenti ed esercenti attraverso procedure di conciliazione o di arbitrato⁷² e quelle tra gestori della rete e titolari di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili⁷³.

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 Parlamento⁷⁴. 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 comunitaria⁷⁵; formula proposte al Ministro dello Sviluppo economico e al Ministro per gli Affari regionali e le Autonomia locali per l’individuazione degli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas⁷⁶; esprime parere obbligatorio ma non vincolante nell’ambito del procedimento per la definizione della rete nazionale di gasdotti⁷⁷; presenta annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio una relazione sullo stato dei servizi e sull’attività svolta⁷⁸. 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 energetici⁷⁹.

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

⁶⁸ Art. 2, comma 20, lett. d), l. 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*”.

⁶⁹ Art. 2, comma 20, lett. c), l. n. 481/1995.

⁷⁰ Art. 2, comma 12, lett. f), l. n. 481/1995.

⁷¹ Art. 2, comma 12, lett. m), l. n. 481/1995.

⁷² Ai sensi dell’art. 2, comma 24, lett. b), l. n. 481/1995 con regolamento governativo vengono disciplinati i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l’esperienza 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

⁷³ Art. 14, comma 2, lett. f-ter), d.lgs. n. 387/2003 e delibera dell’Autorità, 16 settembre 2008, n. ARG/elt/123/08.

⁷⁴ Ai sensi dell’art. 2, comma 6, l. 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*”.

⁷⁵ Art. 2, comma 12, lett. a), l. n. 481/1995.

⁷⁶ Art. 46-bis, comma 2, decreto legge 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,

⁷⁷ Art. 9, d.lgs. n. 164/2000.

⁷⁸ Art. 2, comma 12, lett. i), l. n. 481/1995.

⁷⁹ Art. 2, comma 33, l. n. 481/1995.

traslazione della maggiorazione dell'IRES⁸⁰ sui prezzi al consumo praticati dalle maggiori imprese che operano nei settori dell'energia elettrica, del gas e petrolifero⁸¹.

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 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 concreta⁸².

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.⁸³,

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 orale⁸⁴. Nel regolamento

⁸⁰ 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.

⁸¹ Art. 81, comma 16, decreto legge 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.

⁸² M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello cit.*, pp. 154-155. V. anche Consiglio di Stato, sentenza n. 5827/2005 cit., 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*”.

⁸³ 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 v. S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. ammin.*, n. 4/2007, pp. 377 ss.

⁸⁴ Art. 2, comma 24, lett. a), l. n. 481/1995. Sul contraddittorio nei procedimenti generali e individuali dinanzi all'Autorità Assonime, *Autorità indipendenti e garanzie procedurali*, in *Note e Studi*, n. 43, Roma, 2003. Sul contraddittorio dinanzi alle Autorità indipendenti, R. Chieppa, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

relativo ai procedimenti individuali⁸⁵ sono perciò previste sia audizioni istruttorie, finalizzate ad acquisire gli elementi utili all'adozione del provvedimento⁸⁶, 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 procedimento⁸⁷. Anche nella disciplina dei procedimenti generali, dettata non con regolamento governativo ma con delibera dell'Autorità del 1997 che sarà a breve sostituita⁸⁸, si dà spazio alle audizioni e soprattutto si introduce una fase di consultazione preventiva, nell'ambito della quale vengono diffuse versioni preliminari dell'atto da adottare dando agli interessati la facoltà di presentare le proprie osservazioni (il cd. *notice and comment*)⁸⁹. Si tratta di uno strumento partecipativo di grande rilievo se si considera che l'Aeeg non era - e tuttora non è⁹⁰ - obbligata per legge alla consultazione e che gli artt. 3 e 13 della legge n. 241/1990 escludono espressamente gli atti normativi e amministrativi generali dalle garanzie partecipative e dall'obbligo di motivazione. Il Giudice amministrativo ha peraltro chiarito che la consultazione 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 replicare in modo puntuale a tutte le osservazioni⁹¹.

