

9 FEBBRAIO 2022

Interesse a ricorrere e nuovi modelli di
regolazione dei mercati: alcune
considerazioni a partire dalla
determinazione della tariffa del servizio
idrico

di Federico Caporale
Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi dell'Aquila



Interesse a ricorrere e nuovi modelli di regolazione dei mercati: alcune considerazioni a partire dalla determinazione della tariffa del servizio idrico*

di Federico Caporale

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi dell'Aquila

Abstract [It]: Con la decisione n. 354/2021, relativa al procedimento di aggiornamento della tariffa del servizio idrico, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ha proposto una lettura molto particolare dell'interesse ad agire (e in particolare dell'effettività della lesione) nel processo amministrativo. La tesi del Consiglio di giustizia è passibile di diverse critiche e, più in generale, manifesta la difficoltà di leggere i fenomeni economici e di aggiornare l'interpretazione di alcuni istituti processuali alle trasformazioni del diritto amministrativo dell'economia.

Title: Interest in recourse and new models of market regulation: some considerations starting from the determination of water service tariffs.

Abstract [En]: In the ruling no. 354/2021, concerning the updating of the water supply tariff, the Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana proposed a very particular interpretation of the interest in challenging in the administrative trial. The thesis of the Consiglio di giustizia is subject to several criticisms and, more generally, stresses the difficulty to understand economic phenomena and to update the interpretation of certain procedural institutions to the changes of the administrative law of the economy.

Parole chiave: interesse a ricorrere; giudice amministrativo; tariffa; servizio idrico; regolazione dell'economia

Keywords: interest in challenging; administrative trial; tariff regulation; economic regulation; water supply

Sommario: 1. Premessa. 2. La sentenza n. 354/2021 del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana. 3. Nodi critici della tesi del Consiglio di giustizia. 4. L'interesse a ricorrere e le trasformazioni del diritto amministrativo dell'economia.

1. Premessa

La determinazione della tariffa è uno dei momenti più delicati dell'organizzazione e della regolazione dei servizi pubblici, perché incide sull'accessibilità sociale del servizio, sulla programmazione degli investimenti, sull'equilibrio economico-finanziario, sull'accesso al credito.

La determinazione della tariffa è particolarmente importante nel settore dei servizi idrici, data la loro natura di bene fondamentale per la vita umana, la loro centralità nelle politiche di tutela dell'ambiente e la grande esigenza di investimenti. Proprio per la sua importanza, il processo di definizione delle tariffe interessa l'amministrazione che organizza il servizio, l'Autorità di regolazione energia reti ambiente, il

* Articolo sottoposto a referaggio.

gestore e l'utenza¹. Di conseguenza, il procedimento è molto articolato: l'Arera definisce le componenti di costo e predispone periodicamente il metodo tariffario²; l'ente di governo d'ambito formula una proposta di tariffa e la trasmette all'Arera; l'Arera la approva, imponendo eventuali modifiche, a pena di inefficacia³; l'ente di governo d'ambito adotta la tariffa definitiva, rimodulata secondo le prescrizioni impartite dall'Arera⁴.

La stessa procedura si applica per gli aggiornamenti che si rendono necessari tra un provvedimento di determinazione della tariffa e il successivo; però, nelle more dell'approvazione da parte dell'Arera, la proposta di aggiornamento formulata dall'ente di governo d'ambito è immediatamente applicabile; per mitigare l'impatto delle modifiche che, al momento dell'approvazione, potrebbero essere imposte dall'Arera, è previsto un meccanismo di conguaglio in favore del gestore.

La delicatezza – sia dal punto di vista regolatorio che di sensibilità dell'opinione pubblica⁵ – e l'estrema articolazione della procedura in questione hanno sollevato numerose controversie, che hanno toccato diversi profili di diritto sostanziale e processuale⁶. Uno degli ultimi in ordine di tempo è la possibilità, per il gestore, di impugnare la proposta di aggiornamento formulata dall'ente di governo d'ambito, immediatamente applicabile, come detto, ancorché non ancora approvata dall'Arera.

Il caso che ha sollevato questo problema è apparentemente banale: il 12 giugno 2018, l'ente di governo d'ambito di Caltanissetta ha trasmesso all'Arera una proposta di aggiornamento delle predisposizioni

¹ La tariffa, infatti, deve tenere conto dei costi ambientali di fruizione del servizio, in modo da indurre comportamenti sostenibili nell'uso della risorsa, deve assicurare la primazia dei consumi umani, deve garantire la copertura dei costi di immobilizzazione dei capitali, in modo da indurre i gestori a pianificare adeguati investimenti. In questa ottica, la determinazione tariffaria interessa l'Arera, che deve garantire la coerenza e la solidità del sistema regolatorio nel suo complesso, l'ente di governo d'ambito e i singoli comuni che lo compongono, che hanno il compito di programmare l'erogazione del servizio, anche in considerazione dei bisogni dell'utenza e delle specificità territoriali, nel breve e nel lungo periodo, il gestore, che deve sapere quanto è efficiente investire, e l'utenza, che deve sapere quanto pagherà il servizio e per cosa pagherà. In proposito, mi sia consentito rinviare a F. CAPORALE, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, Franco Angeli, Milano, 2017, pp. 306 ss. La corretta allocazione dei poteri tariffari tra Arera ed enti d'ambito diventa, allora, un punto nodale, perché la determinazione della tariffa si colloca al confine tra funzione di organizzazione e funzione di regolazione del servizio: da un lato, bisogna consolidare le prerogative del regolatore, per ragioni di omogeneità a livello nazionale – e, quindi, di coesione sociale e territoriale, per utilizzare le categorie giuridiche del servizio pubblico – e per evitare che la determinazione delle tariffe sia guidata da valutazioni politiche; dall'altro, bisogna lasciare agli enti locali un adeguato margine di scelta, per poter effettivamente orientare l'organizzazione del servizio, da cui dipende la natura locale del servizio pubblico. Queste considerazioni sono discusse in maniera più approfondita in F. CAPORALE, *Politica e amministrazione nei servizi pubblici locali: in cerca di un equilibrio tra rappresentatività ed efficienza economica*, in *Diritto amministrativo e società civile. Vol. III. Problemi e prospettive*, BUP, Bologna, 2020, pp. 421 ss., specie pp. 434 ss.

