

N. 00683/2013 REG.PROV.COLL.

N. 00491/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 491 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
EDISON ENERGIA S.P.A., rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Todarello,
presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, P.zza Velasca, 4;

contro

AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS, rappresentata e difesa
ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, presso i cui Uffici in
Milano, via Freguglia n. 1 è domiciliata;

nei confronti di

ENEL SERVIZIO ELETTRICO S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv. Maria
Novella Di Giandomenico, Rodolfo Barbasetti, Marcello Molè, con domicilio
eletto presso l'avv.to Rodolfo Barbasetti Di Prun in Milano, corso Venezia n. 61;

e con l'intervento di

ad opponendum:
ACQUIRENTE UNICO SPA, rappresentata e difesa dagli avv. Giuliano

Fonderico, Marcello Clarich, con domicilio eletto presso l'avv.to Fabio Sgarlata in Milano, via dei Giardini n. 7;

per l'annullamento,

- (con il ricorso principale) della delibera 30 novembre 2010 ARG/ELT 219/10, pubblicata sul sito www.autorita.energia.it in data 10 dicembre 2010, avente ad oggetto "Disposizioni per il funzionamento del Sistema Indennitario di cui all'Allegato B della deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 11 dicembre 2009, ARG/ELT 191/09", nonché il documento di consultazione DCO n. 36/10 e la Delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 29 febbraio 2008 ARG/ELT 4/08 e, per quanto possa occorrere, le delibere AEEG 3 agosto 2010, ARG/ELT 123/10 e 8 febbraio 2009, ARG/ELT 191/09, nonché di ogni altro atto e/o comportamento presupposto, connesso o consequenziale;

- (con motivi aggiunti notificati in data 18 maggio 2012) della delibera 99/12/R/EEL, recante: "Modifiche alla disciplina relativa al sistema indennitario, in tema di richieste di informazioni dei clienti finali e di mancato pagamento del corrispettivo CMOR";

- (con ulteriori motivi aggiunti) della delibera 195/2012/R/EEL, l'Autorità è intervenuta sostituendo, con l'Allegato A, l'Allegato 3 della deliberazione ARO/ELT 219/2010, nonché modificando ulteriormente, nonché in modo marginale, il sistema indennitario;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS e di ENEL SERVIZIO ELETTRICO S.P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2012 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Con il ricorso principale, EDISON SPA ha impugnato la delibera ARG/ELT n. 219/2010, recante la disciplina del “Sistema Indennitario per l’esercente la vendita uscente” (in particolare, sostituendo l’Allegato B della precedente delibera ARG/ELT n. 191/09 ed approvando il regolamento predisposto dal gestore del sistema). Si sono costituiti in giudizio l’AEEG e la controinteressata ENEL SPA, chiedendo entrambi il rigetto del ricorso. E’ intervenuto, altresì, ad opponendum, l’ACQUIRENTE UNICO SPA.

I.1. Nelle more del giudizio, al fine dichiarato di minimizzare le potenziali criticità del sistema indennitario nei confronti dell’esercente la vendita entrante, l’AEEG ha avviato, con delibera ARG/ELT 89/11, un procedimento per l’adozione di provvedimenti di modifica ed integrazione della deliberazione ARG/ELT 191/09, individuando quale termine per la conclusione del procedimento il 31 dicembre 2011. Il 4 agosto 2011, veniva pubblicato il documento per la consultazione DOC 32/11. In ragione di tali accadimenti, la discussione già fissata per il 27 ottobre 2011 è stata rinviata all’udienza 12 aprile 2012.

I.2. All’esito della consultazione degli operatori, è stata adottata la delibera AEEG 22 marzo 2012, n. 99/2012/R/EEL, con cui sono state introdotte modifiche alla disciplina del sistema indennitario. Tale provvedimento è stato impugnato con ricorso per motivi aggiunti (notificati in data 18 maggio 2012); ciò ha determinato l’ulteriore rinvio dell’udienza al 4 luglio 2012.