Il contraddittorio dinanzi all'Aeeg, nelle forme succintamente richiamate, presenta dimensioni e finalità diverse a seconda del tipo di funzione esercitata⁹².

⁸⁵ 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 *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2002, pp. 361 ss.

⁸⁶ Art. 10, commi 1-4, d.P.R. n. 244/2001.

⁸⁷ 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).

⁸⁸ Delibera 20 maggio 1997, n. 61. L'Autorità ha avviato un procedimento di consultazione volto a sostituire la delibera n. 61/97 con una nuova e più articolata disciplina dei procedimenti di regolazione (v. delibera 4 marzo 2009, GOP 9/09 e documento di consultazione 4 marzo 2009, DCO 2/09).

⁸⁹ Art. 5, delibera n. 61/97. Sulla consultazione preventiva degli interessati v. 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. Celotto, *La consultazione dei destinatari delle norme*, in M.A. Sandulli, L. Carbone (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, pp. 203 ss.

⁹⁰ Diversamente da altre Autorità di regolazione che invece sono obbligate alla consultazione: cfr. art. 11, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, sul "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". 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". Dopo una fase di sperimentazione l'Aeeg ha introdotto l'Air con delibera 3 ottobre 2008, GOP 46/08.

⁹¹ 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".

⁹² 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

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 energetici o al riconoscimento di determinati costi in sede di aggiornamento della tariffa, oppure di tipo oppositivo, ad esempio in relazione ad una sanzione o ad un ordine di consentire l'accesso alla rete. 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 mercato⁹³.

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. E' 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 soggetti portatori di interessi contrapposti rispetto a quello di cui è titolare il soggetto destinatario del provvedimento finale, come i concorrenti, i consumatori, i denunciatori. 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 altro⁹⁴.

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.

Autorità amministrative indipendenti", tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, Consiglio di Stato, 9 maggio 2003, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁹³ 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, n. 1298/06).

⁹⁴ 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.

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 colmare le asimmetrie informative che caratterizzano il suo rapporto con i soggetti regolati⁹⁵ 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.

5. 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 cd. 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 risorse⁹⁶.

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 - rappresentati 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 servizio⁹⁷.

5.1. La regolazione della rete

⁹⁵ In questi termini M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 11 ss.

⁹⁶ G. Fonderico, *Regolazione economica (diritto della)*, in M. Clarich, 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 v. La Spina Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 117 ss.

⁹⁷ Ma v. anche regolazione dell'efficienza energetica, a tutela dell'ambiente.

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 deve essere utilizzata da una pluralità di soggetti per l'erogazione del servizio⁹⁸. 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*"⁹⁹.

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 rete¹⁰⁰. 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'Autorità¹⁰¹ riguardano l'accesso: alla rete di trasporto¹⁰² (e al dispacciamento¹⁰³), ai giacimenti di stoccaggio (che può essere di modulazione¹⁰⁴, minerario¹⁰⁵ o strategico¹⁰⁶), agli impianti di gas naturale liquefatto¹⁰⁷ e alle reti di

⁹⁸ Sul tema v. 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.

⁹⁹ E' 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. V. 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 (v. art. 24, comma 2, d.lgs. n. 164/2000 e art. 1, commi 17 ss., legge n. 239/2004).

¹⁰⁰ Art. 24, comma 5, d.lgs. n. 164/2000 e in termini analoghi art. 3, comma 3, d.lgs. n. 79/1999.

¹⁰¹ Art. 23, commi 3 e 4, d.lgs. n. 164/2000.

¹⁰² Esclusi i gasdotti di coltivazione e le reti di distribuzione (art. 2, comma 1, lett. ii), d.lgs. n. 164/2000).

¹⁰³ E' "*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).

¹⁰⁴ E' 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).

¹⁰⁵ E' 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).

¹⁰⁶ E' 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. hh), d.lgs. n. 164/2000).

¹⁰⁷ 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).

distribuzione¹⁰⁸. Nella filiera elettrica le tariffe di accesso regolato¹⁰⁹ sono quelle relative alla rete di trasmissione¹¹⁰ e alle reti di distribuzione¹¹¹.