² Cfr. d.P.C.M. 20 luglio 2012, art. 3, c. 1, lett. c) e d).

³ Cfr. d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 154, c. 4 e d.P.C.M. 20 luglio 2012, art. 3, c. 1, lett. f).

⁴ Cfr. d.P.C.M. 20 luglio 2012, art. 3, c. 1, lett. f).

⁵ La formula tariffaria, infatti, è stata oggetto di uno dei quesiti referendari del 2011.

⁶ Come l'impatto del referendum, i costi ammissibili in tariffa, i rapporti tra enti d'ambito e Arera, i rapporti tra comuni e enti d'ambito. Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809; Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8354; Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2020, n. 4155; Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2806; Tar Molise, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 29; Cons. St., sez. IV, 9 ottobre 2018, n. 5813; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2481.

tariffarie per gli anni 2018 e 2019; l'Arera ha deciso di valutare la proposta di aggiornamento unitamente a quella di nuova tariffa per il periodo regolatorio 2020-2023⁷. Di conseguenza, nonostante diverse sollecitazioni del gestore, che lamentava che nella proposta di aggiornamento non fossero stati riconosciuti alcuni costi e, perciò, di aver dovuto rimodulare per difetto il programma degli investimenti, a danno proprio e dell'utenza, l'autorità non si è pronunciata.

In sintesi, negli ultimi tre anni e mezzo, la proposta di aggiornamento tariffario è stata applicata al gestore in via provvisoria, in attesa dell'approvazione dell'Arera; a tutela della propria posizione giuridica, il gestore, privo di strumenti procedimentali cogenti, non ha potuto far altro che impugnare la proposta di aggiornamento.

2. La sentenza n. 354/2021 del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana (d'ora in avanti CGARS), con la sentenza n. 354/2021, ha dichiarato inammissibile il ricorso, rilevandone la carenza di interesse.

L'argomentazione del CGARS si è svolta su due piani: la natura giuridica del silenzio del serbato dall'Arera e la provvisorietà degli effetti della proposta di tariffa.

Innanzitutto, il collegio ha dovuto chiarire se l'inerzia dell'Arera potesse assumere il valore giuridico di un provvedimento favorevole (in pratica, di un'approvazione senza prescrizioni): in questo caso, il ricorso introduttivo sarebbe stato inammissibile, perché proposto oltre i termini di impugnazione. Secondo la disciplina generale che regola l'Arera (la legge 14 novembre 1995, n. 481), la mancata adozione di un provvedimento espresso entro novanta giorni comporta l'approvazione della tariffa proposta dal gestore⁸; per il servizio idrico, però, il collegio ha ritenuto derogata questa disciplina. Il CGARS è arrivato a questa conclusione richiamando quattro circostanze.

Primo, il rinvio operato dalle norme speciali in materia di regolazione del servizio idrico alla legge generale sulle autorità dei servizi pubblici locali riguarda i poteri esercitabili e non le modalità con cui essi vanno esercitati⁹.

Secondo, il quadro normativo speciale della determinazione della tariffa per il servizio idrico (sia di carattere primario che regolamentare¹⁰) non prevede la formazione del silenzio assenso con riferimento

⁷ Nonostante, tra il 2018 e il 2019, l'Autorità abbia concluso una cinquantina di procedure per l'approvazione dell'aggiornamento delle predisposizioni tariffarie per il 2018 e 2019.

⁸ Cfr. legge 14 novembre 1995, n. 481, art. 2, c. 12, lett. e). Questa legge è espressamente applicabile alla regolazione del servizio idrico, ai sensi dell'art. 21, c. 19, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201.

⁹ Cfr. CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.1.

¹⁰ Cfr. d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 154, c. 4; d.P.C.M. 20 luglio 2012, art. 3, c. 1; delibera 918/2017/R/idr, art. 13.

all'approvazione della tariffa da parte dell'Arera, ma solo in relazione all'adozione della tariffa definitiva da parte dell'ente d'ambito¹¹.

Terzo, l'istituto del silenzio assenso opera solo nei procedimenti ad istanza di parte, quale non è il caso in esame, in cui l'istanza è stata presentata da un'altra pubblica amministrazione.

Quarto, la regola del silenzio assenso non si applica in materia di ambiente e salute pubblica e, quindi, neppure alla determinazione della tariffa del servizio idrico, che chiaramente coinvolge questi interessi¹².

Il CGARS è passato, quindi, a esaminare la questione della provvisorietà degli effetti della proposta di tariffa: il collegio ha rilevato che l'attuale disciplina del procedimento tariffario è costruita attorno all'autorità indipendente di regolazione, cui è assegnato un ruolo «nevralgico [...] in considerazione, da un lato, delle peculiarità del bene giuridico “acqua” e, dall'altro lato, delle specifiche competenze tecniche»¹³. Questo intervento dell'autorità richiede, per la sua importanza, «tempi tecnici non comprimibili in relazione alle varie fasi procedurali»: ecco, allora, che l'immediata applicabilità della proposta tariffaria dell'ente d'ambito – intesa quale «meccanismo di mitigazione degli effetti derivanti dall'intervallo di tempo necessario per approvare le tariffe» – non può che essere una «fase transitoria», destinata a esaurirsi e i cui effetti sono paralizzati dal meccanismo di conguaglio a valle dell'approvazione della tariffa finale da parte dell'Arera. La proposta di tariffa, pertanto, è del tutto priva di lesività per il gestore¹⁴.

A questo punto, però, il CGARS aggiunge un capoverso superfluo e, per questo, rivelatore: «un eventuale sindacato del giudice che si frapponga fra la proposta tariffaria e l'approvazione dell'Arera avrebbe ad oggetto un potere non esercitato da quest'ultima, così impattando su un interesse a ricorrere non ancora attuale, in ragione del fatto che l'Arera ha il potere di modificare la proposta dell'Ente d'ambito. Se si considera che la valutazione del merito delle censure richiede l'apporto di periti dotati di competenza

¹¹ Cfr. CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.1.

