



Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione

MIRIAM GIORGIO

# L'AIR nelle Autorità indipendenti italiane: il contributo della giurisprudenza

aprile 2010



## INDICE

Presentazione .....	4
I pareri del Consiglio di Stato .....	5
Le tematiche rilevanti .....	7
Le pronunce giurisdizionali .....	9
Le sentenze esaminate, le questioni sinora emerse .....	11

---

Questo documento è soggetto a licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5.

Citare questo documento come: M. Giorgio, L'AIR nelle Autorità indipendenti italiane: il contributo della giurisprudenza, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, [www.osservatorioAIR.it](http://www.osservatorioAIR.it), aprile 2010.

## Premessa

Il contributo della giurisprudenza italiana in materia di AIR viene esaminato attraverso la lettura delle pronunce di riferimento che tuttavia sono ancora poche, come poco numerose sono peraltro quelle specificamente relative all'autorità amministrative indipendenti. D'altro canto, talvolta, il giudice amministrativo si trova ad affrontare problemi "tangenziali" rispetto all'AIR, con pronunce che perciò possono comunque essere annoverate tra quelle di interesse in quanto si occupano di aspetti riguardanti l'esercizio del potere di regolamentazione che costituiscono parti integranti delle AIR (consultazione, valutazione comparativa delle diverse opzioni, etc...).

In ogni caso si deve prendere atto che la capacità di elaborazione interpretativa dei giudici è ad oggi piuttosto inespressa, anche perché l'AIR risulta uno strumento di recente introduzione che, peraltro, si sovrappone ad alcune attività procedurali che precedono l'adozione dei provvedimenti di regolamentazione (es. le consultazioni).

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha chiarito i limiti e gli aspetti più rilevanti della utilizzazione dell'AIR per gli atti normativi primari e i provvedimenti ministeriali. Di seguito, quindi vengono isolate le tematiche di maggiore rilievo sulle quali il Consiglio di Stato si è soffermato fornendo un importante contributo all'introduzione *reale* dell'AIR nel nostro ordinamento e i problemi che rimangono aperti.

Sul versante dell'attività giurisdizionale, invece, le questioni riguardanti specificamente l'AIR sono marginali. L'AIR viene richiamata in via incidentale oppure è oggetto di contestazione in via del tutto strumentale (l'ipotesi più frequente è quella in cui si contesta un provvedimento di regolazione per mancata adozione dell'AIR, e quindi per violazione di legge).

Né si riscontra nessuno orientamento giurisprudenziale che consideri l'AIR come strumento (ulteriore) per effettuare il sindacato giudiziale amministrativo e tale da poter spingere la valutazione del provvedimento *sub iudice* al di là dei tradizionali limiti.

All'analisi delle sentenze, seguono alcune riflessioni: da una parte, sul possibile ruolo (futuro) dell'AIR nel processo amministrativo, per sondarne le potenzialità ai fini di un più ampio sindacato giurisdizionale sui provvedimenti regolatori; dall'altra, sulla valutazione dell'AIR da parte del giudice amministrativo, nell'ipotesi in cui la censura riguardi la correttezza tecnica dei suoi contenuti ovvero la legittimità del relativo procedimento di adozione.

## I pareri del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, si è pronunciato sull'AIR innanzitutto quando è stato chiamato ad esprimere parere sullo schema di regolamento predisposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri riguardante i criteri generali e le procedure di effettuazione dell'AIR (nonché le tipologie di esclusione della stessa ai sensi dell'art. 14 co. 5° della legge 28 novembre 2005 n. 246). Rivestono dunque un'evidente importanza i pareri sospensivi n. 1208 del 27 marzo 2006, dell'8 maggio 2006, dell'11 febbraio 2008 e del 22 settembre 2008. Gli ultimi due, poi, si sono occupati in maniera più approfondita anche della VIR (valutazione di impatto della regolamentazione).

Con questi pareri il Consiglio di Stato ha fornito un contributo determinante alla definizione non solo del concetto, ma anche dei contenuti e dei limiti dell'AIR nell'ordinamento italiano, intervenendo a più riprese sugli schemi di regolamento proposti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il parere n.1208 del 27 marzo 2006 rappresenta il primo *step* di questo percorso. Esso costituisce, infatti, una sorta di presentazione dell'AIR da parte del Consiglio di Stato che si sofferma sui punti di maggiore problematicità e detta talune *guidelines* alle amministrazioni pubbliche nell'approccio a questo nuovo strumento.

Dapprima, esso ha ripercorso le tappe dell'introduzione dell'AIR nell'ordinamento italiano <sup>(1)</sup>. La Sezione normativa rimarca che l'AIR prevede diverse possibilità di regolamentazione (da quella spontanea alla cosiddetta *opzione zero*), il che risulta rilevante anche pensando alle spinte internazionali di liberalizzazione e deregolamentazione dei mercati: tali spinte trovano un punto di equilibrio nella giusta dose tra regolamentazione e buona qualità dell'informazione. Quest'ultima consente, in altri termini, quell'adeguamento spontaneo del mercato agli interessi di operatori e utenti.

---

1 Dalla legge 8 marzo 1999 n. 50 (art. 5) e dalla direttiva del 21 settembre 2001 (Direttiva sulla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione sui cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni) all'art. 2 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. - Legge di semplificazione 2001). Con la legge 28 novembre 2005, n. 246, (Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005), art. 14 (Semplificazione della legislazione), il legislatore ha poi ritenuto opportuno disciplinare nuovamente la materia: l'AIR viene definita (comma 1) come "la valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative" quale "supporto alle decisioni dell'organo politico di vertice dell'amministrazione in ordine all'opportunità dell'intervento normativo).