Secondo la definizione contenuta nella legge istitutiva dell'Aeeg, le tariffe sono “*i prezzi massimi unitari dei servizi al netto delle imposte*”¹¹², dove per servizio deve intendersi 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 riferimento*”¹¹³ 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 interessate¹¹⁴.

Il metodo di calcolo della tariffa base e dei successivi aggiornamenti è quello del cd. *price cap*, definito come il “*limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale*”¹¹⁵. Esso mira ad incentivare il gestore della rete ad aumentare la propria produttività riducendo i costi di gestione¹¹⁶.

Le finalità perseguite attraverso il potere tariffario sono almeno due¹¹⁷.

La prima è quella di promuovere la concorrenza garantire che “*l'accesso alla rete sia fornito senza discriminazioni, in modo trasparente e a prezzi ragionevoli*”¹¹⁸, per cui il sistema tariffario deve essere “*certo, trasparente e basato su criteri predefiniti*”¹¹⁹. 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 imprese¹²⁰. Dall'altro, occorre arginare la tendenza del monopolista a fissare prezzi superiori a quelli che si formerebbero in regime di concorrenza, prezzi

¹⁰⁸ 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).

¹⁰⁹ Art. 3, comma 10 e art. 9, comma 1, d.lgs. n. 79/1999.

¹¹⁰ E’ “*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).

¹¹¹ Sono le “*reti ... a media e bassa tensione per le consegne ai clienti*” (art. 2, comma 14, d.lgs. n. 164/2000).

¹¹² 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.

¹¹³ 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).

¹¹⁴ Art. 2, comma 12, lett. f), seconda parte, legge n. 481/1995.

¹¹⁵ Art. 2, comma 18, legge n. 481/1995.

¹¹⁶ Sui problemi che l'applicazione del price cap solleva M. Carassiti, D. Lanzi, *Regolamentazione “price cap” e problemi di efficienza*, in *L'Industria*, n. 2/2000, pp. 289 ss.

¹¹⁷ In questo senso v. 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)).

¹¹⁸ Considerando 6, direttiva 2003/54/CE e considerando 7, direttiva 2003/55/CE.

¹¹⁹ Art. 1, comma 1, legge n. 481/1995.

¹²⁰ 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).

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 gas¹²¹, prescrivendo ad esempio che i prezzi di accesso a tutti i segmenti della filiera siano tali da assicurare *“una congrua remunerazione del capitale investito”*¹²². 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 astratta¹²³. E' tuttavia ragionevole ritenere che, conformemente a quanto 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”*¹²⁴.

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,

¹²¹ Ai sensi dell'art. 23, comma 3, le tariffe di trasporto del gas *“tengono 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 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...”*.

¹²² 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 v. L. Cavallo, G. Coco, *La remunerazione del capitale investito nelle imprese soggette a regolazione*, in *Economia pubblica*, n. 4/2002, pp. 175 ss.

¹²³ Cons. St. sez. IV, n. 5105/2002 e n. 1921/2003 per il settore elettrico; Cons.St., sez. VI, 23 ottobre 2001, n. 567 in termini generali; Tar Milano, sez. II, n. 4659/2001 e n. 6690/2001 per il settore del gas.

¹²⁴ 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”*.

specificando le condizioni e le modalità di accesso in appositi codici, cd. codici di rete¹²⁵. Al fine di garantire il rispetto dei criteri stabiliti dall’Autorità, i codici devono essere trasmessi al regolatore per la verifica di compatibilità¹²⁶.

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 dire presente anche nei segmenti della filiera aperti alla concorrenza (a monte o a valle della rete)¹²⁷. 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 (cd. 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 (cd. separazione proprietaria)¹²⁸.

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*”¹²⁹ e si limita a prevedere in capo all’Autorità il potere di emanare “*direttive di separazione contabile e amministrativa*”¹³⁰, 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.

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*”¹³¹. 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 vincolati¹³² (il limite dei trecentomila clienti è stato di recente abbassato a centomila¹³³). La

¹²⁵ 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, decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 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*”.