¹² Cfr. CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.1. A proposito di quest'ultimo aspetto, il CGARS si spinge anche oltre, affermando che il silenzio assenso in materia ambientale, pur non essendo radicalmente escluso dal sistema costituzionale, è ammissibile solo per valutazioni a tasso di discrezionalità non elevatissimo e a condizione che non sia necessaria un'espressa valutazione amministrativa di natura tecnica: secondo il collegio, quindi, «l'attribuzione del compito di approvare le tariffe all'Arera» – nel senso di escludere l'applicabilità del silenzio assenso – «si giustifica proprio con la necessità di assicurare un alto livello di competenza settoriale nello svolgimento di una funzione direttamente correlata al raggiungimento delle finalità pubbliche riconosciute dalla normativa». L'affermazione, che ha il pregio di riconoscere la rilevanza della regolazione indipendente nel servizio idrico, è però opinabile nel merito: il criterio dei procedimenti a tasso di discrezionalità non elevatissimo, infatti, è sconosciuto al sistema normativo e del tutto imprevedibile nella sua applicazione, perché il tasso di discrezionalità di un procedimento è una valutazione priva di indici oggettivi o, comunque, condivisi. Sul silenzio assenso, cfr. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, n. 10, 2020, pp. 21 ss., G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Diritto amministrativo*, n. 1-2, 2016, pp. 107 ss. e W. GIULIETTI, *Silenzio assenso*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI e G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Nel diritto, Roma, 2010, pp. 485 ss.

¹³ Cfr. CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.7.

¹⁴ Cfr. CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.7.

tecnica scientifica (quella stessa competenza di cui l'Arera è istituzionalmente dotata) diviene evidente il corto circuito istituzionale che si determinerebbe in termini di tempo, costi e duplicazione di attività dal procedere allo scrutinio nel merito delle doglianze relative alle modalità di determinazione delle tariffe (prima che l'Autorità di settore abbia provveduto a farlo, magari soddisfacendo le esigenze del gestore)¹⁵. Sembra quasi che la reale ragione per la quale il collegio ha dichiarato inammissibile il ricorso sia il timore di incidere su poteri non ancora esercitati dal regolatore, per di più di natura tecnico-scientifica, e che, per evitare di affrontare le delicate questioni di carattere teorico-generale che questa lettura comporterebbe¹⁶, abbia preferito ricorrere alla foglia di fico della carenza di interesse ad agire¹⁷.

3. Nodi critici della tesi del Consiglio di giustizia

L'aspetto più controverso della decisione del CGARS – ma non l'unico degno di interesse¹⁸ – è rappresentato dalle considerazioni spese in materia di interesse a ricorrere, una nozione che rappresenta

¹⁵ Cfr. CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.8 (erroneamente indicato in sentenza come 8.7).

¹⁶ Come il sindacato sulle valutazioni tecnico-discrezionali delle amministrazioni, l'effetto del mancato rispetto dei termini procedurali sul potere delle amministrazioni e l'eventuale lesione della posizione giuridica soggettiva del ricorrente determinata dal mancato esercizio dei poteri amministrativi. Su questi temi, nell'ambito di una letteratura sterminata, cfr. A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2021; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995.

¹⁷ Proprio per questo, il tema non verrà qui esaminato. Si porrebbero, però, le questioni sia dell'eventuale lesione della posizione giuridica soggettiva del ricorrente collegata al rispetto dei termini procedurali che della mancata previsione di forme di tutela anticipatoria priva di forza di giudicato, come nel processo civile, a proposito della quale cfr. A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008, pp. 612 ss. e M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4, 1995, pp. 812 ss. Sulla tutela anticipatoria nel processo civile, cfr. L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2004.

¹⁸ Il CGARS, infatti, ha prima dovuto valutare se l'inerzia dell'Arera configurasse un silenzio assenso ai sensi dell'art. 20 della legge n. 241/1990. A questo proposito, è interessante notare come il dibattito sia stato tutto incentrato sull'applicabilità del silenzio assenso verticale, di cui all'art. 20, e non sul silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990, benché quest'ultimo sembri molto più adatto a descrivere il caso di specie. Al netto del merito della risposta, che si gioca sulla natura del provvedimento di approvazione dell'Arera (come ha spiegato Cons. St., 29 marzo 2021, n. 2640, l'art. 17-*bis* opera solo nella fase decisoria e non in quella istruttoria; di conseguenza, «vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "precedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta", e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi (nel caso di specie, Regione Sardegna e Soprintendenza)»), quel che conta, in questo caso, è proprio l'assenza di questo diverso istituto dal dibattito processuale, che evidenzia i limiti di un approccio normativo alla semplificazione: a oltre cinque anni dall'introduzione del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, non uno, ma ben tre soggetti, peraltro molto eterogenei (un ente pubblico non economico, un'autorità indipendente, un'impresa altamente specializzata e abituata a interagire con le amministrazioni), e lo stesso collegio giudicante, hanno dimostrato di non avere ancora acquisito l'utilizzo di questo istituto, tanto da non essersi posti il problema della sua applicabilità a questo particolare procedimento. Peraltro, è interessante notare che, in questo caso, se il CGARS avesse ritenuto configurabile il silenzio assenso tra amministrazioni, avrebbe dovuto rimettere in termini il ricorrente, ritenendo sussistenti «oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto», di cui all'art. 37 del codice del processo amministrativo. Come dimostra l'intera vicenda processuale, infatti, è assolutamente incerto il valore giuridico

una «figura cardine» nel processo amministrativo, sia per ragioni pratiche, dal momento che è oggetto di un'«imponente casistica»¹⁹, che teorico-general, dal momento che è strettamente collegata con le tematiche dell'interesse legittimo e della legittimazione a ricorrere²⁰ e, per questo, si colloca al cuore della questione dell'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione²¹. Anzi, in quest'ultima prospettiva, si può dire che l'interesse a ricorrere è «il fattore autenticamente dinamico e innovativo del giudizio amministrativo»²², perché consente di ampliare (o, come in questo caso, restringere) l'accesso alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione²³.

