



COMMENTI

Riparto di attribuzioni tra ARERA e Ministeri: la decisione del TAR Lombardia in tema di Certificati bianchi

Allocation of competences between ARERA and Ministries: the decision of the Lombardy Administrative Court about White Certificates

di Giulia Dalle Carbonare *

TAR LOMBARDIA MILANO, SEZ. I, 28 NOVEMBRE 2019 N. 2538 – PRES. GIORDANO – EST. VAMPA

“... l'Autorità ministeriale – pur animata dal meritorio intento di contribuire a stabilizzare l'andamento degli scambi dei certificati bianchi, il cui prezzo sul mercato regolato è stato connotato da significative oscillazioni al rialzo nel periodo giugno 2017 – febbraio 2018, al fine di calmierare gli impatti sulle tariffe elettriche e del gas, “a tutela dell'economicità degli strumenti di incentivazione e dell'esigenza di evitare forme di sovra-compensazione non proporzionali ai costi e ai rischi degli investitori”, ha (...) conformato la potestas regolatoria di Arera, finendo per svuotarla in parte qua di effettività e significanza; tratteggiato, al fine, regole dettagliate e vincolanti in una materia – quella tariffaria – indeclinabilmente rientrante, di contro, nell'officium decisorio della Autorità di regolazione. (...) Con il pedissequo recepimento del dettato ministeriale, Arera ha in sostanza abdicato dall'esercizio delle proprie indefettibili potestà regolatorie siccome inequivocabilmente scandite dal diritto dell'Unione e dall'ordinamento domestico ...».

Parole Chiave: Energia – ARERA – Ministeri – Riparto di attribuzioni – Potestà regolatoria – Indipendenza del regolatore – Certificati bianchi – Titoli di Efficienza Energetica – Competenza tariffaria – Valore massimo di riconoscimento – Contributo tariffario

Key Words: Energy – ARERA – Ministries – Allocation of competences – Regulation – Independence of regulatory authorities – White Certificates – Energy efficiency certificates – Tariffs – Price cap – Tariff contribution

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda. – 3. Autorità indipendenti e Governo: il concetto di indipendenza. – 4. Autorità indipendenti e Governo: la ripartizione delle attribuzioni nel settore dell'energia elettrica e del gas. – 5. Il potere tariffario. – 6. I Certificati bianchi. – 7. La copertura tariffaria dei costi sostenuti dagli operatori nell'ambito del meccanismo dei Certificati

* Avvocato.

1. Introduzione

Con la sentenza in commento, il TAR Lombardia ha affrontato il tema del riparto di attribuzioni tra ARERA e Ministeri nel settore dell'energia elettrica e del gas e dell'indipendenza della prima dai secondi.

In particolare, il TAR ha disposto l'annullamento, *in parte qua*, del Decreto interministeriale 10 maggio 2018 e, nel suo complesso, delle deliberazioni di ARERA 27 settembre 2018 n. 487/2018/R/EFR e 28 maggio 2019 n. 209/2019/R/EFR recanti la definizione del contributo tariffario a copertura dei costi sostenuti dai distributori di energia elettrica e gas naturale nell'ambito del meccanismo dei titoli di efficienza energetica (o "Certificati bianchi"), riconoscendo un indebito sconfinamento del potere ministeriale nelle potestà di ARERA e contestando a quest'ultima d'aver abdicato alle proprie funzioni di regolazione.

2. La vicenda

Alcuni distributori di energia elettrica hanno impugnato, con separati giudizi poi riuniti, la deliberazione di ARERA relativa a quanto detto in introduzione – unitamente ad altre successive¹ – e, quale atto presupposto, il Decreto interministeriale 10 maggio 2018².

In particolare, con censure rivolte contro tale Decreto e riproposte avverso gli atti di ARERA, è, per quanto qui rileva, lamentata l'illegittimità della fissazione ministeriale del tetto massimo al contributo tariffario per la copertura degli oneri sopportati nell'ambito del meccanismo dei Certificati bianchi ed il suo pedissequo recepimento da parte del Regolatore.

¹ I ricorrenti sono Acea Spa, mandataria di Areti Spa e Italgas Reti Spa. Resistono ARERA e il Ministero dello Sviluppo Economico, mentre quello dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare non risulta costituito in giudizio. Utilitalia S.p.a. è interveniente *ad adiuvandum* nel giudizio intentato da Acea.

Oltre agli atti gravati in principalità, sono impugnati: la Deliberazione ARERA 9 ottobre 2018 n. 501/2018/R/EFR di approvazione dell'aggiornamento del regolamento delle transazioni bilaterali e delle regole di funzionamento del mercato dei titoli di efficienza energetica, il documento "*Regole di funzionamento del mercato dei titoli di efficienza energetica*" e "*Regole di funzionamento per la registrazione delle transazioni bilaterali dei titoli di efficienza energetica*" del GME; la Deliberazione Autorità di Regolazione per Energia Reti Ambiente – ARERA del 28 maggio 2019 n. 209/2019/R/EFR di approvazione delle modalità proposte dal GSE ai sensi del Decreto interministeriale del 2018 impugnato in materia di titoli di efficienza energetica; l'Allegato A di tale delibera; la Deliberazione Autorità di Regolazione per Energia Reti Ambiente – ARERA del 25 giugno 2019 n. 273/2019/R/EFR di approvazione dell'aggiornamento del regolamento delle transazioni bilaterali dei titoli di efficienza energetica; il regolamento per la registrazione delle transazioni bilaterali dei titoli di efficienza energetica predisposto dal GSE e approvato con Deliberazione ARERA n. 273/2019/R/EFR; ogni altro atto presupposto, conseguente o connesso.

² Decreto dei Ministeri dello Sviluppo Economico e dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 10 maggio 2018 recante modifiche di altro precedente decreto, concernente la determinazione degli obiettivi nazionali di risparmio energetico che i distributori di energia elettrica devono perseguire per il triennio 2017-2020, di modifica e aggiornamento del Decreto, emanato dagli stessi Dicasteri, in data 11 gennaio 2017.

Secondo i ricorrenti, ciò sarebbe innanzitutto incompatibile con le norme, eurounitarie e nazionali, poste a presidio dell'indipendenza di ARERA ed integrerebbe un indebito sconfinamento, da parte dei Ministeri coinvolti, nelle competenze tariffarie dell'Autorità³.

Il TAR Lombardia, diffondendosi dapprima sulla sussistenza della propria competenza funzionale in materia e ricostruendo, poi, l'impianto normativo di riferimento, ha accolto tali doglianze.

Pur ravvisando, l'adito Tribunale, nell'agire ministeriale la finalità – in sé “*meritoria*” – di stabilizzare l'andamento sul mercato degli scambi dei Certificati bianchi, caratterizzato negli ultimi tempi da oscillazioni al rialzo, si sono, nella fattispecie, svuotate di effettività e significanza la potestà regolatoria e l'indipendenza di ARERA che, per parte sua, conformandosi alla volontà ministeriale, ha “*abdicato*” all'esercizio delle proprie funzioni.

Per meglio comprendere le statuizioni del TAR Lombardia si rendono necessari cenni al concetto di indipendenza dell'Autorità di regolazione, alle competenze ad essa attribuite nonché alcune premesse sui Certificati bianchi.

3. Autorità indipendenti e Governo: il concetto di indipendenza

Il riparto di competenze tra Autorità di regolazione e Governo è argomento sempre attuale ed intrinsecamente collegato alla tematica concernente l'indipendenza del Regolatore.

