

LA FUNZIONE GIUSTIZIALE DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE ENERGIA RETI E AMBIENTE TRA ESIGENZE DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E GARANZIE COSTITUZIONALI.

Andrea Patanè *

Abstract: La progressiva implementazione dei poteri di regolazione di strategici settori dell'economia (telecomunicazioni, energia, mercati finanziari, trasporti), attribuiti alle Autorità amministrative indipendenti anche per far fronte alle sollecitazioni in tal senso provenienti dal diritto dell'Unione europea, ha determinato un parallelo rafforzamento della "funzione giustiziale" esercitata dalle stesse. L'attribuzione della funzione giustiziale intende, pertanto, rispondere a plurime esigenze di giustizia in vario modo connesse agli ambiti regolati dalle *Autorities*, così aspirando a contemperare la rapidità della risoluzione delle controversie e l'elevata specializzazione per materia. Le funzioni giustiziali delle Autorità devono confrontarsi con i principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale dei diritti che, come noto, presuppongono un preciso modello di "giudice" e di "giurisdizione". Ne consegue che i procedimenti amministrativi giustiziali, quali strumenti alternativi alla risoluzione giudiziaria delle controversie, sebbene non possano essere considerati "surrogati" del procedimento giurisdizionale, debbano essere modellati sull'architettura dei predetti principi costituzionali in materia di giurisdizione, soprattutto in considerazione dell'esigenza di assicurare adeguate tutele ai soggetti coinvolti dalle decisioni con cui sono definite le controversie dinanzi alle *Autorities*.

Abstract: In Italy, the regulatory powers of strategic sectors of the economy attributed to independent administrative authorities (IAA) have been implemented. For example: telecommunications, energy, financial markets, transport. The European Union has solicited this type of solution with its directives.

The strengthening of the independent administrative authorities has led to an increase in the "judicial function". The independent administrative authorities exercise the judicial function in regulated matters. The purpose of the judicial function is to give a rapid and highly specialized response to disputes. The judicial functions of the independent Authorities are relevant with reference to the constitutional principles regarding the judicial protection of rights. The Italian constitution establishes a detailed model of "judge" and "jurisdiction". Administrative judicial proceedings are alternatives to judicial dispute resolution. The proceedings of the judicial function must respect constitutional principles. The system must ensure adequate safeguards for the subjects involved in the decisions defining disputes before the Authorities.

SOMMARIO: 1. La funzione giustiziale delle Autorità indipendenti: una questione di Diritto costituzionale; **1.1.** I principi costituzionali nell'esercizio della funzione giustiziale: cenni; **2.** Un caso di studio: la Delibera 188/2012/E/COM dell'ARERA; **2.1.** Funzione giustiziale e sindacato giurisdizionale: breve ricostruzione dei principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa. **3.** Le prospettive della funzione giustiziale nel quadro costituzionale. **3.1.** Le Autorità indipendenti come giudici *a quibus* nell'esercizio della funzione giustiziale. Notazioni conclusive.

1. La funzione giustiziale delle Autorità indipendenti: una questione di diritto costituzionale.

La progressiva implementazione dei poteri di regolazione di strategici settori dell'economia (telecomunicazioni, energia, mercati finanziari, trasporti)¹, attribuiti alle Autorità amministrative indipendenti anche per far fronte alle sollecitazioni in tal senso provenienti dal diritto dell'Unione europea², ha determinato un parallelo rafforzamento della c.d. funzione giustiziale esercitata dalle medesime Autorità negli ambiti materiali da esse stesse regolati³. L'attribuzione della funzione giustiziale intende, pertanto, rispondere a plurime esigenze di giustizia in vario modo connesse agli ambiti regolati dalle *Autorities*⁴, così aspirando a contemperare la rapidità della risoluzione delle controversie e l'elevata specializzazione per materia⁵.

Per funzione giustiziale, come noto, si intende l'insieme di strumenti e attività volti a «risolvere in modo imparziale e obiettivo» un conflitto senza che questo venga portato innanzi al potere giudiziario⁶, onde garantire una rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte nei settori affidati alle Autorità⁷.

Non v'è dubbio, quindi, che il confine tra “giustizialità” e “giurisdizionalità” delle funzioni sia talvolta sottile e abbisogni di essere rettammente definito al fine di evitare erronee sovrapposizioni⁸.