Già in precedenza, peraltro, la sezione Atti normativi del Consiglio di Stato nel 2006 si era occupata di AIR, quando, cioè, col parere n. 11602 del 20 dicembre 2004, si era espressa sullo schema di decreto legislativo predisposto dal Ministero delle Attività produttive e recante il Codice del Consumo.

In quella occasione la sezione Atti normativi aveva affermato che il Codice del Consumo, contenendo una nuova regolazione del mercato del consumo, avrebbe dovuto fare uso dei nuovi strumenti tipici della qualità della normazione, tra cui appunto l'AIR. L'AIR, si legge nella pronuncia n. 11602/2004, doveva uscire dalla fase sperimentale, entrando nella cultura della produzione delle regole e diventando così parte integrante di ogni iter normativo.

Tra l'altro, quest'ultima pronuncia contiene un riferimento importante all'attività giurisdizionale, in quanto individua il giudice competente nel caso di una controversia concernente l'AIR promossa con un'azione collettiva.

Si legge, dunque, che il giudice ordinario ha giurisdizione soltanto quando vengono esperite azioni collettive – dirette alla tutela degli interessi dei consumatori – da parte delle associazioni di categoria. Infatti, per le azioni collettive promosse dalle associazioni degli utenti dei servizi pubblici, la giurisdizione viene determinata applicando l'art. 33 d.lg. n. 80 del 1998, come riscritto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004: spetta così al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sul contenzioso per la tutela degli interessi collettivi degli utenti, come quando l'associazione impugnò un atto generale di natura provvedimentale, adottato dall'amministrazione o dal gestore, che incida sulla qualità o sulle condizioni di accesso al servizio o che contenga una determinazione tariffaria.

Infine, si devono ricordare il parere n. 2024 del 21 maggio 2007 e n. 3195 del 22 settembre 2008. Col primo, il Consiglio di Stato si è espresso sul Piano di azione per la semplificazione e la qualità della regolazione predisposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Col secondo, invece, il Consiglio di Stato si è espresso su un altro schema di regolamento approntato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, recante questa volta la disciplina attuativa della VIR.

Passiamo ora ad identificare le principali tematiche affrontate dalla sezione Atti normativi nel complesso dei suoi interventi concernenti l'AIR. Se ne distinguono di quattro tipi.

## Le tematiche rilevanti

### *La scelta degli atti da sottoporre ad AIR e il problema dell'influenza politica sulle scelte di regolamentazione*

Sul punto il Consiglio di Stato ha condiviso, all'interno dello schema di regolamento sull'AIR, l'opzione che estende l'obbligo di effettuare l'analisi di impatto della regolamentazione, oltre che agli schemi degli atti di Governo, anche agli atti di carattere politico, riconducibili cioè all'attività (e dunque alla responsabilità) politica dei singoli ministri.

Anche la legge finanziaria (assieme ai disegni di legge finanziaria e di bilancio) viene considerata un atto da sottoporre ad analisi ex ante in quanto ritenuta un atto normativo che racchiude un'ampia parte della legislazione prodotta nel corso dell'anno; ne discende che escluderla dal campo di applicazione AIR – come era stato previsto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – avrebbe privato la più importante iniziativa legislativa del Governo di una valutazione ex ante dei relativi effetti.

Del resto, le scelte regolatorie, per quanto condizionate o dettate dall'indirizzo politico, contengono precise opzioni tecniche comportando, appunto, un impatto suscettibile di necessaria analisi ex ante. Tanto più che, come si legge nell'art. 14 comma 2 della legge 28 novembre 2005 n. 246 (Legge sulla semplificazione e riassetto normativo per il 2005), l'AIR costituisce un supporto per le decisioni dell'organo politico di vertice con riferimento all'opportunità degli interventi normativi. Sembrerebbe pertanto che le scelte tecniche e la loro concreta attuabilità influenzino le decisioni politiche (e non viceversa).

### *L'istituzione e il rafforzamento degli uffici preposti all'adozione delle AIR*

L'impatto della regolamentazione viene effettuato attraverso un metodo essenzialmente comparativo, avendo riguardo alle molteplici opzioni di regolazione possibili (si deve però ricordare che nel 2007 il Piano di azione per la semplificazione ha introdotto la cosiddetta *AIR semplificata* da adottare a partire da 1° ottobre 2007 ed entro la fine del 2008).

Considerando inoltre quanto riferito sopra, ossia che le scelte tecniche influenzano (o, perlomeno, possono influenzare) quelle politiche, l'AIR si presenta come uno strumento di

particolare delicatezza nella fase attuativa. Al punto che il Consiglio di Stato ha evidenziato più volte il rischio che le Amministrazioni, proprio per tale ragione, possono apparire non particolarmente propense alla sua attuazione.

In definitiva, si rende necessaria, per ovviare alle difficoltà di accoglimento dell'AIR, nonché per la complessità tecnica dei suoi contenuti, la creazione di uffici *ad hoc* ovvero il rafforzamento di quelli esistenti preposti all'AIR.

Le pronunce esaminate collegano tale necessità ad un coordinamento più incisivo da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, anche attraverso il Comitato interministeriale di indirizzo (che si avvale a sua volta dell'ausilio tecnico della Commissione per la semplificazione e dell'Unità per la qualità della regolamentazione): questo coordinamento rafforzato deve necessariamente coinvolgere gli uffici che si occupano di attuazione dell'AIR all'interno delle Amministrazioni interessate attraverso opportune attività di indirizzo. Chiaramente, tale coordinamento attiene ad una fase antecedente rispetto all'adozione delle AIR. Ma chi si occuperà, invece, di effettuare una valutazione successiva circa i metodi, i tempi e gli adempimenti richiesti per l'adozione delle AIR?