Com'è noto, l'Autorità di regolazione del settore dell'energia elettrica e del gas è stata istituita, a metà degli anni '90 del Novecento, in concomitanza con la realizzazione del processo di liberalizzazione-privatizzazione e apertura alla concorrenza che ha interessato tale ed altri settori dell'economia⁴.

Le privatizzazioni, infatti, fecero emergere l'esigenza di individuare soggetti, dotati di elevate competenze tecniche cui, appunto, affidare la regolazione dei settori liberalizzati.

Ciò, allo scopo di evitare che l'apertura concorrenziale di essi, comunque caratterizzati da “monopoli naturali”, pregiudicasse accessibilità e universalità dei servizi pubblici⁵: in quel momento, si ebbe l'ascesa delle autorità amministrative indipendenti⁶ ed il passaggio dal modello dello Stato-interventista a

³ I ricorrenti hanno contestato il DM anche per ragioni attinenti alla sostanza della disciplina adottata dal MISE e, in primis, per violazione del principio di *cost reflectivity*, ritenendo che la fissazione del tetto massimo al contributo per la copertura degli oneri sopportati per l'acquisto dei Certificati bianchi non rispetterebbe il criterio per cui le tariffe devono rispecchiare i costi di investimento e di esercizio del gestore, sempre che si tratti di costi efficienti.

⁴ Con l. 6 dicembre 1962, n. 1643 fu istituito l'Ente nazionale per l'energia elettrica (Enel), cui furono affidate tutte le attività e funzioni in materia di energia elettrica e trasferite in proprietà tutte le imprese del settore. Enel fu trasformato in società per azioni con d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. in l. 8 agosto 1992, n. 359.

⁵ Si rese necessario prevedere un sistema di intervento pubblico sussidiario finalizzato alla correzione dei “fallimenti” del mercato e dei suoi casi di “cattivo funzionamento”. Sul tema, si vedano, ex multis, P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 2, p. 337 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1996, 1, p. 5 ss.

⁶ Cfr. M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello “spazio regolatorio”: l'ascesa e il declino del modello*, in *Diritto pubblico*, 2004, 3, p. 1037 ss.

quello dello Stato-regolatore, chiamato a porre le regole e garantirne il rispetto da parte degli operatori economici nell'interesse pubblico⁷.

Se l'elevato livello di *expertise* rappresentava per tali soggetti un carattere essenziale, ad esso occorre necessariamente affiancarsi un altro requisito imprescindibile per lo svolgimento delle funzioni loro affidate: l'indipendenza, e dai poteri politici e dai soggetti regolati⁸, oggi espressamente richiesta anche dal diritto eurounitario⁹.

Le Autorità indipendenti sfuggono alla relazione tra Amministrazione in senso tradizionale e Governo (secondo il modello di cui all'art. 95 Cost.)¹⁰ e sono, dunque, (quantomeno per definizione) svincolate al potere direttivo e di controllo governativo ed al condizionamento politico, trovando nella legge sia la propria origine, sia l'interesse pubblico da perseguire.

L'ammissibilità costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti, in un primo momento messa in discussione per il loro difetto di legittimazione democratica, è problematica che si intende oggi risolta¹¹.

Invece, il requisito dell'indipendenza di tali soggetti è questione ripetutamente oggetto dell'attenzione dottrinale¹² poiché non sempre, nel concreto, rispettato, pur avendo esso carattere imprescindibile e, ciò, per svariati ordini di ragione che, brevemente, si riportano.

⁷ Cfr. M. CLARICH, *La "mano visibile" dello Stato nella crisi economico-finanziaria*, in questa *Rivista*, 2015, 2, p. 1 ss.

⁸ Art. 2, comma 5, l. 14 novembre 1995, n. 481 secondo cui "le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione; esse sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza". Sull'indipendenza delle Autorità amministrative indipendenti si veda E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, p. 7 ss. e p. 61 ss.

⁹ Direttiva (CE) n. 54/2003, art. 23; direttiva (CE) n. 72/2009 del 13 luglio 2009 artt. 35-37 in tema di energia, su cui *infra*; direttiva (CE) n. 73/2009 del 9 luglio 2009 artt. 39-41 in tema di gas naturale.

¹⁰ Anche la giurisprudenza definisce le autorità indipendenti "quelle Autorità amministrative preposte alla cura di interessi "sensibili" che abbisognano dell'apporto qualificato di organi muniti di competenze tecniche specialistiche e di una peculiare posizione di neutralità rispetto agli interessi (politici, economici e finanziari) coinvolti. Pur nell'eterogeneità delle formule organizzative e dei poteri ad esse attribuiti, il profilo di "indipendenza" che contraddistingue le Autorità indipendenti rispetto alle altre organizzazioni pure dotate di autonomia, si concreta nella frattura del tradizionale legame strutturale e funzionale che tradizionalmente lega le amministrazioni statali all'autorità di Governo, con la conseguenza che quest'ultimo – salvo che la legge espressamente disponga in senso diverso – è privo nei loro riguardi di poteri di direttiva e controllo" (Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2018, n. 5175).

¹¹ Secondo una tesi, al difetto di legalità sostanziale soccorre la legalità "procedimento". Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007 e 27 dicembre 2006, n. 7972 e M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 189 ss.; secondo altra tesi, l'esercizio della discrezionalità di tali soggetti avviene sempre entro una cornice legislativa, o quanto meno politica. Così N. BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, p. 167 ss.; altri infine notano che le autorità hanno copertura nel diritto eurounitario. Si veda sul punto M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in questa *Rivista*, 2018, 2, p. 170 ss.

¹² Si vedano ex multis M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, cit. e *Indipendenza e autonomia delle autorità amministrative indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013; S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2018, 3, p. 947 ss., che richiama M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Il Mulino, 2010, p. 13; S. LANZA-S. LUCATTINI, *L'Autorità per l'Energia tra competizione e cooperazione*, in questa *Rivista*, 2014, p. 2.

È stato, infatti, osservato che le funzioni affidate alle Autorità di regolazione (altamente tecniche; di tutela di diritti ed interessi sensibili; di regolazione di settori caratterizzati da investimenti di lungo periodo che richiedono stabilità della regolazione e prevedibilità della sua evoluzione¹³; para-giurisdizionali, sol per citarne alcune) mal si conciliano con il condizionamento politico e, più precisamente, con gli interessi particolari perseguiti di volta in volta dalle forze politiche di maggioranza; per tale ragione, si tratta di funzioni che non possono che essere svolte da soggetti capaci di resistere all'influenza governativa.

Inoltre, si è anche evidenziato come, atteso che nei settori d'interesse il mercato è *unico* ed *europeo* e non rispetta confini nazionali e che vi operano soggetti di diversa nazionalità destinatari delle decisioni dei regolatori nazionali, non possa accettarsi che tali scelte regolatorie siano assunte da soggetti non indipendenti dai poteri ed interessi politici interni.

Infine, se si tiene presente che lo Stato, non più monopolista-gestore dei servizi interessati dalle privatizzazioni, è divenuto detentore di partecipazioni nelle società operanti nei settori, l'esigenza di indipendenza dei Regolatori dal potere politico emerge ancor più evidentemente: chiaro è che attribuire al potere politico funzioni regolatorie significherebbe riconoscere al Governo il duplice, incompatibile, ruolo di regolatore e regolato.

4. Autorità indipendenti e Governo: la ripartizione delle attribuzioni nel settore dell'energia elettrica e del gas

Quelle dianzi espresse rappresentano le principali ragioni per cui le Autorità di regolazione devono essere indipendenti dal potere politico. Ciò detto, Autorità e Governo *convivono* nel settore dell'energia elettrica e del gas, ciascuno titolare di distinti poteri e funzioni¹⁴.

