

Sindacato giurisdizionale

Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali

Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165 - Pres. S. Baccharini - Estens. R. Giovagnoli - Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas c. A2a Reti Gas S.p.a.

La complessità tecnica delle valutazioni che precedono le scelte regolatorie spesso non rende immediatamente percepibile, specie se guardate con gli occhi del "profano", l'iter logico-motivazionale che sorregge o giustifica la regola o il parametro introdotto dall'Autorità. Tale scarsa intellegibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo della attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 23 luglio 2015, n. 1795; Id., Sez. III, 21 maggio 2013, n. 1328; Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153; Id., 2 maggio 2012, n. 2521; Id., 28 settembre 2012, n. 5140; Id., Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856.
Difforme	Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 24 ottobre 2014, n. 2554; Id., 20 maggio 2014, n. 1307; Id., Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 2437.

(Omissis).

IL COMMENTO *di Mario Filice*

Il Consiglio di Stato, riformando la pronuncia di primo grado, ha reputato legittima la scelta regolatoria operata dall'Aeeg in merito alla variazione di alcuni meccanismi tariffari riguardanti il settore della distribuzione del gas naturale. I parametri su cui ha inciso la delibera impugnata rappresentano l'espressione di una valutazione tecnico-discrezionale che, a un'analisi più attenta, è risultata attendibile, ragionevole e adeguatamente motivata. I giudici amministrativi hanno messo in luce come, a fronte della complessità tecnica che connota le scelte regolatorie, il sindacato giurisdizionale deve avvenire riutilizzando le medesime regole tecniche impiegate dall'Autorità. Inoltre, seguendo le indicazioni del Consiglio di Stato, il giudice in tali casi deve spingersi a valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell'Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della difficile intellegibilità con quello della irragionevolezza o della inadeguatezza della motivazione.

Premessa

Ritorna all'attenzione del Consiglio di Stato la questione del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-discrezionali che connotano le scelte regolatorie dalle autorità indipendenti.

Pur trattandosi di un tema conosciuto e ampiamente approfondito (1), il dibattito sui rapporti fra giudice e autorità indipendenti è sorprendentemente vivo e, ogni qual volta sembra esaurirsi, la giurisprudenza interviene, aggiungendo tessere a un mosaico in continua evoluzione (2).

Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti avviene attraverso la valutazione sull'attendibilità e sulla ragionevolezza della scelta operata (3).

Tuttavia, è sufficiente un tale controllo quando si tratta di atti regolatori in cui l'autorità utilizza valutazioni tecnico-discrezionali per determinare regole del gioco del mercato di riferimento?

Basta in tali casi il consueto parametro di ragionevolezza, oppure occorre un qualcosa di diverso? E che relazioni intercorrono fra il sindacato sulla motivazione e quello sulle valutazioni tecniche?

Il presente contributo cerca di rispondere a questi interrogativi, facendo luce sulle indicazioni che emergono dalla pronuncia in commento.

Il fatto

La vicenda ha riguardato un atto di regolazione nel settore della distribuzione del gas naturale (4). L'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas - oggi Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico (Aeegsi) - ha emanato una delibera con cui venivano modificati i meccanismi di determinazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas (5).

(1) Cfr. M. D'Alberti, *Autorità indipendenti* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, 1995, *ad vocem*, 1 ss.; S. Cassese - C. Franchini, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 165 ss.; M. Manetti, *Autorità indipendenti* (dir. cost.), in *Enc. giur.*, 1997, *ad vocem*, 6 ss.; G. Vesperini - G. Napolitano, *Le Autorità indipendenti: norma, procedimenti e giudice*, Viterbo, 1998, 113 ss.; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2003, 181 ss.; M. D'Alberti - A. Pajno, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 153 ss.; F. Merusi - M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011, 95 ss.

(2) Se è ormai pacifico che gli atti delle autorità indipendenti siano sottoponibili a sindacato giurisdizionale, le forme e gli standard di tale controllo hanno subito una lunga evoluzione. L'interrogativo principale consisteva nel verificare se il giudice potesse spingersi nel sindacare, oltre all'iter logico seguito dall'amministrazione, anche i fatti e le regole tecniche alla base della decisione. Superata la tesi che riconosceva un controllo solo indiretto (c.d. estrinseco) sulla valutazione operata, teso a riscontrare i vizi di manifesta illogicità e incongruenza, senza entrare nel merito della decisione, si è affermata la sindacabilità c.d. intrinseca, attraverso cui il giudice può verificare direttamente il criterio tecnico e il procedimento applicativo seguito, avvalendosi delle medesime conoscenze tecniche dall'autorità. Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601; Id., 4 luglio 2012, n. 2901; Id., 15 dicembre 2014, n. 6154; Id., 15 maggio 2015, n. 2479. Il dibattito, soprattutto in merito alla discrezionalità tecnica, è proseguito sul versante dell'intensità del controllo fra quanti reputavano sussistente il potere del giudice di sostituire la scelta dell'autorità e quanti, invece, ritenevano preclusa siffatta sostituzione. Anche qui la scelta veniva illustrata attraverso due formule contrapposte (sindacato debole/forte) che finirono per essere variamente utilizzate in giurisprudenza, creando non poca incertezza. Tale dicotomia è stata parzialmente superata dal Consiglio di Stato, il quale ha affermato che, oltre ogni formula definitoria, l'obiettivo è creare un sindacato tendente a un modello comune al livello europeo, in cui sia attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere assegnato dalla legge all'autorità, ma di verificare se quest'ultimo sia stato correttamente esercitato. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 6050; Id., Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856. Sul punto sono intervenute anche le Sezioni Unite della Cass. (20 gennaio 2014, n. 1013) che, riprendendo alcuni precedenti (Cass., SS.UU., 29 aprile 2005, n. 8882; Id., 13 maggio 2013, n. 11345), hanno confermato la tesi secondo

cui il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti delle autorità indipendenti comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento e si estende anche ai profili tecnici. Tuttavia, ove tali valutazioni includano apprezzamenti che abbiano un obiettivo margine di opinabilità, il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità. Ai medesimi risultati è giunta la giurisprudenza comunitaria. Cfr. Corte di Giustizia 10 luglio 2008, C-413/06; Id., 16 luglio 2009, C-440/07; Id., 21 luglio 2011, C-506/08; Id., 3 maggio 2012, C-285/11; Id., 18 luglio 2013, C-501/11.