Il ragionamento del giudice si è sviluppato attorno a un argomento: la proposta di aggiornamento formulata dall'ente d'ambito, pur immediatamente applicabile, sarebbe del tutto priva di lesività per il gestore, perché il meccanismo di conguaglio previsto al momento dell'approvazione da parte dell'Arera consentirebbe di neutralizzare il pregiudizio eventualmente sofferto dal gestore. Mancando i requisiti dell'attualità e della concretezza della lesione, il ricorrente non avrebbe interesse ad agire in giudizio.

Non è un caso che il fulcro della decisione sia l'attualità della lesione, visto che, secondo la lettura tradizionale, essa è il «connotato di maggior rilievo» dell'interesse ad agire²⁴, anche se, nella casistica giurisprudenziale, questo argomento è stato principalmente sollevato in mancanza del rapporto giuridico sostanziale²⁵.

In questa sentenza, il collegio ha adottato un approccio molto diverso sia nel metodo che nel merito.

Quanto al metodo, ha affrontato la questione evitando di ricorrere alle categorie tipiche della teoria generale del diritto amministrativo, quali quelle di provvedimento *in itinere*, di atto endoprocedimentale, di atto preparatorio o di atto presupposto. Piuttosto, la complessità del procedimento – in cui un atto endoprocedimentale è immediatamente produttivo di effetti, che per giunta insistono nella sfera giuridica

da attribuire all'inerzia dell'Arera. Sul silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, cfr. F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. Riforma Madia*, in *Federalismi*, n. 20, 2015; P. MARZARO, *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, n. 4, 2016, pp. 615 ss.; E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di "silenzio tra pubbliche amministrazioni"*, in *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, a cura di S. TUCCILLO, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 185 ss.; F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art.17-bis l.n. 241 del 1990)*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 257 ss.

¹⁹ Così R. VILLATA, *Interesse ad agire. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVII, Treccani, Roma, 1989, pp. 1 ss., specie p. 1.

²⁰ In proposito, si rinvia alla ricca ricostruzione di S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 21 ss. che evidenzia la profonda compenetrazione tra legittimazione e interesse a ricorrere.

²¹ In proposito, cfr. R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Utet, Torino, 1993, pp. 468 ss. e L.R. PERFETTI, *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 2004, pp. 236 ss.

²² Così, R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso*, cit., pp. 468 ss.

²³ Su cui cfr. ora S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2021, pp. 22 ss.

²⁴ L'espressione è di R. VILLATA, *Interesse ad agire*, cit., p. 4.

²⁵ Lo ha segnalato L.R. PERFETTI, *Diritto di azione e interesse ad agire*, cit., pp. 222 ss.

di soggetti terzi rispetto al procedimento – ha indotto il giudice amministrativo ad abbandonare qualsiasi approccio dogmatico per adottarne uno empirico-pragmatico e affrontare il tema della lesività dell’atto impugnato dalla prospettiva (sostanziale) degli effetti prodotti, sottolineandone la provvisorietà e la reversibilità, più che da quella (formale) della sua qualificazione giuridica astratta.

Quanto al merito, a prima vista, la tesi del CGARS sembrerebbe inappuntabile: la differenza tra i costi riconosciuti sulla base della tariffa provvisoria e di quella effettivamente approvata è oggetto di conguaglio.

Traducendo in termini teorico-generalisti la tesi del collegio, si potrebbe dire che il conguaglio costituisce un evento futuro, ma certo, che impedisce il prodursi dell’effetto lesivo²⁶.

Così ragionando, sembrerebbe essere stato ripreso – seppur ribaltato, per adattarlo al caso concreto – lo schema logico tradizionale, secondo cui la lesione non è attuale se dipende da un evento futuro e incerto²⁷: infatti, l’applicazione immediata e provvisoria della proposta di aggiornamento potrebbe anche produrre una lesione, che, però, un evento futuro e certo (il provvedimento di approvazione della tariffa dell’Arera, con il relativo conguaglio) neutralizzerebbe²⁸. Dunque, la lesione della posizione giuridica soggettiva del gestore si concretizzerebbe solo per effetto del provvedimento che dispone il conguaglio (se il calcolo della differenza tra costi riconosciuti nella tariffa proposta e in quella approvata fosse errato) o del provvedimento di approvazione dell’aggiornamento della tariffa. Quindi, solo questi atti potrebbero essere oggetto di impugnazione.

Questa lettura non è condivisibile.

Innanzitutto, una lesione attuale (e non potenziale) c’è ed è causata dall’applicazione immediata, per quanto provvisoria, della proposta di aggiornamento: la proposta di tariffa incide sulla programmazione degli investimenti del gestore (perché tra i costi inseriti in tariffa ci sono quelli per l’immobilizzazione del capitale) e, di conseguenza, sulla programmazione pluriennale dell’attività, sull’equilibrio economico-

²⁶ Se il CGARS avesse voluto impennare l’insussistenza dell’interesse ad agire sul carattere provvisorio degli effetti, avrebbe impostato la sua motivazione sul provvedimento di approvazione della tariffa e non sul conguaglio.

²⁷ Cfr. R. VILLATA, *Interesse ad agire*, cit., p. 5 e V. DOMENICHELLI, *Il giudizio amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Rimini, 2005, pp. 513 ss., specie p. 528.

²⁸ Del resto, è lo stesso CGARS ad affermare: «[s]i aggiunge che la *pretesa lesione (attuale e concreta)* che l’appellante ha enucleato (derivante dall’applicazione provvisoria delle tariffe) trova fonte nella disposizione regolatori[a] sopra richiamata, che dispone appunto l’applicazione provvisoria delle tariffe contenute nella proposta già vagliata dall’Ente d’ambito ma non ancora approvata dall’Autorità. *In mancanza di tale disposizione, qui non impugnata, l’asserita lesione (derivante appunto da detta applicazione provvisoria) non si sarebbe determinata.* Si aggiunge che quella stessa disposizione regolatoria predetermina già un *meccanismo di riassorbimento del pregiudizio sofferto dal gestore* nelle more delle determinazioni dell’Arera attraverso i conguagli» (i corsivi sono aggiunti). Cfr. CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.8 (erroneamente indicato in sentenza come 8.7). Dunque, ancorché provvisoria, la proposta di tariffa, in quanto immediatamente applicabile, produce una lesione, che può solo essere riassorbita attraverso il meccanismo di conguaglio.

finanziario complessivo del servizio erogato, sul piano organizzativo e operativo e sulla sua capacità di accedere al credito sul mercato finanziario e bancario²⁹.