La legge istitutiva dell'Autorità di regolazione del settore dell'energia elettrica e del gas, pur conservando in capo al Ministero le funzioni autorizzatorie e concessorie, sembrava aver attribuito ad essa in via generale *tutti* i poteri di regolazione dei mercati energetici, sì da delineare un sistema di tipo tendenzialmente monistico¹⁵.

Quanto al ruolo del Governo, tale legge istitutiva aveva riservato ad esso il (*solo*) compito di indicare al Regolatore il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità corrispondenti agli interessi generali del Paese¹⁶.

Con i successivi interventi normativi si è assistito ad una graduale ri-attribuzione dei poteri nel settore in favore degli Uffici ministeriali¹⁷, vedendo rea-

¹³ Sul punto E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza dalla politica. Riflessioni a partire dai lavori di Nicola Bassi*, in questa Rivista, 2017, 2, p. 230 ss.

¹⁴ Sulla coesistenza delle Autorità indipendenti e del Governo nei settori regolati, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, cit., p. 70 ss.

¹⁵ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e il Governo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, 2, p. 435 ss.

¹⁶ Art. 2, comma 21, l. 14 novembre 1995, n. 481.

¹⁷ L'art. 1 *quinquies* d.l. n. 239/2003, conv. in l. 27 ottobre 2003, n. 290 ha attribuito al Ministero dello Sviluppo Economico il potere di accordare esenzioni al diritto di accesso dei terzi in favore di soggetti, non titolari di concessioni di trasporto e distribuzione di energia elettrica, che realizzano a proprio carico nuove linee elettriche di interconnessione con i sistemi lettrici di altri

lizzato, in dati casi, un riparto orizzontale di competenze tra Regolatore e Ministeri¹⁸ e, in altri, una suddivisione nella quale la posizione del Regolatore rimane subordinata a quella ministeriale, nell'assolvimento di funzioni consultive o di proposta¹⁹.

Si sono previsti, in particolare: il potere governativo di dettare gli "indirizzi di politica generale" del settore per l'esercizio delle attività dell'Autorità di regolazione; l'onere, per l'Autorità, di relazionare la propria attività al Governo annualmente; il potere sostitutivo del Governo quando l'Autorità, chiamata ad esercitare il proprio potere consultivo, non si pronuncia nei termini²⁰.

In definitiva, si è assistito al passaggio ad un sistema di dualismo che vede, appunto, affiancate l'Autorità di regolazione e quelle ministeriali²¹.

A livello europeo, non vi erano all'epoca prescrizioni specifiche in relazione ai requisiti delle Autorità nazionali di regolazione ed alle relative attribuzioni, atteso che le disposizioni allora in vigore avevano contenuto più che altro indicativo²².

Stati; in relazione a tale potere, si prevede l'intervento meramente consultivo dell'Autorità di regolazione, chiamata a rendere il proprio parere. In forza dell'art. 1, comma 8, l. 23 agosto 2004, n. 239, lo Stato rilascia "l'autorizzazione allo svolgimento delle attività di importazione e vendita del gas ai clienti finali rilasciata sulla base di criteri generali stabiliti"; il potere è esercitato "anche avvalendosi dell'Autorità".

¹⁸ Si vedano: l'art. 1, comma 2, del 16 marzo 1999, n. 79 che attribuisce all'Autorità ministeriale il potere di provvedere alla sicurezza ed alla economicità del sistema elettrico nazionale attraverso indirizzi aventi anche finalità di salvaguardia della fornitura e di riduzione della vulnerabilità del sistema ai quali l'Acquirente unico deve attenersi; l'art. 4, comma 2 del medesimo d.lgs. n. 79/1999 che attribuisce all'Autorità di regolazione il potere di fornire all'Acquirente unico le direttive per stipulare contratti di vendita con i distributori a condizioni non discriminatorie.

La definizione di riparto orizzontale di competenze è di D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 2004, 3, p. 1009 ss.

¹⁹ Si vedano i commi 8, 9, 11 dell'art. 3, d.lgs. n. 79/1999.

²⁰ Art. 1, commi 11, 12, 14, l. 23 agosto 2004, n. 239. Il potere sostitutivo è esercitato con DPR previa delibera del Consiglio dei Ministri e su proposta ministeriale.

²¹ Sul punto, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e il Governo*, cit.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 97 ss.; E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 52 ss.; *ibidem*, E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, p. 75 ss.

²² La direttiva (CE) n. 54/2003 del Parlamento Europeo e del Consiglio prevedeva, all'art. 23, che "Gli Stati membri designano uno o più organismi competenti con la funzione di autorità di regolamentazione. Tali autorità sono pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria elettrica. Esse hanno quantomeno il compito, mediante l'applicazione del presente articolo, di assicurare la non discriminazione, l'effettiva concorrenza e l'efficace funzionamento del mercato". La medesima Direttiva affermava che (considerando 15): "L'esistenza di un'efficace regolamentazione, attuata da una o più autorità nazionali di regolamentazione, costituisce un elemento importante per garantire un accesso non discriminatorio alla rete. Gli Stati membri specificano le funzioni, le competenze e i poteri amministrativi dell'autorità in questione. È importante che le autorità di regolamentazione abbiano lo stesso insieme minimo di competenze. Tali autorità dovrebbero essere competenti a stabilire o approvare le tariffe o, se non altro, le metodologie di calcolo delle tariffe di trasmissione e di distribuzione. Per evitare incertezze e controversie dispendiose in termini di tempo e di denaro tali tariffe dovrebbero essere pubblicate prima della loro entrata in vigore"; (considerando 17): "Per garantire a tutti gli operatori del mercato, compresi i nuovi operatori, un accesso effettivo al mercato, è necessario istituire meccanismi di bilanciamento non discriminatori e che rispecchino i costi. A tal fine, non appena il mercato dell'elettricità raggiunge un livello di liquidità sufficiente, sarebbe opportuno instaurare meccanismi di mercato trasparenti per la fornitura e l'acquisto di energia elettrica necessaria ai fini del bilanciamento. In assenza di un mercato liquido, le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero svolgere un ruolo attivo per garantire che le tariffe di bilanciamento siano non discriminatorie e rispecchino i costi. Al tempo stesso, dovrebbero essere istituiti incentivi adeguati per

In tale contesto, non sono mancati tentativi ministeriali di ingerenza nelle competenze dell'Autorità, con esercizio da parte del potere politico di funzioni che, anche nel quadro risultante dalle citate innovazioni normative, erano rimaste nella sfera del Regolatore.

A titolo esemplificativo, un caso di sconfinamento ministeriale nei poteri dell'Autorità si registra nel 2005 ed ha condotto ad un contenzioso, avviato proprio dal Regolatore a difesa delle proprie attribuzioni rispetto all'indebito intervento ministeriale²³: secondo l'Autorità, il potere politico aveva definito, quali modalità di ritiro dell'energia, misure concrete e specifiche, aventi lo scopo di rendere remunerativo per il produttore il corrispettivo d'acquisto, seppur si trattasse di un potere riservato per volontà legislativa al Regolatore²⁴.

In primo grado, l'adito tribunale aveva rigettato il ricorso, argomentando la sussistenza di sovrapposizioni delle attribuzioni del Regolatore e delle Autorità ministeriali. La sentenza è stata, poi, riformata in appello dal Consiglio di Stato che, pur non diffondendosi approfonditamente sulle motivazioni della propria decisione, ha evidenziato la chiarezza della disposizione attributiva, nella fattispecie, della competenza al Regolatore e dichiarato l'illegittimità dell'agire ministeriale sconfinante nelle attribuzioni dell'Autorità²⁵.

