

## GLI INTERVENTI DIRETTI A LIMITARE IL POTERE DI MERCATO DEGLI OPERATORI E IL PROBLEMA DEI POTERI IMPLICITI DELL'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Eugenio Bruti Liberati \*

### SOMMARIO

1. Premessa. 2. L'inadeguatezza della normativa comunitaria e italiana in tema di riduzione del potere di mercato dell'incumbent e il problema dei poteri di intervento al riguardo spettanti all'Autorità per l'energia. 3. La posizione dell'Autorità per l'energia e i (diversi) orientamenti dei giudici amministrativi. 4. La tesi della necessaria tipicità dei poteri e degli atti dell'Autorità per l'energia. 5. La teoria dei poteri impliciti e le ragioni della sua non divisibilità. La legalità in senso formale. 6. Conclusioni.

### 1. Premessa

La questione dei poteri di cui è titolare l'Autorità di regolazione settoriale, e del modo in cui essi vanno correttamente identificati in rapporto al principio di legalità dell'azione amministrativa, ha assunto in questi anni un'importanza centrale nel processo di costruzione - in sede normativa, giurisprudenziale e dottrinale - del nuovo diritto dell'energia.

La formulazione tecnicamente discutibile di molte tra le norme in cui si esprime la nuova regolazione del settore, e *in primis* della legge n. 481 del 1995 istitutiva dell'Autorità; il carattere fortemente ambivalente e compromissorio delle medesime<sup>1</sup>; l'evidente difficoltà del legislatore a comprendere la dinamica evolutiva del mercato elettrico e a prevedere con sufficiente lungimiranza le esigenze a cui la regolazione deve rispondere: sono tutti fattori che hanno reso estremamente difficile, nell'esperienza italiana successiva alla liberalizzazione del comparto elettrico, definire nei suoi esatti, specifici contenuti il mandato conferito dalla legge all'Autorità. E che hanno altresì determinato non solo una forte conflittualità tra l'Autorità e le imprese destinatarie dei suoi atti ma anche una spaccatura all'interno della stessa magistratura amministrativa, in cui la diversità di opinioni tra il giudice di primo grado - la IV sezione del Tribunale Amministrativo della Lombardia - e il Consiglio di Stato ha raggiunto livelli che è difficile considerare fisiologici.

E' chiaro, d'altra parte, che a causare tali difficoltà ed incertezze hanno concorso anche i dubbi persistenti che in generale affliggono la nostra giurisprudenza e dottrina in ordine al canone della legalità e al vincolo reale che da esso deriva a carico del legislatore e dell'amministrazione<sup>2</sup>.

---

\* *Associato di diritto amministrativo nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale*

<sup>1</sup> Appare evidente, dalla lettura della citata legge n. 481/95, che essa oscilla spesso tra l'adesione al nuovo modello imperniato sulla concorrenza e la libertà d'impresa e la fedeltà al vecchio incentrato sul monopolio legale del servizio e su una normazione schiettamente dirigitica. E' chiaro del resto che tale ambivalenza dipende anche dalla circostanza che tale normativa, ancora oggi essenziale per definire competenze e poteri dell'Autorità, precede le normative europee e nazionali di liberalizzazione del mercato elettrico (e, cioè, rispettivamente, la direttiva n. 96/92/CE e il d.lgs. n. 79/99).

<sup>2</sup> Pur nella estrema varietà delle posizioni dottrinali - varietà nelle specifiche conclusioni a cui ciascuna di esse perviene e nelle argomentazioni che le sostengono - sembra possibile rinvenire nella letteratura italiana (e non solo italiana) in tema di principio di legalità due orientamenti di fondo: uno che tende ad affermare non solo il valore costituzionale del principio ma anche il suo stretto e diretto collegamento con i caratteri strutturali degli ordinamenti democratici, e correlativamente a farne discendere un vincolo estremamente stringente tanto per il legislatore quanto per l'amministrazione (per tale orientamento v., tra gli altri, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit. (e v. anche, della stessa A., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966,

Pur se la questione dei poteri (innominati) dell'Autorità di regolazione dell'energia è emersa in relazione ad una molteplicità di ambiti di intervento della medesima (a cominciare da quello tariffario), il modo in cui essa si è manifestata con riguardo alle misure assunte al fine dichiarato di promuovere la concorrenza nel mercato elettrico (e in particolare di limitare la posizione dominante dell'ex monopolista Enel) appare di particolare interesse, perché illustra con emblematica chiarezza i dilemmi che devono essere affrontati in sede interpretativa per stabilire se un determinato potere è o no riconoscibile in capo al regolatore.

Il conflitto tra le esigenze di garanzia dei privati e di democraticità di cui il principio di legalità è notoriamente espressione e quelle di funzionalità ed efficienza dell'azione amministrativa emerge qui con particolare evidenza, e consente di guardare al problema senza le astrattezze talora riscontrabili in dottrina.

Le vicende relative a tale area di azione dell'Autorità presentano dunque un particolare interesse, che va ben al di là della pur rilevante questione dell'evoluzione competitiva del mercato elettrico italiano ed europeo.

E' ovvio peraltro che è da tale questione – dalla struttura del mercato dell'energia, dai limiti che esso mostra sotto il profilo concorrenziale e da quanto è stato fatto (o non fatto) a livello legislativo e amministrativo per superare i medesimi – che occorre iniziare.

## 2. L'inadeguatezza della normativa comunitaria e italiana in tema di riduzione del potere di mercato dell'*incumbent* e il problema dei poteri di intervento al riguardo spettanti all'Autorità per l'energia

A distanza di quasi dieci anni dalla prima direttiva europea di liberalizzazione<sup>3</sup> e di sette anni dal decreto legislativo di recepimento della medesima in Italia<sup>4</sup>, il mercato dell'energia elettrica, pur se formalmente aperto alla concorrenza, è ancora ben lontano dai livelli di efficienza economica e di competizione reale tra le imprese che s'intendevano conseguire.

Il successo sostanziale delle politiche di liberalizzazione – fatta salva ovviamente la tutela delle esigenze attinenti alla sicurezza, continuità e universalità del servizio – si misura anzitutto in termini di riduzione dei prezzi e di aumento della quantità e/o qualità del servizio offerto.