(3) È bene da subito distinguere le due principali tipologie di atti emanati dalle Autorità indipendenti: da un lato si pongono i provvedimenti individuali, cc.dd. di *adjudication*, in cui l'autorità, nell'esercizio della funzione di vigilanza, si trova di fronte a concetti giuridici indeterminati in cui opera la discrezionalità tecnica; dall'altro, invece, abbiamo gli atti a carattere generale, cc.dd. di *rulemaking*, in cui l'utilizzo di criteri tecnico-discrezionali precede la scelta regolatoria. Cfr. M. D'Alberti, *Procedimenti "generalisti" e "singolari": problemi attuali e miglioramenti possibili*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 91 ss.; R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", Roma, il 28 febbraio 2013.

(4) Cfr. Delibera 25 ottobre 2012, 436/2012/R/Gas, recante la "Proroga al 31 dicembre 2013 del periodo di applicazione delle disposizioni contenute nel Testo Unico della regolazione della qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012 (TUDG). Disposizioni transitorie per l'anno 2012".

(5) La delibera in questione ha prorogato il periodo di applicazione del TUDG. Tale atto, che disciplina il servizio di distribuzione e misura del gas per il terzo periodo di regolazione (2009-2012), si compone di due parti fondamentali: la prima dedicata alla definizione dei livelli di qualità che le imprese erogatrici del servizio devono garantire all'utenza, approvata con la delibera 7 agosto 2008, ARG/Gas/120/2008; e la seconda dedicata alla definizione delle modalità di calcolo delle tariffe poste a carico dell'utenza, approvata con la delibera 6 novembre 2008, ARG/Gas/159/2008.

Più nel dettaglio, l'Autorità è intervenuta su alcuni parametri che incidono su una delle voci che concorrono alla formazione della tariffa riconosciuta al distributore, quella della "remunerazione del capitale investito" (6).

Le modifiche, nello specifico, hanno riguardato tre parametri. Con un primo intervento, l'Aeeg ha modificato le modalità di calcolo del rendimento delle attività private di rischio (RF), variando la relativa finestra temporale di riferimento (7). Un secondo intervento ha riguardato la fissazione del rapporto fra capitale di rischio e capitale di debito (D/E) (8), determinando un risultato finale del tasso di remunerazione del capitale più basso rispetto a quello atteso dalle imprese. Infine, l'Autorità ha modificato il valore dell'aliquota teorica di incidenza delle imposte sul risultato di esercizio (dal 38% al 35,7%), escludendo dal calcolo la c.d. *robin tax*.

La suddetta delibera, insieme a tutti gli atti connessi (9), è stata oggetto di ricorso davanti al T.A.R. Lombardia da parte di una società, la A2a Reti Gas S.p.a., che opera nel settore del gas naturale.

A giudizio della società ricorrente tutte e tre le modifiche contenute nell'intervento regolatorio sarebbero irragionevoli poiché prive di un adeguato supporto motivazionale.

I giudici di prime cure hanno accolto integralmente il ricorso, disponendo l'annullamento della delibera in questione (10). Avverso tale pronuncia ha proposto appello l'Autorità, contestando la carenza di motivazione ed evidenziando come la delibera sia stata preceduta da un'ampia consultazione. Il

Consiglio di Stato ha accolto l'appello, riformando la sentenza di primo grado.

Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-discrezionali: il parametro di "ragionevolezza intrinseca"

La pronuncia presenta spunti di particolare interesse. Ricostruito il quadro relativo all'utilizzo delle valutazioni tecnico-discrezionali da parte delle autorità indipendenti, il Consiglio di Stato, a differenza dei giudici di primo grado, ha affermato l'attendibilità e la ragionevolezza dei parametri di valutazione tecnica contestati.

La decisione, in effetti, può analiticamente essere scomposta in due parti. Nella prima, il Collegio ha indicato i passaggi che dovrebbero guidare un sindacato realmente intrinseco; nella seconda, invece, ha inquadrato le questioni rilevanti che emergono nel caso di specie.

In generale, le scelte regolatorie compiute dalle autorità indipendenti sono spesso caratterizzate da un elevato tasso di tecnicismo.

Ciò tuttavia accade fisiologicamente a causa, da un lato, della grande specializzazione che contraddistingue i mercati di riferimento e, dall'altro, in virtù della rapidità del processo tecnologico e della conseguente obsolescenza delle regole (11). A ben vedere, queste caratteristiche costituiscono la ragione stessa dell'affidamento a organismi neutrali, fortemente specializzati, della funzione di regolazione, molto più elastica e duttile della legge, e quindi più adatta a disciplinare tali settori (12).

(6) Per eseguire il calcolo della tariffa del servizio di distribuzione e misura del gas (RTDG), sono prese in considerazione diverse voci, fra cui quella concernente il tasso di rendimento del capitale investito netto (WACC - *Weighted Average Cost of Capital*). Fra i vari elementi che concorrono alla determinazione del WACC vi sono: il tasso di rendimento della attività prive di rischio (RF); il rapporto fra capitale di rischio e capitale di debito (D/E); e il valore dell'aliquota teorica di incidenza delle imposte sul risultato di esercizio. Su tutti questi parametri ha inciso la delibera impugnata.

(7) L'Autorità, con la delibera impugnata, ha stabilito che per determinare il valore RF debba farsi riferimento alla media dei tassi di rendimento dei BTP decennali relativi a una finestra annuale diversa e anteriore (dicembre 2010 - novembre 2011) rispetto a quella immediatamente precedente l'adozione della delibera stessa (25 ottobre 2012).

(8) Con la delibera in questione, l'Autorità ha innalzato tale rapporto (D/E), portandolo dallo 0,5 allo 0,8.