I.3. Con la successiva delibera 195/2012/R/EEL, l’AEEG è intervenuta nuovamente per modificare il sistema indennitario, sostituendo l’Allegato 3 della

deliberazione ARO/ELT 219/2010. Promossi motivi aggiunti anche avverso di essa, l'udienza di discussione è stata nuovamente differita al 4 ottobre 2012, al fine di rispettare i prescritti termini processuali.

I.4. All'odierna del 4 ottobre 2012, la causa è stata definitivamente discussa. La vertenza, tuttavia, veniva esaminata nuovamente nella camera di consiglio del 21 dicembre 2012, necessitando il Collegio di una ulteriore discussione di approfondimento.

II. Veniamo, preliminarmente, ad esaminare le eccezioni di rito.

II.1. E' priva di fondamento la sollevata eccezione di inammissibilità del ricorso principale e dei primi motivi aggiunti, stante la mancata notifica all'Acquirente Unico SPA. Difatti, quest'ultima concorre unicamente in fase istruttoria alla predisposizione di uno schema preliminare di regolamento per il funzionamento del sistema indennitario, senza che il suo contributo volitivo vincoli la decisione finale dell'AEEG né tantomeno ivi vi confluisca (ad escludere la natura "pluristrutturata" della determinazione conclusiva del procedimento è dirimente osservare come l'AEEG possa anche apportare unilateralmente modificazioni allo schema di regolamento: cfr. art. 5.6., allegato B, delibera 191/09). Atteso il suo coinvolgimento endoprocedimentale prettamente istruttorio, neppure l'Acquirente Unico SPA può essere ritenuta titolare di una posizione di controinteresse giuridicamente rilevante.

II.2. Sotto altro profilo, alcuna tardività del ricorso e dei primi motivi aggiunti può essere imputata alla ricorrente per non aver tempestivamente impugnato la delibera 191/09. Difatti, l'istante si duole degli "oneri" imposti al "venditore entrante" esclusivamente dalla delibera n. 219/2010 (e non sussistenti nella versione di cui alla precedente delibera n. 191/2010).

II.3. Da ultimo, le modifiche introdotte al sistema indennitario dalla delibera n. 99/2012 non determinano l'improcedibilità del giudizio per sopravvenuta carenza

di interesse, atteso che le illegittimità (tra l'altro quelle più qualificanti) rilevate con il ricorso principale sono argomentabili anche avverso l'attuale assetto disciplinare.

III. Prima di procedere alla disamina delle censure di merito, è opportuna una breve disamina del quadro regolatorio oggetto del contendere.

III.1. Il “Sistema Indennitario”, nelle finalità enunciate dal Regolatore, è uno strumento volto a prevenire e combattere fenomeni di “turismo energetico”, con tale espressione intendendosi il comportamento opportunistico dei clienti finali che intenzionalmente omettano, in vista del passaggio ad altro fornitore (c.d. “switching”), il pagamento delle ultime bollette, confidando sul fatto che, una volta passati al nuovo esercente, il precedente operatore non disponga più di strumenti compulsori efficaci per tutelare il proprio credito. Nel dettaglio, gli istituti predisposti dal diritto civile sarebbero inadeguati per i seguenti motivi: - da un lato, il venditore uscente non potrebbe più sospendere la fornitura (non essendo più fornitore dell'inadempiente); - dall'altro lato, questi non avrebbe neppure la convenienza economica a ricorrere ai rimedi giurisdizionali, attesa la infima parcellizzazione del credito. Si reputa, altresì, che i fenomeni distorsivi testé descritti debbano essere fronteggiati in quanto non rilevanti soltanto all'interno del singolo rapporto giuridico, bensì coinvolgendo anche il buon funzionamento del mercato (si cita, all'uopo, l'art. 3, par. 5, dir. 2009/72/CE).