Detto ciò, nel descritto quadro normativo si sono poi inserite le Direttive del cd. "Terzo pacchetto energia" che hanno, invece, da un lato, espressamente introdotto l'obbligo per gli Stati membri di affidare la funzione regolatoria ad un soggetto *"funzionalmente indipendente da qualsiasi altro soggetto pubblico e privato"*²⁶ e, dall'altro, delineato le competenze delle Autorità di regolazione, ricomprendendovi il potere tariffario, la vigilanza ed il controllo, la comunicazione con altre autorità, anche a livello transazionale²⁷.

bilanciare l'immissione e il prelievo di energia elettrica e per non compromettere il sistema"; (considerando 18) "Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero poter fissare esse stesse o approvare le tariffe, o le metodologie di calcolo delle tariffe".

²³ Si tratta del Decreto del Ministro delle attività produttive, adottato di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio 24 ottobre 2005, pubblicato sulla G.U. n. 265 del 14 novembre 2005, relativo a *"Aggiornamento delle direttive per l'incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79"*.

²⁴ Si tratta dell'art. 13, comma 3, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

²⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28.3.2008, n. 1274.

²⁶ Art. 35, direttiva (CE) n. 72/2009 e art. 39, direttiva (CE) n. 73/2009.

²⁷ Art. 37 direttiva (CE) n. 72/2009 art. 41, direttiva (CE) n. 73/2009 secondo cui spettano alle Autorità di regolazione: il potere tariffario, il potere di vigilanza sul rispetto da parte dei gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione, dei proprietari dei sistemi, delle imprese elettriche, dei relativi obblighi; il potere di cooperare con altre autorità di regolamentazione e con l'Agenzia sulle questioni transfrontaliere; il compito di osservare ed attuare le decisioni dell'Agenzia e della Commissione; l'annuale presentazione di una relazione sull'attività svolta e sull'esecuzione dei suoi compiti alle autorità competenti degli Stati membri, all'Agenzia ed alla Commissione; il potere di provvedere affinché siano esclusi i trasferimenti incrociati fra attività di trasmissione, distribuzione e fornitura; la vigilanza sui programmi di investimento dei gestori dei sistemi di trasmissione e l'analisi di essi sotto il profilo della loro conformità con il piano di sviluppo della rete a livello comunitario con eventuale raccomandazione per la modifica di tali piani di investimento; la vigilanza sul rispetto delle norme relative alla sicurezza e all'affidabilità della rete e la definizione, anche unitamente ad altre autorità competenti, di norme e requisiti in materia di qualità del servizio e dell'approvvigionamento o contribuirvi insieme; la vigilanza sul livello di trasparenza, anche dei prezzi all'ingrosso, e sull'osservanza, da parte delle imprese elettriche, degli obblighi in materia di trasparenza; la vigilanza sul grado e sull'efficacia di apertura del mercato e la concorrenza a livello dei mercati all'ingrosso e al dettaglio, e la comunicazione di ogni informazione pertinente alle autorità preposte alla tutela della concorrenza con deferimento alle stesse dei casi di loro competenza; il monitoraggio di pratiche contrattuali restrittive; il rispetto della libertà contrattuale per quanto concerne i contratti di approvvigionamento interrompibili nonché i

Il recepimento è tuttavia avvenuto in Italia con disposizioni non sempre in linea con i dettami eurounitari, tanto che, a causa del mancato potenziamento, a livello interno, dell'autonomia del Regolatore – ed anzi dell'introduzione di previsioni idonee a comportare ingerenza governativa sulle sue scelte ed il suo operato – è stata avviata, nei confronti dell'Italia, una procedura di infrazione²⁸.

La procedura è stata poi archiviata, a seguito dell'inserimento, nella cosiddetta Legge Europea 2014, di norme volte all'adeguamento del sistema nazionale alle previsioni eurounitarie.

In particolare, conformemente alla volontà del Legislatore UE, si sono riservate all'Autorità di regolazione determinate competenze e si sono rimossi alcuni poteri ministeriali capaci di indebitamente incidere sulle attribuzioni dell'Autorità²⁹.

Le chiare prescrizioni eurounitarie, tali previsioni correttive interne, ma anche l'estensione delle competenze dell'Autorità a nuovi settori (dapprima in campo idrico, più recentemente in quello dei rifiuti) sono elementi che hanno consentito di notare come, contrariamente a quanto ipotizzabile sino a quel momento, non si stia assistendo ad una crisi del modello della regolazione indipendente, ma piuttosto al suo consolidamento ed alla sua metabolizzazione³⁰.

contratti a lungo termine a condizione che siano compatibili con il diritto comunitario e coerenti con le politiche della Comunità; il controllo del tempo impiegato dai gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione per effettuare connessioni e riparazioni; la garanzia di corretta applicazione delle misure di tutela dei consumatori; la pubblicazione di raccomandazioni sulla conformità dei prezzi di fornitura alle disposizioni eurounitarie; la garanzia di accesso ai dati del consumo dei clienti; la vigilanza sull'applicazione delle norme che disciplinano funzioni e responsabilità dei gestori dei sistemi di trasmissione, dei gestori dei sistemi di distribuzione, dei fornitori, dei clienti e di altri soggetti partecipanti al mercato; la vigilanza sugli investimenti in capacità di generazione sotto il profilo della sicurezza dell'approvvigionamento; il controllo della cooperazione tecnica tra operatori dei sistemi di trasmissione della Comunità e di paesi terzi; la vigilanza sull'applicazione delle misure di salvaguardia; l'apporto alla compatibilità dei processi di scambio dei dati per i principali processi di mercato a livello regionale.

²⁸ Il recepimento è avvenuto con d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93. La Commissione UE ha avviato la procedura di infrazione n. 2014/2286, segnalando che l'organizzazione del regolatore italiano non fosse improntata al Terzo Pacchetto Energia che potenzia l'autonomia dell'Autorità nazionale rispetto a poteri pubblici e privati. L'art. 32 del d.lgs. n. 93/2011 prevedeva che l'Autorità di regolazione disciplinasse i servizi di bilanciamento nel settore del gas sulla base degli indirizzi del MISE; la Commissione vi riconobbe una indebita interferenza governativa. La procedura di infrazione è stata archiviata a seguito dell'emanazione della l. n. 114/2015.

²⁹ La l. 29 luglio 2015, n. 114, fra l'altro, ha: attribuito all'Autorità di regolazione alcuni poteri di vigilanza che il d.lgs. 93/2011, nella versione antecedente la richiamata legge europea, riconosceva in capo ad essa ed al MISE (si veda l'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 93/2011); ridefinito il procedimento di elaborazione del Piano decennale di sviluppo della rete, dapprima oggetto di Decreto del MISE, sentita l'Autorità. Si è normativamente previsto che il Gestore trasmetta il piano all'Autorità di regolazione che lo sottopone a consultazione pubblica, dopodiché il MISE valuta la coerenza del Piano con la strategia nazionale, nel rispetto delle competenze dell'Autorità. A quest'ultima spetta valutare la coerenza del Piano con le esigenze emerse in sede di consultazione e monitorarne l'attuazione (competenza che, in base all'originario d.lgs. n. 93/2011, era condivisa con il MISE); attribuito all'Autorità di regolazione il potere di individuare modalità e condizioni di importazioni e esportazioni di energia elettrica per mezzo della rete di trasmissione nazionale, da esercitarsi *“tenendo conto degli indirizzi adottati dal MISE in relazione agli impegni sull'utilizzo della capacità di transito di energia elettrica derivanti da atti e da accordi internazionali, nonché da progetti comuni definiti con altri Stati”* (potere dapprima attribuito al MISE, sentita l'Autorità); eliminato alcuni poteri di indirizzo del MISE (art. 32).