¹ *Ricercatore in Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Bergamo. Quale assegnista di ricerca dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, dal 2018 al 2021, ha svolto attività di ricerca e supporto presso la Direzione Advocacy Consumatori e Utenti - Unità Arbitrati e Decisioni Controversie -dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente. Per un inquadramento delle attribuzioni delle Autorità amministrative indipendenti si veda, a titolo esemplificativo, F. POLITI, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009. Con specifico riguardo alla deviazione dal principio di legalità nell'esercizio della competenza regolatoria da parte della Autorità indipendenti si veda M. CONDORELLI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti come strumento di democrazia partecipativa: mito o realtà?* in Jus on-line 2, 2020, pp. 82 ss. Sui rapporti tra regolazione e sistema delle fonti, vedasi M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, Giappichelli, 2018. Della costante espansione, ad opera del legislatore unionale e nazionale, delle competenze delle Autorità costituisce un palpabile esempio l'evoluzione della disciplina dell'ANAC, cui addirittura l'art. 211 del Codice degli Appalti riconosceva il potere di chiedere al RUP di annullare un atto amministrativo in autotutela e, nel caso in cui questo non fosse stato fatto, la possibilità di irrogare al RUP una sanzione pecuniaria. Oggi la previsione è stata trasformata nel potere dell'Autorità di impugnare dinanzi al Giudice amministrativo qualsiasi atto amministrativo in materia di gare, così come previsto dall'art. 221, co. 1, bis, ter, quater introdotti dal Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56.

² Su tale profilo, cfr., per tutti, G. DE MINICO, *Il potere regolativo delle Autorità indipendenti: Italia ed Europa a confronto* in, a cura di, C. IANNELLO, *Le Autorità indipendenti tra funzione regolatoria e Judicial Review*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018; P. BILANCIA, (a cura di), *Introduzione, La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012; nonché S. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 2, 2017, pp. 423-463. Con specifico riguardo alle influenze del diritto eurounitario sulle funzioni giustiziali delle Autorità indipendenti, cfr. O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione Europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 5, 2016, pp. 1793 ss.

³ Per uno studio più ampio sul punto si veda, tra l'altro, la ricerca curata dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.iti; nonché, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007.

⁴ R. ROLLI, A. TAGLIALATELA, *La 'legittimazione' costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista di Diritto amministrativo*, n. 2, 2010, pp. 49 ss.

⁵ L. DE LUCIA, F.F. GUZZI, *L'incerta natura giuridica dei procedimenti amministrativi a tutela del diritto d'autore online (Regolamento dell'AGCom n. 680/13/CONS)*, in *AIDA*, fasc.1, 2014, pp. 136 ss.

⁶ Sul tema, in generale, cfr. M. CALABRÒ, *la funzione giustiziale nella Pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012, passim; F. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in Enc. Dir. aggiornamento VI, 2002; R. CHIEPPA, G. P. CIRILLO, *Le Autorità Amministrative indipendenti*, Padova, CEDAM, 2010; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996. Più di recente e in prospettiva costituzionalistica, v. T.E. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 22, 2018, pp. 2 ss.

Epperò, nella prospettiva qui adottata, l'incidenza delle decisioni rese in sede giustiziale sulle situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti impone di valutare, con riguardo al peculiare potere delle Autorità, l'effettivo rispetto delle garanzie che presidiano, nell'ordinamento costituzionale italiano, la funzione giurisdizionale. Ed infatti le funzioni giustiziali delle Autorità finiscono in qualche modo per intercettare i principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale dei diritti che, come noto, presuppongono un preciso modello di "giudice" e di "giurisdizione"⁹. Ne consegue che i procedimenti amministrativi giustiziali, quali strumenti alternativi alla risoluzione giudiziaria delle controversie, sebbene non possano essere considerati "surrogati" del procedimento giurisdizionale, debbano essere modellati sull'architettura dei predetti principi costituzionali in materia di giurisdizione, soprattutto in considerazione dell'esigenza di assicurare adeguate tutele ai soggetti coinvolti dalle decisioni con cui sono definite le controversie dinanzi alle *Autorities*. Sicché, contraddittorio tra le parti, posizione di parità¹⁰ dinanzi all'organo (indipendente) che assume la decisione e motivazione dei provvedimenti¹¹ divengono i termini di un comune "lessico della giurisdizione", che pur con i necessari adattamenti deve presidiare anche l'esercizio delle funzioni giustiziali.

