



COMMENTI

Infrastrutture energetiche e potere tariffario *Energy Infrastructures and Tariffs*

di **Eugenio Bruti Liberati***

ABSTRACT

La regolazione delle tariffe relative alle infrastrutture elettriche e del gas naturale rappresenta una delle competenze fondamentali delle autorità indipendenti di regolazione del settore energetico. Essa è oggetto di un'articolata disciplina euro-unitaria e nazionale, che si è significativamente evoluta nel corso degli anni, dalle prime normative di liberalizzazione del settore sino alle direttive, ai regolamenti e alle norme nazionali più recenti, e ha dato luogo ad una ricchissima giurisprudenza amministrativa. Particolare rilevanza ha assunto, in questo contesto, la questione della natura del potere esercitato in ambito tariffario dei regolatori indipendenti: se cioè esso implichi solo o principalmente valutazioni e scelte tecniche ovvero anche apprezzamenti propriamente politico-discrezionali. Su tale questione il presente studio intende offrire alcune riflessioni di carattere sistematico, che muovono dalla considerazione dei caratteri di fondo della regolazione indipendente per poi considerare analiticamente anche le disposizioni dettate al riguardo dalla disciplina europea e nazionale.

The regulation of tariffs for electricity and natural gas infrastructure is one of the fundamental responsibilities of independent energy regulators. It is subject to complex EU and national regulations, which have evolved significantly over the years, from the first liberalisation regulations for the sector to the most recent directives, regulations and national rules, and has given rise to extensive administrative case law. Of particular relevance in this context is the question of the nature of the power exercised by independent regulators in the area of tariffs: whether it involves only or mainly technical assessments and choices or also properly political and discretionary assessments. On this issue, this study aims to offer some systematic reflections, starting from a consideration of the fundamental characteristics of independent regulation and then moving on to an analytical examination of the relevant provisions of European and national legislation.

SOMMARIO: 1. Premessa. Infrastrutture energetiche e potere di regolazione tariffaria. – 2. L'evoluzione della disciplina euro-unitaria in tema di regolazione dell'accesso alle infrastrutture energetiche. – 2.1. La normativa nazionale. – 3. Competenza tariffaria delle autorità nazionali di regolamentazione e indipendenza delle stesse. – 4. Il potere tariffario tra *cost reflectivity* e determinazione dei margini di redditività dell'investimento infrastrutturale. – 4.1. Il tema dell'identificazione dei costi efficienti.

* Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale.

1. Premessa. Infrastrutture energetiche e potere di regolazione tariffaria

Tra i molti problemi giuridici che la disciplina delle infrastrutture energetiche solleva, una posizione di particolare rilievo assumono le questioni inerenti alla regolazione tariffaria dell'accesso alle stesse.

Non solo tale regolazione incide in modo rilevante su molti dei diversi obiettivi perseguiti dal legislatore euro-unitario e da quello nazionale in materia di energia – dalla promozione della concorrenza nei mercati della produzione e della vendita dell'elettricità e del gas naturale allo sviluppo delle infrastrutture, dall'integrazione dei mercati e dei sistemi energetici a livello europeo alla coesione territoriale e sociale –, ma essa rappresenta una delle competenze fondamentali delle autorità nazionali di regolamentazione, e forse quella in cui maggiormente emerge la complessità del loro ruolo e della relazione che le lega alle autorità di governo.

Come emerge dalla prassi regolatoria italiana e dalla ricchissima giurisprudenza amministrativa che ne ha in questi anni ripetutamente valutato la legittimità, molte incertezze permangono tuttora in ordine a taluni aspetti determinanti della disciplina di tale fondamentale funzione¹.

Incerta appare in particolare la natura profonda del potere tariffario, il suo essere connotato da mere valutazioni e scelte tecnico-economiche, sia pure talora estremamente complesse, oppure anche da vere e proprie ponderazioni discrezionali di interessi.

Come ben emerge da molte pronunce relative agli atti tariffari dell'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente, è tutt'altro che raro che talune delle scelte in essi operate vengano motivate dall'Autorità (o comunque giustificate in sede giudiziale) richiamando la necessità di bilanciare i differenti interessi pubblici coinvolti, incluso ovviamente tra gli stessi l'interesse a contenere i corrispettivi per l'accesso alle infrastrutture, così da ridurre anche il prezzo dell'energia per i clienti finali, industriali e domestici.

In un contesto di forte preoccupazione per i costi energetici che gravano sulle imprese e sulle famiglie, che notoriamente incidono in misura significativa sul problema della competitività internazionale delle prime e su quello della povertà energetica delle seconde, tale argomento presenta un'ovvia suggestività.

D'altra parte, nello stesso contesto, è comprensibile che molto robuste siano le pressioni dirette o indirette degli organi di governo sull'Autorità affinché eserciti i suoi poteri tariffari in modo tale da contribuire a ridurre i prezzi finali dell'energia: come spesso accade nei periodi di tensione sui prezzi di beni e servizi essenziali, l'indipendenza del regolatore appare più un ostacolo all'immediata realizzazione

¹ Su tali incertezze e in generale sui problemi attuali posti dalla disciplina delle tariffe dell'energia v. in dottrina, tra gli altri, A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 177 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 87 ss.; B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 1/2017, p. 1 ss.; D. SIMEOLI, *Tariffe e prezzi di riferimento*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Quali regole per il mercato del gas*, Annuario di diritto dell'energia, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 147 ss.; S. VACCARI, *Le tariffe dei servizi pubblici tra teoria economica e regolazione amministrativa*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2020, 367 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, in part. p. 154 ss.

di tangibili obiettivi di carattere politico, che non un'apprezzabile barriera rispetto a interventi pubblici non sufficientemente razionali sul piano economico.

A fronte di tali tendenze, per la verità sempre presenti e anzi quasi fisiologiche nella dialettica tra tecnica e politica e tra autorità amministrative indipendenti e organi di governo, ma oggi particolarmente pressanti, sembra importante formulare qualche chiarimento sui due temi ora richiamati, analizzando la disciplina euro-unitaria e nazionale rilevante e considerando con attenzione anche la giurisprudenza formatasi sulla stessa.