### *La procedimentalizzazione dell'attività di consultazione*

L'attività di consultazione dei soggetti interessati dalla regolazione dei mercati rappresenta il cuore dell'istruttoria di ogni scelta regolatoria. Per tale ragione, il Consiglio di Stato ha posto il problema della carenza di una disciplina circa la scansione procedimentale delle consultazioni. Il che si pone, oltretutto, in contrasto con l'art. 1 comma 1 della legge n. 50/99 e con l'art. 1 comma 3 lett. e) del d.l. n. 4/2006, disciplina che la stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri considera "particolarmente rilevante".

Quale espressione del contraddittorio procedimentale, vale a dire condizione necessaria del "giusto procedimento" di regolazione, la consultazione contribuisce alla democraticità delle scelte normative, favorendo la legittimazione e l'efficacia del processo di regolazione, nonché accrescendo il senso di responsabilità del legislatore. Attraverso la consultazione, in definitiva, progredisce la capacità regolativa delle norme ed è pertanto fondamentale che essa sia assistita da un'adeguata disciplina e collocata all'interno di un preciso procedimento.

Intervenendo sul tema delle consultazioni, il Consiglio di Stato continua a sollecitare l'attuazione dell'AIR, anche perché ritiene indispensabile – come visto – che essa entri a



pieno titolo nella cultura e nella prassi della produzione delle regole. Ebbene, proprio per il buon fine di tale obiettivo, il processo di assimilazione dell'AIR deve avvenire coinvolgendo anche, e con sistematicità, i destinatari delle norme, secondo un vero e proprio procedimento amministrativo delle attività di consultazione.

### *L'attuazione della Valutazione di impatto della regolamentazione*

La VIR è la “valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni” in relazione agli obiettivi e ai criteri di adozione dell'AIR, secondo quanto stabilito dall'art. 14 comma 4 della legge 246/2005. Intanto, sulla VIR il contributo consultivo del Consiglio di Stato è stato determinante per stabilire che: 1) i casi di VIR devono trovare una puntuale definizione in ambito regolamentare e non in una mera direttiva della Presidenza del Consiglio dei ministri. Ciò in quanto l'ambito di intervento della direttiva concerne i metodi di analisi e i modelli della VIR, non anche i relativi contenuti che occorre predefinire a livello normativo regolamentare; 2) se per gli atti normativi primari la VIR deve essere effettuata dall'organo dell'iniziativa normativa, appare allora fondamentale precisare quale debba essere il coinvolgimento in tal senso di regioni ed enti locali; 3) l'amministrazione che ha effettuato la VIR deve garantire un'efficace e adeguata pubblicità della stessa (utilizzando, nel caso, anche gli strumenti informatici): trattandosi di un'analisi *ex post*, la VIR richiede un grado di trasparenza e dunque di pubblicità superiore; 4) con riferimento ai decreti-legge, la VIR deve essere effettuata sulla legge di conversione.

### **Le pronunce giurisdizionali**

Come già anticipato, nel panorama giurisprudenziale mancano sentenze specificamente riguardanti l'AIR nei suoi contenuti o nella procedura di adozione. Tuttavia, occorre ribadire che vi sono diverse pronunce concernenti le autorità indipendenti, intervenute su alcuni profili dell'esercizio del potere di regolamentazione, che costituiscono parte integrante

dell'AIR (come le attività di consultazione, le valutazioni comparative delle opzioni) e che meriterebbero una riflessione a sé stante. Per queste pronunce ci si propone un ulteriore lavoro di approfondimento e, dunque, si rinvia ad un paper successivo al presente.

Il giudice amministrativo, che ha giurisdizione in tema di AIR – secondo quanto sostenuto dal Consiglio di Stato in sede consultiva, come visto, nel parere n. 11602 del 20 dicembre 2004 – anche nelle controversie concernenti gli utenti dei pubblici servizi, si è occupato di AIR in maniera perlopiù strumentale ovvero incidentale.

Ad oggi, quindi, non constano pronunce in cui i collegi giudicanti si siano soffermati sul ruolo dell'AIR all'interno del provvedimento di regolazione. La principale ragione potrebbe risiedere nell'incerto inquadramento dell'AIR che, a sua volta, spiega anche perché la mancata o incompleta adozione della stessa non è quasi mai contestata dai ricorrenti. In altri termini, appare più agevole e proficuo censurare in giudizio l'illegittimità di alcune tappe procedurali, con particolare riferimento alle consultazioni degli operatori e degli utenti.

Inoltre, così come l'AIR sembra “trascurata” da parte dei soggetti ricorrenti, allo stesso modo il giudice amministrativo non le presta ancora l'attenzione che merita. Si può ritenere, infatti, che il giudice amministrativo, nell'esercizio del suo potere giurisdizionale, potrebbe avvalersi dell'AIR per effettuare un sindacato più penetrante ed incisivo sui provvedimenti di regolazione. Se l'AIR è uno strumento di indirizzo e di controllo del potere di regolamentazione, si da rispondere all'esigenza di una valutazione preventiva di quest'ultimo in termini di costi-benefici (avendo riguardo alle diverse categorie di soggetti coinvolti e interessati dall'attività di regolazione), allora agli occhi del giudice amministrativo essa potrebbe rappresentare un mezzo per accertare, attraverso un esame più approfondito, la legittimità estrinseca delle scelte effettuate, ossia di valutarne la congruità e la coerenza, anche considerando le differenze di impatto tra le scelte effettuate e le opzioni scartate dall'autorità regolatrice.