Sotto questo profilo, non solo in Italia ma in buona parte dei paesi europei i risultati sin qui raggiunti nel settore elettrico appaiono tutt'altro che soddisfacenti: gli ex monopolisti legali del servizio conservano in molti casi un rilevante potere di mercato, che non di rado consente loro di mantenere artificiosamente alti i prezzi delle forniture; e, anche laddove ciò non accade, la struttura dei vari mercati

---

nonché *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.* 1990, 32 ss.); G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit.; A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. Pubbl.* 1995, 639 ss. (in part. 645 ss.); F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, cit.; F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, cit.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri impliciti*, cit., in part. 105 ss.); l'altro che ne dà invece una lettura pragmatica e smitizzante, e che è incline a mediare le istanze di democraticità e di garanzia per i privati di cui il principio è espressione con altre (*in primis*, di funzionalità ed efficacia dell'agire amministrativo) anch'esse munite di riconoscimento e di tutela in principi costituzionali (o generali) (per tale indirizzo v. in particolare S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, II ediz., Milano, 2003, in part. 213 ss. (e v. anche, dello stesso A., *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1995, 789 ss.); F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, Bologna, 2000, 72 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 39 ss.). Entrambi gli orientamenti in questione sembrano presenti ed operanti anche in giurisprudenza, pur se in essa vi è certamente la tendenza a ricercare soluzioni differenziate in relazione ai diversi ambiti di attività delle pubbliche amministrazioni e alle specifiche caratteristiche dei poteri che le stesse hanno in concreto esercitato (v. al riguardo A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.* 1995, 91 ss.).

<sup>3</sup> E' la già citata direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996.

<sup>4</sup> Si tratta del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79.

nazionali è di regola molto concentrata, e tale da implicare una assai limitata propensione degli operatori a competere effettivamente sui prezzi<sup>5</sup>.

Al di là dell'inevitabile gradualità dei processi diretti ad introdurre dinamiche concorrenziali in settori economici prima retti da monopoli legali, è lecito supporre che tale ritardo nel conseguimento degli obiettivi a cui miravano le normative di liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica dipenda anche – e in non lieve misura – dall'estrema cautela con cui il legislatore comunitario e quelli nazionali hanno affrontato il nodo del ridimensionamento del potere dominante degli *incumbents*<sup>6</sup>.

E' noto che in generale la promozione di una concorrenza effettiva sui mercati dei servizi a rete liberalizzati richiede l'adozione di due ordini di misure: quelle volte a rendere accessibili a tutti gli operatori, a condizioni eque e non discriminatorie, le reti e le altre infrastrutture necessarie per la fornitura del servizio; e quelle dirette ad eliminare o quanto meno a ridurre la posizione dominante di cui altrimenti godrebbero le imprese che nell'assetto preesistente erano titolari dell'esclusiva legale sul servizio<sup>7</sup>.

Ora, mentre sul primo versante – quello della garanzia dell'accesso dei terzi alle infrastrutture – le normative europee e italiane di liberalizzazione del comparto elettrico hanno operato estensivamente e in modo sufficientemente incisivo, invece sul secondo profilo l'azione dei legislatori è stata finora del tutto carente.

A livello comunitario, la normativa sia di prima che seconda generazione (rispettivamente, le direttive n. 96/92 e n. 2003/54) si è limitata a prescrivere agli Stati membri di introdurre “meccanismi di regolazione, controllo e trasparenza” rivolti ad evitare *abusi di posizione dominante*, ma senza nulla imporre ai medesimi in ordine all'adozione di interventi strutturali diretti a sopprimere o a mitigare le posizioni dominanti in sé considerate<sup>8</sup>.

Per parte sua, il legislatore italiano ha previsto una misura preordinata ad incidere sul potere di mercato dell'ex monopolista Enel, fissando un limite massimo (del 50%) alla quota detenibile da ciascun operatore nel segmento della produzione (e importazione) di elettricità e imponendo correlativamente all'*incumbent* di cedere impianti produttivi a terzi nella misura ritenuta necessaria per rispettare quel limite massimo<sup>9</sup>.

Sennonché, tale misura si è rivelata alla prova dei fatti del tutto insufficiente: da un lato, il tetto del 50% era in sé troppo elevato per evitare l'affermarsi di una posizione dominante; dall'altro, la circostanza che ad Enel sia stato consentito di scegliere quasi in autonomia gli impianti produttivi da

<sup>5</sup> Si vedano al riguardo, da ultimo, la Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento del 15 novembre 2005, recante la “Relazione sullo stato di avanzamento della creazione del mercato interno del gas e dell'elettricità”; nonché l'Indagine conoscitiva sullo stato della liberalizzazione del settore dell'energia elettrica condotta congiuntamente dall'Autorità per l'energia e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e approvata da entrambe in data 9 febbraio 2005.

<sup>6</sup> Tra gli altri fattori che certamente hanno contribuito a determinare tali esiti (provvisori), vanno certamente ricordati i ritardi nell'autorizzazione e nella costruzione di nuovi impianti produttivi e nello sviluppo e nel potenziamento delle reti di trasporto dell'elettricità (v. ancora sul punto la citata Indagine conoscitiva congiunta dell'Autorità per l'energia e dell'Autorità *antitrust*).

<sup>7</sup> Al riguardo sia consentito rinviare all'analisi svolta da chi scrive in *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006.

<sup>8</sup> V. l'art. 22 della direttiva n. 96/92 e l'art. 23, 8° comma della direttiva n. 2003/54. E' corretto ricordare che quest'ultima disposizione prevede anche l'obbligo degli Stati membri di presentare alla Commissione una relazione annuale su “posizioni dominanti sul mercato, su comportamenti predatori e anticoncorrenziali”, nonché su “l'evoluzione dei modelli di proprietà e qualsiasi misura concreta adottata a livello nazionale per garantire la presenza sul mercato di un'adeguata varietà di operatori, ovvero le misure pratiche adottate per rafforzare l'interconnessione e la concorrenza”. Con il che si prospetta la possibile emanazione da parte degli Stati di misure finalizzate a ridurre il potere di mercato degli ex monopolisti: ma ancora senza porre a carico dei medesimi alcun obbligo specifico di attivarsi in tal senso.

<sup>9</sup> V. l'art. 8 del d.lgs. n. 79/99.

dismettere<sup>10</sup> le ha permesso di determinare la propria capacità di generazione elettrica e quella dei principali concorrenti in modo tale da risultare in molti casi indispensabile per soddisfare la domanda di elettricità e da mantenere un potere rilevante in ordine alla fissazione dei prezzi<sup>11</sup>.