È chiaro che, accanto a quei due temi, molti altri meriterebbero di essere considerati. Di estremo interesse appaiono, in particolare, quelli concernenti il modello di sindacato giudiziale applicato alle determinazioni tariffarie e il peculiare rapporto di circolarità che si è instaurato in questi anni tra la regolazione tariffaria, il vaglio giudiziale sulla stessa e il successivo ri-esercizio del potere regolatorio.

Esigenze di spazio e di tempo impongono peraltro, in questa sede, di concentrare l'analisi sulle questioni inerenti alla natura del potere tariffario e all'indipendenza delle Autorità di regolazione.

I paragrafi che seguono sono pertanto così organizzati: nel paragrafo 2 è ricostruita sinteticamente l'evoluzione della disciplina europea e nazionale in tema di regolazione dell'accesso alle infrastrutture energetiche, sino a giungere a quella attualmente vigente; nel paragrafo 3 è preso specificamente in esame il tema dell'indipendenza dell'Autorità e delle regole volte a garantirla sul piano funzionale, anche con riferimento alle determinazioni tariffarie; nel paragrafo 4, infine, ci si concentra sul potere tariffario e sui suoi connotati giuridici.

2. L'evoluzione della disciplina euro-unitaria in tema di regolazione dell'accesso alle infrastrutture energetiche

Nella disciplina inizialmente dettata dalle direttive comunitarie di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas naturale – la direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996 sull'elettricità e la direttiva 98/30/CE del 22 giugno 1998 sul gas – non era previsto che gli Stati membri dovessero necessariamente introdurre una regolazione dei prezzi di accesso alle infrastrutture energetiche. Le due direttive lasciavano infatti gli Stati liberi di scegliere tra il regime dell'accesso regolato e quello dell'accesso negoziato, fermo restando che tali procedure dovessero comunque essere “*applicare secondo criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori*”².

La preoccupazione principale del legislatore comunitario, nel momento in cui dettava le prime norme finalizzate all'apertura della concorrenza dei mercati della produzione e della vendita di elettricità e gas, era infatti quella di garantire che le infrastrutture energetiche fossero accessibili da tutti i produttori e venditori di tali beni per trasportare gli stessi, a parità di condizioni economiche e tecniche, dai luoghi di produzione a quelli di consumo, industriale e domestico. A tale scopo, mentre appariva necessario affermare in modo inequivocabile l'obbligo dei gestori di consentire l'accesso alle stesse da parte dei terzi a condizioni trasparenti e non discriminatorie e il corrispondente *third party access*

² Così l'art. 14, direttiva 98/30/CE, e v. anche i successivi artt. 15 e 16. Per l'elettricità v. l'analoga disciplina dettata dagli artt. 16 e 17, direttiva 96/92/CE.

degli utenti, così da assicurare la parità delle armi nei mercati concorrenziale della produzione e della vendita, meno essenziale era evidentemente sembrata l'adozione di sistemi di determinazione amministrativa dei corrispettivi per l'utilizzo delle reti e delle altre infrastrutture energetiche.

In tal senso deponeva, del resto, l'esperienza già maturata in quegli anni in altri settori, in cui l'accesso non discriminatorio dei terzi alle infrastrutture indispensabili per offrire al mercato determinati beni o servizi era stato garantito o mediante un'applicazione estensiva delle norme antitrust in tema di abuso di posizione dominante – attraverso la c.d. *essential facilities doctrine*³ – oppure, come nel caso delle comunicazioni elettroniche, attraverso una regolazione dell'accesso *ex ante* ma solo eventuale, condizionata alla presenza di particolari situazioni e assetti di mercato⁴.

L'impostazione così inizialmente definita è stata peraltro superata già pochi anni dopo, con le direttive comunitarie di seconda generazione, la 2003/54/CE sull'elettricità e la 2003/55/CE sul gas, entrambe del 26 giugno 2003: in esse è stata infatti prevista per tutte le infrastrutture energetiche, con la sola eccezione degli impianti per lo stoccaggio del gas naturale, l'obbligatoria istituzione parte degli Stati membri di un regime di accesso regolato, "*basato su tariffe pubblicate, ..., ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema*"⁵.

I primi anni di faticoso e contrastato avvio dei processi di liberalizzazione avevano difatti mostrato che un intervento pubblico sui prezzi di accesso alle infrastrutture era in realtà necessario per contrastare la propensione dei gestori delle infrastrutture a sfruttare il loro potere di mercato per imporre agli utenti condizioni economiche – forse non discriminatorie, ma comunque – gravose e tali da incidere negativamente sui prezzi finali di elettricità e gas.

A tale quasi completa istituzionalizzazione del sistema dell'accesso regolato si accompagnava, d'altra parte, la previsione secondo cui le tariffe avrebbero dovuto essere definite da apposite autorità nazionali di regolamentazione (di seguito, anche ANR) o comunque con il concorso determinante delle stesse⁶.

Riguardo a tali autorità, le due direttive in questione prescrivevano solo la necessaria "*piena indipendenza*" dagli interessi dell'industria del gas e dell'elettricità⁷, senza dettare peraltro alcuna regola specifica in merito ai rapporti tra esse e gli organi di governo. Tuttavia, con le direttive immediatamente successive – la 2009/72/CE sull'elettricità e la 2009/73/CE sul gas naturale, entrambe del 13

³ Su cui v. di recente in dottrina M. VARGIU, *Revitalization of the Essential Facilities Doctrine in UE Competition Law*, in *Journal of Law, Market and Innovation*, 1/2023, p. 103 ss.; I. GRAEF, *Re-thinking the Essential Facilities Doctrine for EU Digital Economy*, in *TILEC Discussion paper*, 2019.

⁴ V. al riguardo l'ampia analisi di F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵ Così l'art. 18, direttiva 2003/55/CE, che si riferisce esplicitamente ai sistemi di trasporto e distribuzione del gas naturale e agli impianti GNL. Per gli impianti di stoccaggio, per i quali appunto veniva conservata la scelta tra accesso regolato e accesso negoziato, v. l'art. 19. Per l'energia elettrica v. l'analoga disciplina dettata dall'art. 20, direttiva 2003/54/CE.