(9) Insieme alla delibera 436/2012/R/Gas, la società ha impugnato il documento di consultazione 2 agosto 2012, 341/2012/R/Gas, recante "Criteri di regolazione tariffaria e della qualità dei servizi di distribuzione e misura del gas per il quarto periodo di regolazione" e, con i motivi aggiunti, la delibera 533/2012/R/Gas con cui sono state aggiornate le tariffe

per l'anno 2013, in applicazione della delibera impugnata.

(10) Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 24 ottobre 2014, n. 2554.

(11) Cfr. M. Clarich, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, 2002, 3865 ss.; M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2006, 85 ss.; R. Chieppa, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 57 ss.; Id., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 1019 ss.; G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in questa *Rivista*, 2012, 3, 229 ss.

(12) Il punto di partenza per comprendere il fenomeno della regolazione è proprio la crisi della legge quale modello tradizionale di normazione come fonte di disciplina per le attività private operanti nel mercato. Il legislatore nazionale, anche grazie agli *input* europei, ha preso atto che la legge non costituiva lo strumento idoneo a disciplinare le dinamiche dello spazio-mercato, e ha attribuito a organismi indipendenti, dotati di elevata *expertise*, l'esercizio di poteri regolatori più adatti a far fronte a tali evoluzioni. Con il processo di apertura dei mercati, e il seguente fenomeno del *rolling back of the State*, lo Stato imprenditore è arretrato a regolatore, lasciando una serie arbitri neutrali cui ha affidato il compito di vigilare e regola-

Dunque, l'intera attività di regolazione, e in particolare la determinazione delle tariffe, presuppone l'utilizzo di concetti e nozioni appartenenti a discipline specialistiche di carattere prevalentemente economico e finanziario (13).

A causa di questo grande tecnicismo, le valutazioni che precedono le scelte regolatorie sono spesso difficilmente intelleggibili da un operatore comune, sprovvisto di quella *expertise* necessaria per comprendere l'*iter* logico motivazionale che sorregge la scelta dell'autorità (14).

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha affermato che la difficoltà di comprensione non può legittimare un indebolimento del sindacato giurisdizionale e che, proprio in tali casi, la verifica da parte del giudice deve essere ancora più stringente, per evitare che sotto il mantello della tecnica si possa nascondere un esercizio arbitrario della funzione di regolazione.

La maggiore intensità del sindacato sui poteri di regolazione si giustifica, inoltre, in considerazione della natura stessa delle *authorities*, estranee alla tradizionale tripartizione dei poteri e poste fuori dal circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., pertanto sprovviste di rappresentatività politica e di legittimazione democratica (15).

Con due rapidi passaggi, i giudici amministrativi hanno affermato una conclusione di grande rilevanza: la complessità delle valutazioni utilizzate nelle scelte regolatorie ha un'immediata ricaduta sulle tecniche di sindacato giurisdizionale in termini di oggetto e modalità.

Con ciò si è voluto affermare che, quando il giudice si trova davanti a un atto di regolazione in cui sono impiegate formule e concetti tratti da un sapere specialistico, egli non deve fermarsi a constatare la riserva di applicazione del criterio tecnico in via esclusiva all'autorità, limitandosi a verificarne la tenuta in base ai canoni tratti dalla comune esperienza.

In tali casi, all'opposto, il giudice deve fare qualcosa in più. A fronte di valutazioni tecnicamente complesse, il sindacato giurisdizionale deve avvenire riutilizzando le stesse regole impiegate dall'autorità e valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della difficile intelleggibilità con quello della irragionevolezza o della inadeguatezza della motivazione (16).

Per illustrare meglio tale conclusione, il Consiglio di Stato si è servito di una metafora molto efficace. Il Collegio ha affermato che le scelte regolatorie che contengono valutazioni tecnicamente complesse, se guardate con gli "occhi del profano", risulteranno sempre difficilmente comprensibili (proprio a causa della fisiologica complessità tecnica della materia regolata), pertanto sprovviste di un adeguato supporto motivazionale. In tali casi, infatti, se il giudice si serve dei criteri classici di ragionevolezza, tratti dalla comune esperienza, sarà facile cadere in errore, confondendo la complessità con l'irragionevolezza.

mentare i mercati liberalizzati attraverso atti di normazione secondaria. Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2015, 37 ss.; L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, 103 ss.; G. Majone - A. La Spina, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 15 ss.; J. Habermas, *Between Facts and Norms*, 1996, 511 ss.; S. Pryce Jr., *The Thatcher years - political analysis*, in *granthamjournal.co.uk*, 2002.

(13) Cfr. E. Ferrari - M. Ramajoli - M. Sica, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 267 ss.; R. Chieppa, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative*, Milano, 2006, 16 ss.

(14) A causa di tali difficoltà, il giudice amministrativo, anche di recente, si è limitato a un sindacato indiretto, non valutando la ragionevolezza intrinseca della scelta regolatoria. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 23 luglio 2015, n. 1795; Id., 24 ottobre 2014, n. 2554; Id., 20 maggio 2014, n. 1307; Id., Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 2437.

(15) L'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti ha sollevato forti perplessità. La genericità delle previsioni normative e l'ardore regolatorio con cui tali organismi hanno interpretato la loro *mission*, hanno amplificato i problemi legati al *deficit* di legittimità democratica. In tale solco, la giurisprudenza, grazie anche all'importante apporto della scienza giuridica, ha svolto un fondamentale ruolo nel segnare i confini di

tale potere. Accanto al riconoscimento di un modello di amministrazione alternativo rispetto a quello tradizionale tracciato dall'art. 95 Cost., i giudici amministrativi hanno individuato il fondamento legittimante delle autorità nel carattere partecipativo della loro azione. Il Consiglio di Stato ha affermato con decisione che la caduta di valore della legalità sostanziale viene compensata dal basso, con un rafforzamento della legalità procedurale sotto forma di garanzie del contraddittorio. Cfr. C. Franchini, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 575 ss.; G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 663 ss.; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004, 102 ss.; S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, 264 ss.; Id., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 37 ss.; S. Del Gatto, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *questa Rivista*, 2010, 9, 947 ss. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Id., 16 marzo 2006, n. 1409; Id., 20 aprile 2006, n. 2001; Id., 2 maggio 2006, n. 2444; 29 maggio 2006, n. 3272; 15 dicembre 2014, n. 6153; Id., 20 marzo 2015, n. 1532.

