

Luca Caianiello

**I RECENTI SVILUPPI DELLA
REGOLAZIONE INDIPENDENTE IN
EUROPA, ALLA LUCE DEL
MODELLO ORGANIZZATIVO
EMERSO CON L'ISTITUZIONE
DELL'ACER: ALCUNE RIFLESSIONI
A MARGINE DI UNA RECENTE
SENTENZA DELLA CORTE DI
GIUSTIZIA E DEL QUADRO
AMMINISTRATIVO EUROPEO
DOPO LISBONA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LUCA CAIANIELLO

**I RECENTI SVILUPPI DELLA REGOLAZIONE
INDIPENDENTE IN EUROPA, ALLA LUCE
DEL MODELLO ORGANIZZATIVO EMERSO CON
L'ISTITUZIONE DELL'ACER: ALCUNE RIFLESSIONI
A MARGINE DI UNA RECENTE SENTENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DEL QUADRO
AMMINISTRATIVO EUROPEO DOPO LISBONA**

The Agency for the cooperation of energy regulators (Acer) represents an important improvement in the traditional figure of the European regulatory agency, because it creates a new model of European administrative organization. This model is structured on the functioning of European networks and is based on the independence paradigm. The employment of this (new) model can be considered an interesting instrument for the regulation of markets in the EU, solving some structural problems of the political power. However, this can also be a potential threat for the democracy. For these reasons, it is essential to analyze the evolution of Acer and the main features of its model. It is also fundamental to analyze the most important elements and principles of EU primary law and EU secondary law concerning energy regarding the new model as well as significant jurisprudence. In fact, the main aim of this article is to understand, in the light of EU legal framework, positive and negative aspects of this new model in order to offer, if possible, a useful contribution to the general debate of independent regulation in Europe.

SOMMARIO: Ambito d'indagine. — 1. Qualche cenno sulla nascita dell'Acer... — 2. *Segue*. ...e di un nuovo modello organizzativo. — 3. Quale indipendenza per l'Agenzia-rete? — 3.1. Destrutturazione del modello: le Anr, gli organi e i funzionari dell'Acer, nelle disposizioni regolamentari di base. — 3.2. Profili ricostruttivi del nuovo modello, alla luce del quadro giuridico emerso dopo Lisbona. — 4. I poteri sostitutivi dell'Acer. — 4.1. Le implicazioni organizzative. — 5. I poteri sostitutivi dell'Acer, nella sentenza della Corte di giustizia, 22 gennaio 2014, causa C-270/2012.

— 5.1. Brevi riflessioni sulla individuazione della base legale dell'Acer. — 5.2. Una ri-lettura della giurisprudenza *Meroni*. — 6. Il nuovo modello: gli insegnamenti del passato e le aspettative per il futuro.

AMBITO DI INDAGINE.

Il processo di integrazione amministrativa europea degli ultimi anni ha fatto emergere una vasta varietà di nuovi organismi (1) e schemi regolativi improntati *lato sensu* all'«indipendenza», che hanno indotto gli specialisti del settore, in modo particolare, i giudici, le istituzioni politiche e i giuristi, più attenti a queste dinamiche, ad interrogarsi sulla portata di tali cambiamenti.

In questo senso, una delle novità più significative è rinvenibile nell'istituzione dell'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia (Acer), la cui configurazione istituzionale presenta delle specificità rilevanti rispetto alla tradizionale esperienza delle agenzie europee (2), in quanto assorbe elementi caratteristici di altre figure organizzative e schemi regolativi (ci si riferisce, in particolare, nel primo caso, alle agenzie europee e alle autorità indipendenti; nel secondo, all'integrazione decentrata, alle reti e al concerto regolamentare europeo), dando vita ad un modello nuovo ed innovativo, particolarmente idoneo al rafforzamento della regolazione indipendente.

Lo sviluppo del nuovo modello di agenzia europea rappresenta un'importante occasione per il rafforzamento dei partenariati amministrativi europei, volto ad incidere (positivamente) sulla *governance* del settore energetico, così come su quella di altri settori di rilevanza europea (3), in termini di maggiore trasparenza, imparzialità, effi-

(1) Si pensi ad organismi quali: l'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (Acer); le tre autorità indipendenti — l'Autorità bancaria europea (Abe), l'Autorità europea delle assicurazioni e dei fondi aziendali e professionali (Aeap) e l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (Aesfem) — che operano nell'ambito del settore finanziario della vigilanza microprudenziale; l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec).

(2) Sulla figura di agenzia europea, particolarmente esaustiva l'opera di E. CHITI, *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002. Per una ricostruzione sintetica del modello di agenzia europea, si v., anche, E. CHITI, *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, Cedam, 2009, p. 21 ss. Per una ricostruzione complessiva della figura di agenzia europea, diversa da quella cui si è aderito in questo lavoro, si v., tra gli altri, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, p. 140 ss.

(3) Non è da escludere, infatti, che il modello venga adottato anche in altri settori di

cienza, inclusività ed *accountability*. Cionondimeno, una tale evoluzione non si presenta affatto agevole. Essa, infatti, poiché implica un irrobustimento e/o accrescimento delle prerogative di organismi « tecnici » ed « indipendenti », alimenta, grandemente, la problematica (già ampiamente avvertita) del *deficit* democratico delle agenzie europee, rispetto a cui, pertanto, bisogna prestare particolare attenzione, tenendo conto della normativa settoriale di riferimento e, soprattutto, ponendo in essere un attento vaglio di legittimità « costituzionale », da effettuare sulla base del nuovo quadro giuridico emerso dopo Lisbona e della più recente giurisprudenza dell'Unione europea.

1. QUALCHE CENNO SULLA NASCITA DELL'ACER...

Per cogliere le specificità del nuovo modello, appare utile tenere conto del percorso istituzionale che ha condotto alla nascita dell'Acer, in quanto descrive delle linee di sviluppo geneticamente differenti rispetto a quelle rinvenibili nelle agenzie tradizionali (4).

L'Acer è, innanzitutto, il risultato di un processo « *bottom up* », che trova le sue origini nella libera volontà delle Autorità nazionali di regolamentazione (Anr) (5). È grazie ad esse che si sviluppano sedi di incontro spontanee tra la pluralità degli *stakeholders* del settore energetico che, a cominciare dalle esperienze dei *fora* di

rilievo europeo. Anzi, in un certo senso, ciò è già avvenuto, con riferimento alle tre autorità europee di vigilanza (Abe, Aeap e Aesfem). In relazione agli elementi comuni e di differenza tra il modello emerso con l'istituzione dell'Acer e quello rinvenibile nelle tre autorità europee di vigilanza, si v. V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M.P. CHITI e A. NATALINI (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 152-156.

(4) Come si evince dalla Comunicazione della Commissione, n. 135, dell'11/03/2008, concernente « Il futuro delle agenzie europee », p. 3, le agenzie « europee » ovvero di « regolazione » possono essere definite anche « tradizionali », a causa del loro ruolo consolidato in ambito europeo, ovvero « decentrate », in quanto disseminate su tutto il territorio dell'Unione. È bene, poi, sottolineare che ci si riferisce ad organismi profondamente diversi dalle c.d. « agenzie esecutive europee », in quanto queste non si configurano quali poli di riferimento di complessi sistemi integrati ma rappresentano una mera forma di esternalizzazione organizzativa della Commissione.

(5) Al riguardo, F. DI PORTO, *La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, in *Amministrazione in Cammino*, <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>, 2011, p. 12 e nota 31, osserva che « il settore è sempre stato caratterizzato dalla presenza di numerose associazioni e organizzazioni internazionali tra imprese deputate alla gestione congiunta di questioni di rilevanza transnazionale (scambi, congestioni, ecc.). Ad esempio, nel mercato elettrico, tali organismi sono sorti spontaneamente già a partire dagli anni '50 del secolo scorso ».

Firenze e Madrid, aprono le porte a forme di integrazione amministrativa via via più intense e complesse. Nasce, così, in un primo momento, il Consiglio europeo dei regolatori dell'energia (Ceer), successivamente, per volontà della stessa Commissione, il Gruppo dei regolatori europei per l'energia e il gas (Ergeg), che avvalorava il precedente modello, nato spontaneamente ad opera delle Anr. L'esperienza dell'Ergeg, però, pur positiva, non viene ritenuta una mossa sufficiente sulla strada del consolidamento del mercato interno dell'energia e si avverte, dunque, da più parti, la necessità di trovare una soluzione più soddisfacente.

Dal dibattito istituzionale emerge con chiarezza che è convinzione generale del settore e dello stesso Ergeg proseguire sulla strada del rafforzamento di una rete interconnessa di Anr. Allo stesso tempo la Commissione ritiene che l'elevata competenza tecnica delle Anr costituisca un contributo essenziale per la regolamentazione di un settore complesso come quello energetico e che la costruzione di una « struttura centrale indipendente » rappresenti la soluzione ideale per incentivare la cooperazione tra i regolatori dell'energia.

Sulla scorta di tali convincimenti, il Consiglio europeo, dell'8 e del 9 marzo 2007, invita la Commissione a proporre l'istituzione di un organismo indipendente, volto ad intensificare la cooperazione e la partecipazione delle Anr. Così, il 13 luglio del 2009, nel quadro del c.d. « terzo pacchetto energia » (6), viene istituita, con regolamento (CE) n. 713, l'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia, con lo scopo di appianare le divergenze regolatorie statali, sviluppando un sistema di integrazione strutturale e funzionale delle Anr di settore, fondato sullo scambio di esperienze e di informazioni (7). In tal senso, l'attività dell'Acer è funzionale a quella delle Anr, che possono trarne giovamento sia sul piano individuale nazionale, mediante il confronto tra esperienze diverse, sia sul piano collettivo europeo, ricorrendo a sedi istituzionali stabili di coopera-

(6) Il « terzo pacchetto energia », adottato dal Consiglio e dal Parlamento europeo il 13 luglio 2009, è composto da due direttive (2009/72/CE per l'energia elettrica e 2009/73/CE per il gas), da due regolamenti (CE) n. 714/2009 e n. 715/2009 rispettivamente, il primo per l'energia elettrica, il secondo per il gas, e dal regolamento (CE) n. 713/2009, che istituisce l'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia (Acer). Sul terzo pacchetto energia, si cfr. E. BRUTI LIBERATI, E. PONTAROLLO, P. RANCI, O. TORRANI, *La regolazione dei mercati energetici nel « terzo pacchetto » comunitario*, Milano, Vita e Pensiero, 2010 e A. CANEPA, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del « terzo pacchetto » legislativo*, in *Amministrare*, 2009, fasc. 2.

(7) Si cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo e al Parlamento, del 10 gennaio 2007, relativa ad « Una politica energetica per l'Europa ».

zione, che siano in grado di abbattere i costi di transazione legati agli scambi transfrontalieri o comunque aventi rilevanza ultranazionale.

La scelta organizzativa del legislatore europeo, ricadente su di una agenzia europea, si allinea alle limitazioni poste dalla c.d. giurisprudenza *Meroni* (8), secondo cui la creazione di nuovi soggetti comunitari è legittima solo nel caso in cui non venga messo a repentaglio l'equilibrio istituzionale europeo, non potendo implicare l'esercizio di poteri discrezionali. È, infatti, questa la ragione principale per cui non viene accolta l'ipotesi di creare un'autorità europea di regolazione. Per di più, tale soluzione non sarebbe stata, probabilmente, neanche auspicabile, atteso che il lavoro delle Anr non pare sostituibile con quello di un regolatore sovranazionale, date le forti differenze tecniche ed economiche tra i vari Stati membri (9).

La scelta di ripiegare su di una agenzia europea è, poi, il chiaro frutto di un compromesso politico (10). Le ipotesi prospettate dalla Commissione, di estendere i propri poteri di controllo nei confronti delle Anr oppure di creare un regolatore indipendente, si scontrano con le posizioni dei regolatori nazionali e degli Stati membri, preoccupati di non perdere parte delle loro prerogative a vantaggio di una istituzione sovranazionale « forte ». Peraltro, gli Stati membri manifestano contrarietà anche al rafforzamento dei poteri e dell'indipendenza delle Anr. L'unica strada percorribile prevede, allora, di rafforzare il ruolo e i poteri di una struttura organizzativa preesistente (la « rete » di Anr (11)) e di incardinarla in un organismo

(8) Trattasi di quell'orientamento, espresso dai giudici comunitari, nelle sentenze del 13 giugno 1958 (cause 9/56 e 10/56), riconducibile alla delega di poteri delle istituzioni europee ad organismi terzi, secondo cui il conferimento di poteri alle agenzie europee è da ritenersi legittimo solo in relazione a « poteri esecutivi ben definiti », non discrezionali e sottoposti ad uno stretto controllo da parte dell'autorità delegante (Consiglio o Commissione).

(9) Al riguardo, F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 55 ss., ritiene che per la stessa ragione sia fallito anche il progetto di istituire un'autorità europea nel settore delle telecomunicazioni, dove, peraltro, il livello di integrazione concorrenziale del mercato è superiore.

(10) L. AMMANATI, *Il ruolo dell'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia nella governance e nella regolazione del settore energetico*, Amministrazione In Cammino, <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>, p. 14-15. Più in generale, si v. anche E. CHITI, *Le Agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, cit., p. 435, il quale ritiene che l'emersione delle agenzie europee sia il risultato di un compromesso di tipo politico tra gli Stati membri e l'amministrazione sovranazionale, necessario al perseguimento e allo sviluppo del mercato unico, in quanto è dal conflitto tra la continua espansione dei poteri comunitari e le rivendicazioni statali, tese a non vedere del tutto accantonato il criterio dell'esecuzione indiretta del diritto comunitario, che si sviluppa questa figura organizzativa.