⁶ V. al riguardo l'art. 25, direttiva 2003/55/CE, che, al comma 2, prevedeva che le ANR avessero il compito di fissare o approvare, prima dell'entrata in vigore, quantomeno le metodologie usate per calcolare o stabilire le condizioni di accesso alle reti nazionali, ivi comprese le tariffe di trasporto e distribuzione; e al comma 3 consentiva peraltro, in via derogatoria, che gli Stati membri potessero prevedere che le ANR avessero solo il compito di presentare una proposta tariffaria all'organo competente dello Stato membro, fatto salvo l'obbligo dello stesso di pubblicare la proposta insieme alla decisione finale. V. anche l'analoga disciplina dettata per l'elettricità dall'art. 23, direttiva 2003/54/CE.

⁷ V. il comma 1 rispettivamente dell'art. 25, direttiva 2003/55/CE e dell'art. 23, direttiva 2003/54/CE.

luglio 2009 – tali regole specifiche sono state invece introdotte, al dichiarato scopo di garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione anche dagli organi di governo, prevedendosi in particolare il divieto per le autorità di sollecitare o accettare istruzioni “*da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione*”⁸.

Avendo optato per un sistema di accesso regolato alle infrastrutture energetiche, con l'unica già segnalata eccezione degli impianti di stoccaggio del gas, il legislatore comunitario riteneva d'altra parte necessario dettare anche alcune regole essenziali in tema di criteri di esercizio del potere tariffario.

Così, per quanto attiene al gas naturale, con l'art. 3, regolamento (CE) n. 1775/2005 del 28 settembre 2005 venne stabilito che le tariffe o le metodologie utilizzate per calcolarle, riguardanti l'accesso alle reti di trasporto e di distribuzione e gli impianti GNL, “*devono essere trasparenti, tenere conto della necessità di integrità del sistema e del suo miglioramento e rispecchiare i costi effettivamente sostenuti purché essi corrispondano a quelli di un gestore di rete efficiente e strutturalmente comparabile e siano trasparenti, includendo un appropriato rendimento degli investimenti, ...*”.

La stessa norma, con qualche limitata aggiunta, è stata poi inserita anche nel successivo art. 13, regolamento (CE) n. 715/2009 del 13 luglio 2009, e si rinviene oggi, nella medesima formulazione, nel vigente e più articolato art. 17, regolamento (UE) 2024/1789 del 13 giugno 2024.

D'altro canto, per quanto attiene all'energia elettrica, gli stessi principi – trasparenza, aderenza delle tariffe ai costi efficienti dei gestori e anche non discriminatorietà – vennero introdotti con l'art. 4, regolamento (CE) n. 1228/2003 del 26 giugno 2003, poi ribaditi con l'art. 14, regolamento CE n. 714/2009 e si ritrovano oggi, sia pure nel contesto di una disciplina più ampia, nel vigente art. 18, regolamento (UE) 2019/943 del 5 giugno 2019⁹.

2.1. La normativa nazionale

Sulla disciplina euro-unitaria sopra richiamata si tornerà nei paragrafi che seguono. Prima è ovviamente necessario dare conto anche del parallelo sviluppo della normativa nazionale, sotto vari profili assai meno lineare e univoco di quello europeo¹⁰.

Al riguardo, non si può non muovere dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, che, nell'istituire l'(allora) Autorità per l'energia elettrica e il gas, le ha tra l'altro attribuito la competenza in materia tariffaria e ha dettato alcune regole generali sui criteri di esercizio della stessa¹¹.

⁸ V. l'art. 39, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2009/73/CE (nonché il Considerando 29) e l'art. 34, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2009/72/CE (e il Considerando 33).

⁹ Per una ricostruzione puntuale, aggiornata al 2022, dell'evoluzione della normativa europea e nazionale sull'energia, v. M. CLARICH, *Energia, ad vocem*, in *Enc. dir., I tematici, Funzioni amministrative*, p. 438 ss., in particolare p. 444 ss. V. anche T. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Giappichelli, Torino, 2019; e T. FAVARO, *Regolare la transizione energetica. Stato, mercato, innovazione*, Cedam, Padova, 2020. Per un'analisi delle normative di liberalizzazione introdotte nella seconda metà degli anni Novanta del Novecento v. G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 2189 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁰ Sulle antinomie della normativa italiana v. ampiamente la dottrina citata sopra alla nota 1.

¹¹ V. in particolare gli artt. 1, 3, commi 12, lett. e), 17 e 18.

Tale legge è notoriamente una pietra miliare nel processo che ha condotto all'affermazione, anche all'interno del nostro ordinamento, del modello della regolazione indipendente¹² e sotto questo profilo non può che essere apprezzata da chi ritiene che, accanto a qualche difetto, tale modello presenti pregi rilevanti e contribuisca positivamente al funzionamento del nostro sistema istituzionale¹³.

Tuttavia, essa, essendo stata emanata nel pieno della transizione tra il vecchio e il nuovo modello di disciplina dei mercati energetici, e più esattamente subito prima dell'emanazione delle direttive comunitarie di liberalizzazione e quindi anche delle normative nazionali di recepimento, ha inevitabilmente dettato una disciplina da diversi punti di vista ambivalente, e anzi ambigua, che ha largamente contribuito a determinare i dubbi e le oscillazioni riscontrabili nella prassi regolatoria e nella giurisprudenza degli anni successivi.

Ciò vale anche ed innanzitutto per la materia tariffaria, riguardo alla quale la legge, senza distinguere in alcun modo tra i corrispettivi per l'accesso alle infrastrutture e i (non ancora liberalizzati) prezzi di fornitura di elettricità e gas ai clienti finali, ha affidato all'Autorità un mandato inequivoco sul piano della esclusività e pienezza della competenza¹⁴, ma assai incerto in ordine alle finalità, ai parametri di esercizio e in definitiva alla stessa natura del potere così attribuito.

Tale incertezza emerge in particolare da due disposizioni: dall'art. 1, comma 1, della legge, che, dopo avere affermato che la disciplina da essa introdotta intende tra l'altro promuovere lo svolgimento dei servizi *"in condizioni di redditività ed economicità"*, enuncia anche la volontà di definire un *"sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori"*, e capace di *"armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse"*; e dall'art. 2, comma 12, lett. e) della legge, secondo cui l'Autorità *"stabilisce e aggiorna, ..., la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe, ..., in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere generale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma 1 dell'art. 1, ..."*.