³⁰ M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit.

5. Il potere tariffario

Tra i poteri tradizionalmente attribuiti all'Autorità di regolazione rientra il potere tariffario³¹.

Tale competenza è stata attribuita all'Autorità di regolazione sin dalla legge istitutiva che, ancora oggi, ne individua le finalità d'esercizio e gli obiettivi da perseguirsi³² ed è confermata, con previsione chiara ed espressa, anche dal diritto eurounitario³³.

Si tratta, infatti, di un potere regolatorio, altamente discrezionale e di elevata competenza tecnica settoriale, da esercitarsi come detto nel rispetto delle finalità imposte per legge, garantendo la partecipazione dei soggetti interessati³⁴.

È inoltre un potere che tocca i diritti sensibili degli utenti, assume rilevanza per gli operatori e i loro investimenti e richiede di raggiungere delicati equilibri tra gli interessi generali di approvvigionamento di servizi pubblici essenziali e di tutela della concorrenza.

È proprio, dunque, per le implicazioni derivanti dall'esercizio di tale potere che esso è attribuito alle Autorità amministrative indipendenti – in ragione delle loro specifiche caratteristiche – rappresentando per esse, secondo dottrina espressasi sul punto, il principale strumento di conformazione del mercato di cui dispongono³⁵.

In realtà, non sono mancati casi in cui il potere tariffario è stato esercitato

³¹ La tariffa viene definita come prezzo massimo unitario del servizio, al netto delle imposte. Sul punto, Cfr. M. RIZZO, *L'autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 6, 2014, p. 1387 ss. Il metodo "price cap" utilizzato per la determinazione della tariffa implica l'adozione del criterio dei costi-standard che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari, avrebbe dovuto sopportare, così da incentivare gli operatori del settore a migliorare l'efficienza. Come nota Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2481 l'obiettivo, invece, sarebbe "destinato al fallimento, se fossero assunti a parametro i costi concreti, a piè di lista, del soggetto affidatario, potendo questi ultimi essere anche il frutto di un esercizio inefficiente dell'attività economica oggetto del servizio". Sul potere tariffario delle Authorities si veda E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, cit., p. 154 ss.

³² Art. 2, comma 12, lett. e), l. 14 novembre 1995, n. 481, secondo cui l'Autorità "stabilisce e aggiorna, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe (...), nonché le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale 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 sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse (...), tenendo separato dalla tariffa qualsiasi tributo od onere improprio". Inoltre, l'art. 9, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 stabilisce che "le imprese distributrici hanno l'obbligo di connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio e purché siano rispettate le regole tecniche nonché le deliberazioni emanate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas in materia di tariffe, contributi ed oneri".

³³ Direttiva (CE) n. 72/2009, artt. 35-37; direttiva (CE) n. 73/2009, artt. 39-41 in tema di gas naturale.

³⁴ Tale potere, seppur insindacabile nel merito, soggiace al controllo giurisdizionale amministrativo neppure limitato al cosiddetto "sindacato debole", bensì esteso dall'esatta rappresentazione dei fatti sino all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante. Cfr., sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888, secondo cui "L'esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l'apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili, quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte".

³⁵ Così S. LANZA-S. LUCATTINI, *L'Autorità per l'Energia tra competizione e cooperazione*, cit.

direttamente dal Governo³⁶: ciò avvenne, ad esempio, con il Documento di Programmazione Economico Finanziaria del 1998 nell'imminenza delle dimissioni delle partecipazioni che lo Stato deteneva in Enel.

Come dottrina ha notato³⁷, si trattò di un intervento mosso dalla preoccupazione circa gli effetti che tale apertura al mercato potesse produrre sulle tariffe dell'energia elettrica³⁸.

Ancora, il Governo provvide a stabilire con proprio decreto i criteri per la determinazione delle tariffe, con un intervento straordinario ed urgente³⁹, anche per fronteggiare la spinta inflazionistica che il processo di piena liberalizzazione della vendita dell'energia elettrica e del gas avrebbe potuto provocare⁴⁰.

Al di fuori di tali "eccezionali" ipotesi, si rileva che anche tale potere non è stato insensibile a quel fenomeno di erosione delle competenze dell'Autorità cui si è assistito in tempi recenti: più precisamente, pur rimanendo quella tariffaria una competenza del Regolatore, in dati casi, sono stati attribuiti agli organi politici poteri di indirizzo della competenza tariffaria⁴¹.

6. I Certificati bianchi

Premesso quanto sopra in ordine al riparto di attribuzioni tra Autorità di regolazione e Governo, allo scopo di meglio comprendere le statuizioni del TAR Lombardia nella sentenza in commento, occorre brevemente soffermarsi sul sistema dei Certificati bianchi.

Introdotti con decreti ministeriali⁴² attuativi delle disposizioni legislative⁴³ che hanno previsto misure di incremento dell'efficienza energetica degli usi finali di energia ed attribuito alla potestà ministeriale la determinazione dei rela-

³⁶ Su cui *infra*.

³⁷ D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, cit.

³⁸ Enel fu formalmente privatizzata, assumendo la forma di società per azioni a totale partecipazione pubblica, con l. 8 agosto 1992, n. 359, di attuazione del d.l. 11 luglio 1992, n. 333. Le azioni Enel furono collocate sul mercato con offerta pubblica di acquisto a partire dal 1999.

³⁹ D.l. 4 settembre 2002, n. 193 convertito in l. 28 ottobre 2002, n. 238 che "ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di intervenire in materia di tariffe di pubblici servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481, con particolare riferimento alla necessità che il Governo stabilisca criteri generali per la determinazione delle tariffe stesse, che integrino quelli già predeterminati ai sensi di legge, anche alla luce del processo di privatizzazione in itinere dei servizi pubblici ... con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata su proposta del Ministro competente, sono stabiliti criteri generali integrativi per la determinazione delle tariffe dei servizi pubblici di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481".

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467.

⁴¹ S. LANZA-S. LUCATTINI, *L'Autorità per l'Energia tra competizione e cooperazione*, cit., nota che, secondo l'art. 3, comma 7, d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, l'Autorità esercita le proprie competenze tariffarie coerentemente con le finalità, di cui al medesimo comma, individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, circa mantenimento e realizzazione di impianti e infrastrutture relativi a energia elettrica e gas naturale.

⁴² Decreti del Ministero delle Attività Produttive 20 luglio 2004, nn. 15296 e 15298, art. 10 attuativi dell'art. 9, comma 1, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79.

⁴³ D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, relativamente all'energia elettrica, e d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, relativamente al gas naturale.

tivi obiettivi quantitativi, i Titoli di efficienza energetica (o “Certificati bianchi”) sono titoli emessi dal Gestore dei mercati energetici che attestano il conseguimento di risparmi energetici, appunto, negli usi finali dell’energia⁴⁴.

Essi rappresentano un meccanismo di incentivazione dell’efficienza energetica, al pari delle detrazioni fiscali per la riqualificazione energetica del patrimonio edilizio e del conto termico, utilizzato per ottemperare agli obblighi di promozione e tutela ambientale assunti dall’Italia sottoscrivendo il Protocollo di Kyoto.