¹²⁶ Art. 3, comma 6, d.lgs. n. 79/1999 e art. 24, comma 5, d.lgs. n. 164/2000.

¹²⁷ 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).

¹²⁸ Per una illustrazione delle varie tipologie di separazione tra rete e servizio previste dalla normativa comunitaria e nazionale sui servizi a rete v. H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, pp. 469 ss.

¹²⁹ Art. 3, comma 8.

¹³⁰ Art. 2, comma 12. La prima applicazione della disposizione si è avuta con la delibera 11 maggio 1999, n. 61, sulla quale v. A. Abate, A. Clò, *La regolazione elettrica in Italia: alcune prime valutazioni*, in *L’Industria*, n. 4/2000, pp. 735 ss.

¹³¹ Art. 1, comma 4, d.lgs. n. 79/1999 e art. 2, comma 12, lett. f), l. n. 481/1995.

¹³² 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, l. n. 239/2004, prevede la facoltà della separazione societaria per i soggetti titolari di impianti di

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 nazionale¹³⁴. 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 reti¹³⁵. 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'infrastruttura¹³⁶. Nel 2003 è stata perciò disposta per legge la riunificazione della proprietà e della gestione della rete di trasmissione¹³⁷, 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"¹³⁸; nessun obbligo di separazione è previsto per gli impianti di GNL.

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 amministrativo¹³⁹. 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 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 elettrica¹⁴⁰ e i gestori dei sistemi di trasporto, distribuzione o di sistemi combinati di trasporto, GNL, stoccaggio e distribuzione nel mercato del gas¹⁴¹ devono essere indipendenti "sotto il profilo della forma giuridica, dell'organizzazione e del potere decisionale" dalla altre attività non connesse ai

distribuzione e, in tal caso, anche la separazione "gestionale e amministrativa" delle attività secondo le modalità stabilite dall'Autorità.

¹³³ Art. 1, comma 1, prima parte, d.l. n. 73/2007, convertito in l. n. 125/2007.

¹³⁴ Art. 13, comma 2, d.lgs. n. 79/1999.

¹³⁵ Art. 3, comma 4, d.lgs. n. 79/1999. Sul punto v. P. Cirielli, *La trasmissione di energia elettrica in Italia*, Milano, Ipsoa, 2005.

¹³⁶ Sulle criticità che hanno condotto alla riunificazione di proprietà e gestione v. P. Cirielli, *Verso l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica di trasmissione*, in *Giorn. dir. ammin.*, n. 12/2004., pp. 1292 ss.

¹³⁷ Art. 1-ter, d.l. n. 239/2003, convertito in l. 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., v. F. Di Porto, *Riunificazione e privatizzazione della rete di trasmissione dell'energia elettrica: il caso Terna-GRN*, in L. Ammannati (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 287 ss.

¹³⁸ Art. 21, d.lgs. n. 164/2000.

¹³⁹ TAR Lombardia, Milano, sez. II, sentenza 16 dicembre 2002, n. 5130 e sentenza 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".

¹⁴⁰ Rispettivamente art. 10 e art. 15, direttiva 2003/54/CE.

¹⁴¹ Art. 9, art. 13 e art. 15, direttiva 2003/55/CE.

sistemi gestiti. E' la separazione cd. 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*”¹⁴². 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'Autorità¹⁴³.

5.2. 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 prezzi¹⁴⁴.

Tale potere tariffario è stato trasferito all'Aeeg e ad esso sono dedicate molte disposizioni della legge n. 481/1995¹⁴⁵. L'apertura alla concorrenza della vendita di energia – formalmente avvenuta il primo gennaio 2003 per il settore del gas, il primo 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 consentire 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 salvaguardia¹⁴⁶.

Per i clienti finali domestici e le piccole imprese che al primo 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

¹⁴² Art. 1, comma 1, d.l. n. 73/2007.

¹⁴³ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza 21 febbraio 2008, n. 395 e nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 13 febbraio 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.