(16) Cfr. R. Chieppa, *Il differente controllo del giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giustiziali delle Autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, Milano, 2009, 55 ss.

All'opposto, egli deve utilizzare le lenti dell'esperto e valutare le scelte regolatorie in base agli stessi criteri tecnici utilizzati dall'autorità, verificando se esse rivelino una loro intrinseca attendibilità e ragionevolezza.

In altre parole, il Consiglio di Stato ha introdotto, o meglio specificato (17), la tecnica di sindacato che deve guidare il giudice quando si trova davanti a valutazioni tecnicamente complesse nell'ambito di un atto regolatorio (18). In tali casi egli dovrà, "con gli occhi dell'esperto", servirsi di una nuova forma di ragionevolezza, non più interpretata alla luce dei consueti canoni tratti dal senso comune, ma in base nella medesima ottica specialistica utilizzata dall'autorità: una ragionevolezza "intrinseca".

La decisione

Dopo questa necessaria premessa, il Consiglio di Stato passa ad analizzare la pronuncia di primo grado. Attraverso un richiamo di alcuni passaggi della sentenza del T.A.R., il Collegio ha evidenziato come i giudici di prime cure si siano limitati a definire inadeguatamente motivata ogni scelta non immediatamente comprensibile, cadendo nel rischio prospettato.

Rispetto alla modifica del primo parametro, riguardante il tasso di rendimento delle attività private di rischio (RF), la scelta di far riferimento (per il rendimento medio dei BTP decennali) a un periodo precedente, è stata reputata dal T.A.R. irragionevole e non sufficientemente motivata.

In particolare, i giudici di primo grado hanno sostenuto la violazione dell'art. 23, comma 2, D.Lgs.

n. 164 del 2000 (19), il quale prescrive la garanzia di una congrua remunerazione del capitale investito. La variazione del periodo di riferimento medio dei BTP, operata con la delibera impugnata, avrebbe invece comportato un tasso di remunerazione inferiore a quello atteso dalle imprese.

Inoltre, i giudici del T.A.R. hanno richiamato le precedenti delibere dell'Aeeg, segnalando la diversità di orientamenti e l'assenza, nella delibera in questione, di una congrua motivazione (20).

Il Consiglio di Stato, seguendo un percorso argomentativo opposto, ha reputato legittima la scelta regolatoria dell'Aeeg, poiché caratterizzata da un'intrinseca ragionevolezza.

Innanzitutto, nel caso in esame, il livello più basso del parametro contestato non ha condotto a una riduzione finale della tariffa, giacché il livello di remunerazione del capitale è risultato comunque maggiore rispetto all'anno precedente (21).

In secondo luogo, i giudici amministrativi hanno negato la disparità di trattamento rispetto alle determinazioni tariffarie nel settore elettrico, posto che il valore del parametro RF nel caso di specie è uguale a quello adottato negli anni precedenti nel settore ivi richiamato.

Il punto di maggiore interesse della pronuncia è quello dell'analisi delle finalità prescritte della legge. Il Consiglio di Stato, partendo dalla ricostruzione fornita dall'Aeeg (22), ha messo in luce come l'art. 23, comma 2, del D.Lgs. n. 164/2000, impone all'Autorità la fissazione delle tariffe in modo da salvaguardare una "adeguata ripartizione dei benefici fra clienti e imprese e da assicurare a queste ultime una congrua remunerazione del capitale investito".

(17) Fra le tante, nella pronuncia 15 dicembre 2014, n. 6153, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che "in linea di principio, le valutazioni compiute dall'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas nell'esercizio dei propri poteri di regolazione, sono connotate da ampia discrezionalità che il giudice amministrativo può sindacare solo nel caso in cui l'Autorità abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con quello che può essere definito principio di ragionevolezza tecnica. Non è consentito, quindi, al giudice amministrativo sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità, ed è, pertanto, necessario, al fine di concludere per l'illegittimità, che le parti interessate deducano l'esistenza di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere mediante le quali dimostrare che la determinazione assunta si pone in contrasto con il suddetto principio di ragionevolezza tecnica".

(18) Cfr. M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 85 ss.; R. Chieppa, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti in Italia*, in *L'amministrazione europea: caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, 10 ss.

(19) Accanto alla legge istitutiva n. 481 del 1995, il legislatore ha assegnato, con diversi atti, attribuzioni specifiche in

materia di poteri tariffari all'Aeeg, fra cui il D.Lgs. n. 164 del 2000, recante "Norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144". L'art. 23 del suddetto decreto, infatti, afferma che "l'Autorità per l'energia elettrica e il gas determina le tariffe (...) per la distribuzione, in modo da assicurare una congrua remunerazione del capitale investito".

(20) I giudici del T.A.R. hanno affermato che la necessità di garantire, fra i parametri di calcolo delle tariffe, la presenza di quelli rispondenti alle finalità di garantire la remunerazione del capitale investito risultava chiara nelle precedenti delibere dell'Aeeg n. 237/2000, n. 140/2004 e n. 159/2008.

(21) Come risulta dai dati per l'anno 2013, infatti, il tasso di remunerazione, nonostante le modifiche apportate dalla delibera in oggetto, è salito dal 7,6% al 7,7%. Vedi punto 16 della pronuncia in commento.

(22) L'Aeeg ha prospettato tale ricostruzione per la prima volta nel testo della consultazione 341/2012/E/Gas. L'intervento è stato motivato dall'Autorità data l'esigenza di uniformare le regole di riconoscimento dei costi di capitale tra i vari servizi regolati nell'attuale periodo di crisi.

A ben vedere, infatti, la remunerazione dell'impresa è solo uno degli obiettivi fissati dalla norma, che oltretutto va bilanciato con altre, e non meno importanti, esigenze.