Vengono, in particolare, utilizzati per raggiungere gli obiettivi di risparmio energetico che, ad oggi, secondo la normativa vigente, sono imposti ai distributori di energia elettrica e gas naturale che, nel biennio precedente l’anno d’obbligo, hanno avuto più di 50.000 clienti finali⁴⁵.

I soggetti obbligati al raggiungimento di obiettivi di efficienza energetica tramite acquisto di Certificati bianchi possono, alternativamente, ottenerne l’emissione se realizzano direttamente progetti ed interventi in linea con gli obiettivi o acquistarli da altri che ne abbiano la disponibilità per aver realizzato, appunto, interventi di efficientamento. Sono, dunque, titoli negoziabili che rappresentano (*dovrebbero rappresentare*) il risparmio di energia: un certificato corrisponde ad una “tonnellata equivalente di petrolio”⁴⁶.

Anche con riferimento alle tematiche dell’efficienza energetica e dei Certificati bianchi, il potere d’intervento nel settore è ripartito tra Autorità di regolazione del settore e Ministeri (in particolare, Ministeri dello Sviluppo Economico e dell’Ambiente).

Sinteticamente, per volontà legislativa: è competenza ministeriale individuare gli obiettivi quantitativi di efficientamento energetico che i distributori di energia e gas devono raggiungere⁴⁷; stabilire le modalità con cui tali obblighi si raccordano con gli obiettivi nazionali di risparmio energetico e quelle con cui i soggetti obbligati assolvono i propri obblighi acquistando Certificati bianchi⁴⁸.

È, invece, competenza dell’Autorità di regolazione del settore – già titolare, come s’è detto, del potere di stabilire e aggiornare le tariffe, i contributi, gli oneri – definire le modalità con cui i costi sostenuti per l’efficientamento energetico dalle imprese del settore trovano copertura in tariffa⁴⁹.

7. La copertura tariffaria dei costi sostenuti dagli operatori nell’ambito del meccanismo dei Certificati bianchi

Sin dall’introduzione del sistema, si è previsto che i costi sostenuti dai di-

⁴⁴ Per la definizione, si veda il d.lgs. 30 maggio 2008 n. 115, art. 2, lett. u).

⁴⁵ Art. 3, Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 11 gennaio 2017; inizialmente, e sino al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 28 dicembre 2012 (art. 3.1) gli obblighi riguardavano i distributori di energia elettrica e gas con non meno di 100.000 clienti finali nel biennio precedente l’anno considerato.

⁴⁶ Sul funzionamento del mercato dei certificati bianchi, M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 1, p. 219 ss.; S. BALZANO, *Alcune considerazioni in tema di efficienza energetica negli usi finali: le ESCO (Energy service companies)*, in *Foro amm. Tar.*, 2009, 3, p. 929 ss.

⁴⁷ Art. 9, comma 1, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e art. 7, comma 5, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁴⁸ Art. 7, comma 1, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

⁴⁹ Art. 7, comma 4, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

stributori per realizzare i progetti che consentono l'emissione dei Certificati potessero trovare copertura sulle componenti delle tariffe per il trasporto e la distribuzione di energia elettrica e gas naturale: con la conseguenza che il relativo costo è *traslato* sugli utenti finali⁵⁰.

Il Decreto ministeriale 11 gennaio 2017, n. 110654 – nella versione antecedente le modifiche oggetto dell'interesse del TAR nella vicenda qui in commento – confermava l'attribuzione ad ARERA del potere di definire le modalità per provvedere a tale copertura.

Nell'esercitare il proprio ruolo di indirizzo, il MiSE richiedeva all'Autorità di regolazione di provvedervi in maniera che il contributo riflettesse l'andamento del prezzo dei Certificati bianchi sul mercato ed eventualmente di quelli della libera contrattazione. Il Decreto attribuiva ad ARERA anche il potere di individuare il valore massimo del contributo riconoscibile in tariffa.

L'Autorità, nel dare attuazione con proprie deliberazioni a tale ultima previsione, aveva ritenuto di non fissare un valore massimo *"in termini assoluti"*.

ARERA, in accordo con gli operatori del settore coinvolti nei procedimenti per l'adozione delle sue deliberazioni come vuole la disciplina di riferimento, aveva infatti affermato di non ritenere opportuno fissare un valore massimo in termini assoluti *"in considerazione del rischio di alterazione delle dinamiche di domanda e di offerta sul mercato che si manifesterebbe di conseguenza"*.

In ragione di tale considerazione, l'Autorità aveva previsto di *"procedere con la definizione di un parametro percentuale massimo e di uno minimo, accogliendo con ciò le richieste da parte degli operatori"*⁵¹.

Ovviamente, dato che il contributo per la copertura di tali costi rappresenta una delle componenti della tariffa (e, più in particolare, degli oneri generali di sistema contenuti nelle bollette di energia elettrica e gas), le oscillazioni del suo valore, dovute – in base alle disposizioni ora citate – alle oscillazioni dei prezzi dei Certificati bianchi, si ripercuotono sull'ammontare delle bollette.

Tali ripercussioni non sono irrilevanti: si consideri, infatti, che, per una serie di ragioni legate al funzionamento del mercato dei Certificati bianchi, nonché a particolari eventi che lo hanno interessato, il prezzo dei Tee, tra il 2016 e l'inizio del 2018, è raddoppiato⁵².

È sulla base di tali circostanze che si è giunti all'emanazione del Decreto interministeriale 10 maggio 2018, oggetto della sentenza in commento.

Il Decreto ha, per quanto qui rileva, dato atto del sopra riportato notevole rialzo dei prezzi dei Certificati bianchi, evidenziandone la *sproporzione* rispetto ai valori sulla base dei quali gli operatori avevano, a suo tempo, operato le scelte di investimento, oltre che rispetto ai costi delle tecnologie di settore: l'Autorità ministeriale evidenzia che la *volatilità* dei prezzi dei Certificati bianchi potrebbe comportare incertezza negli operatori circa la scelta di fare nuovi investimenti, che sarebbero però idonei a generare nuovi risparmi energetici.

Conseguentemente, è espressa la necessità di assumere disposizioni finalizzate a stabilizzare l'andamento degli scambi dei Certificati bianchi sul mer-

⁵⁰ Decreti del Ministero delle Attività Produttive 20 luglio 2004, nn. 15296 e 15298, art. 9, abrogato dal Decreto ministeriale del 21 dicembre 2007, n. 29037 che ne ha riproposto in sostanza il contenuto.

⁵¹ Deliberazione 15 giugno 2017 435/2017/R/EFR.

⁵² Prezzi dei Tee: novembre 2016: 240 €/tee; gennaio 2017 190 €/tee; febbraio 2017: 267 €/tee; marzo 2017: 206 €/tee. Febbraio 2018: 427 €/tee, con rimborso tariffario era circa 315 €/tee.

cato, allo scopo di rilanciare gli investimenti fornendo un segnale di prezzo affidabile.

Sotto altro profilo, il Decreto esprime la necessità di compiere scelte idonee a *calmierare gli impatti sulle tariffe elettriche e del gas*.

Sulla base di tali premesse, che ad avviso di chi scrive già di per sé contengono valutazioni strettamente inerenti alla regolazione del settore che difficilmente possono ricondursi al potere di indirizzo spettante per legge all'Autorità ministeriale, il Decreto 10 maggio 2018 ha modificato il precedente introducendo la previsione che ha fissato, puntualmente, il valore massimo del contributo tariffario riconoscibile per ciascun Certificato bianco in € 250,00.