III.2. In ragione di ciò, il Regolatore ha dato vita ad un sistema volto a riconoscere un indennizzo in favore dei venditori “uscenti” danneggiati, a ristoro del pregiudizio derivante dall'impossibilità o dalla scarsa convenienza economica di recuperare dal cliente le somme non pagate. Il meccanismo, nella morfologia risultante all'esito degli aggiustamenti da ultimo apportati (ovvero con le delibere impugnate con ricorso per motivi aggiunti), si atteggia nei seguenti termini: - il venditore entrante ha sei mesi di tempo per riscuotere un corrispettivo pecuniario, denominato “CMOR”, dal cliente finale moroso (nei confronti del venditore

“uscente”), non dovendo anticipare alcun importo al distributore; - nel caso in cui il cliente finale nei sei mesi non adempia, il venditore entrante, per evitare di dover anticipare egli stesso il pagamento del CMOR al distributore, è onerato di richiedere la sospensione della fornitura, la quale determina per lui la sospensione dell’obbligo di versamento (se poi il punto di prelievo sospeso viene definitivamente disattivato viene del tutto annullato l’obbligo di versamento del CMOR da parte del venditore entrante); - nel caso in cui il cliente moroso effettui un ulteriore passaggio ad altro operatore per sottrarsi al pagamento non solo delle bollette non pagate ma anche del CMOR, il venditore entrante può richiedere, in qualità di venditore divenuto a suo volta “uscente”, di beneficiare dell’indennizzo.

IV. Veniamo, ora, ai motivi di ricorso.

IV.1. In radice, la società ricorrente contesta la sussistenza stessa del potere del Regolatore. Sul punto, si afferma, che l’ambito dei poteri di regolazione, vigilanza, ispezione e sanzione dell’AEEG non si estenderebbe sino a consentirle di sostituirsi alla volontà delle parti a contrarre. Non sussisterebbe, alcuna previsione normativa che permetta al Regolatore di “trascinare” gli effetti di un contratto a un successivo contratto tra parti diverse, andando a incidere sul contenuto essenziale dell’autonomia privata. E’ vero che l’Autorità ha poteri di regolazione sull’accesso alla rete ma tali poteri sarebbero relativi soltanto al rapporto tra distributore e venditore, e non riguarderebbero, come nella specie, le attività di fornitura di energia elettrica, che sono state oggetto di completa liberalizzazione.

IV.2. Intimamente collegata alla censura di difetto di attribuzione è la disputa sulla natura giuridica dell’istituto. La ricorrente sostiene, al riguardo, che il Sistema Indennitario avrebbe per effetto un’ipotesi di cessione di credito del credito tra operatori privati.

Per contro, il Regolatore (al pari della controinteressata e dell’interveniente), asserisce l’erroneità di tale qualificazione, inverando il sistema indennitario

piuttosto un meccanismo regolatorio volto a perseguire un evidente interesse di carattere generale, in quanto: - il pagamento del corrispettivo CMOR al venditore entrante non determinerebbe l'estinzione del debito del cliente con il venditore uscente (al contrario, il cliente inadempiente resta giuridicamente obbligato a versare al venditore uscente l'intero importo delle bollette non pagate anche dopo l'eventuale pagamento del corrispettivo CMOR; nel caso ciò si verifici, l'art. 6 della delibera 191/09, sul punto confermato dalla deliberazione n. 99/12, prevede una specifica procedura per la restituzione al cliente dell'indennità corrisposta), il quale manterrebbe la possibilità di attivare, anche dopo l'eventuale pagamento da parte del cliente dell'indennità in esame, tutti gli strumenti di recupero del credito disponibili a normativa vigente, senza che il cliente possa opporvi l'avvenuto pagamento del corrispettivo CMOR; - l'importo del corrispettivo CMOR non coinciderebbe, poi, economicamente con il valore del credito (essendo bensì forfettizzato ad un valore inferiore, calcolato sulla base delle ultime due fatture emesse, indipendentemente dal valore del mancato pagamento);- il venditore entrante sarebbe interamente coperto, con riferimento a tutte le casistiche che possono astrattamente presentarsi, dal rischio del mancato pagamento del CMOR da parte del cliente finale.