Le ragioni che spiegano la palese inadeguatezza delle prescrizioni legislative ora richiamate sono intuibili e del resto ben note.

Non solo in Italia ma anche in diversi altri paesi europei prevale ancora – e, anzi, com'è a tutti evidente, si è da ultimo rinforzata – l'idea, e il modello, del “campione nazionale”: l'idea che in settori economici considerati strategici, come l'energia, le imprese di maggiori dimensioni debbano essere difese, oltre che nella loro identità nazionale, anche quanto alla loro forza di mercato, eventualmente al di là di quanto compatibile con un corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali.

Consentire l'ingresso sul mercato di altri operatori, e mettergli anche a disposizione una parte della capacità produttiva in origine propria del campione nazionale, è stato ritenuto accettabile o comunque inevitabile. Ma ridurre realmente la dominanza dell'*incumbent* nel mercato nazionale con incisive misure di ordine strutturale è apparso finora eccessivo ai legislatori nazionali (e anche, come si è detto, a quello europeo). E certo non prive di rilievo sono state, nel caso italiano, considerazioni attinenti alla diminuzione di valore che le azioni dell'impresa pubblica ENEL avrebbero subito per effetto di efficaci misure di regolazione asimmetrica.

E' in tale contesto che si colloca la questione dei poteri dell'Autorità per l'energia.

Non vi è dubbio che essa sia titolare, in base alla sua legge istitutiva, di una generale missione di promozione della concorrenza (oltre che di tutela degli utenti anche quanto all'economicità delle forniture elettriche)<sup>12</sup>. Ed è difficilmente contestabile che la promozione di una concorrenza effettiva nel comparto elettrico richiederebbe l'adozione di misure volte a ridurre il potere di mercato dell'ex monopolista.

E' anche indubbio, peraltro, che il legislatore, tanto comunitario che nazionale, non ha conferito all'Autorità alcun esplicito mandato ad assumere misure di tale genere<sup>13</sup>.

Si pone quindi il problema della configurabilità in capo all'Autorità di poteri impliciti in ordine agli interventi in questione: la legge non li prevede (ma nemmeno, com'è corretto aggiungere, li esclude) e tuttavia essi potrebbero in astratto considerarsi coerenti con il mandato pro-competitivo in generale assegnato al regolatore.

E' ovvio che la soluzione di tale problema non può essere rinvenuta solo nella disciplina in tema di energia, e richiede invece la considerazione di più generali principi (e questioni) inerenti al rapporto tra la legge e l'attività amministrativa e in particolare tra la prima e l'attività affidata ad organismi indipendenti (o semi-indipendenti) preposti alla regolazione e alla vigilanza su un settore economico.

E' chiaro infatti che, laddove si debba stabilire in via interpretativa se un determinato potere compete o non compete ad un regolatore, occorre preliminarmente decidere qual è la concezione del principio di

<sup>10</sup> Il piano con cui ENEL ha individuato gli impianti da cedere era sottoposto ad approvazione del Governo (che a ciò ha provveduto con il d.P.C.M. 4 agosto 1999): ma, a quanto consta, tale approvazione si è tradotta in un controllo meramente formale.

<sup>11</sup> Su tali profili si rinvia ancora all'ampia disamina contenuta nella sopra citata Indagine conoscitiva congiunta dell'Autorità per l'energia e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

<sup>12</sup> Al riguardo v. l'art. 1 comma 1 della legge n. 481/95.

<sup>13</sup> Si veda ora, peraltro, lo schema di disegno di legge recante “misure per la liberalizzazione del mercato dell'energia, per la razionalizzazione dell'approvvigionamento, per il risparmio energetico e misure immediate per il settore energetico” recentemente approvato dal Consiglio dei Ministri, che, all'art. 5, attribuisce all'Autorità per l'energia il compito di definire “... le misure idonee a promuovere efficaci dinamiche concorrenziali, anche relativamente a specifici periodi temporali o aree geografiche, e a riequilibrare le condizioni di concorrenza in mercati caratterizzati dalla presenza di imprese dominanti, ferme restando le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”. E' chiaro che, qualora tale disposizione dovesse essere realmente introdotta dal Parlamento, il problema considerato nel testo si porrebbe in termini radicalmente diversi.

legalità che s'intende accogliere: se quella sostanziale (con la connessa regola della tipicità dei poteri e degli atti amministrativi) o quella formale (che comunque richiede una base legislativa esplicita per il riconoscimento di potestà amministrative) oppure quella che ritiene sufficiente la semplice indicazione di un fine o di una "missione" da adempiere (è la tesi dei poteri impliciti in senso proprio).

A seconda che si muova dall'una o dall'altra assunzione di carattere generale, gli esiti dell'operazione interpretativa non possono che essere diversi, giacché evidentemente è cosa assai differente ritenere di dover ricercare nella normativa di riferimento un fondamento espresso e specifico per la singola prescrizione imperativa, oppure solo un univoco conferimento della competenza nella cui esplicitazione quella certa prescrizione è posta o addirittura soltanto una finalità al cui soddisfacimento la misura da adottare (o adottata) può ritenersi funzionale.

### **3. La posizione dell'Autorità per l'energia e i (diversi) orientamenti dei giudici amministrativi**

Dalla prassi dell'Autorità per l'energia emerge chiaramente il convincimento – inizialmente del tutto esente da dubbi, poi parzialmente temperato per tenere conto della diversa impostazione accolta dal Tar Lombardia – che ad essa competano tendenzialmente tutti i poteri necessari per realizzare la missione (o, meglio, le diverse missioni) che la legge le ha affidato.

Tale convincimento, che ha avuto tra l'altro importanti implicazioni in materia tariffaria<sup>14</sup>, si è concretizzato anche in provvedimenti (o singole prescrizioni) diretti a limitare il potere di mercato degli operatori elettrici e *in primis* quello dell'ENEL.

Due ordini di interventi, in particolare, meritano di essere qui ricordati per la loro diretta attinenza al tema dei poteri impliciti dell'Autorità.

Da un lato, vi sono le prescrizioni con cui l'Autorità, allo scopo di evitare che gli operatori elettrici di maggiore forza economica acquisissero in misura preponderante l'energia di importazione e quella c.d. Cip 6<sup>15</sup>, ha fissato tetti massimi alla quota che ogni impresa poteva conseguire nell'ambito delle relative procedure competitive<sup>16</sup>.