I giudici amministrativi hanno spiegato come l'Autorità, attraverso l'intervento di revisione del tasso di remunerazione del capitale, intendeva contemperare due necessità opposte: da un lato, quella di garantire la copertura dei costi sostenuti dalle imprese distributrici per finanziare gli investimenti, e dall'altro quella generale di tutela dei consumatori (23).

Nell'effettuare tale contemperamento l'Aeeg, pur modificando i suddetti parametri, ha comunque assicurato una remunerazione congrua.

Certo è che, in assenza di tali modifiche, l'impresa avrebbe potuto godere di un livello di remunerazione ancora più elevato; tuttavia l'obiettivo fissato dalla legge, il cui perseguimento è affidato all'Autorità, non è quello di massimizzare i rendimenti, bensì quello di contemperare i benefici dei clienti con quelli delle imprese.

Analoghe considerazioni sono state svolte per gli altri due parametri della delibera impugnata: la variazione del rapporto fra debito e capitale di rischio e la riduzione dell'aliquota fiscale.

Rispetto alla prima, i giudici amministrativi hanno sottolineato la volontà dell'Aeeg di non diversificare, in mancanza di valide ragioni, il settore energetico da quello del gas (24).

L'attendibilità di tale scelta regolatoria sarebbe giustificata dalla verifica dell'aumento del livello di indebitamento delle principali imprese energetiche

italiane (25). Come osservato dall'Aeeg, infatti, in periodi di grande crisi finanziaria, come quelli cui si riferisce la delibera impugnata, il risparmio si indirizza verso "beni di rifugio", fra i quali appunto i titoli energetici.

Infine, anche in merito alla riduzione dell'aliquota fiscale e alla mancata inclusione in essa degli effetti della c.d. *robin tax*, il Consiglio di Stato ha accolto i motivi di appello presentati dall'Autorità, richiamando il divieto di traslazione d'imposta dettato dalla stessa legge istitutiva dell'addizionale IRES (26).

Il sindacato sulle finalità della regolazione: nuovi spunti di riflessione

Attraverso l'analisi delle tre censure, corrispondenti ai tre parametri modificati dalla delibera, il Consiglio di Stato ha messo in luce le crepe della tecnica di sindacato effettuata dai giudici del T.A.R. Il controllo sulle valutazioni tecnico-discrezionali, operato in primo grado, si è arrestato in superficie, senza entrare nella complessità tecnica della materia oggetto di regolazione.

A giudizio del Consiglio di Stato, i giudici di prime cure, limitandosi a etichettare in termini di inadeguatezza motivazionale ogni scelta non immediatamente comprensibile, hanno finito per confondere il piano della complessità tecnica con quello della carenza motivazionale (27).

Le spie di questo errato *modus procedendi* sono state rinvenute nelle espressioni che hanno connotato il ragionamento seguito nella pronuncia (28).

(23) Inoltre tale mutamento di parametri per i servizi di distribuzione e misura del gas era coerente con quello utilizzato nei servizi di trasmissione, distribuzione e misura dell'energia elettrica e della rigassificazione del gas naturale, e con quello seguito nell'ambito della proroga dei criteri di determinazione delle tariffe di rigassificazione per il periodo transitorio ottobre 2012- dicembre 2013 con la deliberazione 23/2012/Gas.

(24) L'innalzamento del rapporto fra capitale di rischio e quello di debito (D/E) è giustificato dalla volontà dell'Aeeg di uniformare l'approccio metodologico adottato nel settore della distribuzione del gas naturale a quello implementato nel settore elettrico. Coerentemente con tale impostazione, il rapporto D/E, ai fini della definizione del WACC, è stato assunto pari a quello relativo al settore elettrico, definito con la delibera ARG/elt199/1. All'opposto, l'Autorità ha lasciato invariato il valore Beta (anch'esso funzionale al calcolo del WACC) che indica il grado di rischiosità dell'azienda di distribuzione del gas. Esprimendo le specificità del rischio nello specifico settore del gas, l'Aeeg ha ritenuto, ragionevolmente a parere del Consiglio di Stato, di non agganciare tale valore al settore elettrico, mantenendo invece quello introdotto con la delibera ARG/gas159/08.

(25) Come affermato dall'Autorità, in base ai dati di fonte *Bloomberg*, nel periodo 2008-2012 il livello di indebitamento delle principali imprese energetiche italiane è risultato significativamente cresciuto e, nel settore del gas, è risultato supe-

riore alla media europea.

(26) L'Autorità ha affermato che mancata considerazione della *robin tax* trova fondamento nella stessa L. 14 settembre 2011, n. 148, istitutiva dell'addizionale IRES, la quale, vietando la traslazione d'imposta, non consente di tenerne conto nella determinazione della tariffa di distribuzione ai fini del riconoscimento della remunerazione del capitale investito.

(27) In effetti, la delibera impugnata, se analizzata con le lenti dell'esperto, reca una motivazione adeguata che espone i motivi a suffragio delle modifiche apportate al TUDG. Per un approfondimento sull'obbligo di motivazione cfr. G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 837 ss.

(28) A parere dei giudici di Palazzo Spada, i numerosi riferimenti ai concetti di apparenza e di comune esperienza sarebbero sintomatici del tipo di sindacato svolto dal T.A.R. Nella pronuncia di prime cure, i giudici si sarebbero limitati a un controllo sulla verifica dell'apparente ragionevolezza che è ben altra cosa rispetto all'intrinseca ragionevolezza su cui invece deve vertere il sindacato giurisdizionale. Vedi punti 13 e 18 della sentenza in commento e punti 51 e 53 della pronuncia di primo grado. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Id., 28 settembre 2012, n. 5140; Id., 15 dicembre 2014, n. 6153; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 21 maggio 2013, n. 1328; Id., Sez. II, 23 luglio 2015, n. 1795.

In alcuni passaggi della sentenza, infatti, è stata richiamata la nozione di “comune esperienza” e di “apparente ragionevolezza”, la quale si distingue nettamente dai canoni dell’effettiva e intrinseca ragionevolezza che anima invece la scelta regolatoria.