Se si considerano le riforme adottate negli ultimi trent'anni, che hanno imposto una forte accelerazione verso l'aziendalizzazione delle gestioni del servizio idrico, in nome dell'efficienza³⁰, e l'importanza degli investimenti nell'attuale congiuntura storica del settore³¹, sarà facile comprendere quale impatto abbia oggi qualsiasi scostamento nella determinazione dei costi riconosciuti in tariffa sui gestori³².

In sintesi: la proposta di tariffa incide già sul piano economico-finanziario e operativo-imprenditoriale a breve e lungo termine del gestore, che devono essere rideterminati in caso di rimodulazione dei costi in sede di approvazione della tariffa.

Quindi, già solo la circostanza dell'immediatezza della lesione patita dal gestore, profilo ormai sempre più valorizzato dalla giurisprudenza amministrativa³³, spingerebbe a rifiutare la tesi proposta dal CGARS.

Ma la tesi del CGARS non regge anche da un altro punto di vista: non solo la lesione è immediata, ma l'evento futuro che impedirebbe il prodursi della lesione è tutt'altro che certo.

Infatti, ai sensi della delibera dell'Arera che lo ha istituito, oggetto di conguaglio è solo «[l]a differenza tra i costi riconosciuti sulla base delle tariffe provvisorie [...] ed i costi riconosciuti sulla base dell'approvazione»³⁴: di conseguenza, non solo non è detto che il conguaglio comprenda anche gli eventuali interessi sulle somme dovute e non percepite dal gestore, ma in ogni caso esso non ristora il gestore per la rimodulazione del piano economico-finanziario e operativo-imprenditoriale a breve e lungo termine (e per i relativi costi), né per il mancato accesso al credito sul mercato finanziario e bancario.

Dunque, i due atti (la proposta di aggiornamento e il meccanismo di conguaglio) hanno un'autonoma e distinta capacità lesiva; gli effetti lesivi della prima sono solo parzialmente compensati dal secondo; quindi, va riconosciuto sussistente l'interesse ad agire del gestore.

Il procedimento di proposta della tariffa, da parte degli enti d'ambito, costituisce un vero e proprio subprocedimento, che conduce all'adozione di un atto immediatamente – seppur provvisoriamente –

²⁹ Vi incide sia dal punto di vista quantitativo dei costi effettivamente riconosciuti, sia da quello qualitativo della provvisorietà di questi costi, che riduce le garanzie che il gestore può offrire sul mercato.

³⁰ In proposito, mi sia consentito rinviare ancora a F. CAPORALE, *I servizi idrici*, cit., pp. 213 ss.

³¹ Sul fabbisogno di investimenti nel settore idrico, cfr. da ultimo Arera, *Relazione annuale. Stato dei servizi 2020*, I, Milano, 2021, 387 ss. M.R. MAZZOLA (a cura di), *Acqua per tutti. Investimenti nel comparto idrico e ruolo dei soggetti industriali*, Paper Astrid n. 75, 2020.

³² Più in generale, è la certezza del quadro regolatorio ad essere estremamente importante per gli investimenti, come ha notato A. TONETTI, *Investimenti e (in)stabilità delle regole*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2013, pp. 1103 ss.

³³ Questo profilo, ad esempio, ha spinto il giudice amministrativo a ritenere immediatamente impugnabili le clausole escludenti dei bandi di concorso, nonostante non sia stato ancora adottato il provvedimento di esclusione. In proposito, cfr. L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3, 2003, pp. 809 ss. e D. VAIANO, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire e interesse a ricorrere*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3, 2004, pp. 693 ss.

³⁴ Cfr. l'art. 15.2 della delibera 918/2017/R/idr.

applicabile, dotato di propri effetti lesivi: non a caso, l'art. 13 della delibera 918/2017/R/idr dell'Arera, stabilisce puntualmente i parametri di legittimità dell'esercizio del potere degli enti d'ambito³⁵.

Di qui, anche un'altra circostanza: la capacità lesiva della proposta di tariffa non dipende dall'inerzia dell'Arera, per quanto la mancata adozione del provvedimento di approvazione nei termini previsti dalla legge sia certamente rilevante sul piano sostanziale³⁶ (e, nei termini di cui si dirà tra poco, anche su quello processuale): in altre parole, se il procedimento di aggiornamento della tariffa si concludesse nei termini previsti³⁷, un eventuale errore nella determinazione dei costi nella proposta di tariffa potrebbe avere in ogni caso – almeno in astratto – un impatto sull'assetto organizzativo e sul piano operativo del gestore e sulla sua capacità di ricorrere al mercato del credito.

Ma anche volendo ammettere che il conguaglio possa determinare il «riassorbimento del pregiudizio sofferto dal gestore»³⁸, si dovrebbe comunque sostenere l'immediata impugnabilità della proposta di tariffa.

Limitatamente a questo caso specifico, infatti, la perdurante inerzia dell'Arera determina la sussistenza dell'interesse ad agire, perché è venuto meno il conguaglio che avrebbe neutralizzato la lesione sofferta dal gestore³⁹, ma soprattutto perché il trascorrere del tempo limita l'effetto ripristinatorio determinato dal meccanismo di conguaglio, perché le trasformazioni organizzative e operative nell'erogazione del servizio imposte dall'applicazione provvisoria della proposta di tariffa divengono pressoché irreversibili. Di

³⁵ Ai sensi dell'art. 13 della delibera 918/2017/R/idr, gli enti d'ambito «validano le informazioni fornite dai gestori e le integrano o le modificano secondo criteri funzionali al riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio». In questo quadro, all'ente d'ambito è richiesto di definire gli obiettivi da perseguire «sulla base degli standard di qualità tecnica fissati dalla RQTI e del livello di partenza delle prestazioni», di redigere «coerentemente [...] il piano economico finanziario» e di stilare una «relazione di accompagnamento che ripercorra la metodologia applicata».