Alla luce di tali norme, apparentemente così ragionevoli nell'enunciare gli obiettivi della nuova regolazione tariffaria da esse istituita, risulta in realtà tutt'altro che chiaro se, in sede di esercizio della sua potestà di fissazione amministrativa dei prezzi, l'Autorità sia chiamata a svolgere un ruolo tecnico-economico, diretto essenzialmente ad individuare e a riconoscere in tariffa i costi di investimento e di funzionamento dei gestori, sia pure incentivandone opportunamente l'efficienza anche attraverso il metodo del *price cap*¹⁵, o se invece ad essa competa anche un ruolo politico, volto a bilanciare discrezionalmente i

¹² Su modello delle amministrazioni indipendenti la letteratura è ormai notoriamente sterminata. V. comunque, tra gli altri, G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2007; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit.

¹³ In proposito, si rinvia alle riflessioni svolte da chi scrive in *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, p. 51 ss.

¹⁴ V. in tal senso il comma 12 dell'art. 2 della legge.

¹⁵ Per il quale v., tra l'altro, il comma 18 dell'art. 2, legge n. 481/1995.

diversi e in parte confliggenti interessi pubblici e privati coinvolti dalla determinazione delle tariffe, in fondo non così dissimile da quello svolto tradizionalmente da amministrazioni non indipendenti.

Le norme successivamente introdotte dal legislatore italiano, d'altra parte, pur recando indubbiamente precisazioni significative in merito alla disciplina applicabile alla potestà tariffaria spettante all'Autorità, non sembrano di per sé fornire, al riguardo, indicazioni del tutto dirimenti.

Esse, che sono contenute sia nelle tuttora vigenti e fondamentali normative di recepimento delle prime direttive comunitarie di liberalizzazione – cioè, nel d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 sull'energia elettrica e nel d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 sul gas naturale –, sia in norme – talora assai disorganiche – successive¹⁶, rispondono fondamentalmente a quattro obiettivi, che meritano di essere qui evidenziati.

Il primo è quello di definire il perimetro del potere tariffario dell'Autorità: e, sotto questo profilo, tali norme sono molto chiare nel sottoporre a tale potere l'accesso a tutte le infrastrutture energetiche. Anche prima che il legislatore comunitario optasse per la soluzione obbligatoria dell'accesso regolato per le infrastrutture diverse dagli stoccaggi per il gas naturale¹⁷, i decreti legislativi n. 79/99 e 164/00 avevano assoggettato alla regolazione tariffaria dell'attuale Arera tanto le reti elettriche quanto tutte le infrastrutture del gas naturale, inclusi gli impianti di stoccaggio¹⁸.

Il secondo obiettivo del legislatore italiano è stato quello di dare all'Autorità indicazioni di carattere tecnico relativamente alla metodologia tariffaria da dotare: così, ad esempio, l'art. 23, comma 3, d.lgs. n. 164/00 prescrive che "*Le tariffe di trasporto [del gas naturale] tengono conto in primo luogo della capacità impegnata e della distanza di trasporto, e in secondo luogo della quantità trasportata indipendentemente dalla distanza*", e che esse "*sono determinate in relazione ai punti di entrata e di uscita da tale rete, tenendo conto della distanza di trasporto in misura equilibrata, ...*"¹⁹.

D'altra parte, ed è la terza finalità rinvenibile nelle norme nazionali concernenti le tariffe per l'accesso alle infrastrutture energetiche, esse affidano in taluni casi all'Autorità il potere di contemperare una pluralità di interessi pubblici: ad esempio, lo stesso art. 23, d.lgs. n. 164/00, al comma 4, dispone che "*Le tariffe per la distribuzione tengono conto della necessità di remunerare iniziative volte ad innalzare l'efficienza di utilizzo dell'energia e a promuovere l'uso delle fonti rinnovabili, la qualità, la sicurezza e l'innovazione finalizzata al miglioramento del servizio, di non penalizzare le aree in corso di metanizzazione e quelle con elevati costi unitari, ...*"²⁰.

Infine, ferma restando l'indipendenza dell'Autorità, il legislatore, specificando quanto previsto in generale dalla legge n. 481/1995 e anche dalla legge 23

¹⁶ V. ad esempio gli artt. 3, comma 7, 23, comma 4, 38, comma 4, d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93; oppure l'art. 114-ter, comma 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (conv. con legge 17 luglio 2020, n. 77).

¹⁷ Come si è sopra ricordato, tale scelta è stata operata dal legislatore comunitario con le direttive 2003/54 e 2003/54.

¹⁸ V. in proposito gli artt. 3 e 9, d.lgs. n. 79/99 e l'art. 23, d.lgs. n. 164/00.

¹⁹ Sulle delibere adottate da Arera sulla base di tale norma si è formata una consistente giurisprudenza: v., tra le altre, Cons. Stato, VI, 18 luglio 2022, n. 6098; Cons. Stato, II, 27 luglio 2023, n. 7386.

²⁰ Su tale disposizione e sulla prassi regolatoria conseguente la giurisprudenza è anche più ricca di quella inerente alle tariffe di trasporto, ed è anzi ormai imponente: per essa si rinvia alle pronunce che saranno richiamate nel prosieguo.

agosto 2004, n. 239²¹, ha precisato che l'attuale Arera deve esercitare le sue competenze in materia tariffaria *“coerentemente con le finalità”* di sviluppo delle infrastrutture energetiche definite dal governo con apposito decreto del presidente del Consiglio dei ministri²².

Come si è sopra anticipato, neanche queste disposizioni, di per sé considerate, sembrano fornire indicazioni risolutive in merito alla natura dei poteri che l'Autorità è chiamata ad esercitare quando definisce le tariffe per l'accesso alle infrastrutture energetiche: come si è visto, esse sembrano affidare al regolatore anche ponderazioni di interessi, senza peraltro chiarire in alcun modo come le stesse debbano correlarsi con le valutazioni e le scelte tecnico-economiche che pure allo stesso sono certamente affidate.