Un sindacato che arresta il suo scrutinio a ciò che è apparente, rischia di confondere l’irragionevolezza con l’intelligibilità. Al contrario, il principio di effettività della tutela giurisdizionale richiede un esame più approfondito in cui il giudice, di fronte alla complessità tecnica della valutazione che precede la regolazione, deve andare oltre il velo dell’apparenza, verificando la ragionevolezza della scelta alla stregua del medesimo sapere specialistico utilizzato dall’autorità. Tale forma di sindacato costituisce una garanzia più intensa non solo per il privato, ma anche e soprattutto per l’autorità, giacché il giudice, in tale ottica specialistica, può evitare che le scelte regolatorie suffragate da un’adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultino difficilmente comprensibili (29). Uno scrutinio estrinseco, come quello effettuato dai giudici di prime cure, finirebbe invece per far valere una disciplina diversa da quella dettata dal regolatore ed elaborata in virtù dalle diverse esigenze specificate in motivazione.

Se ciò si evince chiaramente dal testo della pronuncia, occorre prestare particolare attenzione a un dato che rischia di restare sottotraccia.

È opportuno, infatti, operare un’attenta riflessione sulle espressioni utilizzate dal Consiglio di Stato e

sulla tecnica di sindacato che da esse pare emergere.

In primo luogo, richiedendo al giudice un controllo sulle valutazioni tecnico-discrezionali alla stregua della medesima conoscenza tecnica delle autorità, viene in rilievo il rapporto fra giudice amministrativo e consulente tecnico.

È bene ricordare che le maggiori difficoltà rispetto al controllo di tali valutazioni erano nate proprio dall’assenza, nel processo amministrativo, dello strumento della consulenza tecnica. A questo problema però ha posto rimedio il legislatore che, con l’art. 16 della L. 21 luglio 2000, n. 205, ha previsto, anche per il giudice amministrativo, il potere di disporre la consulenza tecnica d’ufficio (30).

Tuttavia, come dimostra la stessa pronuncia di primo grado, questo strumento è stato finora utilizzato poco e male.

La scarsa attenzione dei giudici amministrativi per la c.t.u. è dovuta, probabilmente, a un duplice fattore. Da un lato, la grande complessità tecnica che contraddistingue tali valutazioni si riflette anche negli elaborati delle stesse consulenze, per cui le difficoltà di comprensione da parte del giudice risultano solo attenuate ma non eliminate (31). Dall’altro, tale atteggiamento è stato favorito da un orientamento giurisprudenziale volto a stabilire una sorta di “progressività” fra il classico sindacato estrinseco e un controllo più penetrante, nel senso di ricorso alla c.t.u. solo se a una prima analisi non siano emersi evidenti segnali di illegittimità (32).

(29) Nella pronuncia in commento, per descrivere la tipologia di sindacato che il giudice deve adottare in casi del genere, il Consiglio di Stato, anche se *en passant*, riutilizza la formula “sindacato intrinseco e forte”, divenuta sempre meno frequente in giurisprudenza al fine di evitare definizioni variamente interpretabili. Al di là però delle formule, i giudici amministrativi hanno voluto sottolineare l’esigenza di adottare una tecnica di controllo penetrante, che si spinge a sindacare la scelta regolatoria alla luce della medesima tecnica adoperata dall’autorità, restando tuttavia, in linea con gli orientamenti comunitari, un controllo non sostitutivo. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 2437; Id., Sez. II, 23 luglio 2015, n. 1794.

(30) Tale mezzo fino a quel momento era utilizzato tradizionalmente dal giudice ordinario per integrare le proprie conoscenze in ambiti connotati da elevato grado di tecnicismo. L’estensione della consulenza tecnica anche al giudice amministrativo ha permesso di disporre dell’ausilio di cognizioni tecniche da quest’ultimo non possedute. Il risultato potenziale è un controllo pieno sulle valutazioni tecnico-discrezionali, svolto alla luce della medesima tecnica e scienza specialistica applicata dall’amministrazione. Cfr. D. De Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *questa Rivista*, 1999, 1179 ss.; F. Cintioli, *Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm. CDS*, 2000, 2371 ss.; C. Videtta, *Discrezionalità tecnica: proble-*

mi vecchi e nuovi dopo la l. n. 12 luglio 2000, n. 205, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2266 ss.; S. Mirate, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2000.

(31) Sarebbe auspicabile una maggiore interazione fra consulente tecnico e giudice amministrativo. Su tale scia alcune tecniche possono essere migliorate. Ad es. è in fase di studio il c.d. interrogatorio libero, uno strumento processuale di audizione orale in base al quale il consulente tecnico o l’ingegnere dell’autorità può spiegare in sede di giudizio il contenuto pratico della valutazione tecnica venuta in rilievo nel caso di specie.

(32) La giurisprudenza in alcune pronunce ha affermato, infatti, che l’utilizzo della c.t.u. avverrà solo laddove sia individuabile uno scorretto uso del potere e laddove il sindacato meramente estrinseco sull’iter logico seguito non sia sufficiente a valutare la legittimità del provvedimento. Tale atteggiamento ha contribuito al mancato superamento della tradizionale timidezza del controllo e all’infrequente utilizzo, da parte dei giudici, di tale strumento istruttorio. Cfr. E. Picozza, *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, Milano, 1998, 185 ss.; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1712.

Posto questo problema, è emerso però, anche alla luce della presente pronuncia, un dato confortante: è in atto, infatti, un cambiamento di prospettiva da parte della giurisprudenza, che sta utilizzando una seconda strada per giungere a un innalzamento del controllo sulle attività di regolazione.

Veniamo così al secondo spunto di riflessione, che riguarda l'intensità del sindacato.

Anche se il Consiglio di Stato non lo afferma apertamente, il suo scrutinio diviene realmente intrinseco quando si svolge, a parità di competenze tecniche, sulle finalità della regolazione (33).