³⁶ Del resto, la rilevanza del profilo temporale sulle scelte economiche è nota. In proposito, cfr. A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 1, 2017, pp. 313 ss. La violazione dei termini procedurali non solo aggraverebbe l'effetto pregiudizievole della proposta di tariffa, ma costituirebbe un autonomo profilo di responsabilità, almeno se si accede alla tesi secondo cui è possibile contestare la violazione del principio di buona fede per il mancato rispetto dei termini procedurali. Sull'applicazione del principio di buona fede al procedimento amministrativo cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001 e L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018; sui profili di responsabilità connessi all'inerzia dell'amministrazione, cfr. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 160 ss.

³⁷ 90 giorni, ai sensi dell'art. 13 della delibera 918/2017/R/idr.

³⁸ Così, CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.8 (erroneamente indicato in sentenza come 8.7).

³⁹ E l'interesse ad agire, almeno secondo una tesi che si condivide, costituendo una condizione dell'azione (cioè un requisito della domanda che condiziona la decidibilità della controversia nel merito) e non un presupposto processuale, non rileva ai fini dell'instaurazione del rapporto processuale (e, quindi, non deve sussistere al momento della proposizione della domanda), ma solo ai fini della decidibilità della controversia nel merito (e quindi è sufficiente che sussista al momento della sentenza). Sulla distinzione tra presupposto processuale e condizione dell'azione, cfr. Cons. St., ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, § 6.5.2. In questo senso, cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1978, pp. 822 ss. secondo cui è sufficiente che l'interesse al ricorso sussista al momento della decisione, mentre è l'interesse legittimo che deve sussistere fin dalla presentazione del ricorso. Diversamente, cfr. S. TARULLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 146, secondo cui «l'interesse ad agire deve sussistere ininterrottamente dal momento della proposizione del ricorso sino al momento della decisione».

conseguenza, il gestore ricaverebbe dall'annullamento della proposta di tariffa un'utilità diversa (e più ampia) rispetto a quella conseguibile con l'annullamento del provvedimento di approvazione della tariffa (limitata al solo differenziale dei costi ammessi in tariffa)⁴⁰.

Ma soprattutto – e più in generale – la ragione per ritenere immediatamente impugnabile la proposta di tariffa è, più banalmente, che non esiste un'altra forma di tutela esperibile egualmente soddisfattoria per il gestore⁴¹. Anche qualora l'Arera avesse modificato la proposta di aggiornamento e determinato un conguaglio, dalla sentenza di annullamento della proposta di aggiornamento il gestore ricaverebbe comunque la possibilità di domandare il risarcimento dei danni conseguenti alla riorganizzazione operativo-imprenditoriale e alla riprogrammazione della propria attività⁴²: sussisterebbe, quindi, almeno un'utilità potenziale o un interesse strumentale che – vista l'evoluzione della funzione della tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione⁴³ – deve prevalere sull'attualità della lesione nel giudizio sulla sussistenza dell'interesse ad agire⁴⁴.

⁴⁰ In questi casi, la giurisprudenza amministrativa ha esteso l'impugnabilità anche agli atti endoprocedimentali, quando, per effetto del decorso del tempo, si sarebbe potuta ricavare un'utilità non più conseguibile attraverso l'annullamento del provvedimento finale. Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865, su cui R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in G. PELLEGRINO e A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma, 2014, pp. 323 ss., specie pp. 352 ss.

⁴¹ Non è vero, quindi, che il meccanismo di conguaglio «assicur[a] un effetto ripristinatorio (posticipato al momento di approvazione delle tariffe da parte dell'Autorità) non dissimile, dal punto di vista economico-finanziario evidenziato dall'appellante, da quello che potrebbe derivare dalla pronuncia giurisdizionale favorevole», come asserisce il CGARS, 22 aprile 2021, n. 354, § 10.8 (erroneamente indicato in sentenza come 8.7).

⁴² Da questo punto di vista, l'immediata impugnazione della proposta di aggiornamento sarebbe addirittura utile a contenere il pregiudizio patito dal gestore e integrerebbe, quindi, quel comportamento diligente del creditore, valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini del giudizio sulla consistenza del pregiudizio risarcibile, ai sensi dell'art. 30, c. 3 del codice del processo amministrativo per come interpretato da Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.

⁴³ Tendenza, questa, che si colloca – a livello europeo e comparato – all'interno dell'evoluzione della funzione della tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, su cui cfr. B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2014, pp. 74 ss., nonché N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2020, pp. 237 ss.

⁴⁴ Come si desume dalla giurisprudenza relativa all'esame dei ricorsi reciprocamente escludenti in materia di appalti, a proposito del quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. CGUE, 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*) e il Consiglio di Stato (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 6 aprile 2021, n. 2762) hanno confermato che l'interesse potenziale alla riedizione della procedura prevale sull'effettiva legittimazione a partecipare alla procedura impugnata. Da questo punto di vista, la sentenza del Cons. St., sez. III, 7 agosto 2019, n. 5606, non a caso intervenuta un mese prima della decisione della Corte di Giustizia Europea appena richiamata, può essere considerata un mero incidente di percorso. La prevalenza del giudizio sull'utilità potenziale rispetto all'attualità della lesione, sia in dottrina che in giurisprudenza, è sottolineata da B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 12 («la prevalente dottrina meno recente appare, infatti, ancorata ad una nozione di interesse a ricorrere sostanzialmente corrispondente a quella tradizionale di interesse ad agire, cioè ad una nozione che fa perno soprattutto sulla lesione dell'interesse sostanziale, qualunque sia la rilevanza giuridica data a quest'ultimo. Invece, la dottrina amministrativistica contemporanea pone l'accento, soprattutto, sull'*utilità concreta* che il ricorrente può ritrarre dall'intervento del giudice amministrativo e condivide perciò la stessa nozione di interesse a ricorrere accolta, come si vedrà nel prossimo capitolo, dalla giurisprudenza amministrativa») e 65 ss. Non a caso, L.R. PERFETTI, *Diritto di azione e interesse ad agire, cit.*, pp. 223-224, è arrivato a sostenere che «l'affermazione, tradizionalmente ripetuta, secondo la quale l'interesse processuale debba essere personale, concreto, attuale e diretto, non sembra più del tutto rispondente alla reale applicazione

Ovviamente, la maggiore satisfattività dell'impugnazione della proposta di tariffa è ancora più evidente nel caso in cui l'Arera non si sia pronunciata nei termini previsti: un'azione avverso il silenzio non solo potrebbe essere ritenuta inammissibile⁴⁵, ma assicurerebbe una tutela diversa e complessivamente meno incisiva al gestore, sia sul piano risarcitorio⁴⁶, che su quello del bene della vita⁴⁷.