I dubbi e le oscillazioni che, come si è in precedenza rilevato, si manifestano sia nella prassi tariffaria dell'Autorità sia in giurisprudenza in merito ai criteri ai quali deve ispirarsi l'esercizio delle potestà tariffarie non possono quindi sorprendere.

D'altra parte, le norme appena richiamate sembrano porre in termini più complessi e problematici anche il tema dell'indipendenza del regolatore.

Alla luce delle stesse, non ci si può infatti non chiedere non solo in quale misura gli indirizzi eventualmente formulati dal governo nell'ambito delle sue politiche di sviluppo delle infrastrutture energetiche vincolino l'Autorità, ma anche se vi sia e quale sia il limite che lo stesso legislatore incontra nel definire i criteri tecnici concernenti le metodologie tariffarie che l'Autorità dovrebbe adottare.

In relazione ad entrambi i profili ora richiamati – natura dei poteri esercitati dall'Autorità in sede tariffaria ed esatta consistenza della sua indipendenza – è in realtà evidente che una risposta ai dubbi sopra prospettati può essere trovata solo interpretando la disciplina nazionale alla luce dei principi posti dal legislatore euro-unitario e considerando anche con attenzione i principi in tema di regolazione indipendente desumibili dal nostro assetto costituzionale.

3. Competenza tariffaria delle autorità nazionali di regolamentazione e indipendenza delle stesse

Come si è sopra ricordato, la normativa europea da un lato attribuisce alle autorità nazionali di regolamentazione la competenza a *“stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o distribuzione o le relative metodologie di calcolo”*²³, dall'altro garantisce e promuove, oltre all'indipendenza strutturale delle autorità, anche la loro indipendenza funzionale, vietando tra l'altro ad esse di sollecitare o accettare istruzioni da governi o altri soggetti pubblici o privati nell'esercizio delle loro funzioni di regolamentazione²⁴.

Dal primo punto di vista, deve rilevarsi che, se in passato era previsto che gli Stati membri potessero prevedere, in via derogatoria, *“che le autorità di*

²¹ V. rispettivamente l'art. 2, comma 14, legge 481 e l'art. 1, comma 11, legge n. 239.

²² V. in tal senso l'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 93/2011.

²³ Così, oggi, l'art. 78, comma 1, lett. a), direttiva 2024/1788/UE e l'art. 59, comma 1, lett. a), direttiva (UE) 2019/944.

²⁴ V. ora l'art. 76, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2024/1788/UE e l'art. 57, comma 4, lett. b), ii), direttiva (UE) 2019/944.

regolamentazione presentino all'organo competente dello Stato membro, affinché adottati una decisione formale, le tariffe o le metodologie" tariffarie²⁵, oggi tale possibile deroga non è più ammessa e agli Stati membri è radicalmente precluso di sostituirsi alle ANR nell'esercizio di potestà tariffarie²⁶.

Sotto il secondo profilo, la disciplina euro-unitaria ha consentito fin dal 2009 e continua a consentire ai governi nazionali di elaborare "*orientamenti di politica generale, ..., non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione*" delle ANR²⁷.

Per quanto attiene alla normativa nazionale, la legge n. 481/1995 e anche la legge n. 239/2004 e il d.lgs. n. 93/2011 dettano una disciplina che appare pienamente coerente con quella europea: essi, infatti, attribuiscono inequivocabilmente la competenza tariffaria all'attuale Arera e affermano la sua piena autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione²⁸, assegnando al governo soltanto il potere di indicare all'Autorità "*il quadro delle esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese*"²⁹, ovvero "*indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite*"³⁰, o ancora le finalità di sviluppo delle infrastrutture energetiche³¹.

Alla luce di quanto si è appena illustrato, non vi sono dubbi sul fatto che, laddove il governo adotti un atto che, anziché limitarsi ad indicare obiettivi e finalità, formuli prescrizioni o "istruzioni" puntuali in ordine ai contenuti delle scelte dell'Autorità, tale atto dovrebbe considerarsi illegittimo per contrasto con le ricordate norme euro-unitarie e nazionali. E in tal senso, infatti, si è anche, di recente, inequivocabilmente espresso il giudice amministrativo³².

Il problema si pone peraltro in termini meno scontati qualora sia il legislatore e non il governo a dettare prescrizioni in ordine ai modi in cui la potestà tariffaria dovrebbe essere esercitata dall'Autorità. Il principio di indipendenza funzionale delle ANR e il divieto di formulare istruzioni sull'esercizio delle funzioni di regolamentazione assegnate alle stesse vale anche per il legislatore?

La giurisprudenza euro-unitaria, sia pure con riferimento ad autorità di regolazione operanti in altri settori³³, e quella amministrativa italiana³⁴ non sembrano nutrire incertezze al riguardo: almeno in linea generale il vincolo opera anche nei confronti dei legislatori nazionali.

Tale conclusione, del resto, appare conforme sia alla formulazione letterale

²⁵ Così prevedevano il già citato art. 25, comma 3, direttiva 2003/55/CE sul gas naturale, e anche l'art. 23, comma 3, direttiva 2003/54/CE sull'energia elettrica.

²⁶ V. ancora l'art. 78, direttiva 2024/1788/UE e l'art. 59, direttiva (UE) 2019/944.

²⁷ V. nuovamente l'art. 76, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2024/1788/UE e l'art. 57, comma 4, lett. b), ii), direttiva (UE) 2019/944.

²⁸ V. l'art. 2, commi 12, lett. e), e 5, legge n. 481.

²⁹ Così il comma 21 dell'art. 2, legge n. 481.

³⁰ Art. 1, comma 11, legge n. 239/2004.

³¹ Art. 3, comma 7, d.lgs. n. 93/2011.

³² V. al riguardo TAR Lombardia, I, 28 novembre 2019, n. 2538.

³³ V. Corte di Giustizia, IV, 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione contro Repubblica federale di Germania*, che ha dichiarato il contrasto con le norme europee in tema di comunicazioni elettroniche di una disciplina legislativa tedesca.