È quanto emerge proprio nel caso in esame in cui, in merito al primo parametro, i giudici amministrativi concentrano l'attenzione sul fine prescritto dalla norma: bilanciare le esigenze remunerative dell'impresa con quelle di garanzia e tutela dei consumatori.

Lo stesso ragionamento è stato riprodotto per la seconda censura relativa all'innalzamento del rapporto fra capitale di rischio e capitale di debito, giustificato per equiparare il settore della distribuzione del gas a quello dell'elettricità, dato il livello di in-

debitamento delle principali imprese italiane e il ricorso da parte di queste ultime all'acquisto di titoli energetici.

Dall'analisi delle motivazioni adottate, si evince come al centro del sindacato sono poste le finalità prescritte dalla legge (34). Ciò, nell'ottica indicata dal Consiglio di Stato, consente di effettuare un controllo realmente intrinseco: una verifica operata alla luce del medesimo sapere specialistico dell'autorità e avendo riguardo degli obiettivi fissati dalla legge (35).

Questo importante approdo spiega come la giurisprudenza amministrativa ha sviluppato, nel tempo, tecniche di sindacato sempre più penetranti, soprattutto in un ambito, come quello della regolazione indipendente, connotato dai noti problemi di *deficit* di legalità sostanziale e di *accountability* (36).

Accanto al controllo sugli aspetti procedurali, e quindi sulla corretta applicazione dei meccanismi di partecipazione e di consultazione, ispirati ai modelli statunitensi di *notice and comment* (37), i giudici amministrativi, al fine di colmare ulteriormen-

(33) Nel sindacato giurisdizionale sull'attività di regolazione, essendo l'indagine necessariamente rivolta a indagare la *ratio* della norma attributiva del potere, il giudice concentra la sua attenzione sulle finalità prescritte dalla norma che devono guidare l'azione dell'Autorità. Cfr. M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 265 ss. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352; Id., Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 22 aprile 2011, n. 765; Id., 9 aprile 2013, n. 889.

(34) Su tale scia, in un'altra recente pronuncia, il Consiglio di Stato si è servito delle finalità prescritte dal legislatore per svolgere un controllo penetrante sull'attività di regolazione. In tale ultimo caso, tuttavia, i giudici amministrativi hanno adoperato la suddetta tecnica di sindacato per annullare una delibera Aeegsi nella parte in cui si discostava dagli obiettivi normativamente imposti. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182.

(35) Il ruolo del giudice in tali casi acquista un rilievo preminente. Egli, nel delimitare i poteri di regolazione, si serve di un approccio teleologico che consente di sottoporre a sindacato giurisdizionale un potere altrimenti sfuggente, data la sua particolare ampiezza e l'indeterminatezza normativa. Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 16 dicembre 2002, n. 5130; Id., Sez. III, 4 luglio 2011, n. 1737.

(36) Oltre al sindacato di ragionevolezza intrinseca svolto sui fini dettati dalla legge, il controllo del giudice sugli atti regolatori si svolge anche attraverso la verifica di tutte quelle garanzie partecipative che devono assistere il procedimento di *rulemaking*. Attraverso questo duplice scrutinio, le tecniche di sindacato sulla regolazione raggiungono un'intensità elevata. Per un approfondimento sulle tutele procedurali cfr. S. Cassese, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 37 ss.; Id., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1, 13 ss.; M. D'Alberti, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 34 ss.; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679

ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 154 ss. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; Id., 2 marzo 2010, n. 1215; Id., 1 ottobre 2014, n. 4874; Id., 20 marzo 2015, n. 1532.

(37) La procedura di *notice and comment* è nata negli Stati Uniti con l'*Administrative Procedure Act* (APA) del 1946 che regola i procedimenti di *rulemaking* e di *adjudication*. Attraverso l'emanazione di tale atto, il Congresso rispose alle incertezze e ai problemi posti dall'esercizio da parte delle *agencies* di ampi poteri di regolazione. L'APA legittimò e consolidò tale modello, sottoponendo l'attività delle autorità a una serie di regole procedurali che costituiscono l'ossatura del diritto amministrativo statunitense. Cfr. M. Shapiro, *APA. Past, present and future*, 1986, 447 ss.; R. J. Pierce, *Rulemaking and Administrative Procedure Act*, 1996, 185 ss.; S. G. Breyer - R. B. Stewart - C. S. Sunstein - M. L. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases*, New York, 1999, 503 ss. Il dibattito sul rapporto fra giudice e *Independent agencies* ha connotato anche l'esperienza statunitense dal celebre caso *Chevron* in poi. Per un approfondimento cfr. S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo*, in Id., *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 54 ss.; B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il Judicial review sulle amministrative agencies*, Padova, 2005, 10 ss. Nella scienza giuridica statunitense cfr. S. A. Shapiro - R. L. Glicksman, *Congress, the Supreme Court and the Quiet Revolution in Administrative Law*, in *Duke L. J.*, n. 5/1988, 864 ss.; A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989, 514 ss.; T. W. Merrill, *Textualism and the Future of the Chevron Doctrine*, 1994; M. Seidenfeld, *A Syncopated Chevron: Emphasizing Reasoned Decisionmaking in Review Agency Interpretation of Statutes*, 1994, 83 ss.; W. Warren, *Active Judging: Judicial Philosophy and the Development of the Hard Look Doctrine in the D.C. Circuit*, 90 *Geo L. J.*, 2002, 2610 ss.; R. J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, New York, 2002, 768 ss.; A. Shami, *Three Steps Forward: Shared Regulatory Space, Deference, and Role of the Court*, in *Fordham L. R.*, 83, 2014, 1577 ss.

te tale *deficit*, hanno enucleato forme di sindacato alternative, talvolta mimetiche, con cui attuano un controllo stringente sull'attività di regolazione. Come accaduto nel caso di specie, attraverso il sindacato sulle finalità della regolazione, condotto attraverso il canone della ragionevolezza intrinseca, i giudici amministrativi hanno utilizzato le stesse formule aperte e i rinvii in bianco della legge per canalizzare le scelte regolatorie nella direzione più conforme agli obiettivi fissati dal legislatore (38). In tali casi, utilizzando un'altra metafora, il giudice amministrativo opera come un faro per l'azione delle autorità indipendenti, indicando, nelle finalità dettate dalla norma, la strada che tali organismi devono percorrere per mantenersi nei binari della legalità (39). Allo stesso tempo però, all'interno di questo cono di luce, la scelta specifica del criterio tecnico più opportuno per la regolazione è lasciata, nei limiti della ragionevolezza intrinseca, all'autorità di settore.