Dall'altro, vengono in rilievo i provvedimenti con cui il regolatore, muovendo dalla constatazione del rilevante potere di mercato di ENEL nella Borsa dell'energia, ha introdotto in successione due diversi meccanismi preordinati a sanzionare o a prevenire l'esercizio del medesimo<sup>17</sup>.

Le misure in questione presentano caratteri assai diversi, anche per ciò che attiene al loro rapporto con le norme di legge attributive di poteri e competenze all'Autorità per l'energia. Esse, peraltro, sono tutte accomunate dal fatto di essere state adottate in assenza di una disposizione che specificamente e puntualmente le prevedesse<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> In particolare, l'Autorità ha ritenuto di poter fissare le tariffe per la cessione dell'energia elettrica all'ingrosso (per quanto la legge prevedesse il suo potere tariffario solo per le forniture ai clienti (vincolati) finali); e ha continuato ad esercitare un potere para-tariffario in materia di fornitura di gas naturale ben dopo la liberalizzazione completa di tale mercato.

<sup>15</sup> L'energia c.d. Cip 6 è prodotta da operatori privati e ceduta al Gestore della rete sulla base di apposite convenzioni che prevedono prezzi incentivanti per i produttori. Essa è poi ceduta dal Gestore al mercato mediante apposite procedure competitive.

<sup>16</sup> Per le importazioni (per le quali la procedura di gara aveva in realtà ad oggetto l'assegnazione della limitata capacità di trasporto sulle linee elettriche di interconnessione con l'estero) v. l'art. 3 della delibera n. 180/99/AEEG, con cui il tetto citato nel testo è stato per la prima volta introdotto. Per l'energia Cip 6 v. l'art. 4 della delibera n. 308/01/AEEG del 21 dicembre 2001.

<sup>17</sup> Qui, il riferimento è, in particolare, prima alla delibera n. 254/04/AEEG del 30 dicembre 2004 e poi alla delibera n. 212/05/AEEG del 7 ottobre 2005.

<sup>18</sup> Ricorrente è, nelle premesse di tali atti, l'affermazione secondo cui l'Autorità è "investita di una generale funzione di regolazione attraverso la quale può adottare gli interventi necessari per rimuovere situazioni strutturali ostative alla promozione della concorrenza e dell'efficienza nell'offerta dei servizi nel settore dell'energia elettrica".

Non può quindi stupire che tali misure siano state tutte impugnate dinanzi al giudice amministrativo, con esplicita deduzione della questione inerente alla violazione del principio di legalità (e/o di riserva di legge).

A fronte di tali impugnazioni, l'atteggiamento del giudice di primo grado è stato inizialmente oscillante tra l'adesione all'accezione "formale" della legalità<sup>19</sup> e quella alla concezione sostanziale<sup>20</sup>, per poi decisamente orientarsi nel secondo senso<sup>21</sup>.

Per parte sua, il Consiglio di Stato si è sin qui espresso solo su una delle misure pro-concorrenziali sopra richiamate<sup>22</sup>, ma ha tuttavia avuto occasione di manifestare (sia pure, in modo sinora non del tutto univoco e conclusivo) il suo orientamento in ordine alla questione dei poteri innominati dell'Autorità anche in relazione ad altri ambiti di azione della medesima.

Tale orientamento è – per quanto è sin qui dato capire – diverso e anzi opposto a quello del giudice di prima istanza, e sembrerebbe almeno in parte ricollegabile all'idea che all'Autorità per l'energia possano e debbano riconoscersi anche potestà non puntualmente previste dalla legge, e nemmeno espressione di competenze ad essa esplicitamente e univocamente conferite, ma che possano considerarsi funzionali all'adempimento della missione alla stessa attribuita dalla legge<sup>23</sup>.

E' ovvio che se tale indirizzo interpretativo del supremo organo di giustizia amministrativa dovesse essere confermato, per l'Autorità di regolazione del settore energetico si aprirebbero spazi rilevanti di intervento anche rispetto alla riduzione del potere di mercato dell'*incumbent*. Ed è chiaro che siffatta prospettiva può apparire molto apprezzabile a coloro che auspicano l'affermarsi di un mercato elettrico realmente competitivo ed efficiente, a tutto vantaggio dei consumatori e del sistema produttivo del paese.

Occorre tuttavia valutare se l'indirizzo in questione possa considerarsi realmente coerente con i principi fondamentali propri del nostro ordinamento giuridico, o se invece i medesimi richiedano l'adesione alla ben differente opinione allo stato seguita dal T.A.R. Lombardia, ovvero ancora ad un ulteriore e diverso orientamento.

---

<sup>19</sup> Tale adesione appare palese nella sentenza n. 4627 del 22 marzo 2000, con cui la seconda sezione del T.A.R. Lombardia ha statuito la legittimità dell'art. 3 della delibera n. 180/99/AEEG (che, come si è sopra ricordato, aveva fissato un tetto massimo alla quota di capacità di trasporto sulle linee di interconnessione conseguibile dagli operatori interessati ad importare elettricità dall'estero). La declaratoria di legittimità si fonda infatti sulla considerazione che la legge (l'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 79/99) aveva conferito all'Autorità la competenza a disciplinare le modalità e le condizioni delle importazioni di energia elettrica, mentre nessun rilievo è attribuito dal giudice alla circostanza che la norma in questione non prevedesse in termini espressi il potere del regolatore di definire in funzione pro-concorrenziale limiti alla partecipazione delle imprese.

<sup>20</sup> V. in tal senso la sentenza n. 1331 del 4 aprile 2002, anch'essa della seconda sezione del T.A.R. Lombardia (pubbl. su *Giorn. Dir. Amm.* 2003, 35 ss., con nota di V. MILANI, e sul *Foro amm.-Tar* 2002, 1898 ss., con nota di N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*), che ha invece annullato la prescrizione, sopra ricordata, con cui l'Autorità aveva stabilito un tetto alla quota di energia Cip 6 acquisibile da ciascun operatore. Tale pronuncia, che respinge esplicitamente la tesi dell'ammissibilità dei poteri impliciti, contiene anche un espresso riferimento al principio di tipicità degli atti amministrativi.

<sup>21</sup> V. in particolare la sentenza della quarta sezione n. 246 del 17 gennaio 2006, che, con ampia e approfondita motivazione, ha annullato la menzionata delibera n. 212/05/AEEG in tema di controllo sul potere di mercato nella Borsa dell'energia (v. anche la sentenza n. 1848 del 24 maggio 2005, con cui la quarta sezione del T.A.R. milanese, ribadendo la sua contrarietà all'ammissibilità di poteri impliciti dell'Autorità, ha annullato la delibera n. 254/04/AEEG, anch'essa – come si è detto – relativa al controllo sull'esercizio del potere di mercato).