Deve poi aggiungersi che, così come si evince dalle sentenze dal Tar Lazio (nn. 5524, 5522, 5523 del 2007) e poi dal Consiglio di Stato (n. 5026/2008) su tre ricorsi esperiti contro l'Isvap, l'AIR viene a volte interpretata dai giudici secondo un'accezione sostanzialistica. Ciò che conta è, in definitiva, accertare che si sia svolta la parte più rilevante dei suoi contenuti e del relativo procedimento, ossia le consultazioni dei soggetti interessati; di conseguenza, ad avviso del giudice, l'AIR può essere anche sostituita da una relazione che illustri le conseguenze della regolazione sulle attività delle imprese e degli operatori,

nonché sugli interessi di investitori e risparmiatori (così come prevede l’art. 23 della legge sul risparmio).

Ci si può domandare, poi, come mai il giudice amministrativo non abbia ancora impiegata l’AIR, una volta adottata dall’autorità di regolazione, per verificare la congruità, la ragionevolezza e la bontà tecnica delle scelte contenute nel provvedimento impugnato.

Il problema è che le AIR, per un verso, ancora non vengono svolte da tutte le autorità; per altro verso, laddove adottate, esse assumono un ruolo meramente complementare della regolamentazione, così come accade per esempio nel caso dell’AgCom: le AIR qui vengono svolte dopo il provvedimento di regolamentazione e servono più che altro a suffragare la bontà delle scelte operate, finendo, così, con l’essere parte integrante della motivazione del provvedimento.

Dunque, è in seno ad una situazione di quasi immobilità della giurisprudenza che svolgono le nostre riflessioni, provando a proporre e prospettare alcune questioni di studio e immaginando, in particolare, uno sviluppo futuro nell’impiego dell’AIR da parte del giudice amministrativo.

### Le sentenze esaminate, le questioni sinora emerse

Come si è detto, nelle sentenze l’AIR viene trattata in modo piuttosto limitato, incidentalmente ovvero in subordine ad altri motivi di ricorso. La censura ricorrente concerne la mancata adozione dell’AIR: tale violazione viene tuttavia superata con argomenti uguali o simili tra loro.

Innanzitutto, secondo la sentenza n. 1298 del 5 giugno 2006 pronunciata dalla IV sezione del Tar Lombardia-Milano (Società S.R.G. c. Autorità per l’Energia elettrica e il gas), se è vero che la legge n. 229/2003 obbliga le autorità amministrative indipendenti a dotarsi di metodi di analisi dell’impatto regolatorio, tale adempimento deve avvenire “nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti”. Sicché non può essere considerata illegittima una delibera di regolamentazione del mercato non preceduta dall’adozione dell’AIR nelle more del procedimento di approvazione dei metodi di analisi. In altri termini, finché l’autorità non decide come effettuare l’AIR, la sua azione non può fermarsi ed è pertanto giustificata l’assenza dell’AIR.

Queste conclusioni sono state riprese dal Consiglio di Stato (sez. VI) nella pronuncia n.823 del 19 febbraio 2007 (Ricorsi riuniti: Autorità per l'Energia elettrica e il Gas c. Snam rete gas s.p.a. ed ENI s.p.a./Snam Rete Gas s.p.a. c. Autorità per l'Energia elettrica e il Gas).

La fattispecie riguardava l'annullamento da parte del Tar-Lombardia, in parziale accoglimento del ricorso presentato, dell'art. 15.2 di una delibera dell'AEEG contenente criteri per la determinazione delle tariffe da applicare al trasporto ed al dispaccio del gas naturale. Essa disponeva testualmente, all'art. 15.2, che negli anni termici del periodo di regolazione successivi al primo, il costo riconosciuto del capitale investito netto veniva aggiornato mediante il ricalcolo annuale del capitale investito netto sulla base dei criteri indicati all'art. 3, comma 3.3. e calcolando la quota del fondo ammortamento, relativa agli anni successivi al 2004.

Secondo i giudici di primo grado, la delibera, in violazione degli artt. 1, commi 1, 2, 18 della legge n. 481/95 e dell'art. 14 delle preleggi, escludendo dalla relativa valutazione il capitale investito, svincolava illegittimamente l'aggiornamento annuale della tariffa dal metodo del price cap, cui l'Autorità avrebbe dovuto, invece, esclusivamente e rigorosamente attenersi.

L'AEEG ha allora proposto appello al Consiglio di Stato chiedendo la riforma della sentenza impugnata. Contro la sentenza di primo grado ha proposto appello anche la società ricorrente e così i due ricorsi sono stati riuniti.

Il Consiglio di Stato evidenzia che la deliberazione gravata era stata adottata in attuazione della legge 14 novembre 1995, n. 481, e del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, a norma dell'art. 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144. Ai sensi, infatti, dell'art. 2, comma 12, lettera e) della indicata legge n. 481/95, l'Autorità stabilisce ed aggiorna, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe; mentre, ai sensi dell'art. 23, comma 2, del decreto legislativo n. 164/00, spetta all'Autorità determinare le tariffe per il trasporto del gas. L'Autorità, inoltre, nella determinazione delle tariffe, ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 23 del decreto legislativo n. 164/00, assicura una congrua remunerazione del capitale investito e tiene conto della necessità di non penalizzare le aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali ed in particolare delle aree del Mezzogiorno. Inoltre, è stabilito che le tariffe per il trasporto tengano conto, in primo luogo, della capacità impegnata e della distanza di trasporto, e in secondo luogo della quantità trasportata indipendentemente dalla distanza.