IV.3. Con il secondo e il terzo motivo, EDISON ENERGIA lamenta anche la disparità di trattamento. La previsione di trasferire obbligatoriamente il credito dal venditore uscente in capo al venditore nuovo entrante realizzerebbe, in particolare, un'ipotesi di discriminazione tra imprese perché finirebbe per tutelare solo l'incumbent e non gli altri operatori.

Le controparti replicano che il Sistema Indennitario tutela indistintamente tutti i potenziali soggetti danneggiati dal diffondersi dal c.d. turismo energetico, indipendentemente da chi si trovi, nelle singole circostanze, a ricoprire la posizione di venditore uscente e venditore entrante. La mera circostanza che, attesa la fase

ancora iniziale in cui si trova il processo di liberalizzazione del settore, l'ex monopolista Enel possa trovarsi più frequentemente nella posizione di "venditore uscente" rispetto agli altri operatori, non può costituire di per sé sintomo di disparità di trattamento fra imprese. Del resto, ai aggiunge, anche la ricorrente avrebbe ampiamente beneficiato degli indennizzi assicurati dal sistema indennitario, incassando i relativi importi per un totale di € 5.109.805,00.

IV.4. Con altro ordine di rilievi, la società denuncia l'ingiustificato aumento degli oneri amministrativi scaturente dal disposto del comma 5.1, lett. m), della delibera 99/12/R/EEL, norma che introduce disposizioni in materia di monitoraggio e trasmissione dati sul funzionamento del sistema, la quale implicherebbe per il venditore entrante ulteriori costi di gestione e costi legali per far fronte a una situazione sulla quale non ha alcuna possibilità di controllo.

IV.5. Con altro motivo, la ricorrente denuncia la violazione dei principi di liberalizzazione. Affinché un intervento regolatorio in un settore altrimenti liberalizzato sia legittimo, si afferma, lo stesso dovrebbe essere proporzionato, rispondere a un interesse economico generale, e svilupparsi nel pieno rispetto dell'art. 106 del TFUE. Nella specie, la misura in esame sarebbe peraltro inefficace rispetto al raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale di eliminare il fenomeno del turismo energetico, soprattutto considerata la complessità, invasività ed onerosità della stessa (il venditore uscente, difatti, può trasmettere la richiesta di indennizzo al Gestore solo dopo 6-12 mesi dallo "switch" e il Gestore, una volta accettata, trasmette tale richiesta di indennizzo al distributore che, a sua volta, informa il venditore entrante; in tale lasso di tempo, il "turista energetico" avrà probabilmente già cambiato più gestori, ovvero provvederà a cambiare immediatamente gestore non appena il servizio sarà sospeso; pertanto, solo dopo diversi mesi il venditore entrante sarà messo al corrente fin dal momento dello "switch" della situazione del cliente e potrà rifiutarlo bloccando la "sequenza" della

morosità). Del resto, tale risultato, si conclude, potrebbe essere raggiunto con metodi decisamente meno invasivi, complessi e onerosi: all'uopo, la ricorrente cita l'istituzione e il funzionamento di una "Banca dati degli inadempimenti del settore elettrico (BICSE)", una sorta di "blacklist" contenente l'elenco dei clienti con precedenti morosità, la quale, se opportunamente implementata, risulterebbe assai più efficiente nel perseguire l'obiettivo prefissato (accedendo alla banca dati, difatti, il venditore entrante potrebbe verificare sin dalla fase precontrattuale se il futuro cliente è moroso in modo da decidere se assumere il rischio creditizio, mentre con il sistema indennitario il venditore entrante viene informato soltanto al momento dello "switch", e dunque a contratto già stipulato).

V. Il ricorso deve essere accolto stante il difetto di attribuzione dell'autorità emanante.

V.1. Occorre prendere le mosse dalla disputa sulla qualificazione della fattispecie (come si è detto, la ricorrente sostiene trattarsi di una e vera propria cessione "legale" del credito rappresentato dal corrispettivo della fornitura elettrica; la controparte replica che ci si trova dinanzi ad un comune dispositivo amministrativo) che, a parere del Collegio, deve essere ricalibrata nei seguenti termini.