<sup>22</sup> V. Cons. Stato, VI, 17 gennaio 2006, n. 3502/06, relativa alla sopra citata delibera n. 254/04/AEEG.

<sup>23</sup> V. in particolare Cons. Stato, VI sez., n. 5827 del 2005, in materia di obblighi assicurativi degli utenti civili del gas. E v. anche, tra le altre, Cons. Stato, VI sez., n. 5105 del 2002, in materia di tariffe di vendita dell'energia elettrica all'ingrosso.

#### 4. La tesi della necessaria tipicità dei poteri e degli atti dell'Autorità per l'energia

La tesi che vincola i poteri dell'Autorità per l'energia ad un canone rigido di legalità sostanziale e di tipicità – in forza della quale solo quando la legge abbia previsto in modo espresso e specifico il potere dell'amministrazione di imporre una determinata limitazione dei diritti dei privati questa può essere in concreto introdotta<sup>24</sup> - non è a mio avviso condivisibile.

Un'analisi approfondita dei presupposti, giuridici e meta-giuridici, e delle implicazioni di tale tesi non è in questa sede possibile<sup>25</sup>. Si deve peraltro osservare che il tentativo, anche recentemente operato in dottrina<sup>26</sup>, di estendere quel canone di legalità sostanziale a qualsiasi ambito in cui una pubblica amministrazione operi con poteri imperativi sembra condurre a conseguenze difficilmente accettabili sul piano della funzionalità e dell'efficienza dell'azione amministrativa – esigenze, e principi, anch'esse notoriamente oggetto di una specifica garanzia costituzionale<sup>27</sup>.

Vi sono certamente materie, e potestà, per le quali la rigida predeterminazione in sede legislativa dei presupposti e degli effetti degli atti autoritativi delle amministrazioni può risultare necessaria e/o opportuna. Ma ve ne sono altre in cui invece essa appare sostanzialmente incompatibile con l'efficace perseguimento delle finalità affidate dalla legge alle cure di un'autorità amministrativa. Cioché la ben nota inclinazione della giurisprudenza a ricercare soluzioni diversificate in relazione alle diverse aree di attività delle amministrazioni e ai caratteri specificamente propri dei poteri che le stesse hanno concretamente esercitato<sup>28</sup> appare in definitiva ragionevole.

Nel caso dell'Autorità per l'energia, la tesi della necessaria tipicità degli atti e dei poteri sembra contrastare con la *ratio* stessa dell'istituzione dell'Autorità da parte del legislatore, che è quella (o anche quella) di affidare ad un organismo specializzato la disciplina continuativa di un settore economico, adeguandola in modo dinamico, e difficilmente prevedibile *a priori*, all'evoluzione del relativo contesto di mercato.

Le implicazioni negative – in termini di disfunzionalità ed inefficacia dell'azione dell'Autorità - che possono derivare dall'adesione alla tesi della tipicità sono del resto ben illustrate proprio dalle vicende inerenti a taluni interventi pro-concorrenziali da essa posti in essere.

Si consideri ad esempio la questione, sopra citata, inerente alla legittimità delle prescrizioni con cui il regolatore, in sede di disciplina delle procedure per l'assegnazione della capacità d'importazione e di quelle per la cessione al mercato dell'energia c.d. Cip 6, aveva fissato dei limiti massimi alla capacità o all'energia acquisibile da ciascun operatore<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> V. ancora al riguardo la citata sentenza del T.A.R. Lombardia n. 246 del 2006, in cui si precisa che secondo l'impostazione accolta la legge deve provvedere "a predeterminare il possibile contenuto dell'atto" e a definire, per ogni precetto imperativo, quanto meno un "principio di fattispecie".

<sup>25</sup> Al riguardo si rinvia alle osservazioni svolte in *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., 129 ss..

<sup>26</sup> V. al riguardo N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, anche per ampi e puntuali riferimenti alla dottrina e giurisprudenza sul tema.

<sup>27</sup> Per il rapporto tra le istanze di garanzia dei privati e di democraticità sottese alla regola della legalità e quelle di efficienza e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. v. la posizione di N. BASSI, *op. cit.*, 419 ss.; e v. ancora le notazioni critiche formulate sul punto in E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., 131 ss..

<sup>28</sup> Su tale inclinazione giurisprudenziale v. A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit.. Si noti che, contrariamente a quanto talora affermato dai sostenitori della tesi della necessaria tipicità dei poteri amministrativi, anche la Corte Costituzionale appare propensa ad attribuire al canone della legalità, e a quello connesso (pur se distinto) della riserva di legge, un contenuto precettivo variabile e talora assai meno pregnante di quanto richiesto da quella tesi (si vedano al riguardo, ad esempio, le sentenze n. 180/1996 e n. 383/1998).

<sup>29</sup> Si è già ricordato che l'Autorità per l'energia è intervenuta al riguardo rispettivamente con le delibere n. 180/99 (in tema di *import*) e con la delibera n. 308/01 (concernente invece la cessione al mercato dell'energia Cip 6).

La legge (tanto la legge n. 481/95 quanto il d.lgs. n. 79/99) non prevedeva espressamente tale specifica potestà prescrittiva dell'Autorità, e si limitava invece ad attribuire un generico potere regolatorio alla medesima, quanto alle importazioni elettriche, e al Ministero dell'Industria (che aveva poi proceduto ad una parziale sub-delega di esso all'Autorità)<sup>30</sup>, quanto alla cessione dell'energia Cip 6. Dunque, seguendo l'impostazione che si sta analizzando, dovrebbe escludersi che essa potesse adottare tali misure.

Tuttavia, la legge stessa prescrive in generale all'Autorità per l'energia di promuovere la concorrenza<sup>31</sup> e quindi di attivarsi, laddove possibile, per evitare o contenere l'acquisto o il mantenimento di una posizione dominante sul mercato da parte di alcuni operatori. E non vi è dubbio che la fissazione di quei limiti massimi rispondesse proprio e direttamente alla finalità di evitare che risorse essenziali per competere sul mercato della vendita di elettricità (la capacità e dunque l'energia di importazione da un lato, l'energia Cip 6 dall'altro) venissero fagocitate da uno o da pochi operatori dotati di particolare forza di mercato ed ovviamente interessati a mantenerla.