Ai sensi, poi, dell'art. 2, comma 18, della legge n. 481/95, ai fini dell'aggiornamento delle tariffe, vi sarebbero altri parametri ex art. 2 comma 12, lettera e) della legge n. 481/95 che l'Autorità fissa per la determinazione della tariffa con il metodo del price-cap, inteso come limite massimo della variazione di prezzo vincolato per un periodo pluriennale. Nel provvedimento impugnato, allora, al proclamato fine di rendere la tariffa più aderente ai costi e stimolare gli investimenti, l'Autorità, nel fare applicazione del metodo del price-cap, ha tenuto conto del disposto di cui all'art. 1 quinquies, comma 7, del decreto legge n. 293/03, convertito in legge n. 290/03, che ne limitava l'applicazione alle sole componenti tariffarie destinate alla copertura dei costi e degli ammortamenti con esclusione, pertanto, dei costi riconosciuti a remunerazione del capitale investito. L'Autorità ha quindi proceduto uniformando i sistemi tariffari per il settore elettrico e del gas allo specifico fine di premiare l'efficienza.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello in quanto, ai fini dell'aggiornamento delle tariffe, il comma 18 dell'art. 2 della legge n. 481/95 stabilisce che l'Autorità faccia applicazione della metodologia del price cap, unitamente ad altri criteri di analisi e di valutazione. A ciò va aggiunto il rilievo - già evidenziato dalla VI sezione: si veda la sentenza n. 2444/2006 - che il meccanismo del price-cap consiste in un generico schema tariffario incentivante che non produce effetti nei confronti dei costi, quali quelli relativi alla remunerazione del capitale investito, strettamente legati ai dati strutturali dell'impresa. Di queste conclusioni, ha preso atto lo stesso legislatore con la disposizione di cui all'art. 1 quinquies, comma 7, del decreto legge 29 agosto 2003, n. 239, convertito nella legge n. 290/03.

Di conseguenza, l'operato tecnico-discrezionale dell'AEEG, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di primo grado, non solo non ha comportato alcuna violazione di legge, ma ha anche implicato una scelta del tutto logica e ragionevole in quanto i costi del capitale investito sono variabili e non dipendenti dalla migliore efficienza delle imprese (si veda in tal senso anche Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1398/2006).

Ora, la ricorrente ha impugnato la decisione del Tar, tra gli altri motivi, per mancata applicazione dell'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229. In altri termini, sarebbe stata violata la disposizione in base a cui - come visto - le autorità amministrative indipendenti cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatrice, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forma e metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione degli atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali di programmazione e pianificazione e, comunque, di regolazione.

Il Collegio, tuttavia, ha ritenuto di respingere, con le altre, anche la suddetta censura. Come infatti rilevato dai giudici di primo grado, innanzitutto, l'atto di determinazione del regime tariffario ha per sua natura carattere di atto generale ed in quanto tale è astrattamente suscettibile di reiterate applicazioni nel tempo; ne consegue che, se esso è stato riferito ad un unico imprenditore che esercitava il trasporto del gas, ciò ha costituito un'evenienza particolare ed eccezionale che non si ripercuote sulla natura e struttura dell'atto di regolazione e che, quindi, non richiede una specifica motivazione.

Inoltre, come già affermato dal Tar-Lombardia nella prima sentenza esaminata, nelle more della predisposizione delle forme e dei metodi di analisi dell'impatto della regolazione, non è ipotizzabile una paralisi amministrativa dell'attività degli enti di regolazione. Inoltre, si deve osservare che i termini per dotarsi dei procedimenti fissati nell'art. 20 della legge n. 229/2003 non sono perentori e non obbligano ad una formale motivazione della loro inosservanza.

La stessa sezione IV del Tar Lombardia-Milano è poi tornata a precisare – sebbene incidentalmente – con la sentenza n. 5362 del 10 luglio 2007 (Eall -Energia e Ambiente Litorale Laziale-s.r.l. c. Autorità per l'Energia elettrica e il gas), che l'applicazione del principio dell'obbligo di motivazione inerisce tutti i provvedimenti di regolamentazione, soprattutto considerando la circostanza che con l'art. 12 della legge n. 229/2003 le autorità amministrative indipendenti sono tenute ad effettuare l'AIR, imponendosi dunque all'attività regolatoria un rilevante contraddittorio procedimentale e la conseguente motivazione sulle ragioni della soluzione adottata.

La fattispecie in questione riguardava l'impugnazione di una delibera dell'AEEG con cui veniva disposto l'avvio del procedimento di aggiornamento, per l'anno 2007, del prezzo medio del combustibile convenzionato nel costo di combustibile evitato (CEC) di cui al provvedimento CIP 6/92 e di altra delibera con cui l'AEEG dettava una nuova disciplina del CEC, tesa a ridefinire il suo livello e il relativo meccanismo di aggiornamento. Basandosi le principali censure sull'insussistenza del potere tariffario dell'AEEG, in ordine alle iniziative prescelte di cui all'articolo 3 comma 7 della legge 481/95, e sull'incompetenza e sulla carenza di potere tariffario dell'AEEG nel modificare i criteri di aggiornamento del CEC per l'anno 2007 e successivi, è interessante riportare cosa dice la sentenza a proposito della carenza motivazionale della delibera contestata dalla società ricorrente. Intanto, il Tar sostiene che non è possibile invocare l'art. 3, comma 2 e l'art. 13, comma 1 legge proc. amm. per ritenere ammissibile il difetto di motivazione in un provvedimento di regolazione – quale atto a