Potere di regolazione e controllo giurisdizionale: verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali

La regolazione dei mercati ha bisogno di regole giuridiche. Tuttavia, tale l'attività risente notevolmente del carattere specialistico del settore che si propone di disciplinare: il diritto, in tali casi, non può non tener conto delle regole tecniche ed economiche che governano il mercato di riferimento. Tutto ciò si riversa nell'atto di regolazione adottato dall'autorità indipendente, un atto altamente complesso perché tale è il fenomeno che intende regolare, ma che assume le vesti formali di un normale provvedimento amministrativo, come tale, sindacabile dal giudice.

La presenza preponderante di regole tecniche in tali provvedimenti ha messo a dura prova i classici strumenti di sindacato giurisdizionale.

Eppure, il bilancio del rapporto fra giudice e autorità indipendenti è ampiamente positivo.

Da un lato, infatti, il controllo del giudice è gradito dalle stesse autorità in quanto fattore di legittimazione. Senza il sindacato le autorità sarebbero prive di un guardiano, per cui, essendo totalmente deresponsabilizzate, potrebbero perdere quote della loro indipendenza. Un potere sganciato da ogni forma di controllo renderebbe più vulnerabile, non solo dal punto di vista degli equilibri costituzionali, ma anche dal punto di vista del prestigio istituzionale, l'azione nei confronti degli *stakeholders*. Al tempo stesso, una pronuncia che legittima le scelte regolatorie conferisce all'autorità maggiore autorevolezza, contribuendo al rispetto delle regole dettate.

Dall'altro, sebbene si registrino grandi miglioramenti, il vero problema dei rapporti fra giudice e autorità resta la grande complessità tecnica della regolazione (40).

Nonostante il giudice amministrativo risulti l'operatore maggiormente attrezzato a valutare i rapporti fra il diritto e l'economia (41), resta di fondo una difficoltà notevole nel comprendere a pieno la valenza organica delle regole tecniche ed economiche accanto a quelle giuridiche (42).

Ne è testimonianza il presente caso, in cui il Consiglio di Stato censura l'operato dei giudici di prime cure che hanno svolto un controllo senza avere una comprensione piena delle dinamiche sottese alle scelte regolatorie compiute dall'Autorità.

Ecco che allora, in virtù dei più attuali orientamenti nazionali e comunitari, ciò che va affermandosi è un controllo giurisdizionale svolto alla luce della medesima conoscenza specialistica dell'autori-

(38) È bene notare, però, che un sindacato che utilizzi come criterio interpretativo gli obiettivi demandati dalla legge all'autorità se, da un lato, è certamente più intenso di quello svolto sulla discrezionalità tecnica, dall'altro comporta un inevitabile, anche se minimo, tasso di creatività. A ben vedere, infatti, le finalità indicate dal legislatore sono anch'esse generali, per cui il carattere finalistico del controllo rischia di consentire ai giudici l'elaborazione di propri criteri di regolazione. Tuttavia, dato il carattere non sostitutivo della pronuncia giudiziale, i rischi sono limitati.

(39) Cfr. A. Preto - B. Carotti, *Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso dell'Agcom*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2016, 1, 125 ss.; M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 272 ss.

(40) Così L. Carbone, *Le autorità indipendenti fra regolazione e giurisdizione*, Relazione al Convegno "Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale", Santa Maria Capua Vetere, il 20 ottobre 2014.

(41) Come affermato dalla scienza giuridica, infatti, il giudice amministrativo è divenuto il giudice dell'economia pubblica, o meglio, dell'interesse pubblico dell'economia. Ciò è stato spesso affermato nel settore degli appalti, ma è possibile replicare tale conclusione anche nel caso di interventi di natura condizionale, come la regolazione appunto, in cui il giudice amministrativo interviene non solo perché è giudice dell'amministrazione, ma anche perché è investito dell'importante compito di "controllo" in settori sensibili dell'economia nazionale. Cfr. L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 418 ss.; G. Napolitano, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2011, 6, 677 ss.; M. V. Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Torino, 2012, 635 ss.

(42) Il giudice, infatti, è più incline a sindacare le regole giuridiche e la loro interpretazione rispetto a quelle tratte dalla scienza e dalla tecnica. Da ciò si deduce la classica timidezza che ha connotato l'atteggiamento delle corti in tali settori.

tà, attraverso i penetranti strumenti della ragionevolezza intrinseca e dell'indagine sulle finalità della regolazione. Solo un sindacato che verifichi l'atto regolatorio avendo chiara la portata tecnico-specialistica della valutazione operata potrà dirsi consapevole.

D'altronde, come ha affermato lo stesso Consiglio di Stato in questa pronuncia, la necessità di un sindacato giurisdizionale pieno rappresenta una forma di garanzia "onde evitare che le scelte regolatorie supportate da un'adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall'esterno, di difficile comprensione".

Una pronuncia che non ha ben chiari i presupposti tecnici e le finalità perseguite può avere grandi conseguenze non solo sui soggetti privati, quali investitori e consumatori, ma su tutta l'economia nazionale (43).

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione costituisce dunque un momento di estrema importanza e delicatezza: un giudice amministrativo consapevole della portata delle regole tecniche che sindacava è un fattore cruciale per lo sviluppo e la crescita di un Paese.

(43) Attraverso tale controllo è possibile offrire una garanzia piena alle posizioni dei singoli nel mercato, ridurre la portata della regolazione, rallentare un processo di riforme o, al contrario, favorire l'accelerazione dei cambiamenti e apportare un

contributo di semplificazione. Esso rappresenta quindi, al tempo stesso, un fattore di arresto o di progresso di un ordinamento giuridico.