(11) In effetti, ciò non ha costituito particolari problemi sotto il profilo organizzativo, in

dotato di una chiara indipendenza rispetto al potere politico nazionale, alla Commissione, nonché ai privati (l'Acer, appunto).

Bisogna, poi, ricordare che lo sviluppo di questa agenzia indipendente, al pari di altre simili esperienze (12), non rappresenta il risultato di un disegno istituzionale predeterminato da parte delle istituzioni comunitarie, quanto, piuttosto, la risposta a contingenti problemi ed interessi di settore (13), che conduce ad una figura giuridica peculiare, inscrivibile, comunque, nel novero delle agenzie europee.

Quanto alle analogie più evidenti con il modello consolidato, l'Acer rappresenta una sede istituzionale volta a strutturare la cooperazione tra la pluralità degli apparati pubblici (dell'Unione europea e nazionali) competenti. Sotto il profilo funzionale, si configura quale organismo ad alta specializzazione tecnica, i cui poteri sono confinati entro i limiti tracciati dalla risalente giurisprudenza *Meroni*. Essa, pertanto, è chiamata ad esercitare compiti essenzialmente consultivi e strumentali, posto che l'esercizio di poteri discrezionali è riservato, in via ordinaria, alla Commissione. In tal senso, il ruolo dell'Acer è prevalentemente ausiliario rispetto ai soggetti di amministrazione attiva, deputati all'esercizio di poteri cogenti.

Ciò detto, meritano di essere sottolineate alcune specificità di rilievo. Innanzitutto, la configurazione organizzativa interna segue solo in parte quella tradizionale (14), aggiungendosi alle classiche

quanto, come osserva S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID., *Lo Spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 21 ss., la « rete » rappresenta una figura organizzativa caratterizzata da alcuni elementi distintivi di base quali la flessibilità, l'alto dinamismo, la capacità di inclusione ed esclusione di soggetti presenti a diversi livelli, la collaborazione e l'interdipendenza.

(12) Ci si riferisce, in particolare, alle tre autorità indipendenti europee, che operano nell'ambito del settore finanziario della vigilanza microprudenziale (Abe, Aeap, Aesfem).

(13) Sotto questo profilo, appare evidente l'analogia con le Anr, posto che, come sostiene M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 1, « esse nascono là dove servono ».

(14) La dottrina è sostanzialmente unanime nel ritenere che la configurazione organizzativa interna delle agenzie europee segua uno schema tipico. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 313, ad esempio, ritiene che, sotto il profilo strutturale, le agenzie di regolazione si articolano, solitamente, in un consiglio di amministrazione a composizione mista, avente funzioni di direzione; un direttore generale, nominato o designato dalla Commissione, che rappresenta il potere esecutivo; un comitato scientifico e tecnico, organo a composizione mista, con funzioni di « assistenza » al consiglio di amministrazione e al direttore esecutivo.

Tuttavia, tale struttura organizzativa non è applicabile *sic et simpliciter* a tutte le agenzie europee, in quanto la normativa settoriale può prevedere delle variazioni, talvolta significative, all'organizzazione di vertice dell'ente comunitario. Non a caso le agenzie europee sono state definite organismi a « geometria variabile », in quanto esse sono declinabili in tipologie

figure del Direttore e del Consiglio di amministrazione due organi particolari: la Commissione dei ricorsi (15) e, soprattutto, il Comitato dei regolatori (16), che partecipa a vario titolo alle attività connesse all'esercizio dei poteri di regolazione, agevolando e vigilando sulla corretta applicazione del diritto europeo. La nuova agenzia, inoltre, è chiamata ad operare in maniera indipendente tanto dai soggetti privati quanto da quelli pubblici (nazionali ed europei), inclusa la Commissione, potendo, in taluni casi, tassativamente previsti dalla normativa di settore, addirittura sostituirsi alle autorità nazionali indipendenti, nell'esercizio del loro potere decisionale.

2. *SEGUE. ...E DI UN NUOVO MODELLO ORGANIZZATIVO.*

Come si è avuto modo di accennare, l'Acer si configura quale organismo indipendente che costituisce la sede istituzionale per il raccordo strutturale e funzionale delle Anr, o meglio ancora, della rete dei regolatori nazionali dell'energia elettrica e del gas, rispetto a cui presta assistenza, coordinandone l'azione, quando necessario (17). L'Acer, quindi, non si sviluppa semplicemente secondo il modello della « integrazione decentrata » (18) (di quel modello cioè

fortemente eterogenee, seppure caratterizzate da alcuni tratti uniformi. In questi termini ne parla F. SAUER (Pilote) - A. QUERO (Rapporteur), *Rapport du groupe de travail « établissement d'un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle »*, Group 3a, Juin 2001, in *Livre Blanc sur la gouvernance Chantier n° 3 Mieux exercer les responsabilités exécutives*, punto I.1.8.

(15) La « commissione dei ricorsi » può essere definito uno strumento giustiziale di risoluzione delle controversie, volto a deflazionare il contenzioso giurisdizionale dinanzi alle Corti europee, cui può fare ricorso un soggetto, quando ritiene di essere stato leso in uno dei suoi interessi, da una decisione individuale dell'agenzia europea. Bisogna notare che esso non costituisce un mezzo « alternativo » a quello giurisdizionale ma vi si affianca, ampliando la protezione dei soggetti terzi.

Con riferimento alle commissioni di ricorso e, più in generale, al tema dei ricorsi amministrativi in ambito UE, si cfr. L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, fasc. 2.

(16) Come si evince dalla lettura della Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio dell'UE e della Commissione sulle agenzie decentrate, 2012, il Comitato dei regolatori non ha nulla a che fare con i c.d. « comitati tecnici » delle agenzie tradizionali, in quanto questi ultimi rappresentano uffici che, seppure dotati di una qualche indipendenza (prevalentemente di tipo tecnico-scientifico), sono, comunque, legati al circuito politico-amministrativo nazionale e/o dell'Unione europea.

(17) Regolamento (CE) n. 713/2009 cit., art. 1, co. 2.

(18) L'elaborazione di tale nozione è dovuta a E. CHITI, *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, cit. Il tema è stato sviluppato anche in E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, il Mulino, 2003. Ci si riferisce, in particolare, ad una forma di integrazione amministrativa con cui il legislatore europeo, nell'adozione di misure normative settoriali, ripartisce le competenze comunitarie tra una pluralità di uffici nazionali, sovranazionali e, in alcuni casi, misti (cioè sia nazionali che

a cui si ricollega la nascita delle agenzie europee) ma assorbe elementi di altri schemi organizzativi ad esso successivi (in particolare, le reti di Anr (19) e il concerto europeo dei regolatori (20)), che non sono riconducibili alla convenzionale esperienza della *agencification*.

Con riferimento a questo aspetto, l'Acer è un'agenzia europea che, differentemente dalle sue consorelle, costituisce non tanto e semplicemente l'« involucro » di amministrazioni tradizionali (caratteristica, questa, rinvenibile nel modello dell'integrazione decentrata) ma di autorità indipendenti, che operano all'interno della stessa agenzia, per il tramite di un organo che le rappresenta, chiamato Comitato dei regolatori. Trattasi, dunque, di una peculiare forma di integrazione amministrativa diversa dalla rete e dal concerto regolamentare europeo, in quanto sia la prima che la seconda, pur agevolando l'integrazione regolatoria, talvolta in maniera significativa, non si avvalgono di un organismo stabile, dotato di perso-

sovrarazionali), procedendo, contestualmente, all'istituzione, nel settore interessato, di una agenzia europea e prevedendo opportuni strumenti di raccordo e di integrazione tra le autorità riconosciute come competenti. Il modello è « decentrato » in quanto l'istituzione dell'agenzia europea elimina o circoscrive i poteri di amministrazione attiva della Commissione; « integrato » perché vi sono una serie di strumenti normativi e procedurali di interazione e collaborazione tra una pluralità di apparati pubblici competenti.

(19) Come osserva F. DI PORTO, *La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, cit., p. 18 ss., tali figure organizzative, pur presentando differenze per quanto riguarda il diritto sostanziale (ad esempio, risulta maggiormente armonizzato il settore delle comunicazioni elettroniche di quello energetico) si prestano ad una modellizzazione. È possibile affermare che le reti di Anr palesano delle somiglianze soprattutto sul piano del funzionamento. Più precisamente esse: 1) operano mediante lo scambio di informazioni ed esperienze di regolazione; 2) in termini di *output* elaborano *soft law* (*reports, benchmark*, linee guida, ecc.) che talvolta conduce all'elaborazione di regole formali e vincolanti; 3) hanno un ruolo prevalentemente consultivo nei confronti della Commissione, cui le Anr apportano la conoscenza settoriale riducendone le deficienze informative; 4) si avvalgono di piattaforme informatiche per la circolazione di informazioni; 5) il coordinamento orizzontale tra le Anr è per lo più di natura consensuale, mentre diviene oggetto di obblighi specifici quando la rete di Anr è incardinata formalmente nei processi decisionali comunitari; 6) il coordinamento verticale è svolto per lo più dalla Commissione, che mantiene il potere decisionale finale, sebbene nelle comunicazioni elettroniche le Anr siano più direttamente integrate nel processo decisionale. Si cfr., più in generale, su questo tema, L. AMMANATI, *Governance e regolazione attraverso reti*, in L. AMMANATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Vol. 2: Governance multilivello regolazione e reti*, Giuffrè, 2008.

(20) L'espressione è di S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle comunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, fasc. 6, p. 689. Secondo alcuni autori [si v., in particolare, E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, fasc. I, p. 60-61 e G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 88] tale schema regolatorio è il più simile a quello imperniato sulla agenzia indipendente, in quanto contempla un ufficio collegiale composito, che presenta alcuni elementi di indipendenza.

nalità giuridica e di un'ampia indipendenza, come nel caso che si esamina.

Il modello organizzativo che qui emerge, in sostanza, pare caratterizzato da maggiore unitarietà, continuità e coerenza di quanto non avvenga negli altri casi, perché, oltre ad avvalersi dell'imprescindibile apporto tecnico-scientifico delle Anr, è costruito attorno ad un organismo sovranazionale che ne coordina l'azione in vista degli obiettivi comuni.

Il nuovo modello, definibile in termini di « *network agency* » ovvero « *networked agency* » (21), o, ancora, « agenzia di coordinamento » (22), decreta il passaggio da una regolazione indipendente di natura prevalentemente funzionale, basata sulla configurazione di reti di Anr più o meno formalizzate, ad un sistema complesso di regolazione indipendente, dotato di proprie ed autonome strutture organizzative, facenti capo all'agenzia europea. Così, la regolazione settoriale è, per un verso, affidata ad organismi nazionali distinti dagli organi di indirizzo politico e dagli operatori di settore, onde evitare indebite ingerenze da parte di questi, nell'ottica di un equilibrato sviluppo dei relativi mercati; per l'altro, coordinata da un organismo europeo indipendente a composizione mista, che opera quale « *server di rete* », chiamato a coadiuvare la Commissione, al fine di garantire maggiore uniformità nell'applicazione del diritto dell'Unione europea.

In tale contesto, le Anr sono coinvolte a pieno titolo nell'attuazione del disegno regolatorio europeo, operando quali « agenti indipendenti » (23) in funzione della realizzazione del mercato unico dell'energia. I regolatori nazionali, infatti, conferiscono all'Acer le risorse fondamentali acquisite a livello domestico (quali, ad esempio, il patrimonio di competenze tecniche, i rapporti con gli attori in campo e l'accesso al mercato), le quali vengono « rielaborate » all'interno del Comitato dei regolatori, attraverso lo scambio di

(21) Così si esprime L. AMMANATI, *Il ruolo dell'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia nella governance e nella regolazione del settore energetico*, cit., p. 4.

(22) Al riguardo, V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle autorità di vigilanza*, cit., in M.P. CHITI e A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, cit., p. 151-152, sostiene che il modello di agenzia emerso con l'istituzione dell'Acer, presentando un marcato accentramento di funzioni, che consente la cooperazione tra le diverse autorità nazionali, può essere definito, a ragion veduta, come il primo modello di « agenzia europea di coordinamento ».

(23) Così G. NAPOLITANO, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in Paola BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 194.

« buone pratiche », favorendo il coordinamento e la cooperazione a livello sovranazionale. Allo stesso tempo, l'Acer può esercitare una pressione informale e, in taluni casi, imporre alle Anr la necessaria armonizzazione dei rispettivi atti di regolazione, in vista di un migliore coordinamento nell'applicazione del diritto dell'Unione europea e di una verifica dei suddetti atti di regolazione al quadro europeo (24). La Commissione, dal canto suo, è collocata al centro delle diverse procedure di regolazione, potendo, in molti casi, impartire e fare rispettare gli orientamenti previsti dalla normativa europea sia agli attori nazionali (25) sia a quelli europei.