contenuto generale – in quanto l’obbligo di motivazione è oggi imposto dall’ordinamento comunitario. Infatti, la Corte di Giustizia ha più volte ribadito che tutti i provvedimenti comunitari e nazionali devono essere sempre adeguatamente motivati. Ne discende che l’AEEG “...se da un lato non era tenuta – in ragione della struttura e funzione del provvedimento de quo – a rispondere alle singole osservazioni degli enti ed imprese interessate, non poteva comunque esimersi dall’obbligo di motivazione riguardante il preteso potere di intervenire in una materia di revisione tariffaria che le era stato espressamente sottratto dalla legge”. Tuttavia, sebbene il ricorso sia stato accolto con riferimento all’insussistenza del potere di determinazione dell’Autorità così come esercitato, quest’ultima non sarebbe incorsa in alcun difetto di motivazione in quanto la delibera impugnata risulta esplicitamente motivata sebbene in modo non condivisibile, circostanza che influisce (negativamente) sui parametri di legittimità della motivazione adottata che però sul punto non può ritenersi carente. È a questo punto che il Collegio inserisce il suo riferimento all’AIR, ricordando che non è ammesso esonerare dall’obbligo di motivazione certi provvedimenti di regolazione, considerando peraltro l’obbligo imposto dall’art. 12 della legge 229/2003 per cui anche in relazione agli articoli concretamente individuati dalla ricorrente (artt. 3 e 13 legge proc.) non sussiste alcuna esenzione degli atti generali e normativi dalle regole partecipative e motivazionali, ormai dettate anche dal diritto europeo.

In particolare, il Tar ha ritenuto che “...né in senso contrario può invocarsi l’articolo 3 comma 2 della legge 241/90, secondo cui la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale; mediante tale locuzione infatti viene esclusa la diretta applicabilità della disposizione di settore enunciata al primo comma, ma non si intende certo inibire gli obblighi di trasparenza specificamente previsti dalle leggi di settore per singole categorie di atti generali”.

Dalla pronuncia non è dato comprendere a chiare lettere se l’AIR, in questo caso, fosse stata adottata. Sembrerebbe tuttavia di no, nonostante il Collegio sottolinei appunto l’obbligo di effettuare l’analisi di impatto della regolazione ai sensi dell’art. 12 della legge n. 229/2003. Traspare, anche in questa pronuncia, un’impostazione fondamentale sostanzialista per cui la presenza di buona motivazione, in cui l’autorità esprime il suo punto di vista circa le opzioni regolatorie, sarebbe indice di una corretta valutazione dell’impatto della regolazione.

In senso tuttavia differente si è espresso il Consiglio di Stato, sezione VI, nella recentissima sentenza n. 1215 del 2 marzo 2010 (Enipower S.p.A. c. Autorità per l’Energia



Elettrica e il Gas e Grtn S.p.A. ed altri) che ha confermato la pronuncia di primo grado del Tar Lombardia-Milano, Sez. IV, n. 3284 del 2005. In essa si afferma, senza fare menzione dell'AIR, che ai procedimenti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti non si applicano le norme generali disciplinanti l'azione amministrativa in forza dell'art. 13 legge proc. amm.: dunque esse sarebbero esonerate dall'obbligo di motivazione. Ciò nonostante, il principio del contraddittorio procedimentale e dunque della partecipazione degli interessati ai procedimenti è comunque applicabile e determina l'obbligo di effettuare le consultazioni degli operatori e degli utenti preliminarmente all'adozione di decisioni regolatorie. Pertanto, il rispetto del principio del contraddittorio procedimentale compenserebbe l'assenza della motivazione. La sentenza n.1215/2010 non prende in considerazione invece né la normativa comunitaria (che impone di motivare tutti i provvedimenti di regolazione), né quella inerente l'AIR, pur sempre di derivazione comunitaria, e dunque sembra fermarsi alla disciplina e ai principi contenuti nella legge 7 agosto 1990 n. 241 e ss.mm. sul procedimento amministrativo. Tuttavia, pur non facendo menzione dell'AIR, ne mette in evidenza una parte importante e imprescindibile: la consultazione dei soggetti interessati dalla regolazione, rimarcando la necessità di dare attuazione al principio di partecipazione anche quando trattasi di atti dal contenuto generale come quelli di regolazione. In definitiva, l'attuazione di principi come quello del contraddittorio procedimentale si rende necessaria per fondare la legittimazione democratica delle autorità amministrative indipendenti, ancorché vengano in rilievo atti a contenuto generale.

Una pronuncia interessante, riguardante un altro caso di mancata adozione dell'AIR, è quella del Tar Lazio-Roma, sez. IIIter n. 13198 del 27 novembre 2006 (Tim-Telecom Italia Mobile c. Autorità Garante nelle Comunicazioni). La pronuncia è degna di particolare nota perché affronta la questione del rapporto tra l'obbligatorietà dell'AIR e la natura del potere esercitato dall'amministrazione. Nella vicenda al vaglio del Tar Lazio si contesta, tra gli altri motivi di ricorso, che una delibera dell'AgCom con cui veniva soppresso il servizio di informazione abbonati in decade 4 (in attuazione di una precedente delibera del CIR) avrebbe dovuto essere preceduta dall'AIR.

La mancanza di tale adempimento integrerebbe una violazione di legge, disatteso il disposto di cui all'art. 13 co. 8 del D.lgs. 259/2003: l'Autorità si sarebbe limitata, invero, a richiamare il principio di parità di trattamento tra gli operatori di cui all'art. 15 co. 2 del D.Lgs. 259/2003. Il Collegio è però di contrario avviso, in quanto rimarca che la norma di cui all'art. 13 co. 8 D.lgs. 259/2003 è da leggersi in combinato disposto con la direttiva della



Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000; sicché l'AIR deve essere svolta soltanto quando venga adottata una misura regolamentare che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione. Non anche quando la misura sia imposta dalla legge o da altro atto generale. Nel caso di specie, invece, il blocco delle attività di commercializzazione dei servizi informazione abbonati in decade 4 costituiva misura applicativa del piano di numerazione contenuto nella delibera 9/03/CIR precedente al Codice delle comunicazioni elettroniche, rispondendo alle finalità di dare attuazione – nello specifico settore – ai principi di cui all'art. 15 co.2 del D.lgs. 259/2003.