4. L'interesse a ricorrere e le trasformazioni del diritto amministrativo dell'economia

D'ogni modo, se si volesse evitare la ricerca affannosa di principi generali a beneficio dell'apprezzamento della soluzione concreta della controversia, che in fondo è l'oggetto dell'attività giurisdizionale⁴⁸, basterebbe notare che la dichiarazione di inammissibilità del ricorso priva il gestore dell'unico strumento di tutela effettiva nei confronti dell'amministrazione: un gestore di un servizio pubblico fondamentale, come l'acqua, e un'intera comunità restano sospesi in un limbo incerto, in cui si applica una tariffa provvisoria, senza avere strumenti – né procedurali né processuali – per sollecitare una soluzione definitiva. Inevitabilmente, l'incertezza regolatoria aumenta e il gestore deve rallentare gli investimenti (per non rischiare di compromettere la propria stabilità economico-finanziaria, nell'ipotesi di eventuali

giurisprudenziale» e A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, cit., p. 593, che «il collegamento dell'interesse a ricorrere all'utilità dell'azione volta al conseguimento del bene della vita induce ad ampliare l'ambito delle azioni proponibili, tanto sotto l'aspetto contenutistico, ossia avendo riguardo alle azioni di accertamento e condanna, quanto sotto quello relativo alla attualità e concretezza della lesione, apparendo, da questo punto di vista, idonee a garantire il bene della vita anche azioni espletate in un momento in cui la lesione non si presenta ancora attuale e concreta, ma solo potenziale». Questa tesi vale ancor di più se si accentua l'aspetto «materiale», cioè effettivamente percepito dal ricorrente, dell'utilità ricavabile dalla tutela giurisdizionale, come prospetta S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli*, cit., pp. 22 ss.

⁴⁵ Infatti, nel procedimento di aggiornamento della tariffa, il gestore non è titolare di quella posizione sostanziale qualificata e differenziata nel procedimento cui corrisponde l'obbligo dell'autorità di provvedere e che determina l'ammissibilità dell'azione avverso il silenzio. Ai sensi dell'art. 13 della delibera 918/2017/R/idr, infatti, al gestore è riconosciuta una posizione qualificata solo nei confronti dell'ente di governo d'ambito e non dell'autorità, dal momento che egli può proporre gli interventi necessari a perseguire gli obiettivi di qualità delle prestazioni che devono comporre il programma degli interventi e può sollecitare l'ente di governo di ambito a formulare la proposta di tariffa, ma nei confronti dell'autorità non è titolare di alcun potere specifico e può, al massimo, essere sentito, a discrezione dell'autorità. D'altra parte, per quanto sul piano formale il provvedimento dell'Arera spieghi effetti diretti esclusivamente nei confronti dell'ente di governo d'ambito (perché affinché questo produca effetti anche nei confronti del gestore è necessario un ulteriore provvedimento dell'ente d'ambito o, comunque, la formazione del silenzio assenso), è altrettanto vero che il provvedimento dell'Arera è vincolante per l'ente d'ambito e, quindi, direttamente lesivo per il gestore. L'eventuale impossibilità di esperire un'azione avverso il silenzio non potrebbe essere aggirata nemmeno attraverso la presentazione di una diffida a concludere il procedimento, perché, trattandosi di un'istanza atipica che sollecita l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale, secondo una pacifica giurisprudenza, non si configura un obbligo di provvedere in capo all'amministrazione (e, quindi, non si potrebbe proporre neanche un'azione per il silenzio serbato nei confronti di questa diffida).

⁴⁶ Infatti, sarebbe necessario dimostrare, oltre al mancato rispetto dei termini procedurali, al danno sofferto e al nesso di causalità, anche la spettanza del bene della vita; mentre per ottenere la tutela risarcitoria, una volta esperita l'azione di annullamento, è sufficiente provare il danno patito e il nesso di causalità. In questo senso, cfr. Cons. St., ad plen., 23 aprile 2021, n. 7.

⁴⁷ Infatti, l'azione avverso il silenzio consentirebbe al gestore di interrompere la situazione di provvisorietà e sospensione conseguente all'inerzia dell'Arera, ma non di contestare la legittimità dell'attività dell'ente d'ambito.

⁴⁸ Come ha ricordato A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. PELLEGRINO e A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., pp. 39 ss., specie p. 58.

rimodulazioni della tariffa da parte dell'Arera), con evidenti ricadute anche sugli utenti, in termini di minore qualità del servizio e di incertezza dell'ammontare delle bollette pagate e da pagare.

I nuovi modelli di regolazione dell'economia, sempre più complicati, perché sempre più complicato è il fenomeno che alle amministrazioni si chiede di regolare, impongono al giudice amministrativo uno sforzo di flessibilità e di spirito adattivo, per essere in grado di apprestare una tutela effettiva nei confronti dei mutamenti alle categorie del diritto sostanziale, anche attraverso la reinterpretazione degli istituti processuali⁴⁹.

Il caso qui esaminato è paradigmatico: per il gestore non è prevista alcuna garanzia di partecipazione al procedimento di determinazione delle tariffe⁵⁰; di conseguenza, se si ritiene che la tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni sia il risultato dei nessi e degli equilibri tra rimedi giurisdizionali e non giurisdizionali⁵¹, sul giudice amministrativo grava un compito ancora più importante.