Negare all'Autorità per l'energia la titolarità del potere in questione equivaleva dunque ad escludere che nell'esercizio delle sue competenze regolatorie essa potesse e dovesse perseguire le finalità indicate dalla legge, potesse e dovesse porre norme coerenti con gli scopi per i quali è stata istituita<sup>32</sup>. Tale conclusione paradossale, che mostra con chiarezza come un approccio iper-legalista finisca per entrare in conflitto anche con l'esigenza di rispettare la implicita ma chiara volontà del legislatore, non è evidentemente accettabile. Tanto più che, come la dottrina ha da tempo evidenziato, le istanze di garanzia dei privati che la regola della legalità mira (tra l'altro) a soddisfare ricevono nel nostro – come in molti altri ordinamenti - adeguata tutela anche grazie all'operare di altri, ben noti principi generali sull'azione amministrativa (da quello di finalizzazione a quelli di ragionevolezza e di proporzionalità)<sup>33</sup>.

Se la critica a prospettazioni dottrinali o a scelte giurisprudenziali troppo marcatamente funzionalistiche è, come si vedrà tra breve, condivisibile, l'esistenza di tali altre "regole di diritto" concorre a far apparire francamente ingiustificata la rigidità con cui parte della dottrina e della stessa giurisprudenza vorrebbero vincolare le operazioni interpretative dirette a ricostruire i poteri conferiti dalla legge alle pubbliche amministrazioni in genere e a quelle di regolazione in particolare.

<sup>30</sup> V. l'art. 4 del decreto del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato del 21 novembre 2000, che affidava all'Autorità il compito di disciplinare le procedure concorsuali per la cessione al mercato dell'energia in questione.

<sup>31</sup> Così il già menzionato art. 1 comma 1 della legge n. 481/95.

<sup>32</sup> Come si è già sopra notato, nei due casi richiamati nel testo la II sezione del T.A.R. Lombardia ha risolto la questione in modo diametralmente opposto. Nella prima ipotesi (quella relativa all'import elettrico), il giudice ha affermato la legittimità della misura introdotta dall'Autorità per l'energia, sulla base della considerazione che essa era stata posta nell'esercizio di una competenza – quella di disciplinare l'allocatione della capacità di importazione – che la legge assegnava esplicitamente all'Autorità (v. T.A.R. Lombardia, Milano, II sez., n. 4627 del 22 marzo 2000, cit.). Nella seconda ipotesi (quella riguardante la cessione dell'energia Cip6), esso ha invece statuito la illegittimità della misura, dato che la stessa a suo avviso non era riconducibile ad una competenza legislativamente prevista (v. T.A.R. Lombardia, Milano, II sez., n. 1331 del 4 aprile 2002). Di fatto, la soluzione accolta nella seconda pronuncia sembra fondarsi su un'erronea ricostruzione della fattispecie normativa specificamente rilevante: la sentenza infatti immotivatamente trascura che la competenza dell'Autorità trovava la sua base normativa esplicita nel sopra citato decreto ministeriale del 21 novembre 2000, che a sua volta era esercizio di una potestà regolatoria espressamente conferita al Ministero con l'art. 3, commi 12 e 13, del d.lgs. n. 79/99 (sulla questione della legittimità di sub-deleghe dei poteri di regolazione previsti dalla legge v. *infra* nel testo).

Ciò che conta, peraltro, è soprattutto che tra le due pronunce qui menzionate emerge, come si è già evidenziato, una rilevante differenza di impostazione sul piano concettuale: mentre la prima indiscutibilmente accoglie il principio di legalità nella sua accezione formale (e infatti si accontenta del fatto che l'Autorità abbia agito nell'esercizio di un potere di regolazione contemplato dalla legge, senza attribuire rilievo alla circostanza che la specifica prescrizione imperativa oggetto di contestazione non fosse stata prevista dal legislatore), la seconda sembra invece aderire ad un'impostazione di tipo sostanzialistico, in particolare laddove esplicitamente accoglie la regola della tipicità degli atti amministrativi.

<sup>33</sup> V. in tal senso, tra gli altri, S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., 213 ss..



## **5. La teoria dei poteri impliciti e le ragioni della sua non condivisibilità. La legalità in senso formale**

In una recente decisione del Consiglio di Stato, relativa ad un intervento dell'Autorità per l'energia in materia di obblighi assicurativi degli utenti del servizio di gas naturale, si è affermato che, come molte leggi istitutive d'Amministrazione indipendenti, la legge n. 481/95 "è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco dell'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare", cosicché sarebbe l'Autorità stessa a potersi (e doversi) "autoprogrammare" secondo le finalità stabilite dal legislatore<sup>34</sup>.

Considerata insieme a precedenti pronunce in cui il supremo organo di giustizia amministrativa aveva avallato taluni interventi regolatori dell'Autorità per l'energia sprovvisti di una sicura copertura legislativa<sup>35</sup>, tale decisione sembra giustificare il dubbio che il Consiglio di Stato sia incline ad accogliere la tesi dell'ammissibilità di poteri impliciti dell'Autorità, di poteri non previsti da norme di legge ma desumibili dalle finalità assegnate ad essa dall'ordinamento<sup>36</sup>.

E' vero che nell'unica occasione in cui il supremo organo di giustizia amministrativa si è pronunciato sulla questione con riferimento ad un intervento dell'Autorità diretto a limitare il potere di mercato degli operatori elettrici<sup>37</sup> esso non ha esplicitamente aderito a tale orientamento e anzi si è fatto in qualche modo carico di ricondurre il suddetto intervento ad una delle tipologie di poteri previste dalla legge istitutiva dell'Autorità<sup>38</sup>. Dalla motivazione della suddetta pronuncia emerge peraltro in modo evidente la propensione del Consiglio di Stato a risolvere il problema del fondamento legale del potere esercitato dal regolatore considerando direttamente e prioritariamente la missione affidata dalla legge allo stesso e ad intendere l'operazione di individuazione di una norma di legge (qualificabile come) attributiva di tale potere più come un ossequio rituale alle esigenze di legalità che non come la ricerca effettiva ed autentica di una disposizione che esprima la volontà del legislatore di consentire (o richiedere) interventi imperativi di quel genere<sup>39</sup>.