In prospettiva costituzionalistica diventa, pertanto, interessante analizzare le singole discipline dettate dalle Autorità per l'esercizio della propria funzione giustiziale al fine di valutarne la rispondenza ai "canoni di giustizia"¹² stabiliti dalla Carta fondamentale¹³.

A tal uopo, nel presente scritto, si prenderà in esame la Deliberazione 188/2012 dell'Autorità di regolazione per l'Energia, Reti e Ambiente (ARERA)¹⁴, con la quale sono state dettate disposizioni in materia di risoluzione delle controversie concernenti l'accesso alla rete di

⁷ Ed anche sotto questo profilo l'impatto del diritto unionale è stato decisivo. Si veda, ad esempio, la Direttiva 2008/52, con riferimento alla necessità di individuare procedure diverse dal contenzioso giurisdizionale, su cui, in vasta letteratura, cfr. almeno R. FRASCAROLI, *brevi note introduttive in tema di adr (alternative dispute resolutions) nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta amministrativa*, n. 1, 2012 pp. 1 ss. Sul tema, v. inoltre M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2015, pp. 481-505. C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

⁸ Lo dimostrano, ad esempio, gli studi di M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; con riferimento alla funzione giustiziale, anche in chiave comparatistica, si veda E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, Cedam, 1986; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952.

⁹ La dottrina sul punto è assai significativa. V. almeno, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997; G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2013.

¹⁰ Nella giurisprudenza della Corte costituzionale la parità tra le parti è definito un principio «cardine della disciplina del giusto processo»: vedi Corte cost. 30 luglio 2008 n. 331.

¹¹ Una lettura critica sulla possibilità che le Autorità indipendenti possano essere ritenute "terze nello stesso modo in cui lo è un giudice" è in S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 14, 2018, pp. 2 ss.

¹² S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, Fasc. 1, 2015, pp. 204 ss.

¹³ La recente istituzione delle Autorità indipendenti nell'ordinamento è il motivo per cui in Costituzione non è presente un riferimento specifico all'attività svolta da queste e la cui funzione è ricondotta nella sfera dell'art. 97 Cost. Si veda L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, pp. 1 ss. Più in generale si consideri che, nell'ambito della Costituzione formale, il tema delle Autorità indipendenti si muove tra due principi generali, espressi, rispettivamente, dall'art. 95 e dall'art. 97 Cost. L'art. 95, individua un modello di P.A. sottoposta alla direzione e alla responsabilità ministeriali e che per questo motivo non può essere applicato alle Autorità di regolazione indipendenti. Così come rileva Carbone, le Autorità indipendenti per il loro modo di operare possono essere ricondotte più nella nozione di imparzialità amministrativa, prevista dall'art. 97 Cost. La caratteristica fondante delle Autorità è, infatti, quella dall'alto tasso di imparzialità. Sul ruolo delle Autorità indipendenti nella Costituzione dopo la riforma del Titolo V si veda G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹⁴ S. LUCATTINI, *Per uno studio sull'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente. Rileggendo Vittorio Ottaviano* in, (a cura) di S. LICCIARDELLO, *Il Governo dell'Economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita. Atti di Convegno del 9 e 10 settembre Università degli Studi di Catania*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 211-220; F. SCLAFANI E L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas* in, (a cura) di, G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le Autorità Amministrative indipendenti*, op. cit.

trasmissione e distribuzione di elettricità e gas¹⁵. Nella trattazione si terrà conto delle novità apportate in materia dal Parlamento europeo¹⁶ e dei successivi atti normativi che li ha recepiti¹⁷.

1.1 I principi costituzionali nell'esercizio della funzione giustiziale: cenni.

La funzione giustiziale si colloca tra l'amministrazione e la giurisdizione in una distinzione il cui fondamento normativo può essere individuato, tra l'altro, anche nella Costituzione, all'art. 117, co. 2, lettera l) che, nell'elenco delle materie di legislazione esclusiva dello Stato, distingue la «giurisdizione e norme processuali» dalla «giustizia amministrativa», attribuendo a quest'ultima un ruolo autonomo di rilievo costituzionale¹⁸.