In termini generali, gli strumenti dell'azione amministrativa, denominata stipulativamente "regolazione", sono assai diversificati quanto a dispositivo (abbiamo standard tecnici, norme di trasparenza e correttezza a tutela dei consumatori, regolazioni asimmetriche, obblighi di servizio universale), aree di incidenza (potendo, a seconda dei casi, riguardare la componente organizzativa delle imprese, i dispositivi di accesso al mercato, lo svolgimento dell'attività di impresa), struttura precettiva (che può essere sia condizionale che imperativa), settore merceologico di incidenza (a volte è inciso un intero settore merceologico specifico, altre volte le fasi di un ciclo produttivo comune a più settori). Ne

discende un diritto formalmente eterogeneo, “misto”, collocato a cavallo tra sistema pubblico e privato, in cui, non potendosi fare affidamento su criteri di identificazione formali, l’indice di qualificazione più attendibile è quello focalizzato sull’unità funzionale delle norme concorrenti a precisare la disciplina di un mercato, quindi sull’oggetto, e non sul carattere giuridico formale che le regole rivestono nel sistema delle fonti. E’ dirimente, dunque, analizzare l’effetto e la materia incisa.

Orbene, nel caso che stiamo giudicando, l’implicazione giuridica del dispositivo regolatorio è quello di determinare, al di fuori di una qualsivoglia pattuizione negoziale, la riallocazione del rischio contrattuale connaturato all’inadempimento dell’obbligazione pecuniaria scaturente da un contratto di somministrazione, dalla sfera giuridica del creditore ex contractu (venditore “uscente”) a quella di un soggetto terzo (il venditore “entrante”). Quest’ultimo, difatti, per non sopportare l’onere di dover anticipare il corrispettivo dovuto dal cliente moroso (sia pure forfettizzato ad un valore economicamente inferiore) al distributore (e da questi, poi, riversato al “venditore entrante”), correndo il rischio di non riuscire più a ripeterne l’importo, è onerato di recedere dal rapporto contrattuale (diverso da quello in cui è maturata la morosità) intrattenuto in proprio con il soggetto inadempiente. In sostanza, l’atto amministrativo è fonte di un vincolo obbligatorio tra quanti si succedono, nella veste di somministranti, nei contratti di fornitura elettrica di un medesimo cliente, sussumibile alternativamente, a seconda della causa in concreto, nello schema dei negozi di assunzione del debito altrui (delegazione, espromissione, acollo) ovvero di garanzia fideiussoria, con la particolarità di potersi l’assuntore liberare dal debito assunto o garantito (inerente, si ripete, il rapporto di valuta tra venditore uscente e debitore originario) tramite il riconoscimento di una facoltà di sospensione (non riconducibile all’art. 1460 c.c., trattandosi di inadempimento maturato nell’ambito di altro rapporto di utenza) e di

un potere di recesso (quale deve configurarsi la disattivazione del punto di prelievo; in alternativa, può pensarsi anche ad una sorte di “rilievo” del fideiussore) dal rapporto di provvista (intercorrente tra venditore entrante e debitore moroso). La descritta costruzione del regolamento contrattuale ad opera di fonti eteronome di livello secondario, merita particolare attenzione in quanto gli effetti negoziali “imposti” aggrediscono direttamente i principi dell’accordo e della stabilità del vincolo. A questo punto, rispondere al quesito se sussista o meno il potere dell’AEEG di prescrivere siffatta integrazione del contratto comporta, inevitabilmente, un approfondimento dei rapporti tra regolazione e autonomia contrattuale. La novità della questione costringe il Collegio ad una sintetica digressione, volta tra l’altro a dimostrare quanto sia peculiare il caso che ci occupa rispetto alle ipotesi di contratto “amministrato” già conosciute dall’ordinamento (in particolare, nei settori bancari, assicurativi, finanziari).