E' dunque opportuno evidenziare le ragioni per le quali anche la tesi c.d. dei poteri impliciti, come quella - sopra considerata - della necessaria tipicità dei poteri e degli atti dell'Autorità, non appare accoglibile<sup>40</sup>.

Tali ragioni sono in buona misura speculari a quelle che, a mio avviso, suggeriscono il rigetto della tesi della tipicità: se quest'ultima avrebbe l'effetto di irrigidire oltre misura i meccanismi legislativi di attribuzione dei poteri amministrativi ad autorità di regolazione, quella ora considerata li renderebbe eccessivamente flessibili; se la prima appare troppo sbilanciata a favore delle esigenze di garanzia dei destinatari degli atti dell'Autorità a scapito di quelle di efficienza e di funzionalità, la seconda lo è nel senso opposto.

Non vi è dubbio che tra le istanze di garanzia e democraticità sottese alla regola della legalità e quelle di efficienza dell'azione amministrativa sancite dall'art. 97 della Costituzione debba essere ricercato un

<sup>34</sup> Così la già citata Cons. Stato, VI sez., n. 5287/05.

<sup>35</sup> V., tra le altre, Cons. Stato, VI sez., n. 5105/2002, cit., in materia di tariffe di vendita dell'energia elettrica all'ingrosso.

<sup>36</sup> Per una puntuale analisi degli orientamenti giurisprudenziali in merito al tema dell'identificazione dei poteri dell'Autorità per l'energia v. recentemente M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in Dir. Proc. Amm. 2006, 80 ss..

<sup>37</sup> Il riferimento è alla già citata sentenza n. 3502/06, concernente la delibera n. 254/04/AEEG.

<sup>38</sup> Significativo è in particolare, da questo punto di vista, il riferimento al "potere di direttiva di cui all'art. 2, comma 12, lett. h) della legge in parola, concernente in senso lato la produzione e l'erogazione dei servizi e, come tale, idoneo, anche al di là dello stretto ambito dei rapporti con l'utenza, a legittimare prescrizioni regolatorie intese a fissare vincoli comportamentali al fine di imporre condotte virtuose agli operatori" (v. nuovamente Cons. Stato, VI, n. 3502/06, cit.)

<sup>39</sup> V. ancora Cons. Stato, VI sez., n. 3502/06, in part. Alle pp. 4 ss. del testo a stampa.

<sup>40</sup> V. al riguardo anche N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, cit., 287 ss..

equilibrio. Ma tale equilibrio sembra richiedere che gli interventi autoritativi delle autorità di regolazione si fondino almeno su un sicuro e puntuale conferimento di competenza in ordine alla disciplina di un determinato oggetto (ad esempio, l'importazione di energia, o la cessione al mercato dell'energia Cip 6 o la Borsa dell'energia), fermo restando che tale competenza regolatoria può poi tradursi anche in prescrizioni puntuali non specificamente previste dalla legge.

Non sembra sufficiente allo scopo che l'attribuzione di competenza riguardi genericamente una materia, come ad esempio quella dell'energia: le riserve di legge in tema di prestazioni imposte e di tutela dell'iniziativa economica privata sembrano infatti imporre che vi sia una chiara ed esplicita indicazione legislativa in ordine all'assegnazione di un potere regolatorio ad un'autorità. Se tale univoca indicazione ricorre, sembra poi possibile ritenere che l'autorità possa esercitare tale potere al di fuori di vincoli di tipicità, adottando gli atti e le prescrizioni più coerenti con i fini ad essa assegnati dall'ordinamento. Ma se quella indicazione è invece assente, l'intervento imperativo del regolatore non sembra poter essere autonomamente giustificato dalla sua funzionalità ai fini indicati dalla legge.

L'accezione del canone di legalità che qui si accoglie è dunque quella c.d. formale: ma le ragioni che motivano tale scelta non sono affatto formali, giacché il riconoscimento di poteri impliciti (cioè desunti solo dalle finalità indicate dalla legge) all'Autorità per l'energia, come alle altre autorità a cui è affidata la regolazione di un settore economico, determinerebbe in sostanza lo svuotamento di quel canone e della garanzia che esso comporta per i privati.

Il rischio di arbitri insito nella tesi secondo cui le autorità di regolazione potrebbero esercitare tutti i poteri strumentali alle missioni a loro affidate, e dunque nella sottoposizione delle autorità a meri vincoli di ordine finalistico e programmatico, appare reale. Né, nel valutare tale rischio, può fare velo la simpatia per tali figure istituzionali, che, nella loro prassi operativa, hanno non di rado mostrato una palese inclinazione a ritenere che i fini da raggiungere “giustificchino i mezzi”, con un “fervore regolatorio” che non sempre è apparso coerente con la scelta di fondo del legislatore di abbandonare nei relativi settori economici un modello di regolazione di tipo dirigitico e finalistico a favore di una normazione di carattere prevalentemente condizionale<sup>41</sup>.

## 6. Conclusioni

La conclusione alla quale si è pervenuti è dunque che l'Autorità per l'energia, in applicazione del principio di legalità in senso formale, dispone solo delle competenze regolatorie ad essa espressamente conferite dalla legge, nel cui esercizio peraltro può adottare misure e prescrizioni anche non esplicitamente prefigurate nella norma attributiva.

Non è superfluo ribadire, al fine di chiarire la portata effettiva dei vincoli che gravano sull'Autorità laddove intende agire in via imperativa, che nell'esercizio delle competenze attribuite essa è ovviamente soggetta al rispetto puntuale dei canoni generali sull'uso del potere amministrativo (e, *in primis*, dei principi di ragionevolezza e proporzionalità), i quali implicano – possono e devono implicare – un controllo penetrante sulle sue scelte regolatorie<sup>42</sup>. E occorre aggiungere che un limite rilevante all'azione autoritativa del regolatore è costituito anche dal principio del giusto procedimento, che, se seriamente

<sup>41</sup> A proposito del fervore regolatorio delle autorità di regolazione v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 25. In generale, su tali questioni v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., in part. 99 ss..

<sup>42</sup> Un esempio emblematico (e assai apprezzabile) di sindacato molto penetrante sulle scelte regolatorie dell'Autorità basato sull'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità è costituito dalla più volte citata decisione del Consiglio di Stato n. 3502/06 (v. in part. Pp. 5 ss. del testo a stampa).

inteso e applicato, può contribuire fortemente a compensare le minori garanzie derivanti dall'adesione ad una concezione formale e non sostanziale della legalità<sup>43</sup>.