Va notato, tuttavia, che seppure il livello di integrazione appare significativamente maggiore rispetto alle precedenti esperienze organizzative sviluppatasi in Europa, dando vita, invero, ad un sistema regolativo piuttosto stabile e indipendente, esso non consente di risolvere il principale problema della regolazione indipendente e cioè la tendenza alla segmentazione dei mercati, da cui si genera, inevitabilmente, il rischio di « cattura » dei regolatori da parte delle industrie regolate. Inoltre, un altro problema è legato alla disomogeneità dei vari contesti normativi ed amministrativi nazionali. In effetti, il coordinamento tra i regolatori nazionali e tra questi e l'agenzia europea in un dato settore non comporta un automatico ed identico coordinamento dei diversi contesti nazionali in cui i regolatori sono chiamati ad operare, men che meno delle normative complementari. Ciò vuol dire che, seppure il livello di coordinamento dei regolatori a livello europeo risulta alto, gli esiti della regolazione possono manifestarsi in modo differenziato nei diversi ordinamenti nazionali (26). Un ultimo problema è, poi, da ricondurre alla complessità del nuovo disegno regolatorio, il quale, presupponendo l'esistenza di un duplice rapporto funzionale, « principale-agente », tra la Commissione e le autorità nazionali, da un lato, e l'agenzia e le autorità nazionali, dall'altro, espone al rischio di « deviazioni » burocratiche e politiche dal mandato assegnato. Tale

(24) E. BRUTI LIBERATI, *La nuova governance europea dei mercati energetici*, in E. PONTAROLLO, P. RANCI, O. TORRANI, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici nel « terzo pacchetto » comunitario*, cit., p. 64.

(25) Ci si riferisce, in particolare, al potere di revoca della Commissione sulle decisioni poste in essere dalle Anr, che non hanno tenuto conto degli orientamenti previsti dalla normativa di settore. Si v., al riguardo, l'art. 39, dir. 2009/72/CE e l'art. 43, dir. 2009/73/CE.

(26) Si cfr. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, in Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione (Irpa), <http://www.irpa.eu/>, 2011.

scenario è, peraltro, aggravato dalla dipendenza eteronoma delle Anr rispetto al condizionamento degli Stati membri, posto in essere, principalmente, attraverso il potere legislativo, che ne consente l'istituzione e, in molti casi, ne nomina gli organi di vertice e dal potere esecutivo, che può, in modi diversi, condizionarne le modalità di funzionamento.

3. QUALE INDIPENDENZA PER L'AGENZIA-RETE?

3.1. *Destrutturazione del modello: le Anr, gli organi e i funzionari dell'Acer, nelle disposizioni regolamentari di base.*

In linea con le specificità del nuovo assetto organizzativo, la normativa di riferimento garantisce un'ampia indipendenza all'Acer, che, oltre ad essere declinata nella sua accezione classica, cioè tecnico-scientifica, comune alla generalità delle agenzie europee, acquisisce natura più ampia, in quanto presuppone l'assoluta indifferenza rispetto a tutti gli interessi pubblico-privati coinvolti.

Tanto per cominciare, va ricordato che l'Acer è un organismo dotato di personalità giuridica che « gode, in ciascuno Stato membro, della più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalla legislazione nazionale... » (27); « può acquistare o alienare beni mobili e immobili e stare in giudizio »; è rappresentata legalmente dal suo Direttore; dispone, altresì, di autonomia di bilancio (28) e di una discreta autonomia finanziaria, accresciutasi, quest'ultima, di recente, a seguito del computo nelle entrate dell'ente delle tasse dovute per le decisioni sulla ripartizione transfrontaliera dei costi, adottate a norma dell'art. 12 del regolamento (UE) n. 347/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2013 sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee.

Lo *status* di indipendenza, comunque, viene, in particolare, garantito alla agenzia-rete attraverso espresse (ma non sempre efficaci ed esaustive) prescrizioni normative, che interessano aspetti strutturali, per così dire, del modello, indirizzandosi, allo stesso tempo, alle

(27) Come osserva R. ROSSOLINI, *Le agenzie comunitarie*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Milano, Sedit, 2008, vol. 26, p. 42, la locuzione può essere letta come un divieto per gli Stati membri di « intralciare ingiustificatamente l'attività degli enti comunitari ».

(28) Regolamento (CE) n. 713/2009 cit., art. 21 ss.

Anr, agli organi e ai componenti dell'agenzia. Se ne segnalano alcune, particolarmente rilevanti.

Innanzitutto, il nuovo quadro tracciato dalla normativa settoriale dell'energia rafforza la posizione istituzionale delle Anr, riconoscendo loro maggiori poteri e competenze (29); ne rafforza anche l'indipendenza, posto che i loro membri non possono accettare istruzioni dal governo ovvero da altri soggetti pubblici o privati.

Quest'ultima prescrizione, tuttavia, non è perentoria: le Anr, infatti, possono essere soggette al potere di indirizzo politico governativo, quando esso inerisce a competenze e poteri loro non espressamente assegnati (30). Tale limitazione può, comunque, giustificarsi sulla base di una corretta ripartizione dei compiti, che attengono ad ambiti di intervento differenti: quelli politico-strategici, di spettanza governativa e quelli di regolazione tecnica, di spettanza, invece, delle Anr.

Meno comprensibile, invece, è la mancata fissazione di requisiti e procedure di nomina dei vertici delle Anr (31); così come la possibilità di sostituzione delle Anr, nell'esercizio dei loro compiti di vigilanza, da parte di altre autorità pubbliche (in specie, i ministeri), quando uno Stato membro abbia disposto in tal senso (32); nonché la « vaghezza » dei poteri riconosciuti in capo alle Anr, non espressi in maniera puntuale ma per tipologie, che ne rende precaria l'azione amministrativa (33); e il riconoscimento di « poteri impliciti » (34), in forza dei quali le Anr hanno la facoltà di adottare ogni misura ragionevole per realizzare gli obiettivi loro assegnati, nell'ambito delle competenze ivi previste dalle direttive, che espone, così, l'azione delle suddette autorità ad un costante sindacato giurisdizionale.

(29) Si vedano, in particolare, le disposizioni di cui agli artt. 35 ss. della direttiva elettricità 2009/72 e 39 ss. della direttiva gas 2009/73.

(30) Si vedano le disposizioni di cui all'art. 35, co. 4 della direttiva elettricità 2009/72 e 39, co. 4 della direttiva gas 2009/73.

(31) Anche se, sul punto, appare apprezzabile l'ammissibilità della revoca dei membri, solo in circostanze espressamente tipizzate, prevista dalle disposizioni di cui all'art. 35, co. 5 della direttiva elettricità 2009/72 e 39, co. 5 della direttiva gas 2009/73.

(32) Si vedano le disposizioni di cui agli artt. 37 della direttiva elettricità 2009/72 e 41 della direttiva gas 2009/73. Sul punto, appare, anche, priva di effettiva cogenza la disposizione secondo cui « ciascuno Stato membro designa un'unica Autorità nazionale di regolamentazione a livello nazionale », di cui agli artt. 35, co. 1 della direttiva elettricità 2009/72 e 39, co. 1 della direttiva gas 2009/73.

(33) Si vedano gli artt. 36 e 37 della direttiva elettricità 2009/72 e 40 e 41 della direttiva gas 2009/73.

(34) Si vedano gli artt. 36, co. 1 della direttiva elettricità 2009/72 e 40, co. 1 della direttiva gas 2009/73.

Il requisito dell'indipendenza è, inoltre, separatamente prescritto per ogni organo che compone l'Acer. In tal senso, appare particolarmente esaustiva la norma che impone al Comitato dei regolatori di agire in « piena autonomia » rispetto ai vari interessi coinvolti, onde evitare eventuali conflitti di interesse e « senza chiedere né accettare istruzioni da parte dei governi degli Stati membri, dalla Commissione o da un altro soggetto pubblico o privato » (35). Molto simile la norma che impone al Direttore di non sollecitare né accettare alcuna istruzione da alcun governo, dalla Commissione o da alcun soggetto pubblico o privato (36). Meno dettagliata, ma comunque di rilievo, la norma rivolta ai membri del Consiglio di amministrazione, che impone loro di impegnarsi ad « agire in modo indipendente ed obiettivo nell'interesse pubblico, senza sollecitare né accettare alcuna istruzione politica » (37). In ultimo, la norma che riguarda la Commissione dei ricorsi si limita a stabilire che i suoi membri « ...sono indipendenti nelle loro decisioni » e che « ...non sono vincolati da alcuna istruzione » (38).

Le disposizioni normative che interessano gli organi dell'agenzia sono, poi, « rinforzate », per così dire, da altrettante disposizioni normative, volte ad assicurare loro un'effettiva indipendenza di azione.

In tal senso, il regolamento di base prevede, quindi, che anche la composizione interna degli organi dell'Acer sia parametrata al canone dell'indipendenza, pur rilevandosi, anche in questi casi, alcuni profili di problematicità.

Con riferimento ai ventinove membri del Comitato dei regolatori, la normativa prevede che ventotto di essi siano designati da parte delle Anr e che soltanto uno di loro venga scelto dalla Commissione (39). Per quanto qui rileva, pare opportuno sottolineare che la disposizione regolamentare in oggetto (art. 14 del regolamento n. 713/2009) riconosce alle Anr un ampio margine di apprezzamento circa l'individuazione del loro « rappresentante di alto livello ». Tale passaggio, tuttavia, non è scevro da considerazioni critiche. Infatti, se si tiene conto dell'influenza, più o meno diretta, esercitata dagli

(35) Regolamento (CE) n. 713/2009 cit., art. 14, co. 5.

(36) *Ivi*, art. 16, co. 1.

(37) *Ivi*, art. 12, co. 7.

(38) *Ivi*, art. 18, co. 3.

(39) In effetti, pare trascurabile la presenza di un solo membro della Commissione, cui spetta un ruolo di semplice uditore, non potendo prendere parte alle deliberazioni del Comitato dei regolatori.

esecutivi nazionali, circa le nomine dei vertici delle Anr, pare legittimo nutrire alcuni dubbi sull'indipendenza dei membri designati, soggetti al potenziale condizionamento governativo, malgrado le formali ed altisonanti disposizioni di principio, che permeano tutta la normativa di riferimento. Seguendo, peraltro, tale ragionamento critico verrebbe ridimensionata la reale portata prescrittiva di diverse disposizioni regolamentari.

Di contro, un aspetto positivo deve essere rintracciato nella disposizione regolamentare che riconosce uguale peso al voto dei componenti del Comitato dei regolatori, rispetto alla regola generale, adottata dalle istituzioni dell'Unione europea, del voto ponderato: trattasi, infatti, di una misura cautelativa rispetto a possibili prevaricazioni nazionali che, invece, tendono, in questo modo, ad essere contenute *ab origine* dalle altre autorità, nella ricerca di soluzioni ampiamente condivise (40). Sotto quest'ultimo profilo, anche l'elevato *quorum* deliberativo richiesto, pari ai due terzi dei presenti, sebbene possa ingenerare dei rallentamenti nella fase deliberativa, sembra uno strumento di potenziale rafforzamento delle Anr, dinanzi ai rispettivi governi.

Per quanto concerne la composizione del Consiglio di amministrazione, va sottolineato che la ripartizione dei seggi tra le istituzioni comunitarie non segue lo schema tradizionale utilizzato per le altre agenzie europee, in quanto ai membri designati dal Consiglio e dalla Commissione se ne aggiungono altri, in specie due, designati dal Parlamento europeo. Da ciò ne risulta che l'influenza dei governi in seno all'organo consiliare è minore che negli altri casi, pur rimanendo predominante, in ragione del maggior peso che viene loro riconosciuto rispetto alle altre istituzioni (41).

Tuttavia, anche in questo caso è necessario muovere alcune critiche alla normativa in esame che attengono, in un caso, all'assenza di una specifica disciplina relativa ai requisiti che devono possedere i consiglieri, in un altro, al regime delle incompatibilità.

(40) Bisogna, comunque, ricordare che non tutte le Anr offrono il medesimo contributo in seno al Comitato dei regolatori, essendo alcune di esse meno attive di altre. Si vedano, al riguardo, le *Recommendations of the Agency's Board of Regulators following the European Commission's evaluation of the activities of the Agency for the Cooperation of Energy Regulation* (22.1.2014 C(2014) 242 final), www.acer.eu, p. 11.

(41) G. NAPOLITANO, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., p. 183, osserva che « Il particolare meccanismo di designazione rivela [...] il carattere di "agente multi-principale" dell'organismo istituito per favorire la cooperazione amministrativa tra i regolatori dell'energia ».

Nella fattispecie, le uniche disposizioni esistenti riguardano l'impossibilità per i deputati del Parlamento europeo e i membri del Comitato dei regolatori di essere membri del Consiglio di amministrazione. Nel primo caso, il divieto è volto ad evitare un uso scorretto del potere di nomina, nel secondo, a prevenire un conflitto di interessi tra l'organo che è chiamato a rispondere della corretta gestione amministrativa dell'agenzia e quello preposto alla regolazione del mercato. La normativa, dunque, nulla prescrive sulla incompatibilità tra i membri del Consiglio di amministrazione e i rappresentanti delle imprese di settore. Si tratta, in effetti, di un vero e proprio vuoto normativo che, seppure arginato dalle disposizioni del regolamento, che impongono ai membri del Consiglio di amministrazione di « agire in modo indipendente ed obiettivo nell'interesse pubblico, senza sollecitare né accettare alcuna istruzione politica », lascia aperta la possibilità di « cattura » da parte degli interessi privati.