V.2. La regolazione investe un determinato mercato di rilevanza economica, con l’effetto di “conformarne” le regole di funzionamento: a livello macro, definendone i caratteri morfologici di struttura (ad esempio, in termini di liberalizzazione, svolgimento concorrenziale, servizio pubblico, requisiti di ammissione degli operatori, sanzione dei comportamenti scorretti, separazione contabile, utilizzo delle reti infrastrutturali); a livello micro (ovvero dei singoli rapporti giuridici), prescrivendo regole di condotta agli operatori economici (in termini di prezzi, garanzie, regimi di tutela).

In quest’ultimo caso, regolare il mercato significa incidere anche sulla disciplina dei contratti. Tale fenomeno di “amministrativizzazione” del contratto vede la regolazione intenta, non solo a condizionare lo svolgimento dell’autonomia privata, ma talvolta anche a limitarne il campo elettivo di esplicazione (consistente nel determinare il contenuto delle pattuizioni). Qui il tratto funzionale caratteristico non è quello di promuovere, in un dato settore di attività, le

dinamiche del mercato concorrenziale, scongiurando al contempo che comportamenti opportunistici, resi noncuranti dalla ricerca di massimizzazione del profitto, possano convergere verso forme nocive degli interessi dei cittadini utenti, bensì di garantire quei fini (lato sensu) sociali o di protezione che il mercato, pur oramai “maturo”, non può assicurare, ovvero a prevenire risultati socialmente indesiderabili. Nel dettaglio, alla allocazione delle risorse determinata dalla libera negoziazione e dalle dinamiche del mercato, la regolazione sostituisce d’imperio un diverso criterio distributivo ed un diverso assetto regolamentare, al fine di fronteggiare i casi in cui l’autonomia contrattuale, inteso come potere bilaterale delle parti di definire il contenuto del negozio, è ridotta ad una vuota parvenza per effetto delle asimmetrie informative e di potere economico sussistente tra le parti, cui si accompagna la sistematica attività di predisposizione del testo contrattuale da parte dei contraenti professionali (la salvaguardia della libertà e consapevolezza della scelta di consumo è a sua volta garanzia dell’assetto competitivo del mercato, di modo che il confronto competitivo si incentri, oltre che sul prezzo e sul prodotto, anche sul livello di correttezza riservato al consumatore). La regolazione intende, per tale via, supplire alla insufficienza dell’impianto formale di rimedi offerti dal codice civile, incentrati unicamente, sul presupposto dell’unità astratta di un soggetto di diritto “senza qualità”, sulla possibilità di cancellare il contratto su iniziativa del soggetto il cui apporto volitivo sia risultato viziato.

La circostanza che regole, persino restrittive della libertà contrattuale, scaturiscono da atti di autorità amministrative solleva il dubbio se tali fonti subprimarie possano disciplinare un campo costituzionalmente riservato alla competenza esclusiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge, come deve ritenersi in adesione della teoria della tutela costituzionale indiretta del contratto e della libertà contrattuale (in virtù della quale la libertà di fare contratti strumentali all’esercizio dell’iniziativa economica è costituzionalmente protetta nella stessa misura in cui riceve

protezione la medesima iniziativa economica, ovvero nella stessa misura in cui è tutelata la proprietà dei beni negoziati: art. 41, III comma; 42 II comma, Cost.).

Occorre ora rimarcare le peculiarità della fattispecie esaminata dal tribunale.

In primo luogo, qui non si tratta di un intervento regolatorio legittimato dalla necessità di ristabilire un contraddittorio paritario mediante atti sostitutivi di un'attività negoziale privata inesistente, ma di una disciplina posta tutta dal lato dell'offerta.

Inoltre, mentre nel contesto della disciplina dei contratti bancari, assicurativi finanziari, il problema della riserva di legge ha trovato una convincente mediazione nel meccanismo per cui la disciplina delle fonti secondarie comunque opera su espressa delega legislativa (il che consente di ricondurre l'azione amministrativa nel solco del principio di legalità e di preferenza della legge: cfr. art. 117, comma 8, TUB; art. 6, comma 2, e 23 TUF), nel caso che ci occupa manca una norma primaria attributiva di analoga delega. Cosicché il problema della riserva di legge si "aggrava" in quello ancor più spinoso dell'ammissibilità di poteri amministrativi impliciti.