Infine, tra le pronunce dei giudici di primo grado, si devono ricordare tre sentenze (cit.) del Tar Lazio-Roma, sez. II nn. 5522/5523/5524 del 18 giugno 2007 (Sindacato nazionale degli agenti di assicurazione c. Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private /AIBA- Associazione italiana brokers di assicurazioni e riassicurazioni c. Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private/ANIA- Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici e altri c. Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private).

Il Tar romano ha respinto tre ricorsi con cui era stato impugnato il regolamento n. 5 del 16 ottobre 2006 adottato dall'ISVAP contenente la “disciplina dell'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa di cui al titolo IX (intermediari di assicurazione e riassicurazione) e di cui all'art. 183 (regole di comportamento) del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 2009 – Codice delle Assicurazioni private”.

L'AIR, richiamata in tutte e tre queste pronunce, è oggetto di particolare attenzione nella sentenza n. 5524/2007 dove, tra le censure, vi è quella relativa alla violazione di legge per mancata adozione dell'AIR: risulterebbero così violate le disposizioni di cui all'art. 12, co. 1 legge n. 229/2003, gli artt. 9, co. 2, 191, co. 4 Cod. ass. e l'art. 23 della legge 262/2005 che impongono, appunto, l'obbligo di allegare al momento dell'avvio delle consultazioni i risultati dell'analisi relativa all'impatto della regolamentazione.

A detta dei ricorrenti, la violazione sussisterebbe in quanto l'AIR sarebbe stata estesa, in termini generali, agli atti di *regulation* delle autorità amministrative indipendenti attraverso la disposizione di cui all'art. 12 della legge 229/2003, nonché della disposizione di cui all'art. 191 co. 4 del Codice assicurazioni. Pertanto, non potrebbe trovare fondamento la tesi sostenuta dalla difesa dell'ISVAP per cui sarebbe intervenuta un'abrogazione tacita di queste norme ad opera dell'art. 23 della legge sul risparmio. Il Collegio rileva, infatti, che quest'ultima norma (posteriore), individua precisamente, nel comma 1, il proprio ambito applicativo, dispiegando i suoi effetti nei confronti dei provvedimenti della Banca d'Italia,

della Consob, dell'Isvap e della Covip “aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna”. La chiara dizione della norma induce a ritenere che non vi siano aree escluse dalla sua portata precettiva, sicché tutti i procedimenti diretti all'emanazione di provvedimenti normativi o generali delle autorità di vigilanza, fatti salvi quelli atti di auto-organizzazione, trovano in essa il relativo regime disciplinare.

Si tratta inoltre di una disciplina esclusiva, non sembrando giustificata l'opinione dei ricorrenti secondo cui i nuovi obblighi previsti (non si sostituirebbero ma) si aggiungerebbero a quelli individuati dalla normativa di settore concernenti l'AIR; ciò in quanto i due adempimenti contemplati dall'art. 23 – gli atti di vigilanza devono essere: a) “motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”; b) “accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori” – appaiono certamente idonei a soddisfare le esigenze avute di mira dalla legge.

La questione è meglio chiarita dal Consiglio di Stato (sez. VI) che è intervenuto sulla controversia in questione, confermando le pronunce del Tar Lazio, con la sentenza del 16 ottobre 2008 n. 5026. Il Supremo Consesso della giustizia amministrativa precisa infatti che il regolamento n. 5/2006 adottato dall'ISVAP non viola la legge in quanto sprovvisto di AIR perché la norma che si assume violata (art. 12 della legge 229/2003) è stata superata da una disposizione di legge intervenuta dopo l'emanazione del Codice delle assicurazioni, ma prima dell'adozione del regolamento: si tratta, appunto, dell'art. 23 della legge sul risparmio sopra ricordato. Tale nuova disciplina, dice il Consiglio di Stato è da ritenersi innovativa-sostitutiva e non aggiuntiva rispetto alle previsioni della legge 229/2003 e del Codice del 2005. Non si tratta di un ripensamento del legislatore, bensì di una “normale ipotesi di successioni di leggi nel tempo” per di più riferita non a tutte le autorità amministrative indipendenti ma solo a quelle suddette. Peraltro, la norma contenuta nella legge sul risparmio non presta il fianco nemmeno alla censura di disparità di disciplina tra le authorities in quanto i diversi settori e le diverse esigenze implicate giustificano procedure e scelte diverse del legislatore, purché evidentemente logiche e razionali.

## I problemi aperti

Un volta precisato lo stato della giurisprudenza in tema di AIR, i problemi aperti, e che potrebbero formare oggetto di successivo approfondimento, sono i seguenti.

### *Il provvedimento di regolazione e l'AIR-documento:*

1. il sindacato giudiziale sull'analisi di impatto delle scelte di regolazione;
2. la legittimità dell'AIR e il corretto svolgimento delle consultazioni (verificando se sono state prospettate, ad esempio, tutte le opzioni possibili e se è stata effettivamente assicurata la partecipazione di tutti gli interessati);
3. i profili di discrezionalità tecnica e la possibilità di utilizzare lo strumento della consulenza tecnica di ufficio da parte del giudice amministrativo per valutare la legittimità dell'AIR;
4. l'AIR come strumento dell'attività istruttoria del giudice amministrativo

Le tematiche in questione devono essere esaminate insieme. Non esiste allo stato attuale alcuna posizione giurisprudenziale esplicita sul sindacato del giudice amministrativo relativamente alle scelte di regolazione, ma sulla base delle pronunce disponibili sembrerebbe innanzitutto utile richiamarsi a principi di ordine generale circa l'intensità del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi.