¹⁴⁴ In generale sulla determinazione amministrativa dei prezzi M.E. Schinaia, *Prezzi (disciplina dei prezzi-diritto pubblico)*, ad vocem, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, 1991, vol. XXIV e, dello stesso autore, *Tariffe dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, 1991, vol. XXX. Sulle tariffe elettriche prima della legge n. 481/1995 e sul ruolo svolto dal Comitato interministeriale prezzi (Cip) v. S. Cassese, *La determinazione autoritativa dei prezzi nel settore elettrico*, Rimini, Maggioli, 1989.

¹⁴⁵ Art. 2, comma 12, lett. e), commi 17, 18 e 19, art. 3, commi 2, 4, 5 e 6.

¹⁴⁶ Art. 1, commi 2, 3 e 4, d.l. n. 73/2007, su cui v. 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*”.

“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)¹⁴⁷.

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 primo 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 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’Autorità¹⁴⁸.

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)¹⁴⁹. Per l’energia elettrica la qualità tecnica comprende anche la qualità del voltaggio¹⁵⁰, mentre per il gas naturale essa include anche la sicurezza della fornitura.

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”¹⁵¹.

La regolazione della qualità avviene dunque attraverso la fissazione di livelli minimi, cd. 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 predisporre¹⁵² e, secondo una consolidata giurisprudenza amministrativa, sono disposizioni integrative del singolo contratto di

¹⁴⁷ 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.).

¹⁴⁸ 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”.

¹⁴⁹ Sulla regolazione della qualità dei servizi erogati dalle utilities v. L. Rovizzi, *The regulation of product quality in public utilities*, in M. Bishop, J. Kay, C. Mayer (edited by), *The regulatory challenge*, 1995, Oxford, Oxford University Press e D. Sappington, *Regulating service quality: a survey*, in *Journal of regulatory economics*, vol. 27, n. 2, 2005, pp. 123 ss.

¹⁵⁰ Sulla regolazione della qualità nella fornitura di elettricità v. 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, nonché E. Fumagalli, 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 v. anche R. Malaman, E. Putzu, *Regolazione incentivante per incrementare la qualità del servizio*, in *Economia e politica industriale*, 2007.

¹⁵¹ Art. 2, comma 12, lett. h).

¹⁵² Art. 2, comma 37, l. n. 481/1995.

somministrazione dell'energia¹⁵³. 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.

6. Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Aeeg

Il tema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti è stato oggetto di particolare attenzione in dottrina e giurisprudenza sia perché è l'unica forma di controllo sul potere esercitato da tali autorità sulle imprese, sia perché costituisce un nervo scoperto per entrambe le parti¹⁵⁴. Da un lato le imprese reclamano spesso un sindacato più penetrante che restringa sempre più l'area della riserva di merito soprattutto sull'analisi economica e sulle valutazioni tecniche, dall'altro le autorità lo avvertono come un'ingerenza nella loro competenza se non addirittura come un *vulnus* alla loro indipendenza.

I ricorsi avverso i provvedimenti dell'Aeeg appartengono alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo e sono attribuiti in via esclusiva alla competenza del TAR Lombardia, dove ha sede l'Autorità¹⁵⁵. Si tratta però di una giurisdizione esclusiva solo sulla carta, perché ha ben poco a che vedere con i diritti soggettivi, come del resto avviene anche per le altre autorità che operano nel diritto pubblico dell'economia. Infatti non è la materia dell'energia ad essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, bensì l'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità, quindi si tratta di un sindacato sul legittimo esercizio di una potestà discrezionale di fronte alla quale sono configurabili solo interessi legittimi¹⁵⁶. Tant'è che finora il processo amministrativo sui provvedimenti dell'Aeeg si è sostanzialmente svolto come un giudizio di legittimità di tipo impugnatorio e non si riscontrano pronunce di condanna o di accertamento riconducibili al sindacato sui diritti soggettivi¹⁵⁷.

¹⁵³ Consiglio di Stato, sez. VI, 24 giugno 2003, n. 6628 - sulla delibera n. 229/01 con cui l'Autorità ha definito le "condizioni inderogabili per i contratti di vendita del gas naturale a clienti del mercato vincolato" - che richiama Cons.St., sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2854 e Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987.