La funzione giustiziale ha come scopo ultimo la risoluzione dei conflitti anche se questo avviene mediante un procedimento amministrativo. La legge ha attribuito alle Autorità indipendenti, in attuazione del principio di legalità, i limiti entro cui possono essere svolte le competenze loro assegnate in tema di funzione giustiziale¹⁹. Il legislatore ha ritenuto di affidare a queste Autorità la funzione giustiziale circoscrivendo la loro qualificazione con una particolare attenzione al divieto costituzionale di istituzione di Giudici speciali²⁰. Se l'ordinamento ritiene ragionevole attribuire a soggetti diversi dalla giurisdizione la possibilità di assumere decisioni di carattere giustiziale, anche al fine di svolgere una funzione deflattiva delle controversie dinanzi al giudice, è altresì ragionevole ritenere che le procedure giustiziali debbano perlomeno ispirarsi ai principi costituzionali sanciti per la tutela delle posizioni giuridiche di cittadini e imprese²¹.

Considerate le implicazioni e le conseguenze delle decisioni assunte attraverso la funzione giustiziale, si deve ritenere che taluni tra i principi sanciti dalla Costituzione, quali la ragionevole durata del processo, il principio del contraddittorio, la parità tra le parti, siano mutuabili anche nel procedimento amministrativo per l'assunzione dei provvedimenti in sede giustiziale²².

Anzitutto si ritiene che la decisione debba essere assunta da soggetti in un'accertata condizione di terzietà rispetto alle parti che sono oggetto della controversia.

¹⁵ Delibera ARERA, 18 maggio 2012, 188/2012/E/com.

¹⁶ Direttiva UE 2019/944, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE ed il cui art. 26 («Diritto alla risoluzione extragiudiziale delle controversie») stabilisce - tra l'altro - che «Gli Stati membri garantiscono che i clienti finali abbiano accesso a meccanismi semplici, equi, trasparenti, indipendenti, efficaci ed efficienti di risoluzione extragiudiziale delle controversie».

¹⁷ Vd. art. 24, co. 5, lettera 5 del D.lgs. 8 novembre 2021 n. 210, che modifica l'art. 44 del decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93. A tale Direttiva è stata data attuazione in Italia con D.lgs. 8 novembre 2021 n. 210, per effetto del quale - e per ciò che qui rileva - la partecipazione delle imprese elettriche alle procedure di risoluzione delle controversie affidate alla competenza dell'ARERA è, oggi, obbligatoria.

¹⁸ Parere Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana Adunanza di Sezione del 25 febbraio 2020 n. 61. *Non soltanto il ricorso straordinario, del resto, è espressione della funzione giustiziale. Al contrario, sono ormai numerosi gli esempi di istituti amministrativi giustiziali e, anzi, questi si sono moltiplicati negli anni recenti, anche a cagione della crisi in termini di arretrato e di lunghezza dei giudizi - maturata nella giurisdizione. Basti fare qualche esempio: oltre ai ricorsi amministrativi, i reclami alle Autorità indipendenti, le procedure di conciliazione presso vari organismi amministrativi e così via. Tutte queste ipotesi (e le altre non menzionate) vengono oggi ricondotte all'insieme disomogeneo (a parte l'elemento unificante di tipo finalistico, ossia la soluzione dei conflitti) delle procedure di ADR - Alternative Dispute Resolution.*

¹⁹ T.A.R. Lombardia, SEZ. II, Sentenza 8 febbraio 2018, n. 2226.

²⁰ Sentenza Corte costituzionale 31 gennaio 2019 n. 13, «Peraltro, in caso di organi creati dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il rischio di un aggiramento del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali posto dall'art. 102, secondo comma, Cost., è stato ben presente a questa Corte, che infatti ha tratto dal divieto in parola un argomento decisivo per escludere nei casi dubbi la natura giurisdizionale del rimettente (sentenze n. 387 del 1996 e n. 44 del 1968)».

²¹ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e Giurisdizione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 2019, pp. 1825 ss.; questa argomentazione è stata utilizzata altresì anche con riferimento ai reati e all'idea per cui la giurisdizione debba essere riferita alla sentenza lasciando la prevenzione dei reati anche a strumenti diversificati, si veda sentenza Corte cost. 9 maggio 2013 n. 85 e S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, Torino, 1999, 40.