D'altro canto, l'assenza dell'AIR nell'ambito del provvedimento di regolazione portato in giudizio determina, come visto, un vizio di illegittimità per violazione di legge essendo l'AIR imposta dalla legge. Ne discende che i casi di semplice mancata adozione dell'AIR appaiono gioco-forza più facili da esaminare e inquadrare in sede processuale; ed infatti, sono gli unici affrontati dalla giurisprudenza. Ciò nonostante deve rimarcarsi che l'adozione dell'AIR è obbligatoria solo quando venga in rilievo l'esercizio di un potere regolatorio di tipo discrezionale nell'an e nel quomodo, non anche quando si tratti di una misura di regolazione imposta dalla legge.

Per quanto concerne invece le scelte di regolamentazione censurate in presenza di un documento di analisi dell'impatto, la questione si complica alla luce dei profili di discrezionalità tecnica che involgono le scelte regolatorie, come pure tutte le valutazioni

preliminari sui mercati di riferimento. Da questo punto di vista, tuttavia, la questione non è del tutto nuova in ragione della giurisprudenza già esistente sulle autorità indipendenti e sui sindacato dei loro atti.

È poi evidente, così come emerge dalle pronunce esaminate, che non sempre il sindacato del giudice amministrativo necessita di particolari approfondimenti. Ciò è vero tutte le volte che le scelte sub iudice siano ben condotte ed argomentate per quello che appare *ictu oculi*. Dunque, se l'amministrazione regolatrice non incorre in alcuna violazione di legge, né vi sono profili di contraddittorietà o altre illegittimità macroscopiche, in presenza di una motivazione logica e ragionevole, la consulenza tecnica non è necessaria. Tanto più che, per come si esprimono i giudici amministrativi, le opzioni di regolazione non sono scelte meramente tecniche, ma rientrano nell'ambito di quella che viene definita "discrezionalità mista". Ciò è vero anche considerando che le autorità amministrative indipendenti cui la legge attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza e appunto di regolazione, si dotano delle AIR (nella forma e nei metodi) secondo le previsioni dei rispettivi ordinamenti.

Per quanto concerne poi la motivazione delle scelte di regolamentazione, si deve innanzitutto osservare che la giurisprudenza sinora intervenuta si è soffermata per lo più sulla considerazione che gli atti di carattere generale, sub specie di atti di regolazione, non richiedono una specifica motivazione (art. 13 legge proc.).

Segnatamente, si pensi all'atto di determinazione del regime tariffario che ha per sua natura carattere di atto generale: esso è, in quanto tale, suscettibile di reiterate applicazioni nel tempo. Pertanto, occorre ricordare la conclusione cui giunge il Consiglio di Stato nella sentenza n. 823/2007 secondo cui, il fatto che un atto recante la disciplina del regime tariffario sia stato riferito ad un unico imprenditore, rappresenta un'evenienza particolare ed eccezionale che non si ripercuote sulla struttura dell'atto di regolazione non richiedendo, perciò, alcuna specifica motivazione.

Tuttavia, tale conclusione mal si concilia con il diritto comunitario. Infatti, la possibilità che gli atti di regolamentazione producano effetti lesivi concreti, deve essere oggi letta alla luce delle direttive comunitarie del 13 luglio 2009 – dir. 2009/72/Ce e dir. 2009/73/Ce – che, relativamente ai settori del gas e dell'energia elettrica hanno così disposto: "le decisioni delle autorità di regolamentazione devono essere pienamente motivate e giustificate al fine di consentire il ricorso giurisdizionale". Ed è evidente che, all'interno della motivazione del provvedimento, l'analisi di impatto della regolamentazione fornisce elementi decisivi e strutturalmente fondamentali.

*La cosiddetta “opzione zero” e la lesione dei controinteressati*

Un altro punto di riflessione che emerge dalle sentenze sinora esaminate concerne la non regolamentazione (cosiddetta opzione zero). Il dubbio ad essa collegato consiste nel chiedersi se tale scelta si configura pur sempre come esercizio di un potere “autoritativo” (o discrezionale) ovvero se non sia più facile ed utile intendere l’opzione zero come una sorta di “rinuncia” del potere regolatorio in funzione dell’obiettivo di liberalizzazione del mercato.

Ne discende l’ulteriore interrogativo circa l’individuazione del giudice chiamato a decidere sui diritti soggettivi dei cittadini-utenti quando l’Autorità competente decida – in maniera del tutto legittima – di non regolare un mercato o una parte di esso. Si può affermare che i cittadini utenti subiscono, conseguentemente all’applicazione della cosiddetta opzione zero, un deficit di tutela da parte dell’autorità di regolamentazione, nonostante questa conservi un potere di intervento successivo in funzione correttiva o inibitoria? In effetti, la scelta dell’opzione zero rientra nell’ambito delle scelte che l’autorità regolatrice può effettuare, dunque sembra essere diversa dal caso, ad esempio, della omessa vigilanza dove l’autorità risponde per avere agito in contrasto con i suoi obblighi e i suoi doveri funzionali esponendo al rischio di pregiudizio i cittadini (si veda per tutti il caso Consob affrontato dalle Sezioni Unite della Cassazione civile nel 2005). Tuttavia, non sembra improprio concepire l’AIR anche come uno strumento che accresca la protezione delle parti deboli del mercato, ossia gli utenti finali.