Si noti che tale previsione risultava presente già nello schema di decreto sottoposto, prima della sua emanazione, all'analisi di ARERA, chiamata dall'Autorità ministeriale a svolgere una funzione consultiva.

In tale occasione, e benché, come si è detto, il Regolatore avesse in precedenza ritenuto non opportuno fissare in termini assoluti un valore massimo del contributo riconoscibile in tariffa, ARERA non ha preso posizione sulla questione, condizionando invece il proprio assenso all'adozione di correttivi su altre questioni⁵³.

Successivamente, emanato il Decreto 10 maggio 2018, l'Autorità è stata chiamata a darvi attuazione e vi ha provveduto con la Deliberazione, finalizzata alla *celere* adozione delle modifiche regolamentari relative alla determinazione del contributo tariffario, oggetto anch'essa di gravame nel giudizio che qui si commenta.

Si noti che, nel contesto delle consultazioni che hanno preceduto tale Deliberazione, alcuni operatori⁵⁴ hanno assunto posizione contraria all'introduzione, tramite Decreto ministeriale, del tetto massimo del contributo tariffario: ciò, in particolare, richiamando quanto già in precedenza ritenuto dall'Autorità circa l'inopportunità di fissare tale valore in termini assoluti.

La successiva Deliberazione di ARERA non ha tuttavia evidenziato ragioni a giustificazione dell'inaccogliabilità di tali osservazioni e, al contrario, s'è limitata a recepire il contenuto del Decreto ministeriale⁵⁵, con il conseguente insorgere delle imprese vistesì fissare un tetto massimo al contributo ottenibile a copertura dei costi sostenuti per l'acquisto di Certificati bianchi.

8. La decisione del TAR Lombardia

Al fine di rendere la propria decisione, il TAR Lombardia ripercorre l'impianto normativo recante la disciplina della fattispecie, per giungere ad individuare i poteri attribuiti, nel settore, all'Autorità di regolazione ed ai Ministeri.

Si osserva che, alla luce del vigente quadro normativo, all'Autorità ministe-

⁵³ Dalla lettura del parere emerge che l'Autorità riconduce l'emanando Decreto interministeriale ai poteri di cui all'art. 7, comma 5, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, che viene richiamato unitamente all'art. 6, comma 2, del Decreto interministeriale 28 dicembre 2012.

⁵⁴ Osservazioni del Gruppo A2A e di Federesco al documento per la consultazione 385/2018/R/EFR "*Orientamenti inerenti la definizione del contributo tariffario nell'ambito del meccanismo dei titoli di efficienza energetica*".

⁵⁵ Delibera di ARERA 27 settembre 2018, n. 487/18. Anzi, l'Autorità nella Delibera spiega che, per quanto attiene agli aspetti di sua competenza, il Decreto ministeriale ha fra l'altro fissato il valore massimo di riconoscimento del contributo per ciascun Tee.

riale sono attribuiti i poteri di: determinazione degli obiettivi quantitativi di risparmio energetico che i distributori di energia elettrica e gas naturale devono raggiungere, nel rispetto delle delibere dell'Autorità di regolazione in materia di tariffe, contributi ed oneri⁵⁶; individuazione delle modalità con cui gli obblighi anzidetti imposti ai distributori di energia e gas si coordinano con gli obiettivi nazionali; introduzione degli obblighi di risparmio energetico gravanti sulle società di vendita di energia al dettaglio; individuazione della modalità con cui i soggetti obbligati – distributori e venditori al dettaglio – assolvono a tali obblighi tramite l'acquisto di Certificati bianchi⁵⁷; aggiornamento, previa consultazione dell'Autorità di regolazione, delle linee guida relative alla determinazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico che le imprese distributrici di energia devono raggiungere⁵⁸.

Per parte sua, e per quanto qui rileva, l'Autorità di regolazione del settore: individua le modalità con cui i costi sostenuti per realizzare progetti nell'ambito del meccanismo dei certificati bianchi trovano copertura sulle tariffe per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale; approva le regole di funzionamento del mercato e delle transazioni bilaterali relative ai certificati bianchi⁵⁹.

Ad avviso del TAR, sulla base del richiamato quadro normativo, è possibile affermare che al Governo, ed in particolare ai Ministeri dello Sviluppo Economico e dell'Ambiente, è attribuita la funzione di individuazione degli obiettivi quantitativi di risparmio energetico; ad ARERA, invece, sono attribuiti i poteri concernenti l'individuazione di tariffe, contributi ed oneri, compresa la determinazione delle modalità tramite le quali i costi sostenuti dai soggetti obbligati per assolvere gli obblighi di efficienza energetica possano essere recuperati in tariffa.

Viene evidenziato che i *munera* attribuiti ad ARERA in materia tariffaria si iscrivono tra i generali poteri tariffari attribuiti al Regolatore dalla legge di sua istituzione e l'intero sistema risulta conforme al dettato normativo eurounitario che impone agli Stati membri di attribuire la "reggenza" e la regolazione del settore in questione ad Autorità amministrative con competenze tecniche, indipendenti dagli organi governativi e dagli interessi del mercato e di dotarle di risorse, poteri e garanzie di indipendenza, in particolare rendendole capaci di assumere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione e garantendo che non sollecitino, né accettino istruzioni da soggetti pubblici o privati.

Ad avviso del TAR Lombardia, il quadro normativo richiamato è stato sempre rispettato dai provvedimenti regolamentari susseguitisi nel tempo, sino al Decreto interministeriale 11 gennaio 2017 che dettava, infatti, linee di indirizzo generiche che l'Autorità avrebbe dovuto utilizzare per calcolare il contributo e sottolineava la necessità di fissare un valore massimo di riconoscimento di tale contributo, senza però spingersi a pronunciarsi sul *quantum* di tale contributo tariffario riconoscibile e, dunque, nella competenza del Regolatore indipendente.

La sentenza prosegue notando che la formulazione del Decreto interministeriale 2017, anche successivamente alle modifiche apportate dal successivo Decreto del 10 maggio 2018, attribuisce ad ARERA la competenza a determinare la copertura dei costi ed il valore massimo di riconoscimento: cionono-

⁵⁶ Art. 9 d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 per l'energia elettrica e art. 16, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 per il gas naturale.

⁵⁷ Art. 7, comma 1, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

⁵⁸ D.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

⁵⁹ Art. 7, comma 4, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

stante, tale Decreto, con le modifiche apportate nel 2018, ha fissato il valore massimo di riconoscimento tariffario per ciascun Certificato bianco.

La citata previsione, contraddittoria rispetto al contenuto stesso del Decreto in questione, ha, secondo il TAR, *svuotato in parte qua di effettività e significanza la potestas regolatoria di ARERA*, indebitamente sostituendo al potere del Regolatore il potere ministeriale.

La sentenza prosegue evidenziando come il potere esercitato dai Ministeri non sia riconducibile ad alcuna delle previsioni normative che compongono il quadro di riferimento, più sopra citato.

In particolare, tale potere non è riconducibile né al compito di fissare gli obiettivi quantitativi di risparmio energetico, né a quello di individuare modalità di raccordo tra obblighi di efficientamento che fanno capo alle imprese e obiettivi nazionali di risparmio energia, né, infine, a quello di determinazione dei modi di assolvimento di tali obblighi tramite acquisto di Certificati bianchi.