In questo caso, sarebbe bastata un'interpretazione meno restrittiva delle categorie tradizionali del processo amministrativo, in maniera del tutto coerente con il processo evolutivo che sta vivendo la giustizia amministrativa, che, arricchita di nuovi strumenti⁵², dovrebbe progressivamente spostare il fuoco del suo sindacato dall'atto al rapporto, con approdi molto avanzati anche sul modo di esercizio dell'azione amministrativa⁵³.

⁴⁹ In questo senso, si vedano le riflessioni di A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., p. 45 e di G. SEVERINI, *Il contenzioso economico del giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese. Atti del LX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 421 ss.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 13 della delibera 918/2017/R/idr, infatti, il gestore ha una posizione qualificata solo nei confronti dell'ente di governo d'ambito, potendo proporre gli interventi necessari a perseguire gli obiettivi di qualità delle prestazioni che devono comporre il programma degli interventi e potendo sollecitare l'ente di governo di ambito a formulare la proposta di tariffa. Nei confronti dell'Arera, invece, può, al massimo, essere sentito, qualora l'autorità lo ritenga opportuno. Il modello di regolazione, quindi, è ben lontano da quello ideale, su cui cfr. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 261 ss. Del resto, come ha osservato lo stesso N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Passigli, Firenze, 2021, pp. 99 ss. il nuovo modello amministrativo regolativo-giustiziale delle autorità indipendenti, imperniato sul contraddittorio, è stato tradito. Sull'importanza delle tutele procedurali nei settori regolati, cfr. anche M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 189 ss.

⁵¹ Come ha segnalato M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 193 ss. Sulla continuità e sulla necessaria interazione tra tutele procedurali e processuali, cfr. F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

⁵² In proposito, tra i tanti contributi, cfr. M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2010, pp. 1121 ss.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2010, pp. 1319 ss.; L. TORCHIA, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 11, pp. 1187 ss. e A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2018, pp. 175 ss. Da ultimo, cfr. R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, n. 2, pp. 369 ss.

⁵³ Si pensi alla sentenza del Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, confermata da Corte di Cassazione, SS.UU., 7 settembre 2020, n. 18592, che ha fatto discendere la consumazione della discrezionalità (peraltro tecnica) dalla «insanabile 'frattura' del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino» e dalla violazione del canone di buona amministrazione. Sull'ampliamento del ruolo del giudice amministrativo, cfr. L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e*

Invece, la tesi proposta dal CGARS sembra tornare a quando il giudice amministrativo, se veniva chiamato a effettuare un sindacato rivolto più «che sul singolo provvedimento sul modo di farsi dell'azione amministrativa», valutava «con una certa severità» l'interesse ad agire⁵⁴. Un approccio di questo tipo appare sordo alle esigenze dell'economia e rischia di alimentare l'impressione che il diritto amministrativo e la sua giurisdizione – così importanti per la ripresa economica⁵⁵ – rappresentino un freno per lo sviluppo economico del Paese e che la giurisprudenza amministrativa non sia più in grado né di comprendere né di parlare il linguaggio dell'economia⁵⁶.

l'amministrazione: controllo, guida, interferenza, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2019, pp. 189 ss.; per un quadro generale, cfr. anche F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4, 2020, pp. 1095 ss. e R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2021, pp. 369 ss.

⁵⁴ Questa era una considerazione formulata, diversi anni fa, da R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso*, cit., pp. 468 ss. L'impressione dell'approccio conservatore del CGARS è confermato anche dalle considerazioni incidentali – e per questo non esaminate in queste sede – sull'incomprimibilità dei tempi procedurali dell'Arera in ragione delle specifiche competenze tecniche che essa possiede e sull'insindacabilità di poteri non ancora esercitati, ancorché i termini procedurali siano decorsi da tempo, che sembrano riportare indietro di anni il dibattito sul sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione e sulla natura del termine di conclusione del procedimento, sui suoi effetti sul potere e sul sindacato giurisdizionale sull'inerzia dell'amministrazione. Per un quadro di questi temi, sia consentito rinviare a A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., pp. 5 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una sua "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2021, pp. 335 ss.; A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2021, pp. 399 ss.; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2020, pp. 97 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., pp. 58 ss., 125 ss., 256 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., passim. Le tesi del CGARS sono ancora più irragionevoli se si pensa che il modello delle autorità indipendenti, proprio per la loro elevata *expertise* tecnica e per le peculiarità del fenomeno economico, dovrebbe garantire una maggiore celerità e una particolare attenzione per le garanzie procedurali.

⁵⁵ In proposito, cfr. A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2020, pp. 207 ss.

⁵⁶ Quest'idea era stata proposta, pur da angolazioni diverse, da R. PRODI, *Abolire TAR e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, in *Il Messaggero*, 11 agosto 2013 e V. VISCO, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della PA*, in *Il Sole24Ore*, 6 febbraio 2021. In senso critico, cfr. L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2014, pp. 337 ss. e M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2020, pp. 19 ss., che giustamente sottolinea come il problema non sia rappresentato da decisioni puntuali, ma dall'inefficienza complessiva del sistema di giustizia amministrativa. Certamente l'incapacità di leggere le peculiarità dei fenomeni economici – di cui è paradigmatico il caso qui descritto – può essere ascritta alle inefficienze complessive del sistema: non a caso, Clarich conclude le sue riflessioni ricordando l'importanza della «buona qualità delle pronunce rese [...] in termini di garanzia dello Stato di diritto, cioè di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini e delle imprese e di scrutinio rigoroso sulla correttezza dell'operato di un'amministrazione». Per un quadro dei rapporti tra fenomeni economici e processo amministrativo, cfr. F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2018, pp. 429 ss. e S. AMOROSINO, *I giudici amministrativi e le attività economiche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2018, pp. 449 ss. Un caso lampante di questo difficile dialogo è nella vicenda dell'ordine di esame del ricorso principale e incidentale e della legittimazione a ricorrere nei contratti pubblici, su cui si è sviluppata una ampissima letteratura.