³⁴ V. TAR Lombardia, Milano, I, 23 maggio 2023, n. 1229, che ha ritenuto in contrasto con il principio di indipendenza delle ANR l'art. 114-ter, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (conv. con legge 17 luglio 2020, n. 77) laddove dettava una disciplina molto puntuale in materia di tariffe di distribuzione del gas naturale. Si noti che, proprio per la sua contrarietà alle disposizioni euro-unitarie, tale norma era stata disapplicata da Arera.

delle norme europee, che impongono in termini generali agli Stati membri di garantire l'indipendenza delle Autorità e vietano alle stesse di accettare istruzioni nell'esercizio delle loro funzioni di regolamentazione non solo dal governo ma a da ogni altro soggetto pubblico o privato, sia con la *ratio* delle stesse, che appaiono rivolte ad evitare che le scelte regolatorie siano condizionate da interessi di carattere politico (oltre che economico)³⁵.

L'esatta portata del vincolo in tal modo posto anche al legislatore appare peraltro ancora incerta: se è chiaro che esso preclude interventi legislativi (oltre che governativi) così puntuali da risultare nella sostanza sostitutivi delle scelte del regolatore³⁶, non è altrettanto sicuro se il legislatore possa o non possa dettare criteri e metodologie tariffarie a cui il regolatore dovrebbe attenersi nell'operare i suoi apprezzamenti tecnico-economici.

Ciò è quanto accade, ad esempio, per l'art. 23, d.lgs. n. 164/00, che, come si è sopra rilevato, pone precise regole tecniche per la definizione delle tariffe di trasporto del gas naturale³⁷, come anche per quelle di distribuzione, di stoccaggio e di rigassificazione³⁸.

Oggi tali regole devono confrontarsi con quelle dettate dalle più recenti e sempre più puntuali normative euro-unitarie ed anche con gli orientamenti applicativi comunque definiti in sede europea³⁹, ed è certo che laddove risultassero in contrasto con le stesse dovrebbero essere disapplicate dall'Autorità o dal giudice eventualmente adito. Ma, anche a prescindere da tale possibile contrasto, occorre chiedersi se quelle norme, comunque direttamente attinenti ai parametri di esercizio della funzione tariffaria del regolatore, ed introdotte dal legislatore italiano prima che a livello europeo fosse sancito il divieto di formulare istruzioni "*connesse*" alle stesse⁴⁰, non siano in ogni caso divenute illegittime per violazione di tale divieto.

4. Il potere tariffario tra *cost reflectivity* e determinazione dei margini di redditività dell'investimento infrastrutturale

Come si è sopra evidenziato, la normativa euro-unitaria, nel prevedere che l'accesso alle infrastrutture energetiche debba essere sottoposto, fatta eccezione per gli impianti di stoccaggio del gas naturale, alla regolazione tariffaria delle ANR, ha definito come criterio fondamentale per la determinazione delle tariffe il principio c.d. di *cost reflectivity*: le tariffe, oltre a dover essere trasparenti e non discriminatorie, devono "*rispecchiare i costi effettivamente sostenuti purché essi corrispondano a quelli di un gestore efficiente e strutturalmente comparabile*"⁴¹.

³⁵ Al riguardo si rinvia alle considerazioni svolte in *La regolazione indipendente dei mercati*, cit. in part. p. 61 ss.

³⁶ Com'era in effetti avvenuto nel caso deciso da Tar Lombardia, Milano, I, n. 1229/2023, cit.

³⁷ V. in particolare il comma 3 della norma.

³⁸ V. al riguardo lo stesso comma 3 e il successivo comma 4 dell'art. 23.

³⁹ V. il più volte citato regolamento (UE) 2019/943 in tema di elettricità e il regolamento 2024/1788/UE in tema di gas naturale.

⁴⁰ Come si è visto in precedenza, tale divieto è stato posto dalle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, ben successive quindi al d.lgs. n. 164/2000.

⁴¹ Così prevede oggi l'art. 17, comma 1, regolamento 2014/1789/UE; e v. nello stesso senso l'art. 18, comma 1, regolamento (UE) 2019/944.

A tale criterio fondamentale le discipline oggi vigenti, che, come si è già accennato, sono assai più articolate e specifiche di quelle introdotte in passato, a partire dal 2005, affiancano ulteriori prescrizioni relative alle metodologie da utilizzare; e molte altre indicazioni sono contenute negli orientamenti della Commissione europea e nelle raccomandazioni dell’Agenzia per la cooperazione dei regolatori nazionali dell’energia. Si tratta peraltro sempre di prescrizioni finalizzate a promuovere l’efficiente allocazione dei costi di investimento e di funzionamento delle infrastrutture, nella prospettiva di garantire la “*integrità del sistema e [il] suo miglioramento*”⁴², coerentemente con il principio di aderenza ai costi.

Il compito al riguardo assegnato alle ANR è e rimane, fundamentalmente, quello di identificare i costi efficienti dei gestori e di incrementare con opportune metodologie tariffarie tale efficienza, nonché quello di fornire “*incentivi per gli investimenti*”⁴³.

Nulla, nella formulazione delle norme auro-unitarie, lascia supporre che alle autorità di regolamentazione sia consentito e tanto meno richiesto, in sede di determinazione dei corrispettivi per l’accesso alle infrastrutture, di bilanciare discrezionalmente l’interesse a garantire l’efficienza e l’economicità delle gestioni con altri interessi pubblici, come quello alla riduzione del prezzo dell’energia per i clienti finali di elettricità e gas.

Nella logica del legislatore europeo il ruolo dei regolatori indipendenti è del resto eminentemente tecnico, non politico, e la loro indipendenza è garantita per evitare qualsiasi interferenza di ordine politico (oltre che economico) nelle loro determinazioni⁴⁴.

Si è visto in precedenza, peraltro, che la disciplina italiana in tema di potere tariffario dell’Autorità è assai meno chiara ed univoca, e che in particolare sia la legge n. 481/1995 sia il d.lgs. n. 164/2000 contengono disposizioni che sembrano contemplare che nell’esercizio di quel potere il regolatore possa porre in essere anche ponderazioni di interessi⁴⁵.