¹⁵⁴ Per citare solo alcuni contributi cfr. P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, in particolare pp. 416 ss.; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. ammin.*, 2002, pp. 181 ss.; M. Clarich, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm.-Tar*, 2003, pp. 3133 ss.; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, n. 2/2004, pp. 439 ss.; Pajno, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. ammin.*, 2004, pp. 617 ss.; R. Chieppa, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. ammin.*, 2005, pp. 330 ss. Sul sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Aeeg cfr. F. Fracchia, *Giudice amministrativo ed energia: sindacato del TAR Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in <http://www.giustamm.it>, M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 1/2006, pp. 81 ss.; A. Travi, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza cit.*, pp. 59 ss.

¹⁵⁵ Art. 2, comma 25, l. n. 481/1995.

¹⁵⁶ E' noto il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale nell'ambito della giurisdizione esclusiva non viene meno la distinzione ex art. 103 Cost. tra interessi legittimi e diritti soggettivi a seconda della natura paritaria od autoritativa del rapporto e non v'è dubbio che i poteri attribuiti all'Autorità abbiano carattere autoritativo.

¹⁵⁷ Significative in tal senso sono le sentenze nelle quali: si dichiara l'inammissibilità dei ricorsi avverso l'atto di avvio del procedimento in quanto atto endoprocedimentale come tale non immediatamente lesivo; si afferma l'inammissibilità di un'azione di accertamento vertente su interessi legittimi (Tar Lombardia, sez. IV, sentenza 19 maggio 2006, n. 122) oppure si nega il potere del giudice amministrativo di pronunciare sentenze di tipo additivo sul contenuto normativo o

Al riguardo appare significativo che, nell'affrontare il tema degli effetti del giudicato di annullamento degli atti di regolazione, la giurisprudenza abbia fatto applicazione di concetti tipici del sindacato sugli interessi legittimi richiamando l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale in caso di annullamento di atti regolamentari o generali, la portata della sentenza si estende *ultra partes* solo per ciò che riguarda gli effetti caducatori, ma non anche in relazione agli effetti ordinatori e conformativi del giudicato i quali rimangono circoscritti alle parti secondo la regola dettata dall'art. 2909 c.c.¹⁵⁸

Quanto alla competenza del TAR Lombardia, si tratta di una competenza funzionale ed inderogabile, che quindi è rilevabile d'ufficio in qualsiasi stato e grado del giudizio, può essere sollevata in via di eccezione senza necessità di proporre regolamento di competenza, costituisce motivo d'annullamento della sentenza¹⁵⁹ e rappresenta l'unico caso di competenza inderogabile di un Tar diverso dal Tar Lazio¹⁶⁰.

A differenza del contenzioso in materia antitrust, che è stato dominato dal tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale¹⁶¹, le decisioni del Giudice amministrativo sulla regolazione dell'energia si sono prevalentemente concentrate sul rispetto del principio di legalità essendo ricorrente la contestazione del fondamento legislativo del potere esercitato dall'Aeeg. Ciò è stato determinato da due ragioni. Innanzitutto, come è emerso dalle pagine precedenti, il quadro normativo non è sufficientemente chiaro in tema di poteri e tende ad attribuire all'Autorità poteri amministrativi e normativi molto ampi (vedi la regolazione sull'*unbundling*). In secondo luogo l'Autorità non può essere certo accusata di aver interpretato con timidezza il proprio ruolo, in quanto si è spinta ad esercitare il potere regolatorio anche su mercati ormai liberalizzati, benchè non ancora effettivamente concorrenziali, ed ha elaborato forme di regolazione asimmetrica al fine di contrastare la posizione dominante di alcuni operatori.

Ciò ha dato luogo ad un interessante dibattito sulla possibilità di configurare poteri impliciti, ovvero di riconoscere all'Autorità tutti i poteri che appaiono funzionali al perseguimento degli obiettivi indicati dal legislatore, pur in assenza di un'esplicita previsione legislativa. Sul punto,

deliberativo del provvedimento (Tar Lombardia, sez. IV, 17 maggio 2004, n. 1699).