E' necessario chiedersi, peraltro, che cosa esattamente comportino le conclusioni ora esposte con riferimento agli interventi pro-concorrenziali dell'Autorità e in particolare a quelli funzionali alla riduzione del potere di mercato dell'*incumbent* ENEL.

Al riguardo, deve innanzitutto osservarsi che, in forza di tali conclusioni, la presenza di una norma di legge che espressamente attribuisca all'Autorità il potere di porre in essere tali interventi non dovrebbe essere considerata indispensabile<sup>44</sup>.

Ciò che invece deve necessariamente esserci, perché le misure in questione possano essere adottate, è una disposizione che conferisca al regolatore la competenza a disciplinare un determinato oggetto, in relazione al quale venga in rilievo il potere di mercato dell'*incumbent*: se tale disposizione esiste, questo appare sufficiente per ritenere che l'Autorità, nel perseguimento della sua finalità istituzionale di promozione della concorrenza, possa dettare prescrizioni idonee ad incidere sulla posizione dominante dell'*ex monopolista*<sup>45</sup>.

Di tali prescrizioni occorrerà poi naturalmente verificare l'effettiva strumentalità e idoneità alla promozione della concorrenza, accertando tra l'altro che esse non siano in realtà rivolte – come sembra essere ad esempio accaduto per almeno una delle misure assunte dall'Autorità per fini di controllo

---

<sup>43</sup> Sui profili procedurali della regolazione v., tra gli altri, E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2004, 679 ss..

<sup>44</sup> Come si è sopra ricordato, peraltro, il Consiglio dei Ministri ha recentemente approvato uno schema di disegno di legge che, tra l'altro, conferisce inequivocabilmente all'Autorità il potere di adottare misure dirette a riequilibrare le condizioni di concorrenza nei mercati dell'energia (v. sopra la nota 13).

<sup>45</sup> Si noti che nel caso della Borsa elettrica (su cui, come ricordato nel testo, si sono in tempi recenti largamente concentrate le attenzioni del regolatore e conseguentemente della giurisprudenza) una norma di legge che espressamente conferisca all'Autorità per l'energia una competenza regolatoria non sembra sussistere. E tuttavia occorre osservare che l'art. 5, comma 2, del decreto del Ministro per le attività produttive 19 dicembre 2003, recante "approvazione del testo integrato della Disciplina del mercato elettrico", ha esplicitamente affidato all'Autorità per l'energia il compito di definire un "meccanismo per il controllo dell'esercizio del potere di mercato".

Si pone quindi il problema di stabilire se il potere di intervento dell'Autorità possa fondarsi, anziché su un diretto conferimento di competenza da parte della legge, su una previsione contenuta in un atto di normazione secondaria. Al riguardo, la soluzione da accogliere non può, a mio avviso, che essere differenziata in ragione del fatto che il potere in questione sia o non sia previsto dalla legge, o, meglio, a seconda che esso fosse o non fosse stato attribuito dalla legge all'amministrazione che detta la norma secondaria. E, infatti, se appare da escludere che poteri autoritativi possano essere autonomamente, in assenza di previe previsioni legislative, assegnati a pubbliche amministrazioni da norme secondarie, nei casi in cui invece la previsione legale del potere vi sia, e l'atto di normazione secondaria si limiti a operare una sub-delega del medesimo ad un'altra autorità, non sembrano esservi ragioni per negare agli atti emessi da quest'ultima un fondamento legislativo (sempre che, naturalmente, la sub-delega non determini un'alterazione delle garanzie procedurali previste dalla legge).

Ora, nel caso del citato decreto ministeriale del 19 dicembre 2003 appare indubbio che esso è stato emanato sulla base dell'espressa previsione legislativa contenuta nell'art. 5 del decreto legislativo n. 79/99, il quale dispone che la disciplina del mercato elettrico, predisposta dall'apposito Gestore, deve essere approvata con decreto ministeriale. Il potere conferito con tale atto all'Autorità – di introdurre meccanismi per il controllo del potere di mercato – appare pertanto, *in astratto*, fornito di idonea base legale, e come tale avrebbe dovuto essere considerato dalla giurisprudenza che si è pronunciata sulle delibere al riguardo assunte dall'Autorità (le del. nn. 254/04 e 212/05): il che invece non è avvenuto (v. ancora le sentenze del T.A.R. Lombardia n. 1848 del 2005 e n. 246 del 2006). Occorre sottolineare, peraltro, che quanto si è ora osservato non esclude affatto che relativamente alle misure concretamente adottate dall'Autorità sulla base di quella norma attributiva dovesse comunque attentamente verificarsi se esse erano o non erano riconducibili alla tipologia di potere che era stato conferito (ad esempio, per ciò che attiene alla delibera 254/04, se prescrizioni di carattere sanzionatorio o comunque affittivo erano ascrivibili al *genus* dei meccanismi di controllo sul potere di mercato), e dovesse altresì ovviamente accertarsi la coerenza delle stesse con i principi generali sull'uso dei poteri amministrativi.

sull'esercizio del potere di mercato nella Borsa dell'energia<sup>46</sup> - a reintrodurre surrettiziamente una regolazione di tipo tariffario. Ma si tratta di questioni che ovviamente non attengono più al rispetto del principio di legalità e all'esistenza del potere, bensì al corretto esercizio del medesimo.

La soluzione che in tal modo si suggerisce di accogliere offre certo al regolatore, per incidere sui nodi che limitano la concorrenza, margini di manovra meno ampi di quelli derivanti dalla teoria dei poteri impliciti. E, per converso, implica garanzie di rispetto dei diritti dei privati e di democraticità delle scelte regolatorie meno piene di quelle assicurate dalla tesi della necessaria tipicità dei poteri dell'Autorità.

Essa ha i limiti delle soluzioni mediane, ma anche - per chi le apprezza - i pregi delle stesse: che attengono essenzialmente alla sua idoneità a consentire una composizione il più possibile equilibrata delle diverse esigenze in conflitto e dei differenti principi costituzionali in cui esse si esprimono.

---

<sup>46</sup> Il riferimento è qui alla già sopra citata delibera n. 254/04/AEEG, riguardo alla quale anche il Consiglio di Stato ha osservato che "la finalità di prevenzione di futuri abusi finisce per nascondere una pesante incisione della libertà d'impresa per effetto di un provvedimento indirettamente conformativo dei prezzi" (Cons. Stato, VI sez. n. 3502/06, cit., p. 8 del testo a stampa).