Ed è infatti richiamando tali norme nazionali che si è talora prospettato, nella prassi regolatoria e anche, sia pure cautamente, in giurisprudenza, che Arera possa limitare il riconoscimento dei costi sostenuti dai gestori anche quando gli stessi non siano inefficienti, perché essa, in base alla sua legge istitutiva, è chiamata a definire modalità di recupero dei costi sostenuti tali “*da assicurare la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse*”⁴⁶.

Non si può non rilevare, peraltro, come queste letture trascurino palesemente di considerare il dato normativo costituito dal principio euro-unitario di *cost reflectivity*.

Per quanto possa apparire singolare, data la nettezza con cui, come si è visto, tale regola è affermata dai regolamenti europei concernenti le tariffe per l’accesso alle infrastrutture energetiche, non sempre essa è stata puntualmente richiamata e applicata in sede giudiziale: a quanto consta, la giurisprudenza

⁴² V. ancora l’art. 17, comma 1, regolamento 2024/1789/UE.

⁴³ Così il comma 4 dell’art. 17, regolamento 2024/1789/UE.

⁴⁴ V. al riguardo il Considerando 30 della direttiva 2009/73/CE sul gas naturale e il Considerando 34 della direttiva 2009/72/CE sull’elettricità.

⁴⁵ V. sopra il par. 2.1.

⁴⁶ V. ad esempio Cons. Stato, VI, 4 marzo 2022, n. 1593, in tema di distribuzione del gas naturale, che richiama espressamente l’art. 1, comma 1, legge n. 481/1995.

amministrativa presenta un caso in cui la vigenza del principio in questione per il settore del gas naturale è stata addirittura sorprendentemente negata⁴⁷, e un caso in cui il fondamento del principio è stato immotivatamente rinvenuto in norme attinenti al diverso settore dei servizi idrici integrati⁴⁸.

È possibile che al riguardo abbiano inciso equivoci di carattere lessicale inerenti all'apparente diversità delle formule "*cost reflectivity*" e "*full cost recovery*"⁴⁹: ma la realtà è che le due formule esprimono nella sostanza la stessa prescrizione – quella di definire tariffe che rispecchino i costi di un gestore efficiente – e che, in ogni caso, tale prescrizione è inequivocabilmente posta dalle norme euro-unitarie sopra richiamate.

Tale regola esclude in radice che le autorità nazionali di regolamentazione possano negare il riconoscimento tariffario di costi efficienti sulla base di considerazioni inerenti all'esigenza o alla volontà politica di ridurre il prezzo finale dell'energia elettrica o del gas e dunque in forza di ponderazioni discrezionali volte a conciliare "*gli obiettivi economico-finanziari dei gestori*" con obiettivi di carattere sociale. Nulla esclude che gli Stati membri prevedano meccanismi di tutela economica dei clienti finali dell'energia elettrica e del gas, per ragioni di carattere sociale o anche – nei limiti derivanti dalle norme sugli aiuti di Stato – industriale: ma tali meccanismi non possono in nessun modo consistere nella compressione discrezionale delle tariffe chiamate a coprire i costi efficienti dei gestori.

Uno spazio per valutazioni discrezionali delle autorità di regolamentazione sembra potervi essere solo con riferimento a quelle componenti tariffarie che non attengono alla copertura dei costi sostenuti dagli esercenti, bensì alla remunerazione del loro investimento e più in generale ai margini di redditività che possono essergli riconosciuti per l'attività svolta⁵⁰ – o eventualmente anche, da un diverso punto di vista, per la previsione di meccanismi di perequazione a favore degli utenti.

In effetti, mentre il principio di aderenza delle tariffe ai costi implica l'obbligatoria copertura in tariffa di tutti i costi efficienti, la definizione della misura maggiore o minore della remunerazione da assegnare al gestore è lasciata anche dalle norme europee alla ponderazione del regolatore; e questa ponderazione può avere astrattamente un carattere solo tecnico-economico – ad esempio, basarsi solo sui tassi di rendimento riscontrabili sui mercati per investimenti di analoga rischiosità – oppure anche politico-discrezionale.

Nel caso delle tariffe per l'accesso alle infrastrutture energetiche, le norme nazionali sopra ricordate sembrano implicare che a tale fine l'Autorità debba considerare e bilanciare i diversi e in parte confliggenti interessi pubblici da esse richiamati e pertanto operare al riguardo una ponderazione discrezionale. D'altra parte, in tale più limitato ambito, e dunque al di fuori delle valutazioni inerenti al riconoscimento dei costi sostenuti, le norme europee non sembrano precludere quelle ponderazioni.

⁴⁷ V. Cons. Stato, II, 30 dicembre 2024, n. 10441, che riguarda anch'essa la distribuzione di gas naturale.

⁴⁸ V. Cons. Stato, II, 9 dicembre 2022, n. 10805, ancora in tema di distribuzione del gas naturale.

⁴⁹ Nelle pronunce citate nelle due note precedenti si fa riferimento alla seconda di tali espressioni, frequentemente utilizzata nel settore idrico, e non alla prima.

⁵⁰ V. al riguardo anche TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, cit., p. 1 ss.

È pertanto in una lettura congiunta della normativa dettata dai regolamenti europei e di quella posta dal legislatore italiano – lettura congiunta che, del resto, appare obbligata sul piano sistematico e della gerarchia delle fonti – che è possibile trovare la risposta alla questione del tipo di potere che il regolatore indipendente può esercitare in sede di determinazione delle tariffe per l'utilizzo delle reti e delle altre infrastrutture energetiche: un potere che non può assumere connotati propriamente politico-discrezionali nella parte in cui deve identificare i costi efficienti del gestore e che invece può implicare valutazioni comparative di interessi nella parte in cui è volto a definire i margini di profitto dei gestori.

L'interpretazione restrittiva che in tal modo si realizza delle disposizioni dettate dal legislatore italiano sui poteri tariffari di Arera è d'altronde coerente con i principi generali in tema di regolazione indipendente: principi che, alla luce della carenza di legittimazione democratica delle autorità indipendenti, impongono agli interpreti di considerare come eccezioni all'ordinario carattere tecnico-economico delle scelte loro affidate – come tali da intendere appunto restrittivamente – i casi in cui le stesse possono e devono operare apprezzamenti propriamente discrezionali⁵¹.