Il processo che presiede alla selezione e nomina del Direttore, non sembra, invece, destare particolari problemi, poiché coinvolge un'ampia platea di soggetti, a vario titolo indipendenti, che concorrono a rendere il procedimento di individuazione del rappresentante dell'Acer particolarmente trasparente. Il Direttore, infatti, è nominato dal Consiglio di amministrazione, previo parere favorevole del Comitato dei regolatori, in base ai suoi meriti, alle sue competenze e alle sue esperienze. Egli viene scelto in base ad un elenco di almeno tre candidati proposto dalla Commissione a seguito di un invito pubblico. Peraltro, prima di essere nominato, il candidato scelto dal Consiglio di amministrazione può essere invitato a fare una dichiarazione presso la competente commissione del Parlamento europeo e a rispondere alle domande rivoltegli dai membri di quest'ultima.

Per quanto attiene alla composizione della Commissione dei ricorsi, vale, in buona parte, la critica che è stata fatta per i membri del Comitato dei regolatori: i commissari, essendo selezionati tra gli alti funzionari ancora in carica o fuori servizio delle Anr, nonché delle autorità sulla concorrenza o di altre istituzioni nazionali o dell'Unione europea con un'esperienza pertinente nel settore dell'energia, risultano, inevitabilmente, esposti al rischio di influenza politica.

Ciò detto, giocano a favore del rafforzamento del ruolo indipendente della Commissione dei ricorsi diversi fattori: l'elevato *quorum* deliberativo richiesto, pari ai due terzi dei presenti; il regime di

incompatibilità della carica di commissario con le altre figure previste nell'Acer; l'impossibilità che i commissari vengano destituiti dall'esercizio delle loro funzioni, salvo la sussistenza di gravi motivi e sempre che il Consiglio di amministrazione decida in tal senso, previo parere del Comitato dei regolatori; la prescrizione che vieta ai membri di tale organo di prendere parte ad un ricorso, in caso di conflitto di interessi, se vi hanno precedentemente preso parte come rappresentanti di una delle parti o se sono intervenuti nella decisione oggetto del ricorso; la disciplina sul procedimento di ricusazione, azionabile da una delle parti, nel caso in cui venga riscontrato un conflitto di interessi ovvero per sospetta parzialità.

In sostanza, il quadro normativo settoriale appena delineato presenta elementi che conferiscono all'agenzia-rete rilevanti garanzie di indipendenza. Cionondimeno, ad essi vi si affiancano aspetti problematici, che si sostanziano nell'assenza ovvero ambiguità di talune norme, inidonee a definire dei confini sufficientemente chiari tra politica, mercato e « amministrazione indipendente ». Sul punto, si è del parere che, nel momento in cui ci si propone di mettere in piedi un sistema organizzativo e di regolazione indipendente, come sembra evidente nel caso di specie, è necessario estremizzare talune scelte e non lasciare nulla di intentato, in maniera tale che il predetto sistema riesca, con le proprie risorse (normative, economiche, professionali, ecc.) a « schermarsi » da illecite e inopportune invasioni di campo e, dunque, a consentire una più coerente azione istituzionale dell'Acer.

Risulta, poi, chiaro che, data la particolare configurazione organizzativa multilivello tratteggiatasi con l'istituzione di questa agenzia europea, le problematiche cui si è fatto cenno non debbono essere affrontate localmente (pena la probabile inefficacia delle soluzioni proposte) ma meritano di essere esaminate, globalmente, alla luce del quadro giuridico europeo.

3.2. *Profili ricostruttivi del nuovo modello, alla luce del quadro giuridico emerso dopo Lisbona.*

Il quadro giuridico emerso dopo Lisbona presenta, come noto, elementi di notevole interesse, sotto il profilo amministrativo (42).

(42) In tal senso, illuminanti paiono i contributi presenti in M.P. CHITI e A. NATALINI (a cura di), in *Lo Spazio amministrativo europeo*, cit.

Tra le tante novità alcune paiono particolarmente idonee al rafforzamento del modello organizzativo oggetto di disamina e offrono, nondimeno, spunti per una sua sistematizzazione.

Innanzitutto, il principio dell'« indipendenza amministrativa europea », sancito nel primo comma del nuovo articolo 298 TFUE (43), cui devono conformarsi le istituzioni, gli organi e organismi (dunque, anche le agenzie europee) dell'Unione europea, nell'assolvimento dei loro compiti, necessita di alcuni chiarimenti. È ben noto che la portata concreta di tale principio non è ancora stata definita (44). Ciò non stupisce, considerate le implicazioni che si avrebbero nel caso in cui ne fosse tratta una interpretazione estensiva, produttiva, quindi, di considerevoli effetti non soltanto sul piano dell'ordinamento europeo ma anche su quello degli ordinamenti nazionali.

Ad ogni modo, sembra se ne possano ricavare almeno due differenti letture. La prima, attinente alla nozione di amministrazione in senso soggettivo e, dunque, in termini di organizzazione amministrativa, implicherebbe, con una tecnica ermeneutica particolarmente estensiva, l'autonomia delle strutture, organi, organismi (e funzionari) facenti capo, in maniera diretta o indiretta, all'Unione europea, dall'ingerenza della politica (45). È chiaro che uno scenario di questo tipo non è applicabile alla generalità dell'amministrazione europea, ma solo ad alcune sue forme organizzative, posto che in molti casi i soggetti facenti parte dell'amministrazione sovranazionale sono legati al potere politico o comunque promanano da questo (si pensi, ad esempio, alla generalità degli organi delle istituzioni europee, ai comitati, o alle stesse agenzie europee tradizionali). La seconda, attinente alla nozione di amministrazione in senso oggettivo, implicherebbe che l'azione amministrativa europea sia, similmente a quanto sopra, scevra dal condizionamento politico e debba essere, quindi, esercitata in modo « neutrale », oltre che « impar-

(43) Secondo cui « Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente ».

(44) Dubbi, in tal senso, sono stati espressi da numerosi Autori. Si guardi, ad esempio, ai diversi contributi presenti in M.P. CHITI e A. NATALINI (a cura di), in *Lo Spazio amministrativo europeo*, cit.

(45) Il concetto di autonomia viene qui inteso quale « concetto relazionale, nel senso che si è autonomi nei confronti di qualcuno o di qualcosa. Esso implica dunque il concetto di limite. In particolare, l'ente autonomo può operare ed effettuare scelte nell'ambito di quanto riconosciuto o attribuito dall'ordinamento generale ». Si v., sul punto, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 81.

ziale » (46). Anche in questo caso, però, l'interpretazione normativa non potrebbe estendersi in maniera indistinta alla generalità dell'amministrazione europea, poiché l'operato di alcuni suoi comparti è chiaramente vincolato all'indirizzo politico (si pensi alla struttura organizzativa della Commissione, nel suo insieme).

Ebbene, se è vero che appare irrealistico, allo stato attuale, preconizzare un'amministrazione europea complessivamente neutrale (e, probabilmente, questo non sembra neanche auspicabile), in senso oggettivo e soggettivo, dall'influenza della politica, è pur vero che il principio di indipendenza amministrativa costituisce una base giuridica idonea a disciplinare l'organizzazione e l'azione di particolari sue forme (47), quale, appunto, quella che si è delineata in questo scritto. Ciò, peraltro, pare trovare espresso riscontro nel disposto di cui all'art. 298, co. 2, in forza del quale, per i fini delineati dal primo comma del citato articolo « il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti, secondo la procedura legislativa ordinaria, fissano disposizioni, [...] nel rispetto dello statuto e del regime adottati sulla base dell'art. 336 » (ci si riferisce al personale dell'Unione europea) (48). In tale prospettiva, vi sarebbero, insomma, dei margini di manovra affinché il legislatore europeo detti, mediante procedura legislativa ordinaria, una disciplina speciale, di natura regolamentare, con riferimento a talune forme di amministrazione europea.

Si tenga, inoltre, presente che un modello organizzativo basato sul funzionamento di autorità indipendenti e, dunque, sussumibile allo schema dell'agenzia-rete — i cui tratti essenziali, come si è già avuto modo di sottolineare, presentano delle indubbie migliorie rispetto alle (sole) reti settoriali — pare già contemplato dalla

(46) In questo senso si esprime E. CASSETTA, *Ivi*, p. 256, differenziando l'azione amministrativa delle autorità indipendenti rispetto alle tradizionali amministrazioni.

(47) Si v. M.P. CHITI, *Introduzione. Lo Spazio amministrativo europeo*, in *Lo Spazio amministrativo europeo*, cit., p. 28.

(48) Al riguardo, comunque, bisogna rammentare che la disciplina dettata dal c.d. « Statuto dei funzionari europei », attualmente vigente, detta un insieme di regole comuni sia ai funzionari delle Comunità sia ai funzionari delle agenzie europee e degli altri organismi europei, contrariamente al regime previgente, che assoggettava a queste due ultime categorie una disciplina particolare. In tal senso, la « comunitarizzazione » delle agenzie europee e degli altri organismi europei pone le giuste premesse per la nascita di un « settore pubblico comunitario », sulla scorta di quanto avviene nei contesti nazionali, fatto, questo, avvalorato, proprio, dal disposto di cui all'art. 298, co. 1. (Così M.P. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 416).

normativa primaria europea (49), seppure concepito a supporto del solo settore della protezione dei dati personali (50). Certo, pur accogliendosi tale opzione ermeneutica — avvalorata, invero, dal dato empirico — rimane da capire quali siano i caratteri delle autorità indipendenti, dato che il diritto primario europeo non sembra fornire indicazioni al riguardo.

A questo interrogativo potrebbe, allora, darsi risposta, anche qui, per via regolamentare (tra le altre, la più efficace), così da sciogliere dubbi e perplessità sull'incerta configurazione istituzionale delle Anr, che presentano, talvolta, marcate differenze, da settore a settore e tra Stato e Stato, nonché conferire maggiore certezza al diritto europeo (51). D'altronde, la costante spinta europea verso l'istituzione e/o il rafforzamento di questi organismi, in settori particolarmente delicati della vita del cittadino, necessita di un quadro giuridico comune, che consenta loro libertà d'azione nel rispetto dei principi di base, primo tra tutti quello di democrazia, di cui all'art. 2 TUE, solo apparentemente antinomico a quello di indipendenza. Proprio a proposito di tale (apparente) antinomia — che ha innescato, peraltro, accesi dibattiti anche qui in Italia, per quanto concerne la compatibilità delle autorità indipendenti con il principio di democrazia, di cui all'art. 1 Cost. — appare dirimente quell'orientamento della Corte di giustizia (52), diretto a contenerne la rigidità concettuale, se non, addirittura, a proporre una « rivisitazione », laddove si afferma che « il principio di democrazia appartiene all'ordinamento giuridico comunitario ed è sancito espressamente [...] come uno dei fondamenti dell'Unione europea », sostenendosi, altresì, che « il citato principio non osta all'esistenza di autorità pubbliche collocate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal Governo ».

(49) Così D. SORACE, *Una nuova base costituzionale europea per la pubblica amministrazione*, in *Lo Spazio amministrativo europeo*, cit., p. 58.

(50) Se si accoglie l'interpretazione di SORACE, *Ivi*, p. 57-59, secondo cui la disposizione in esame, l'art. 16, co. 2 TFUE, legittima l'esistenza di un modello organizzativo basato sul funzionamento delle autorità indipendenti, non dovrebbero ravvisarsi particolari problemi circa l'estensione del suo ambito di applicazione ad altri settori di pertinenza dell'UE, data la natura eminentemente evolutiva e pragmatica dell'ordinamento sovranazionale.

(51) Ci si riferisce, in particolar modo, al dibattito istituzionale e dottrinale, attinente alla possibile codificazione di una disciplina generale sul procedimento amministrativo, a livello dell'Unione europea. Sull'utilità di una disciplina generale sul procedimento e sulle ragioni che ostano a tale processo di codificazione, si v., in particolare, A. MASSERA, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, in *Lo Spazio amministrativo europeo*, cit.

(52) Si cfr. la sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 2010, causa C-518/07.

Tale approccio, in effetti, altro non fa che prendere atto di una situazione *in fieri*, dove lo sviluppo della regolazione indipendente in Europa costituisce la risposta a dei problemi che non possono (o non si crede possano) essere superati mediante il ricorso ad autorità tradizionali, per una serie di ragioni, quali la forte dipendenza di queste ultime dall'indirizzo politico amministrativo (che genera, talvolta, incoerenza nelle scelte regolatorie); oppure la presenza di una cultura manageriale (trasversale alla generalità dei settori), invece che professionale (preferibile, invece, in ambiti dove è richiesta un'alta competenza tecnica). In questo senso, la regolazione indipendente deve essere considerata non già come foriera di violazioni ai principi cardine del sistema, in particolare di quello democratico, ma come una « risorsa » delle attuali società contemporanee.