Gli organi deputati all'esercizio dell'amministrazione devono agire «secondo imparzialità (assumendo scelte ragionevoli e non arbitrarie a favore di una delle parti coinvolte)». Allo stesso tempo la funzione giustiziale è esercitata da soggetti «che non sono "terzi" rispetto agli interessi in gioco, anzi sono portatori di interessi (definiti dalla legge come pubblici) e sono chiamati a realizzarli attraverso valutazioni degli stessi interessi in gioco»²³. Per questo motivo le decisioni devono essere assunte da soggetti che possono godere di un elevato grado di autonomia rispetto a possibili condizionamenti.

Se nella giurisdizione terzietà vuol dire che il giudice deve essere estraneo alla lite, nella funzione giustiziale è necessario che i procedimenti amministrativi siano organizzati in modo da evitare che i funzionari che abbiano già trattato, per altre vicende, la posizione dei ricorrenti (ad esempio in sede regolatoria) possano esprimersi sulla controversia.

Un altro profilo attiene ad alcune garanzie che dovrebbero essere previste non soltanto per l'organo di vertice delle Autorità indipendenti, su cui ricade la responsabilità ultima della decisione, ma anche su coloro i quali predispongono le valutazioni preliminari²⁴. In tal senso sarebbe opportuno che i funzionari che contribuiscono all'assunzione della decisione abbiano una maggiore tutela rispetto alla possibilità di essere sottoposti agli indirizzi dell'amministrazione, tra l'altro, perché questi devono essere tutelati da eventuali provvedimenti finalizzati a influenzare le decisioni. Il tema si pone altresì con riferimento alla mobilità dei funzionari che, qualora siano loro attribuite delle funzioni nei procedimenti per l'assunzione delle decisioni in sede di funzione giustiziale, dovranno essere tutelati da eventuali provvedimenti di mobilità arbitraria come conseguenza del proprio operato. Di contro, nei confronti di coloro i quali assumono la decisione o predispongono gli atti istruttori, si dovrebbero immaginare forme di riconsiliazione o di obbligo di astensione²⁵.

Uno degli elementi che deve caratterizzare la funzione giustiziale delle Autorità indipendenti risiede nella separazione, al loro interno, tra la funzione regolatoria e quella giustiziale²⁶. In altre parole, bisogna evitare che il regolatore assuma delle decisioni che possano entrare in conflitto di interesse con la propria funzione giustiziale o che i due momenti della propria azione possano influenzarsi²⁷.

Allo stato attuale tali limitazioni possono essere ricavate dalle disposizioni generali, ma non sono, perlomeno in tutti i casi, specificamente previste dalle procedure per la decisione delle controversie delle diverse Autorità.

²² Si veda T.A.R. Lombardia 1936 del 2 settembre 2019 «*Malgrado la loro natura formalmente amministrativa, i procedimenti giustiziali sono quindi sottoposti a regole procedurali proprie, volte a garantire adeguatamente il contraddittorio e la partecipazione degli interessati, non essendo conseguentemente dovuta la comunicazione di avvio del procedimento, né l'avviso di cui all'art. 10 bis cit. (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22.6.2018, n. 7032), che non è pertanto stato violato*».

²³ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e Giurisdizione*, cit.

²⁴ Sul punto si vedano le diverse procedure adottate dalle Autorità indipendenti per la decisione delle controversie nell'esercizio della funzione giustiziale.

²⁵ In tema di obbligo di astensione è stato introdotto nel 2012, con l'art. 6 bis, alla legge 7 agosto 1990 n. 241, il quale prevede che «*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*».

²⁶ A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulation by Litigation*, Yale University Press, 2008.

²⁷ In alcuni casi, invero, è lo stesso legislatore a "legare" espressamente (ed impropriamente) le due funzioni: ci si riferisce, in particolare, all'art. 23, co. 3, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (d.lgs. n. 259/2003), ai sensi del quale «*nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'art. 13*», ovvero gli obiettivi dell'attività di regolamentazione. Aderisce a tale impostazione, seppur prospettando un "temperamento" dell'idea secondo cui la tutela degli interessi delle parti sarebbe anche l'occasione per tutelare gli interessi generali a cui la regolazione è preordinata, E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2014, pp. 60 ss. Pone la questione in maniera maggiormente problematica, M. CLARICH, *I ricorsi dinanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, a cura di, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, pp. 128 ss.