V.3. E' comune rilevare come il legislatore, nel conferire ai regolatori competenze generali, si limiti sovente alla scarna individuazione degli obiettivi da perseguire e dei valori da tutelare, spesso affidandosi a nozioni tratte dalla letteratura economica. La scelta, inveratasi nella vaghezza dei principi direttivi e nella mancata specificazione della tipologia attizia, di rimettere alle valutazioni discrezionali degli organismi in questione non solo la definizione pressoché integrale dei meccanismi di funzionamento del settore, ma finanche la scelta degli specifici strumenti operativi, rende evidente la "torsione" cui è sottoposto il paradigma di legalità, nella declinazione afferente sia alla gerarchia delle fonti, sia alla distribuzione soggettiva dei poteri fra i diversi organi pubblici (art. 97 Cost.). L'analisi della relazione del tutto "atipica" tra legge ed atti delle autorità indipendenti (il cui

potere di prescrivere regole generali e astratte, idonee a innovare l'ordinamento giuridico, appartiene senza dubbio al novero delle fonti di produzione giuridica), per quanto si inscrivano in un orizzonte di studio risalente e molto articolato, assume qui carattere di assoluta novità. Difatti, se l'immutazione del modo di essere dei pubblici poteri ha, già da tempo, evidenziato una fenomenologia di tecniche di governo non concretantesi nella prescrizione di comandi positivizzati dalla legge, in seno al modello regolativo la predilezione dell'ordinamento per forme fluide di "indirizzamento" alla realizzazione di valori e principi si fonda su motivazioni del tutto differenti rispetto a quelle tradizionalmente enunciate al cospetto della progressiva riduzione della portata precettiva della fonte primaria. Difatti, qui più che ragioni di carattere istituzionale e politico (l'accrescimento del ruolo del Governo nella promozione dell'indirizzo politico; la correlativa diminuzione della capacità di intermediazione politica del Parlamento; lo spostamento di potere decisionale a centri di competenza normativa collocati su diversi livelli istituzionali), contano due fattori estremamente critici: l'estrema difficoltà per il legislatore di creare un sistema completo di prescrizioni in settori specialistici che richiedono una incessante capacità di adattamento alle evoluzioni tecniche (del tutto incompatibile con l'attuale paralisi dei processi legislativi); ma, soprattutto, il carattere già di per sé estremamente indefinito dei valori stessi da tutelare.

Sulla spinosa questione se, in capo agli organi preposti alla regolazione, si debbano riconoscere i soli poteri che gli sono espressamente attribuiti dalla legge o, invece, anche quelli che, sebbene non contemplati, siano strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati, si possono intravedere due approcci radicalmente diversificati: il primo è quello che, adottando una concezione rigorosa del principio di legalità in senso sostanziale (declinato, cioè, nel senso che ogni potere autoritativo della pubblica amministrazione deve trovare il proprio fondamento diretto o indiretto in una norma di legge formale espressa e sufficientemente

precisa), esclude l'esistenza di poteri impliciti; il secondo approccio, per contro, postula una accezione "debole" del principio di legalità applicato al modello regolativo, propendendo per una lettura "pragmatica e smitizzante" del principio di legalità, incline a mediare le istanze di democraticità e di garanzia per i privati con quelle di funzionalità ed efficacia dell'agire amministrativo parimenti munite di riconoscimento costituzionale, prospettando una adeguata tutela offerta dai principi di ragionevolezza, proporzionalità e "raffrontabilità" con gli standards desunti dalla tecnica. Da ultimo, con specifico riguardo ai rapporti tra regolazione ed autonomia privata, una dottrina ritiene che, mentre con riguardo all'intervento pubblico nell'economia di tipo tradizionale la Costituzione prevede la riserva di legge, analoga garanzia non sarebbe necessaria per il caso della regolazione, trattandosi in quest'ultimo caso di una forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza, garantita dalla normativa comunitaria (in questo ambito, si aggiunge, le autorità indipendenti non eserciterebbero una frazione della sovranità come l'esecutivo tradizionale, bensì svolgerebbero una funzione sostitutiva di atti negoziali al fine di ristabilire il contraddittorio concorrenziale).