D'altro canto, è ormai acclarato che il sistema di regolazione indipendente, cui partecipano taluni organismi, è temperato da una serie di correttivi (53) che ne legittimano l'operato dinanzi ai terzi e che fungono, altresì, da fattori di stabilizzazione delle regole. Tali correttivi, tuttavia, appaiono ancora piuttosto deboli, perché, spesso, contingenti e, dunque, inidonei allo sviluppo di una « cultura dell'indipendenza » (54), necessaria al rafforzamento della posizione

(53) Come sostiene L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., p. 9, essi sono: i procedimenti di consultazione con gli interessati e di *notice and comment*, l'obbligo di ricorrere alle analisi di mercato prima di modificare le regole, la diretta sottoposizione delle decisioni di regolazione al sindacato giurisdizionale, la continua interazione con le Anr di altri Paesi e con il diritto dell'Unione europea. Tale elencazione, peraltro, non è tassativa. Si pensi, ad esempio, al diritto ad una buona amministrazione (art. 41) e di accesso ai documenti (art. 42), sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; al possibile ricorso giustiziale avverso le decisioni dirette a terzi; al mutuo controllo con le autorità nazionali di regolamentazione e con le istituzioni politiche nazionali e dell'Unione europea. Sempre su questo, con particolare riferimento agli aspetti procedurali, si v. S. CASSESE, *Negoziare e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in R. LASCHENA, M. CLARICH, C. MALINCONICO, A. PREDIERI, S. CASSESE, L. BARRA CARACCILO, M. D'ALBERTI, G. AMATO, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 42, secondo cui « a chi sostiene che le Autorità debbano essere politicamente *accountable* e, quindi, meno indipendenti, può solo risponderci che esse sono in altro modo *accountable* e che questo diverso modo sta nella visibilità delle loro decisioni, nella completezza delle loro informazioni, nella loro capacità di udire gli interessati. In una parola, che la loro legittimazione non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale »; oppure L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 129, secondo cui coloro i quali criticano l'assenza di legittimazione democratica delle autorità indipendenti non tengono conto del fatto che la loro legittimazione può essere assicurata anche dai vincoli procedurali, che incidono sulla formazione della decisione, non per forza dal comando politico.

(54) Come sostiene A. PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010, lo sviluppo di una cultura indipendente, che è condizione essenziale affinché le autorità indipendenti nazionali possano assolvere nel miglior modo possibile ai

(soprattutto rispetto agli apparati pubblici tradizionali), credibilità ed autorevolezza dei predetti organismi.

Ecco, sotto quest'ultimo punto di vista, sarebbe auspicabile attendersi un intervento chiarificatore del legislatore europeo, che razionalizzi il complessivo quadro delle autorità indipendenti, secondo principi generali, tenendo conto, forse, proprio delle esperienze istituzionali europee più avanzate in materia e, dunque, (soprattutto) del modello organizzativo dell'agenzia-rete, il quale, con i suoi pregi e difetti, potrebbe costituire un valido spunto di analisi in materia, poiché consente, in astratto, il bilanciamento degli interessi potenzialmente contrapposti, fondandosi sulla stretta cooperazione di soggetti indipendenti, che non perseguono interessi nazionali o sovranazionali ma semplicemente comuni (55). Ciò, in ossequio al

propri compiti istituzionali, non deve essere tanto incentivata a livello nazionale, mediante, ad esempio, l'adozione di una legge di riforma, volta a definire un modello generale di autorità indipendente, quanto, piuttosto, ricercata sul piano sovranazionale, data, oramai, la forte estensione dell'ambito d'intervento dell'Unione europea sugli organismi richiamati.

In questo senso, non sembra particolarmente efficace, sebbene apprezzabile, la norma, recentemente introdotta, in Italia, dall'art. 22, decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, coordinato con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114 (recante: « Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari »), in materia di « razionalizzazione delle autorità indipendenti », cui si rimanda, per una disamina più approfondita.

(55) Certo, un intervento di questo tipo non appare, affatto, cosa semplice e scontata, data la storica riluttanza degli Stati membri a cedere terreno dinanzi all'espansione dell'ambito di intervento della Comunità (prima) ovvero Unione europea. Tale ritrosia è, peraltro, particolarmente, evidente, se si guarda al fenomeno di sviluppo delle agenzie europee e al contestuale tentativo di definirne un modello, chiaro e definito. Sul punto si v., ad esempio, il progetto di accordo interistituzionale, relativo all'inquadramento delle agenzie europee, con il quale la Commissione osserva che le agenzie europee « sono state create a ondate successive per soddisfare esigenze specifiche, caso per caso. Esse sono caratterizzate dalla loro diversità. In mancanza di coordinamento e di un quadro comune, il ricorso a tali agenzie rischia di sfociare in una situazione poco trasparente e poco comprensibile per il cittadino, che potrebbe inoltre compromettere la certezza del diritto », [Com (2005) 59]; oppure la comunicazione dal titolo « Il futuro delle agenzie europee » con la quale la Commissione ribadisce l'esigenza di trovare non solo un quadro normativo comune alle varie agenzie europee ma addirittura « una visione comune del loro obiettivo e del loro ruolo » in quanto « attualmente tale visione comune non esiste », [Com (2008) 135]; o, ancora, la Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio dell'Ue e della Commissione sulle agenzie decentrate, nella quale si osserva che « La creazione delle agenzie è avvenuta caso per caso, senza essere accompagnata da una visione globale del ruolo e del posto che compete loro nell'Unione » (luglio 2012). Tale Dichiarazione, invero, sebbene incentivi il dibattito istituzionale sul tema della razionalizzazione delle agenzie europee, dando vita, invero, ad un « orientamento comune » e conseguente « tabella di marcia », che tiene conto dei relativi progressi raggiunti, rendicontata dalla Commissione in due relazioni, una del 10 dicembre 2013, l'ultima, recentissima, del 24 aprile 2015, non sembra, ad oggi, aver apportato significativi cambiamenti. (Per una consultazione degli atti richiamati, si rinvia al sito ufficiale dell'Unione europea).

Eppure, il modello oggetto di disamina e, in generale, il rafforzamento della regolazione indipendente in Europa sembra possano offrire (se solo lo si volesse) maggiori margini di successo ai fenomeni di integrazione amministrativa europea, mediante organismi composti, in quanto idonei a non compromettere le prerogative politiche dei diversi livelli di governo (in

principio di cooperazione amministrativa, di cui all'art. 197 TFUE, permetterebbe di contemperare le esigenze di « decentramento », delle autorità nazionali, con quelle di « unitarietà », proprie della regolazione europea (56).

La via maestra potrebbe, allora, indirizzarsi verso un maggiore rafforzamento dei caratteri di indipendenza che, insieme alle forme di legittimazione procedurale e nel rispetto dei principi europei, potrebbero accrescere la credibilità di talune organizzazioni europee, conferendogli uno *status* particolare. Su questo punto, chiari sembrano essere i segnali del legislatore europeo, quando conferisce valore costituzionale a taluni principi e/o istituti amministrativi e quando promuove, mediante normativa secondaria, il valore indipendente di talune organizzazioni, nel loro complesso. Altrettanto chiara sembra essere la consapevolezza del legislatore nazionale e di una grande parte di dottrina a delineare dei « profili comuni » per le autorità indipendenti, che riguardino loro aspetti essenziali (57).

Nella stessa direzione sembrano andare, anche, le riflessioni dell'Acer quando, limitatamente alla propria esperienza istituzionale, suggerisce alla Commissione di porre particolare attenzione alla valorizzazione dell'indipendenza delle Anr, allo scopo di agevolare futuri accordi regolamentari anche all'interno dell'Acer e accrescere la fiducia dei differenti *stakeholders* rispetto ad una « Agenzia europea » (58). Tale assunto che, a stretto rigore interpretativo, vale solo per l'Acer non può non essere accolto, in questa sede, anche in una prospettiva più generale, che riguardi esperienze organizzative simili, attinenti ad altri settori. Dopo tutto, malgrado talune criticità di tipo organizzativo (59), il modello emerso con l'istituzione dell'Acer sembra aver retto piuttosto bene alla prova dei fatti, come sostiene la Commissione (60).

un certo senso, maggiormente a rischio, nel caso delle agenzie europee tradizionali) ma, semplicemente, a orientare meglio la ponderazione di alcune scelte, contribuendo, altresì, ad una maggiore chiarificazione dei ruoli (« politici » e « tecnici »), con beneficio sia del livello europeo che nazionale.

(56) Si v. M. MACCHIA, « *La cooperazione amministrativa come questione di interesse comune* », in *Lo Spazio amministrativo europeo*, cit., p. 93.

(57) È questo quello che si desume dalla lettura del Documento approvato dalla I Commissione permanente (Affari costituzionali, della presidenza del Consiglio e Interni), nella seduta del 16 febbraio 2012, sulle Autorità amministrative indipendenti.

(58) Si vedano le *Recommendations of the Agency's Board of Regulators*, cit., p. 9.

(59) Si v., *infra*, par. 4, con particolare riferimento alla situazione della Commissione dei ricorsi.

(60) Si v. la posizione della Commissione, sul punto, contenuta nelle *Recommendations of the Agency's Board of Regulators*, cit.

Si potrebbe, allora, pensare che un modo efficace per risolvere buona parte dei problemi che sino ad ora sono emersi con riferimento al nuovo modello organizzativo debbano essere indirizzati a rafforzarne la struttura indipendente, incidendo sulle sue diverse componenti (organi, Anr, funzionari), in modo da consentire una realizzazione piena dei principi, valori e istituti, che fanno da cornice alla scelta (politica e avallata da molti accademici) di prefigurare un certo tipo di organizzazione ed evitare, quindi, la politicizzazione ovvero la cattura da parte dei privati, anche solo potenziale, di organismi indipendenti, che ne pregiudicherebbe la loro ragion d'essere.

4 I POTERI SOSTITUTIVI DELL'ACER.

4.1. *Le implicazioni organizzative.*

La configurazione organizzativa indipendente tratteggiata non vale da sé, ovviamente, a consentire una qualificazione dell'Acer in termini di « autorità indipendente », vale a dire di un'autorità collocata al centro del sistema di regolazione dell'energia, in ambito Ue.

Guardando, infatti, agli aspetti funzionali, ci si accorge del fatto che il terzo pacchetto energia abbia riconosciuto alla Commissione il ruolo di « regolatore sovranazionale », affidandole, al riguardo, importanti poteri ad effetti vincolanti sulle questioni di rilevanza transnazionale (come la definizione dei codici di rete transfrontalieri oppure la certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione) ed abbia riservato all'Acer, invece, in tali ambiti, un ruolo meramente consultivo (61).

L'Acer, allora, può essere meglio qualificata come « regolatore tecnico », poiché interviene nell'ambito del complessivo sistema di *governance* energetico europeo, fornendo un imprescindibile supporto specialistico ai diversi attori chiave del settore (in particolare, alla Commissione, agli Stati membri, ai gestori dei sistemi di trasmissione e alle Anr), attraverso l'adozione di atti giuridicamente non vincolanti e, limitatamente, di decisioni individuali, su questioni, comunque, tecniche e nelle quali non viene in rilievo una vera e

(61) In questo senso si esprimono diversi Autori, quali V. Termini, G. Napolitano, L. Ammanati, E. Bruti Liberati, nei loro contributi, sul tema, in parte richiamati in questo scritto.

propria ponderazione di interessi. In questo senso non parrebbero esserci particolari segnali di rottura rispetto al tradizionale modello di agenzia europea.

Eppure, dalla normativa di settore traspaiono alcuni elementi di assoluta novità rispetto alle esperienze organizzative preesistenti, che si legano, proprio, al suo peculiare assetto organizzativo.

Il dato che appare, immediatamente, innovativo attiene alla possibilità riconosciuta in capo all'Acer non soltanto di adottare decisioni vincolanti nei confronti delle Anr di settore ma, addirittura, di porre in essere nei loro confronti dei veri e propri « poteri sostitutivi », al riguardo, in ordine a questioni aventi rilevanza transfrontaliera, come si evince dagli artt. 7, 8 e 9 del regolamento n. 713/2009 e 12 del regolamento n. 347/2013.

L'Acer, a norma degli artt. 7 e 9 del regolamento istitutivo, può adottare decisioni individuali, su questioni tecniche, quando previsto dalla normativa delineata dal terzo pacchetto, attinenti, in particolare, alla materia delle esenzioni. L'adozione delle suddette decisioni, oltre ad essere subordinata al rispetto di una serie di vincoli legali e di carattere pro-concorrenziale, prevede la necessità che le Anr interessate « non siano riuscite a raggiungere un accordo entro sei mesi dalla data in cui è stata presentata una domanda di esenzione dinanzi all'ultima di queste autorità di regolamentazione » ovvero che vi sia stata, al riguardo, una loro « richiesta congiunta ».

Dello stesso tenore appare la norma di cui all'art. 8 del regolamento istitutivo la quale riconosce in capo all'Acer il potere di decidere in merito alle questioni di regolamentazione che sono di competenza delle Anr, comprese, se del caso, le condizioni di accesso e di sicurezza operativa, solo se le competenti Anr « non sono riuscite a raggiungere un accordo », oppure se queste ne fanno « richiesta congiunta ».

Analogamente, nello stesso senso, pure la norma di cui all'art. 12 del regolamento n. 347/2013, attinente alla « realizzazione di investimenti con impatti transfrontalieri », la quale riconosce in capo all'Acer il potere di adottare decisioni in merito alla « ripartizione dei costi di investimento che ogni gestore dei sistemi di trasmissione deve sostenere per il progetto [di interesse comune], nonché sulla loro inclusione nelle tariffe », soltanto se le Anr interessate non abbiano « raggiunto un accordo sulla richiesta di investimento entro sei mesi... » ovvero ne facciano « richiesta congiunta ».

Sul punto, la *ratio* del legislatore europeo sembra sia stata, perciò, quella di riconoscere all'Acer un potere di intervento diretto e di emergenza (62), attivabile ogni qual volta vi sia, per motivi tecnici e/o politici, una « resistenza » all'assunzione di decisioni con impatto transfrontaliero.