Avendo assunto in questa riflessione come parametro di riferimento gli artt. 24, 111, co.1, co. 2, Cost. si ritiene che sussista la necessità che tutti i soggetti, che potrebbero essere interessati dalla decisione presa in sede giustiziale, debbano avere garantita la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo giustiziale²⁸.

Considerando che la funzione giustiziale è un procedimento amministrativo²⁹ la partecipazione a questo è garantita dalle disposizioni dell'ordinamento³⁰; tuttavia è opportuno che il legislatore preveda maggiori tutele a garanzia dell'intervento delle parti nei procedimenti giustiziali, considerate le conseguenze che la decisione può avere sui soggetti interessati. La partecipazione durante tutto il procedimento amministrativo si rende ancora più necessaria in ragione del fatto che gli atti impugnabili del procedimento amministrativo sono solo quelli finali e non gli atti endoprocedimentali che, tuttavia, possono rappresentare un momento decisivo di non secondo momento per la controversia. In conseguenza di ciò è necessario che le parti possano avere la possibilità di partecipare attivamente alle diverse fasi del procedimento finalizzato a confluire nella decisione giustiziale³¹.

2. Un caso di studio: la Delibera 188/2012/E/COM dell'ARERA

L'ARERA, in attuazione della legge³², ha regolamentato le modalità per l'assunzione delle decisioni dei reclami in materia giustiziale. Anzitutto, nell'ottica di un rapporto tra funzione giustiziale e giurisdizionale, bisogna considerare che la funzione giustiziale è attribuita all'ARERA a seguito delle Direttive dell'Unione europea che hanno stabilito l'istituzione di questa funzione per quelle materie che nel nostro ordinamento sono attribuite alla regolazione da parte di questa Autorità³³. Il diritto dell'Unione è stato recepito attraverso l'adozione della normativa nazionale, la quale ha attribuito all'ARERA la competenza per la risoluzione delle controversie in sede giustiziale e il cui scopo è quello di garantire la decisione delle controversie a tutela dell'accesso al mercato³⁴. Attraverso la funzione giustiziale l'Autorità tutela e garantisce la libertà di accesso alle infrastrutture, così da assicurare un funzionamento competitivo del mercato energetico³⁵.

²⁸ È solo possibile, in questa sede, richiamare la copiosa dottrina sul punto anche di ambito giusciviltistico. L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, Cedam, 1970, che aveva messo in evidenza quello "schema fondamentale" di "giusto processo" desumibile dagli artt. 3, 24, 25, co. 1, 101-104, 107-108, 111 e 113 Cost.; M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Aggiornamento, Milano, Giuffè, 2001, pp. 595 ss.; A. ANDRONIO, sub *Art. 111*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, Utet, 2006, p. 2111; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Jus*, 2000, pp. 362 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, 1, pp. 5 ss.; ID., *Il giusto processo*, Bologna, Zanichelli, 2005; M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»* (*Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*), Milano, FrancoAngeli, 2001.

²⁹ Sul rapporto tra l'esercizio della funzione giustiziale in Italia e le caratteristiche della giustizia esercitata dagli *administrative tribunals* inglesi nella diversa lettura delle funzioni giurisdizionali oltre la magistratura ordinaria: si veda M. MACCHIA, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n. 1, pp. 1 ss.

³⁰ Il riferimento è al capo III della l. 241 del 1990 in cui sono contenuti gli elementi della partecipazione al procedimento amministrativo, tra l'altro, in attuazione dei principi costituzionali.

³¹ Per una lettura in chiave europea si veda S. LUCATTINI, *La rete procedimentale europea dell'energia*, in *Munus*, n. 1, 2015, pp. 2 ss.

³² L'Autorità ha regolato la funzione con la Delibera ARERA 188/2012; S. LUCATTINI, *Giustizia e regolazione nella risoluzione delle controversie infrastrutturali energetiche*, in *Giustizia Amministrativa*, 2013, n. 12 pp. 1 ss.