Orbene, sottolineando nuovamente che qui non si tratta di un intervento legittimato dalla necessità di ristabilire un contraddittorio paritario mediante atti sostitutivi di un'attività negoziale privata inesistente bensì di una disciplina posta tutta dal lato dell'offerta di servizi, esistono convincenti ragioni per rigettare una linea interpretativa che ritenga di poter trasformare senza limiti l'enunciazione di scopi in poteri nuovi e innominati incidenti sull'autonomia contrattuale.

In primo luogo, con riguardo all'esercizio di poteri puntuali ad effetto ablatorio e sanzionatorio, non si vede come si possa superare la valenza costituzionale del principio di generalizzata sottoposizione dell'azione amministrativa di tipo autoritativo a disposizioni legislative provviste di un livello sufficiente di

tipizzazione. In questi casi, analogo vincolo di “garanzia” non potrebbe certo essere soddisfatto tramite il raffronto di mera “non contraddittorietà” dell’azione amministrativa rispetto al dettato legale, giacché solo la costruzione di una disciplina sufficientemente articolata potrebbe essere utile irretire l’arbitrio insito nell’agire libero.

Ma una analoga relazione di rigida conformità (per cui devono considerarsi legittimi i soli atti previsti ed autorizzati dalla norma di legge) deve ritenersi indefettibile anche a fronte della tendenza della regolazione economica a porsi quale fonte eteronoma del contratto. Al riguardo, l’art. 1372 c.c., nell’attribuire “forza di legge” (con formula linguistica figurata ma espressiva del vincolo di soggezione delle parti) alla manifestazione di volontà sorretta da comune intenzione, esclude la possibilità di modificare “in via amministrativa” l’assetto di interessi stabilito dalle parti, salvo che tale potere non sia previsto dalla legge (art. 1374 c.c.) ovvero prefigurato nell’accordo stesso; in definitiva, essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la “conformazione amministrativa” del contratto richiederebbe un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti.

La conclusione è tanto più plausibile ove si pensi alla estrema incertezza che ne conseguirebbe con riguardo all’individuazione delle sanzioni civilistiche ricollegate alla difformità dei contratti rispetto alle prescrizioni dettate da fonti secondarie operanti alla stregua di regolamenti indipendenti: se nel caso di delega normativa espressa (come avviene per contratti bancari e finanziari) abbiamo quantomeno una ipotesi di nullità testuale sebbene a fattispecie virtuale (cfr. art. 23, comma 1, TUF; art. 117, comma 8, TUB), qui avremmo il rischio di una nullità virtuale senza fattispecie, il cui precetto sarebbe lasciato del tutto in bianco alla autorità amministrativa.

V.4. In conclusione, alcuna norma attribuisce al regolatore il potere di incidere sull'oggetto e sugli effetti del contratto di fornitura nei termini per cui è causa (come si desume a contrario dalla espressa assegnazione di poteri di direttiva sulla produzione ed erogazione dei servizi art. 2, comma 12, lett. h l. 481/1990; di taluni poteri autoritari di integrazione dei regolamenti di servizio: cfr. art. 2, comma 37, l. 481/1995). Il ricorso, pertanto, deve essere accolto e l'atto impugnato annullato.

VI. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

ACCOGLIE il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti indicati in epigrafe nei termini di cui in motivazione;

CONDANNA l'amministrazione resistente, la controinteressata e l'opponente, in solido tra loro, al pagamento delle spese di lite in favore del ricorrente che si liquida in € 3.000,00, oltre IVA e CPA come per legge. Resta altresì fermo a carico della parte soccombente l'onere di rimborso del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis1, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, aggiunto dalla lettera e) del comma 35-bis dell'art. 2, D.L. 13 agosto 2011, n. 138, nel testo integrato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 4 ottobre 2012 e del 21 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Dario Simeoli, Primo Referendario, Estensore

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)