È importante segnalare, comunque, che la carica innovativa delle disposizioni citate non ha trovato, fin d'ora, grande riscontro sul versante applicativo, in quanto l'Acer è stata chiamata ad intervenire, in sostituzione delle Anr, solamente in due casi (63), cioè quelli disciplinati dall'art. 12 del regolamento n. 347/2013 (64). L'Acer non ha, dunque, mai adottato decisioni a norma degli artt. 7, 8 e 9 del regolamento n. 713/2009.

Tale circostanza ha, di fatto, impedito alla Commissione dei ricorsi di assolvere alla propria funzione giustiziale, posto che, a mente dell'art. 19, co. 1 del regolamento istitutivo, qualsiasi persona fisica o giuridica, incluse le Anr, può adire la Commissione dei ricorsi « esclusivamente » impugnando una decisione di cui agli artt. 7, 8 e/o 9, presa nei suoi confronti ovvero nei confronti di altri, ma che, comunque, la riguardi direttamente ed individualmente.

Questo scenario consente di effettuare una banale riflessione: il rafforzamento del ruolo istituzionale (e, in particolare, della capacità di intervento decisionale dell'Acer) aumenterebbe significativamente le probabilità di intervento della Commissione dei ricorsi, ponendo, così, le premesse per una maggiore tutela dei soggetti

(62) Sul riconoscimento del potere di intervento emergenziale dell'Acer, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, presentate il 12 settembre 2013 (relativamente alla causa C-270/2012, di cui si terrà conto nel paragrafo successivo di questo lavoro), con particolare riferimento ai par. 50 e 51.

(63) Ci si riferisce alla *Decision of the agency for the cooperation of energy regulators n. 01/2014 of 11 august 2014, on the investment request including cross-border cost allocation for the gas interconnection poland-lithuania project of common interest n. 8.5*, e alla *Decision of the agency for the cooperation of energy regulators n. 02/2015 of 16 april 2015, on the investment request including cross-border cost allocation for the Lithuanian part of the interconnection between Alytus (Lt) and the Lithuania/Poland border project of common interest n. 4.5.1*, consultabili sul sito istituzionale dell'Acer.

(64) In una prospettiva più generale, E. Bruti Liberati sostiene che l'Acer abbia trovato e trovi difficoltà ad assumere una posizione rilevante nei processi decisionali che le competerebbero (seppure in via, solamente, eventuale), perché la regolazione del mercato dell'energia, al pari di altri mercati di pubblico interesse, ha assunto, a partire dalla crisi del 2008, caratteri fortemente finalistici, cui sono stati accompagnati interventi di pianificazione e di direzione pubblica, opposti alla logica pro-competitiva con cui è stato concepito il terzo pacchetto energia. Ciò ha, di fatto, ridimensionato la portata dirompente dell'Acer, a favore di un maggiore protagonismo della Commissione e dei governi, rispetto all'Acer e alle Anr. Sul punto, si v. il contributo dell'Autore, dal titolo *La governance in tema di esenzioni nel quadro della regolazione e della politica infrastrutturale*, reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico.

interessati (persone fisiche, persone giuridiche e Anr), che godrebbero della possibilità di avvalersi tanto del (classico) rimedio giurisdizionale quanto di quello giustiziale.

Un tale sviluppo produrrebbe diversi effetti positivi, sia a livello sistemico sia dei soggetti interessati, alcuni dei quali paiono particolarmente evidenti: permetterebbe l'esperimento di un sindacato di merito sugli atti dell'Acer, non consentito, invece, in sede giurisdizionale; offrirebbe una sede, in teoria, maggiormente idonea all'assunzione di decisioni tecniche, rispetto alle quali il sindacato del giudice europeo è piuttosto limitato; garantirebbe maggiore celerità alla risoluzione delle controversie, riducendo, altresì, il carico di lavoro dei giudici dell'Unione europea, che risulterebbero sollevati dall'onere della pronuncia, nel caso in cui la controversia venisse risolta, in primissima istanza, nell'ambito dei lavori della Commissione dei ricorsi (65).

I profili dell'Acer che sono stati poc'anzi messi in evidenza — in particolare, la possibile adozione di decisioni individuali, a norma degli artt. 7, 8, 9 e loro relativa impugnazione da parte degli interessati, dinanzi alla Commissione dei ricorsi, di cui all'art. 19, del regolamento n. 713/2009 — paiono idonei ad innovare profondamente l'esperienza istituzionale delle agenzie europee e, più in generale, l'organizzazione amministrativa europea, perché presuppongono un intervento sostitutivo dell'organismo europeo, rispetto alle Anr, offrendo loro (e, in generale, agli interessati), peraltro, la possibilità di esperire un ricorso giustiziale dinanzi allo stesso organismo che ha prodotto l'atto presuntamente lesivo dei loro interessi (66).

È bene ribadire che si tratta di ipotesi di intervento meramente eventuali, che non hanno, al momento, trovato applicazione concreta. Tuttavia, il dato normativo appare, comunque, profondamente interessante e merita di essere approfondito.

Le disposizioni richiamate sembrano, infatti, prefigurare scenari molto distanti da quelli usuali, perché trascendono la (mera) possi-

(65) Per una sintesi dei vantaggi offerti dal sistema di tutela giustiziale, mediante il ricorso alle omonime Commissioni, si v. L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 346.

(66) La disposizione di cui all'art. 19, co. 1 del regolamento n. 713/2009, infatti, prevede che « Qualsiasi persona fisica o giuridica, incluse le autorità nazionali di regolamentazione, può proporre un ricorso contro una decisione, di cui agli articoli 7, 8 e/o 9, presa nei suoi confronti e contro una decisione che, pur appearing come una decisione presa nei confronti di un'altra persona, la riguarda direttamente ed individualmente ».

bilità che un'agenzia europea adotti decisioni legalmente vincolanti nei confronti di soggetti terzi e che queste decisioni siano impugnabili dinanzi ad una Commissione dei ricorsi presente nel suo seno (67).

5. I POTERI SOSTITUTIVI DELL'ACER, NELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, 22 GENNAIO 2014, CAUSA C-270/2012.

5.1. *Brevi riflessioni sulla individuazione della base legale dell'Acer.*

Una recente sentenza della Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dei poteri legalmente vincolanti di cui all'art. 28 del regolamento (UE) del 14 marzo 2012, n. 236, esercitabili da parte dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (Aesfem), nei confronti di singole persone giuridiche, « in sostituzione » di una decisione o dell'inattività da parte delle autorità nazionali competenti, offre interessanti spunti di riflessione sulla specificità dei poteri dell'Acer e sul corretto inquadramento legale di questa agenzia europea (ovvero modello di agenzia europea), nell'ambito dei Trattati. Si tenga conto, infatti, che, per quanto qui rileva, le esperienze dell'Acer e dell'Aesfem sono analoghe e si prestano, pertanto, ad essere lette congiuntamente.

Gli elementi di maggiore similitudine delle disposizioni di cui agli artt. 7, 8 e 9 del regolamento n. 713/2009 e art. 28 del regolamento n. 236/2012 attengono, proprio, alla possibilità che le due agenzie europee richiamate possano sostituirsi alle Anr di settore, nell'esercizio di poteri loro riconosciuti in via principale, secondo condizioni e criteri fissati dalla normativa di riferimento, su questioni, comunque, altamente tecniche e di carattere transnazionale. Inoltre, il legislatore europeo ha rinvenuto una base legale comune sia per

(67) Si veda, ad esempio, il caso previsto nell'art. 91 ss. del regolamento n. 1907/2006, afferente all'Agenzia europea per le sostanze chimiche (Aesc); oppure quello previsto nell'art. 135 del regolamento n. 207/2009, relativo all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (Uami); o, ancora, quello di cui all'art. 45 del regolamento n. 2100/1994, riguardante l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali (Ucgv). Qui, diversamente da quanto avviene nell'Acer, il meccanismo di tutela giustiziale, da esperire attraverso l'impugnazione delle decisioni delle agenzie europee dinanzi alle commissioni di ricorso, è perfettamente rodato, producendo significativi benefici di carattere sistemico e particolare. (Si consultino, al riguardo, le banche dati riguardanti le decisioni delle Commissioni di ricorso delle tre agenzie europee, sui relativi portali istituzionali).

l'istituzione dell'Aesfem che dell'Acer, ai sensi dell'art. 114 TFUE ovvero *ex art.* 95 TCE (68).

Orbene, pare interessante soffermarsi, in particolare, sugli aspetti di diritto, concernenti due dei quattro motivi di annullamento dell'art. 28 del regolamento n. 236/2012, dedotti dal Regno Unito, in sede di ricorso, perché riguardano il tema dell'inquadramento legale delle agenzie europee e quello, speculare, attinente alla delimitazione dei loro poteri: ci si riferisce, nel primo caso, alla violazione dell'art. 114 del TFUE (ovvero *ex art.* 95 TCE, con riferimento all'Acer), assunto come base legale del regolamento appena citato; nel secondo, alla violazione dei principi in materia di delega dei poteri, enunciati nella celebre sentenza *Meroni*.

In ordine alla presunta violazione dell'art. 114 TFUE (attinente alla politica di armonizzazione europea), giova premettere che esso è stato ritenuto dalla Corte di giustizia un adeguato strumento giuridico per l'adozione dell'art. 28, del regolamento n. 236/2012 e, dunque, idoneo a legittimare il regime di intervento dell'Aesfem nei termini che sono stati descritti.

La Corte di giustizia, al riguardo, richiamando un suo recente precedente giurisprudenziale (69), sostiene che l'art. 28 del regola-

(68) Sul punto, pare opportuno ricordare che, come riportato nella manualistica (si v., al riguardo, R. ADAM, A., TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 107-110 e M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 315-316) e sostenuto dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, relative alla causa 270/2012, punto 27, se si eccettuano i pochi casi in cui le agenzie europee trovano un espresso riconoscimento nei Trattati (ad esempio, Eurojust oppure l'Agenzia europea per la difesa), la base legale di questi organismi è stata, sostanzialmente, per lungo tempo, rinvenuta nell'art. 352 TFUE e sue versioni precedenti. A partire, invece, dagli anni 2000, il legislatore europeo si è orientato in maniera diversa, fondando l'istituzione delle agenzie europee sull'articolo ovvero articoli dei Trattati (incluso l'attuale art. 114 TFUE), concernenti la « materia » nell'ambito della quale esse sarebbero state chiamate ad operare (il primo caso, in questo senso, è da ricondurre all'Agenzia europea dell'ambiente - Aea, istituita con regolamento (CEE) n. 1210/90 del Consiglio, del 7 maggio 1990, basato sull'*ex art.* 130 S TCEE, poi art. 174 TCE, ora art. 192 TFUE, concernente, proprio, l'azione comunitaria in materia ambientale; un esempio più recente, invece, si ricollega all'Autorità europea per la sicurezza alimentare, istituita con regolamento (CE) n. 178/2002, del Parlamento e del Consiglio, del 28 gennaio del 2002, basato sugli artt. (CE) 37, 95, 133 e 152). Più recente, poi, l'ultimo orientamento del legislatore europeo (ritenuto legittimo, comunque, sin dalla sentenza della Corte di giustizia 9 agosto 1994, in causa C-359/92), che riconosce nel solo fondamento giuridico dell'art. 114 TFUE e sue versioni precedenti, la corretta base per l'istituzione delle agenzie europee (è questo il caso dell'Acer, Aesfem, Abe, Aeap, Aesc).

(69) Il riferimento è alla sentenza (c.d. « Enisa ») della Corte (Grande Sezione) del 2 maggio 2006, nella causa C-217/04. Sulle criticità che emergono dalla lettura di questa sentenza e del conseguente regime di applicazione dell'art. 95 TCE (ora, art. 114 TFUE), si v., in particolare, E. FERRARI, *Agenzie europee, interessi degli Stati membri e conflitti istituzionali* in B. MARCHETTI (a cura di), *L'Amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, cit.

mento n. 236/2012 rispetti le condizioni di cui all'art. 114 TFUE, principalmente per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché si pone quale strumento di armonizzazione e/o ravvicinamento delle disposizioni statali, che rientra nel margine di discrezionalità (70) riconosciuto in capo al legislatore europeo, in contesti e circostanze specifiche della materia da armonizzare (soprattutto quando tale materia è caratterizzata da particolarità tecniche complesse (71)) e implica, anche, l'esercizio di poteri individuali, da parte dell'agenzia europea, spendibili nei confronti di soggetti diversi dagli Stati membri, non ponendo l'art. 114 TFUE limiti, al riguardo; in secondo luogo, perché le suddette misure di armonizzazione sono finalizzate all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno, come si evince, nel caso di specie, dal disposto di cui al considerando n. 2, del regolamento n. 236/2012.

In sostanza, la Corte di giustizia, riprendendo alcuni passaggi della c.d. sentenza *Enisa*, ammette che l'istituzione di un'agenzia europea, destinata a fornire consulenza tecnica alla Commissione, possa costituire una misura di ravvicinamento ai sensi dell'art. 114 TFUE, perché idonea ad agevolare l'istituzione sovranazionale nella fase attuativa del diritto dell'Unione europea, nonché prevenire l'insorgere di disparità potenzialmente idonee a creare ostacoli al buon funzionamento del mercato interno in materia (72).