Evidenziando, dunque, come il potere nel concreto esercitato non trovi fondamento nella volontà legislativa, precisa il TAR che, laddove le norme vigenti fanno riferimento sia a provvedimenti ministeriali, sia a provvedimenti del regolatore, quali strumenti per *“rendere coerente con la strategia complessiva e razionalizzare il sistema dei certificati bianchi”*, tali norme richiamano *“le potestà e le reciproche sfere di competenza ivi normativamente foggiate”*⁶⁰ senza attribuirne di nuove: laddove il Legislatore avesse inteso introdurre nuovi poteri e facoltà, altro sarebbe stato il dettato normativo espressivo di una simile volontà.

In altre parole, il generico rinvio ai provvedimenti ministeriali e dell'Autorità integra, per l'appunto, un *rinvio* ai rispettivi poteri attribuiti per legge: non ne sono introdotti di nuovi o diversi rispetto a quelli cui ci si riferisce.

Per queste ragioni, il TAR ritiene che la fissazione del valore massimo di riconoscimento, ad opera del Decreto interministeriale 10 maggio 2018, sia in contrasto con le disposizioni che attribuiscono all'Autorità di regolazione tale potere.

Di tale potere⁶¹, la sentenza sottolinea la natura decisoria: la volontà legislativa non può dirsi rispettata relegando l'Autorità all'espletamento di una funzione meramente consultiva.

Ciò è al contrario è avvenuto nella fattispecie, in quanto, come si è visto, l'Autorità è stata coinvolta per meramente rendere parere sul Decreto interministeriale 10 maggio 2018.

Su queste premesse, il TAR dispone l'annullamento del Decreto interministeriale impugnato nella parte in cui fissa il valore massimo del contributo di riconoscimento tariffario dei contributi per l'acquisto di Certificati energetici; in via derivata, il TAR dispone altresì l'annullamento delle successive deliberazioni di ARERA che hanno dato attuazione alla volontà ministeriale, poiché con esse ARERA ha puntualmente fissato il valore in questione considerando la determinazione ministeriale un *“presupposto di fatto”* intangibile in quanto proveniente da fonte di rango sovraordinato *“da cui prendere le mosse per la successiva elaborazione delle scelte regolatorie”*.

Nell'evidenziare che ciò ha comportato l'abdicazione da parte di ARERA

⁶⁰ Il riferimento è all'art. 29, d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, secondo cui con i provvedimenti ex art. 7, d.lgs. 30 maggio 2008, i) sono stabilite le modalità con cui gli obblighi ricadenti su distributori e venditori si raccordano con gli obiettivi nazionali di efficienza energetica; ii) sono stabiliti i criteri per determinare il contributo tariffario per i costi sostenuti dai soggetti obbligati per il raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico.

⁶¹ Attribuito con l'art. 7, comma 4, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115.

dall'esercizio dei propri poteri, il TAR si spinge a sottolineare che, in un simile contesto, l'Autorità di regolazione avrebbe dovuto rivendicare la propria esclusiva sfera di competenza in materia tariffaria ed a esercitarla prescindendo dalle determinazioni ministeriali e, anzi, disapplicandole in quanto fonti secondarie contrastanti con fonti primarie.

Nella sentenza non è omissa il riferimento alle ragioni sottese all'agire ministeriale: il TAR ravvisa nella volontà ministeriale la finalità – in sé *meritoria* – di calmierare gli impatti tariffari delle oscillazioni dei prezzi dei Certificati bianchi, ritenendo però che tale intento non possa, comunque, giustificare una deviazione dalla volontà legislativa.

La sentenza si conclude rammentando che il disposto annullamento degli atti in questione, quali atti regolamentari, produce effetti nei confronti di tutti i suoi possibili destinatari, e non, dunque, limitatamente alle parti del giudizio che ha condotto alla sua caducazione.

9. Riflessioni conclusive, anche alla luce della Deliberazione ARERA 10 dicembre 2019 529/2019/R/EFR

Anzitutto, è possibile notare che, con la sentenza in commento, il TAR ha inteso fornire una lettura delle norme di riferimento fedele al dettato testuale e coerente con il complessivo quadro, nazionale ed eurounitario, in cui le stesse sono inserite: la motivazione della sentenza in questione è, in sostanza, rappresentata dalla ricostruzione delle disposizioni di legge che regolano il settore e dalla loro applicazione che può dirsi letterale.

Ciò, quasi a voler confermare che, per quanto attiene alle Autorità amministrative indipendenti, ed in particolare alle competenze ad esse attribuite, occorre farsi riferimento, *unicamente*, alla legge ed alla sua volontà.

La chiara lettura normativa fornita dal TAR pone in evidenza l'impossibilità di discostarsi dalla volontà legislativa, neppure in presenza di finalità meritorie sottese all'agire degli operatori: non a caso, il TAR sottolinea di conoscere l'obiettivo dell'agire ministeriale, che giudica *meritorio*, ma inidoneo a legittimare una deviazione dalla volontà legislativa⁶².

Inoltre, la sentenza, con tale rigorosa lettura normativa, esprime con decisione una posizione tutelante delle potestà regolatorie dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.

Ciò, da un lato, consente di confermare l'attualità dell'orientamento dottrinale che ha escluso una crisi del sistema delle Autorità indipendenti: l'intervento del TAR può ricomprendersi tra quei "correttivi" che interessano un sistema che, dopo prime fasi di rodaggio, si sta consolidando e verso il quale anche la giurisprudenza dimostra, dunque, un atteggiamento di favore di fondamentale importanza.

Da altro punto di vista, la decisione permette di rinnovare le considerazioni

⁶² Ciò nel pieno rispetto della c.d. teoria dei poteri impliciti, secondo cui, se può ammettersi, nel diritto amministrativo, che la competenza si determini "per obiettivi", occorre in ogni caso attenersi alla volontà legislativa. Sulla teoria dei poteri impliciti si vedano N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; ID., *I poteri amministrativi di regolazione al cospetto del principio di legalità: osservazioni su alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice amministrativo per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 281 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 5, p. 703 ss.

già svolte, a livello normativo, dottrinale, giurisprudenziale, in merito alla essenzialità del requisito dell'indipendenza dei regolatori dei servizi economici ed all'importanza dell'individuazione di una demarcazione, netta, tra le competenze degli organi politici e quelle dei regolatori: il TAR non usa mezzi termini e contesta all'Autorità d'aver abdicato alle proprie funzioni di regolazione.

In conclusione, si rileva che, con Deliberazione del 10 dicembre 2019, ARERA ha dato avvio al *“procedimento di riforma del contributo tariffario in esecuzione della sentenza del TAR Lombardia 2538/2019”*⁶³.

Secondo tale Deliberazione, l'avviato procedimento è finalizzato all'aggiornamento del valore del contributo per l'anno 2018, *in funzione dei nuovi criteri che saranno adottati* dalla stessa Autorità *in piena autonomia*, come riconosciuto nella sentenza in questione, *continuando a perseguire l'incentivazione del comportamento efficiente degli operatori e il contenimento dell'impatto degli oneri in capo ai clienti finali*.

Nella Deliberazione, ARERA esprime, altresì, la *necessità* e l'*urgenza* di dettare, nelle more della conclusione del procedimento per l'esecuzione della sentenza del TAR, una disciplina di immediata attuazione *al fine di assicurare certezza agli operatori* anche in ragione degli affidamenti da essi riposti sul quadro normativo di riferimento.

Occorrerà, dunque, attendere le prossime determinazioni dell'Autorità per verificare se essa intenda *concretamente* ottemperare a quanto statuito dal TAR Lombardia circa l'effettivo esercizio di quelle funzioni, di tutela di funzionamento del mercato, che le sono proprie.

⁶³ Deliberazione 529/2019/R/EFR del 10 dicembre 2019.