¹⁵⁸ TAR Lombardia, sentenza 4 febbraio 2009, n. 1133 in cui si sottolinea che *“l'effetto cassatorio che deriva dalla sentenza amministrativa risente della natura indivisibile dell'atto che ne è oggetto, propagandosi necessariamente a tutti i soggetti rispetto ai quali esso aveva prodotto conseguenze giuridiche. Viceversa, il contenuto ordinatorio della pronuncia del GA, incidendo sul rapporto controverso (nei limiti in cui il potere discrezionale e la articolazione dei motivi di ricorso lo consentono), non può che essere legato al caso concreto su cui il giudice è chiamato a decidere. A voler diversamente opinare si snaturerebbe la stessa sostanza della sentenza amministrativa attribuendole, in caso di impugnazione di atti generali, una portata normativa che è del tutto estranea al contenuto della funzione giurisdizionale che il GA è chiamato ad esercitare”*; cfr. Cons. Stato n. 49/1996; n.1320/2008, n. 3922/2007.

¹⁵⁹ Il Consiglio di Stato con sentenze Sez. VI 25 novembre 1998, n.1601 e Sez. IV, 22 maggio 2000, n. 2926 ha affermato - per la verità con una motivazione apodittica senza farsi carico dei dubbi interpretativi sollevati con riferimento ad altre analoghe disposizioni - che *“non v'è dubbio che la competenza prevista dall'art.2, comma 25, l. 14.11.1995, n.481 sia una competenza funzionale”* la quale peraltro si estende anche alla cognizione degli atti presupposti contestualmente impugnati, benchè emanati da organi centrali dello Stato. Pertanto il TAR Lombardia, in quanto giudice funzionalmente competente sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità dell'energia, sarà chiamato a pronunciarsi anche sulla legittimità di eventuali atti presupposti contestualmente impugnati, che secondo le regole ordinarie sarebbero di competenza del TAR Lazio.

¹⁶⁰ Nel diritto pubblico dell'economia il TAR Lazio ha competenza inderogabile sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; inoltre l'art.104 d. l.vo 1.9.1993, n.385, in materia di gruppi bancari, prevede la competenza del TAR con sede a Roma per i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi connessi con le procedure di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta della capogruppo e delle società facenti parte del gruppo.

¹⁶¹ Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale il sindacato sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è di legittimità per tutto ciò che attiene all'accertamento del fatto e alla valutazione della sua illiceità mentre è di merito per quanto attiene la quantificazione della sanzione.

mentre la giurisprudenza del TAR Lombardia è apparsa piuttosto rigorosa sul rispetto del principio di legalità e poco incline al riconoscimento di poteri implicitamente previsti dalla legge, il Consiglio di Stato è apparso in alcuni casi più incline ad ammettere la configurabilità di poteri impliciti¹⁶².

Inoltre, anche quando il legislatore ha espressamente attribuito all’Autorità il potere di indicare prezzi di riferimento anche dopo la completa liberalizzazione del mercato del gas la legittimità di tale scelta legislativa è stata messa in dubbio sotto il profilo del rispetto della normativa comunitaria. Infatti è stata sollevata una questione di interpretazione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia CE sulla compatibilità di detto potere con la direttiva 2003/55/CE sul presupposto che laddove c’è il mercato non può essere consentito al regolatore di intervenire sui prezzi¹⁶³.

¹⁶² Sul punto v. A. Travi, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo cit.* Peraltro, il tema del principio di legalità non mancherà di impegnare la giurisprudenza anche in merito al potere di vigilanza che l’Autorità è stata chiamata a compiere sul divieto di traslazione della maggiorazione IRES sui prezzi al consumo in quanto le delibere attuative finora adottate dall’Autorità sono state impugnate anche con censure relative alla violazione del principio di legalità mettendo in dubbio la previsione legislativa del potere esercitato.

¹⁶³ Tar Lombardia, IV, ordinanza 3 giugno 2008, n. 177.