Sulla base di tali considerazioni, la Corte di giustizia è giunta, altresì, ad una importante conclusione in merito al potere generale delle agenzie europee di adottare misure giuridicamente vincolanti per i soggetti terzi e cioè che esse possono adottare decisioni vincolanti dirette a soggetti diversi dagli Stati membri, quando queste contribuiscono all'attuazione di un processo di armonizzazione, non ricavandosi, dalla lettura dell'art. 114 TFUE, limitazioni soggettive, in ordine ai destinatari delle misure di ravvicinamento.

A ben guardare, però, le argomentazioni della Corte di giustizia non paiono pienamente convincenti perché, da un lato, fondate sulla

(70) La Corte, riprendendo, in particolare, quanto precedentemente affermato nella c.d. sentenza *Enisa*, al punto 46, sostiene che « tale margine di discrezionalità può essere utilizzato in particolare per stabilire la tecnica di armonizzazione più appropriata quando il ravvicinamento prospettato necessita di analisi altamente tecniche e specializzate nonché della presa in considerazione di sviluppi relativi a un particolare settore ».

(71) Il richiamo inerte alla sentenza della Corte (Grande Sezione) del 6 dicembre 2005, causa C-66/04, punto 45.

(72) A tal fine, si ricorda che è, comunque, necessario richiamare espressamente l'art. 114 TFUE (ovvero sue versioni precedenti) nella normativa regolamentare di riferimento.

ricerca di una base legale dell'agenzia europea, a norma dell'art. 114 TFUE, fatto, questo, non contestato dalla ricorrente; dall'altro, esulano dalla specialità dei poteri conferiti all'Aesfem (e, analogamente relativi all'Acer) di cui all'art. 28 del regolamento n. 236/2012 i quali, probabilmente, meritano una valutazione diversa.

In tal senso, si ritiene di aderire a quanto sostenuto dall'Avvocato generale nelle conclusioni della sentenza in commento. Questi, pur ammettendo che le misure vincolanti di cui all'art. 28 del regolamento n. 236/2012 dell'Aesfem siano astrattamente idonee ad essere sussunte all'art. 114 TFUE (in quanto volte a contribuire al processo di armonizzazione comunitario), pone l'accento sulla specialità delle suddette misure, affermando che la loro funzione sia piuttosto quella di « spostare i poteri di attuazione [...] dal piano nazionale al piano dell'Unione, qualora esista un contrasto tra l'Aesfem e l'autorità nazionale competente ovvero tra le autorità nazionali competenti. Infatti l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 crea un meccanismo decisionale di emergenza che diventa operativo quando le autorità competenti non concordano sull'azione da intraprendere ».

Così, l'art. 28 del regolamento n. 236/2012, implicando la sostituzione del sistema decisionale nazionale con un sistema decisionale a livello dell'Unione, oltrepassa i limiti che si desumono dall'art. 114 TFUE, in materia di armonizzazione.

Seguendo, dunque, questo ragionamento, sarebbe stato, probabilmente, auspicabile rintracciare nell'art. 352 TFUE (73) il fondamento giuridico per l'adozione del regolamento n. 236/2012, non già nell'art. 114 TFUE. Infatti, un intervento emergenziale e sostitutivo dell'Aesfem avrebbe potuto essere ritenuto « proporzionato » e « ne-

(73) Il disposto di cui all'art. 352 TFUE richiama la c.d. « clausola di flessibilità », in base alla quale se « un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate ».

In sostanza, l'art. 352 TFUE estende le attribuzioni dell'UE al di là delle competenze sue proprie, di cui all'art 5, co. 2 TUE e autorizza le istituzioni europee a porre in essere azioni che risultino necessarie alla realizzazione degli scopi istituzionali previsti nel diritto primario. Per tale ragione si è (anche) sostenuto che esso costituisce una « materializzazione della teoria dei poteri impliciti ». Sull'art. 352 TFUE (e sulla sua connessione con la teoria dei poteri impliciti) si v., F. POCAR e M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2014, p. 1561-1566 e le fonti ivi citate.

cessario » (74), per la realizzazione degli obiettivi del mercato interno, nel caso in cui questi obiettivi hanno implicazioni transfrontaliere particolarmente rilevanti (attinenti, nel caso di specie, alle vendite allo scoperto), che non sono stati opportunamente conseguiti dalle Anr, a causa di una loro omissione ovvero mancato intervento.

Il richiamo all'art. 352 TFUE avrebbe, poi, avuto un'implicazione di carattere procedurale non secondaria: vincolare gli Stati membri ad esprimersi all'« unanimità », per il tramite del Consiglio, invece che a « maggioranza », su questioni rilevanti di carattere transnazionale, garantendo, in tal senso, la più ampia convergenza possibile. Ciò avrebbe, altresì, consentito ai parlamenti nazionali di esprimersi *ex ante* sulle questioni predette, garantendo, al riguardo, un ampio dibattito democratico, probabilmente, necessario, in contesti così delicati (75).

Dunque, per quanto specificamente concerne il caso dell'Acer, il richiamo all'art. 352 TFUE, presupponendo una larga convergenza degli Stati membri nell'*iter* di approvazione del regolamento istitutivo — derivante dalla sussistenza del criterio di voto consiliare all'unanimità e procedura di controllo del principio di sussidiarietà, da parte dei parlamenti nazionali — avrebbe, probabilmente, agevolato la rispondenza tra le previsioni normative ivi previste e il dato empirico, il cui disallineamento, oggi, necessita, pertanto, di una adeguata riflessione istituzionale. Così, l'adozione del regolamento n. 713/2009 in forza dell'art. 352 TFUE avrebbe, con molta probabilità, offerto maggiori garanzie di effettività dell'attuazione delle norme europee, in materia energetica.

Ciononostante, appare, comunque, deludente che, su un tema importante come quello del riconoscimento giuridico delle agenzie europee, non vi siano stati, (soprattutto) nel corso degli ultimi tempi, sviluppi degni di nota, da parte del mondo politico-istituzionale (il principale rammarico, sotto questo profilo, si ricollega alla mancata previsione costituzionale di tali organismi, in occasione della revisione dei Trattati), restando, sostanzialmente, ferma la discussione, ad un livello di diritto giurisprudenziale.

(74) Si v. quanto sostenuto dall'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, concernenti la sentenza in commento, al punto 55.

(75) A norma, infatti, dell'art 352 TFUE, co. 2, « La Commissione, nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea, richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo ».

5.2. *Una ri-lettura della giurisprudenza Meroni.*

Il secondo motivo di annullamento dell'art. 28 del regolamento n. 236/2012 che si vuole esaminare attiene alla violazione dei principi in materia di delega dei poteri, enunciati nella sentenza *Meroni*. Esso appare estremamente interessante, in quanto, dal punto di vista giuridico, rende evidenti le somiglianze tra il regime giuridico di cui all'art. 28 del regolamento n. 236/2012 e quello di cui agli artt. 7, 8 e 9 del regolamento n. 713/2009 e art. 12 del regolamento n. 347/2013, permettendo di trasporre il ragionamento dal caso dell'Aesfem a quello propriamente oggetto di disamina.

La questione assume, inoltre, estremo interesse, posto che la giurisprudenza *Meroni*, che rappresenta, storicamente, il parametro di riferimento principale per l'attribuzione di poteri a soggetti terzi non previsti dai Trattati (76), tra cui le agenzie europee, sembra debba ritenersi, oggi, secondo quanto sostenuto da grande parte della dottrina e sulla base delle nuove norme dei Trattati, fondamentalmente superata.

Giova premettere, anche qui, che la sentenza della Corte di giustizia ha rigettato il motivo di ricorso, ritenendo che l'esercizio dei poteri di cui all'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 sia disciplinato da vari criteri e condizioni — l'emergenza di intervenire, la sussistenza di implicazioni transfrontaliere e l'inerzia delle Anr — che delimitano il campo d'azione dell'Aesfem. In secondo luogo, le due misure che l'Aesfem può porre in essere, ai sensi dell'art. 28, co. 1 del regolamento n. 236/2012, sono rigorosamente circoscritte a quelle previste dall'art. 9, co. 5 del predetto regolamento. Il margine di discrezionalità dell'Aesfem è, poi, limitato da altri fattori, quali l'obbligo di consultazione con le Anr prima dell'adozione delle misure sostitutive; il carattere temporaneo delle misure; la possibile definizione di ulteriori specificazioni da parte della Commissione nei

(76) Le due controversie (cause 9/56 e 10/56), che danno luogo alla risalente giurisprudenza richiamata, hanno ad oggetto le decisioni con cui l'Alta Autorità della CECA ingiunge all'impresa di pagare somme stabilite da due enti di diritto privato con sede a Bruxelles (l'Ufficio comune dei consumatori di rottame e la Cassa di perequazione per il rottame importato), per la violazione di obblighi previsti in materia di perequazione del rottame. I giudizi investono anche gli atti presupposti a quelli impugnati e cioè il provvedimento con cui l'Alta autorità ha affidato ai c.d. « organismi di Bruxelles » il potere, riconosciutole dal Trattato CECA (artt. 47, n. 3, e 53 lett. b), di svolgere complesse valutazioni economiche, necessarie per determinare le somme dovute dai trasgressori. La Corte ritiene illegittima la delega, in quanto attribuisce ad organismi privati il potere di adottare determinazioni discrezionali alle quali l'Autorità si limita a dare esecuzione.

confronti dell'Aesfem e delle Anr (77), la tecnicità della valutazione dei fatti (78).

Al riguardo, viene in luce, in sostanza, la piena aderenza alla giurisprudenza *Meroni*, posto che all'Aesfem sono conferiti poteri esecutivi, non discrezionali e sui quali, pertanto, è possibile imprimere un controllo, da parte dell'autorità delegante o, meglio, delle istituzioni europee. Analoghe conclusioni possono essere tratte con riferimento ai poteri decisionali dell'Acer, certamente esecutivi ovvero vincolati e non discrezionali, oltre che espressione di valutazioni tecniche, nei limiti che sono stati evidenziati.

Tale scenario consente di addivenire ad un'importante conclusione: in apparente contrasto rispetto a quanto caldeggiato da ampia parte della dottrina, la sentenza *Meroni* continua ad essere applicata con regolarità da parte della Corte di giustizia, in materia di delimitazione delle competenze delle agenzie europee.

Sul punto è necessario, però, fare qualche precisazione. Se è vero, infatti, che la sentenza *Meroni* continua ad essere applicata dai giudici dell'Unione europea alle omonime agenzie è altrettanto vero che il suo significato è profondamente cambiato nel corso del tempo.

Inizialmente, la giurisprudenza *Meroni*, riguardante un caso di delega e/o conferimento di poteri ad organismi privati e non previsti dai Trattati, assolve alla precipua funzione di garantire lo sviluppo « controllato » delle agenzie europee, non previste dal diritto primario, nel rispetto degli allora assai precari equilibri istituzionali comunitari. Nella prima fase di sviluppo del diritto comunitario, si tende, dunque, ad impedire che un organismo estraneo alle previsioni dei Trattati (quale, appunto, l'agenzia europea) potesse esercitare poteri più ampi di quelli ad esso attribuiti e comunque ampiamente discrezionali, non soggetti ai vincoli comunitari, validi, invece, per le istituzioni comunitarie deleganti (si pensi al possibile controllo giurisdizionale degli atti delle istituzioni comunitarie, assente, invece, nel caso delle agenzie europee).

Oggi, l'ordinamento giuridico « materiale » (79) dell'Unione europea, recependo gli sviluppi dottrinari, giurisprudenziali e nor-

(77) Si vedano gli artt. 30 e 42 del regolamento n. 236/2012. Analogamente, per quanto attiene all'Acer, la Commissione può adottare « orientamenti » sulle questioni di competenza dell'agenzia (si veda, ad esempio, quanto riportato nell'art. 8, co. 4 del regolamento n. 713/2009).

(78) Art. 24 del regolamento (UE) n. 918/2012.

(79) Il termine è di Costantino Mortati. Nel caso di specie, ci si riferisce allo sviluppo

mativi, in materia di agenzie europee, riconosce tali organismi come parte integrante del sistema. Non solo. Ammette che questi possano adottare decisioni esecutive vincolanti nei confronti di soggetti terzi, avverso le quali è possibile, altresì, effettuare un controllo giurisdizionale di legittimità (80). Il diritto dell'Unione europea prevede, poi, una serie di controlli di carattere generale, atti a contenere la possibile illegittimità dell'azione delle agenzie europee (81).

Pertanto, la giurisprudenza *Meroni* rimane valida non tanto perché necessaria a garantire un controllo giurisdizionale effettivo e l'equilibrio istituzionale (82), a livello dell'Unione europea, quanto, piuttosto, perché costituisce, ancora oggi, il principale riferimento giuridico per la delimitazione dei poteri delle agenzie europee.

In tal senso, la rilevanza della giurisprudenza *Meroni* appare ancora evidente, in quanto sopperisce alla mancanza di un riferimento legale positivo in materia di procedimento amministrativo, idoneo a meglio strutturare l'azione amministrativa europea (83).

delle agenzie europee come ad un fenomeno manifestatosi, inizialmente, in modo « asistemático » e « al di fuori » delle previsioni dei Trattati. Oggi, invece, sebbene le agenzie europee non siano (ancora) espressamente previste dal diritto primario e necessitano di un quadro giuridico comune, in ragione di una piena adesione al principio di legalità, costituiscono un'articolazione fondamentale dell'organizzazione amministrativa europea, essendo implicitamente riconosciute dall'ordinamento giuridico in molteplici norme di diritto primario e secondario e soggette ad una disciplina che, quantomeno in alcuni tratti essenziali, ne delinea degli aspetti comuni.