E occorre aggiungere che questi stessi principi esigono che, laddove il legislatore abbia in effetti affidato ad un'autorità indipendente di regolazione dei compiti che implicano ponderazioni di interessi, essa, nell'ambito di tali ponderazioni, deve necessariamente tenere conto delle indicazioni finalistiche risultanti dalla legge o dagli orientamenti di politica generale formulati dal governo.

Rispetto alle (circoscritte) scelte discrezionali spettanti alle ANR, il rispetto di tali orientamenti non è solo consentito dalle norme euro-unitarie che si sono sopra considerate⁵², ma è anche imposto dai nostri principi costituzionali⁵³: cosicché, qualora ciò non avvenga, e ad esempio l'Arera, nel determinare le componenti tariffarie dirette a remunerare il capitale investito, non consideri adeguatamente gli obiettivi di politica energetica e/o sociale indicati dal governo, le determinazioni tariffarie dovranno in linea generale considerarsi illegittime per eccesso di potere.

4.1. Il tema dell'identificazione dei costi efficienti

Le considerazioni sopra formulate comportano ovviamente che il mancato riconoscimento in tariffa di costi di investimento e di funzionamento sostenuti dal gestore possa giustificarsi solo quando si tratti di costi non efficienti, ed escludono, altrettanto ovviamente, che le valutazioni inerenti alla efficienza dei costi, che sono e devono restare di ordine esclusivamente tecnico-economico, possano essere confuse ed assimilate con ponderazioni di carattere politico-discrezionale.

Ciò chiarito, si pone il tema dei limiti che il regolatore incontra quando persegue – coerentemente con la sua missione istituzionale – l'obiettivo di promuovere una maggiore efficienza dei gestori delle infrastrutture.

È questo un problema di notevole complessità, per le ragioni da tempo evidenziate in dottrina, e in primo luogo perché non è chiaro in quale misura il regolatore possa fare riferimento ad un'efficienza media, di settore, anziché considerare quella soggettiva di ogni singola impresa⁵⁴.

⁵¹ Su tale questione generale v. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 87 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., in part. p. 61 ss.

⁵² V. ancora l'art. 76, comma 4, lett. b), ii), direttiva 2024/1788/UE sul gas naturale e l'art. 57, comma 4, lett. b), ii), direttiva (UE) 2019/944 sull'energia elettrica, laddove prevedono che restano impregiudicati gli orientamenti di politica generale elaborati dal governo.

⁵³ V. ancora BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, in part. 75 ss.

⁵⁴ V. al riguardo, TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di*

Se è ormai pacifico che l'Autorità possa adottare criteri parametrici che inevitabilmente costringono le imprese meno efficienti ad intervenire sui loro costi, non sembra neanche ragionevole che la regolazione tariffaria possa divenire uno strumento per conformare dirigisticamente il mercato, espellendo dallo stesso le imprese che non possano in alcun modo adeguare la loro struttura dei costi alle prescrizioni del regolatore.

E in effetti dall'assai ricca giurisprudenza che in questi anni si è espressa sulla legittimità delle determinazioni tariffarie dell'Autorità, e in particolare di quelle volte a scremare *ex ante* costi considerati inefficienti, sembra emergere con chiarezza la convinzione che l'Autorità incontri, comunque, il limite rappresentato dalla soggettiva impossibilità per i gestori di conformarsi alle sue previsioni senza compromettere il loro conto economico.

Com'è stato infatti chiarito in una recente pronuncia, *“Non è dubitabile che la regolazione tariffaria debba perseguire l'obiettivo di incentivare l'efficienza operativa e l'aumento della produttività, anche a tutela dei clienti finali e della sicurezza del servizio, ma ciò non toglie che il regime tariffario deve comporre un sistema equilibrato e trasparente, che tenga conto delle differenze nei costi operativi derivanti da fattori esogeni e da contesti territoriali. Trascurare detti profili espone le imprese virtuose del settore al rischio di subire rilevanti perdite non causate da inefficienze gestionali, con conseguente estromissione dal mercato; al contempo orienta il mercato verso l'accentuarsi di forme monopolistiche, in contrasto con la finalità di promozione della concorrenza che la L. n. 481 del 1995 affida al Regolatore energetico. È compito di AREGA predisporre un regime tariffario che componga le 'ragionevoli esigenze degli utenti' tra cui quella al contenimento dei livelli tariffari, con l'interesse delle aziende virtuose al riconoscimento dei costi operativi efficienti che consenta loro di poter operare “in condizioni di economicità e di redditività”⁵⁵.*

È difficile non condividere tali conclusioni, che appaiono coerenti con le norme euro-unitarie sopra richiamate, in particolare laddove queste ultime, nel riferire il principio di *cost reflectivity* ai soli costi di un gestore efficiente, hanno cura di precisare che deve trattarsi di un gestore *“strutturalmente comparabile”*: il che esclude che le ANR possano imporre ai gestori obiettivi di efficienza parametrati sui costi di esercenti aventi dimensioni del tutto differenti o operanti in contesti territoriali completamente diversi.

Del resto, come si è già osservato, alle autorità di regolamentazione non è assegnato il compito di definire la struttura del mercato, con scelte di carattere sostanzialmente pianificatorio che possono avere implicazioni rilevanti anche sul piano politico. Una regolazione efficientistica che prescindendo dalle reali possibilità di adeguamento delle imprese, se può implicare dei vantaggi dal punto di vista della riduzione dei prezzi dell'energia, può peraltro comportare anche effetti negativi di ordine sociale, ad esempio in termini di riduzione dei livelli occupazionali. La ponderazione di tali vantaggi e svantaggi non sembra poter spettare, in assenza di esplicite indicazioni legislative, al regolatore indipendente e deve invece essere affidata, per le ragioni soprarichiamate, ad organi dotati della necessaria legittimazione politica.

ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi, cit., p. 177 ss.; TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, cit., p. 1 ss.; BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., p. 154 ss.

⁵⁵ Così Cons. Stato, II, 13 febbraio 2024, n. 1450 (sottolineatura aggiunta). E v. anche, nello stesso senso, tra le altre, Cons. Stato, II, 29 novembre 2023, n. 10294 e n. 10295.