(80) È questo quanto previsto nell'ultimo periodo dell'art. 263 TFUE. Peraltro, sempre in materia di tutela giurisdizionale, il disposto di cui all'art. 267 TFUE prevede che l'interpretazione e la validità degli atti delle agenzie europee possano essere rimessi, in via pregiudiziale, al sindacato della Corte, da parte dei giudici nazionali. Sempre alla Corte, è possibile sottoporre, da una delle parti, possibili eccezioni di illegittimità, ai sensi dell'art. 277 TFUE.

(81) Ad esempio, ai sensi degli artt. 15, 16 e 228 TFUE, « le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione » sono tenuti a rispettare il principio di buona amministrazione, mentre gli artt. 287 e 325 TFUE assoggettano le agenzie al sistema di controllo finanziario e di *audit* dell'Unione.

(82) A questo proposito, vale la pena di ricordare che, nella più recente giurisprudenza europea, il significato della nozione di equilibrio istituzionale è profondamente mutato: esso, infatti, da principio « statico », volto a preservare la posizione di ciascuna istituzione politica europea da eventuali interferenze agli equilibri istituzionali complessivi, diviene, essenzialmente, principio « di relazione », che permette l'inventiva istituzionale di una autorità comunitaria, a condizione che quest'ultima rispetti il ruolo delle altre istituzioni, tenendo conto degli effetti della propria azione in relazione ai poteri attribuiti ai soggetti contitolari delle funzioni comunitarie. (In questi termini si esprime E. ЧИТИ, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, cit., p. 65-66).

(83) Come sostiene, infatti, P. CRAIG, *Eu Administrative Law*, cit., p. 406 « It is moreover not uncommon for the courts to demarcate on functional grounds: the labels, law, fact or discretion will be chosen to reflect judicial preconceptions as to how far the courts wishes to intervene in particular case ».

6. IL NUOVO MODELLO: GLI INSEGNAMENTI DEL PASSATO E LE ASPETTATIVE PER IL FUTURO.

Il fenomeno delle agenzie « decentrate », che si è posto, a partire dalla prima metà degli anni '90 del secolo scorso, quale fondamentale fattore coagulante dell'integrazione europea (non solo amministrativa), non avrebbe riscosso il successo (84) che unanimemente gli si riconosce e non avrebbe potuto affermarsi nei diversi modi in cui oggi si presenta (l'Acer, come si è avuto modo di notare, rappresenta una interessante deviazione dal modello tradizionale di agenzia europea) se non fosse stato il frutto evidente di un compromesso, eminentemente politico, in cui le istanze europeiste, rappresentate *in primis* dalla Commissione e le posizioni più nazionaliste, orientate a preservare e/o accrescere le prerogative degli Stati membri, hanno incontrato un (felice) momento di sintesi (85). La continua tensione e conflittualità tra questi due (opposti) poli ha, infatti, dato vita ad una galassia di agenzie europee, fortemente eterogenee tra di loro e istituite, in questo senso, sull'onda della contingenza.

In relazione allo sviluppo quanti-qualitativo delle agenzie europee, la politica dei piccoli passi o, meglio, l'approccio funzionalista e incrementale delle politiche dell'Unione europea, così come della questione amministrativa europea, si sono rivelati, obiettivamente, strumenti metodologici estremamente concreti ed efficaci, per il perseguimento degli obiettivi comuni.

L'esperienza dell'Acer, tuttavia, induce ad una riflessione che, pur non rinnegando il passato, muta la prospettiva futura delle agenzie europee, soprattutto di quelle strutturate a rete ed indipendenti, le quali, assolvendo a delicati compiti istituzionali nei confronti delle Anr — assistenza, coordinamento e sostituzione nell'esercizio di poteri loro assegnati, in via principale — richiedono, probabilmente, un rinnovamento più radicale dell'infrastruttura giuridica settoriale, da parte dei legislatori nazionali e, prima ancora, del legislatore europeo.

(84) Al riguardo, R. DEHOUSSE, *Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance*, in C. JEORGES e R. DEHOUSSE (a cura di), *Good Governance in Europe's integrated Market*, Oxford University Press, 2002, p. 216, ritiene che le agenzie europee costituiscano la novità più significativa nell'ambito del funzionamento delle burocrazie dell'Unione nel periodo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht.

(85) Per un'analisi delle ragioni istituzionali ed organizzative del fenomeno di *agencification*, si veda E. CHITI, *Le Agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, cit., p. 48-58.

Con riferimento alla normativa del terzo pacchetto energia (e, in particolare, al regolamento n. 713/2009, istitutivo dell'Acer), è stato dimostrato come essa configuri un modello organizzativo di agenzia europea che, seppur improntato sul paradigma dell'indipendenza, fatica ad affermarsi compiutamente, per via di alcune chiare lacune del diritto positivo, che generano incertezza giuridica ed evidenti disfunzioni operative. Basti pensare alle molteplici prescrizioni europee e nazionali passate in rassegna che rendono, in molti punti, ambigua la delimitazione di competenze dei diversi *players* politici e tecnici del settore, nonché il loro rispettivo conferimento di poteri, lasciando spazio ad un'interpretazione piuttosto « elastica » della normativa di riferimento, la cui effettiva applicazione, più che essere (come, probabilmente, dovrebbe) la vivida espressione del generale principio europeo della certezza del diritto, sembra il mero prodotto dei giochi di forza del momento.

Non sorprende, allora, che talune disposizioni del regolamento di base, destinate, sulla carta, a mutare radicalmente il modello di agenzia europea, siano rimaste, fino ad ora, inattuatae (in particolare, le disposizioni di cui agli artt. 7, 8 e 9), paralizzando, peraltro, i lavori di una delle componenti organiche più interessanti dell'Acer: la Commissione dei ricorsi.

Vale la pena di rimarcare con forza che la descritta situazione di incertezza giuridica (e, talvolta, confusione dei ruoli) nella quale l'Acer e gli altri attori del sistema di *governance* energetico sono chiamati ad operare — che è comune, certamente, a molteplici esperienze organizzative esistenti — assume, qui, dei connotati di estrema problematicità, in quanto è da inquadrare alla luce di un assetto regolativo che fa del valore dell'indipendenza il proprio vessillo (86).

In questo senso, appaiono assolutamente deprecabili (anche) quelle disposizioni normative che lasciano intentata oppure definiscono con approccio minimale la definizione di requisiti e procedure per la nomina dei vertici e funzionari dell'« amministrazione composta » (87), così come il loro relativo regime di incompatibilità, posto che, oramai, il mondo istituzionale, dottrinario e politico

(86) Con riferimento alle tre autorità di vigilanza del settore microprudenziale, V. CERULLI IRELLI, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, cit., in *Lo Spazio amministrativo europeo*, cit., p. 153, sostiene, addirittura, che « il carattere dell'indipendenza è sancito, in modo un po' ossessivo, in varie norme ».

(87) Si v. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 313.

sembra convergere sulla necessità di controbilanciare il potere di questi apparati indipendenti con un rafforzamento delle regole non solo procedurali ma anche attinenti al regime giuridico dei funzionari che siano in grado di renderne l'operato significativamente trasparente, rispetto al pubblico.

Pare, dunque, evidente la necessità di imprimere maggior rigore alle regole che presiedono al funzionamento di questo modello organizzativo, onde rafforzarne gli elementi strutturali principali — Anr, organi e funzionari — secondo principi basilari e comuni, che pare non trovino riscontro nelle prescrizioni europee di diritto derivato, attualmente vigenti.

Tale strategia, peraltro, oltre a razionalizzare, in una cornice uniforme di legalità europea, un fenomeno organizzativo ancora troppo frastagliato (e, sicuramente, giovane) ne accompagnerebbe e anticiperebbe il suo sviluppo, che appare, per certi versi, inevitabile. D'altronde gli indizi, in questo senso, sembrano davvero molti. Oltre al dato fattuale — la consistente presenza di amministrazioni indipendenti degli Stati membri, peraltro, sempre più condizionate dal diritto dell'Ue e, molto spesso, proprio per questo motivo, sottoposte all'egida di organismi europei — c'è da considerare quello costituzionale e quello giurisprudenziale europeo, sicuramente indicativi della legittimità della nuova forma di organizzazione amministrativa transnazionale.

Certo, si è consapevoli che il riconoscimento giuridico di questi organismi e il loro conseguente conferimento di attribuzioni rappresentano operazioni complesse, che possono ingenerare, più che in altri casi, accese dispute istituzionali, dottrinarie e giurisprudenziali, sulle quali, peraltro, non sempre è facile prendere posizioni nette. La recente sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2014 ne offre un chiaro esempio. In essa, il richiamo a risalenti orientamenti dottrinari, giurisprudenziali e principi, oggetto, talvolta, di interpretazioni adeguatrici, più o meno significative, che si stratificano nella riflessione giuridica, generando, in alcuni casi, dubbi, piuttosto che certezze, prevale sulla giovane e, per certi versi, scarna intelaiatura costituzional-amministrativa che, pure, offre spunti interessanti per una sistematizzazione della materia.

Ecco che, allora, un intervento chiarificatore e di razionalizzazione, da parte del legislatore europeo che, con l'ampio avallo degli Stati membri, definisca degli *standards* univoci, circa il giovane modello organizzativo, appare una soluzione auspicabile. Sul piano

operativo, come già evidenziato, ci si sente di propendere per una soluzione di tipo regolamentare, che trovi nell'art. 298 TFUE il proprio riferimento principale (88), pur non criticando altre forme di intervento, che tengano conto, comunque, dei *desiderata* degli Stati membri, quale garanzia di effettività delle nuove regole.

Preconizzare uno sviluppo di questo tipo appare, tuttavia, difficile, quanto meno nel breve periodo, posto che la riflessione giuridica relativa all'art. 298 TFUE è solamente alle sue battute iniziali. In questo senso, è da accogliere con favore qualsiasi contributo proveniente dagli operatori del mondo accademico (89) e/o istituzionale (90), perché capace di alimentare riflessioni e offrire materiali di studio, idonei al progresso dello stato dell'arte. Sulla questione dell'art. 298 TFUE, si resta, poi, chiaramente, in attesa di un intervento delle Corti europee di giustizia, idoneo a consolidare le basi del ragionamento interpretativo, come sovente è accaduto.

In definitiva, si ha l'impressione che, nell'attuale discussione giuridica che tocca i temi trattati, vi siano, da un lato, una pluralità di elementi « nuovi » che, *in nuce*, fanno presagire a cambiamenti considerevoli della vita amministrativa europea e, per quanto qui rileva, del modello di agenzia indipendente, corroborandone gli elementi strutturali e, dunque, razionalizzandone il quadro complessivo; dall'altro, un complesso di norme, principi, orientamenti, prassi,

(88) Tale ipotesi, sicuramente pretenziosa, trova, comunque, già autorevoli sostenitori nel mondo accademico, sebbene con riferimento alla tematica più generale del processo di codificazione del procedimento amministrativo europeo. Si veda, al riguardo, il progetto di legislazione generale sul procedimento amministrativo europeo, promosso da un gruppo di studiosi, P. CRAIG, D. CURTIN, G. DELLA CANANEA, H.C.H. HOFMANN, O. MIR, J. SCHNEIDER, M. WIERZBOWSKI, J. ZILLER, *Book I - General Provisions* in H.C.H. HOFMANN, J. SCHNEIDER e J. ZILLER (a cura di), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, p. 14-21, nel quale, escludendosi, dapprima, la possibilità concreta che nel breve-medio periodo vengano riformati i Trattati e, dunque, trovati rimedi più radicali ed incisivi alla questione della codificazione, ci si concentra sulle implicazioni ed effetti che avrebbe il ricorso all'art. 298 TFUE con riferimento, soprattutto, alla sua (in)compatibilità con altri articoli dei Trattati. Per quanto attiene, in particolare, alla disamina trattata in questo contributo, pare interessante notare che gli Autori ritengono plausibile la compatibilità degli articoli 95 TCE ovvero 114 TFUE, rispettivamente, il primo base legale dell'Acer, il secondo dell'Aesfem, con l'art. 298 TFUE.

(89) In tal senso, è da accogliere sicuramente con favore il citato progetto di legislazione generale sul procedimento amministrativo europeo, chiamato « *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure* ». Per un breve commento del progetto si v. E. CHITI, *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, fasc. 7, p. 677-688 e S. CASSESE, *Una legge sul procedimento amministrativo europeo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, fasc. 12, p. 1133-1134.

(90) Si v., in particolare, la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi.

atteggiamenti, anche culturali, « risalenti », la cui sedimentazione e cristallizzazione rende, per certi versi, difficile immaginare che, nel breve termine, possano materializzarsi scenari differenti, da quelli consolidati.

Eppure, sotto questo profilo, il modello che si è tratteggiato sembra imporre, per certi versi, un *aut aut*, perché concepito sul paradigma dell'indipendenza: sottrarsi al rispetto di principi comuni e negoziare, di volta in volta, le regole del gioco, attraverso gli atti regolamentari, consente la realizzazione di un piccolo paradosso, per il quale la logica aperta e compromissoria che ha consentito, nel recente passato, al processo di integrazione europea di compiere passi in avanti importanti rischia, ora, di essere un suo rilevante elemento di disturbo, in quanto consente al potere politico di sovrapporsi, talvolta, in maniera indebita, al potere tecnico ed indipendente.