³³ Tra le altre disposizioni si veda la Direttiva 2009/73 la quale prevede che «Gli Stati membri garantiscono che sia predisposto un meccanismo indipendente come un Mediatore dell'energia o un organismo dei consumatori al fine di assicurare un trattamento efficiente dei reclami e della risoluzione stragiudiziale delle controversie» e ancora « Gli Stati membri assicurano la messa in atto di disposizioni sulla risoluzione delle controversie in cui sia prevista un'autorità indipendente dalle parti, che ha accesso a tutte le informazioni pertinenti, in modo da consentire la rapida soluzione di controversie riguardanti l'accesso a reti di gasdotti». Con riferimento alla funzione giustiziale nella Pubblica amministrazione si veda, tra gli altri, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012.

La scelta del legislatore europeo è stata quella di non demandare la risoluzione di tali questioni alla sola tutela giurisdizionale che, tra l'altro, potrebbe non garantire tempi celeri di risposta³⁶. Ritenuto che la regolazione dell'ARERA prevede un tempo di sei mesi per la conclusione del procedimento³⁷, l'attribuzione della funzione giustiziale all'Autorità di regolazione per l'Energia le reti e l'ambiente garantisce che la decisione sia assunta in un contesto di elevata conoscenza tecnica della regolazione rispettando la celerità dei tempi nell'assunzione della decisione, esigenza che rappresenta un elemento essenziale per i produttori ed i distributori del mercato dell'energia, soprattutto in relazione agli investimenti da programmare³⁸.

L'Autorità decide sui reclami presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema di gas naturale liquefatto o di distribuzione³⁹. L'oggetto dei reclami presentati all'ARERA attiene al rispetto degli obblighi imposti ai gestori sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, i quali sono disciplinati dalla regolazione dell'Autorità. La normativa dispone che l'Autorità emani una specifica regolazione⁴⁰ per disciplinare⁴¹ le procedure di risoluzione delle controversie⁴². Inoltre, l'ARERA è competente a decidere dei reclami presentati per la risoluzione delle controversie insorte tra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili⁴³.

In forza dei suddetti provvedimenti legislativi⁴⁴, l'Autorità ha adottato la procedura per la trattazione dei reclami presentati da operatori contro un gestore⁴⁵, predisponendo il sistema di decisioni dei reclami attraverso uno specifico procedimento amministrativo giustiziale⁴⁶.

Le considerazioni sulle modalità con cui si svolge il procedimento non sono secondarie, ma rappresentano la chiave di lettura privilegiata per comprendere il rapporto tra funzione giustiziale ed i principi costituzionali.

³⁴ «Interconnessione alle infrastrutture di rete e sul regime delle c.d. *essential facilities*; sul *favor* per la separazione tra gestione della rete e gestione del servizio; sul principio dell'*unbundling* in caso di integrazione verticale dell'operatore di mercato; sul divieto di sussidi incrociati; sulla c.d. prevedibilità della regolazione; sulla disciplina limitativa dei poteri di mercato dominanti; sulla tutela del consumatore; sulla funzione delle c.d. *Alternative dispute resolutions*; sulla trasparenza tariffaria nei mercati; sul rapporto tra regolazione e servizio di interesse economico generale, etc»: vedi F. CINTIOLI *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2017, pp. 381 ss.

³⁵ M. CLARICH, F. SCLAFANI, *La regolazione dei mercati energetici*, in AA.VV., *Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese*, Bologna, Il Mulino, 2002.

³⁶ Si è già accennato all'ultima Direttiva UE, in cui le fonti UE insistono sul tema della necessità di predisporre procedure "rapide" ed "efficaci".

³⁷ Il procedimento amministrativo è regolato dall'Allegato A della Deliberazione ARERA n. 188/2012.

³⁸ S. LUCATTINI, *Giustizia e regolazione nella risoluzione delle controversie infrastrutturali energetiche*, op. cit.

³⁹ Articolo 44, co. 1 e 2 del Decreto legislativo 1 giugno 2011 n. 93.

⁴⁰ Art. 44, co. 3, del Decreto legislativo 1 giugno 2011 n. 93.

⁴¹ Ai sensi dell'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

⁴² L'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481 prevede l'istituzione di apposite procedure di conciliazione e di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio che possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera g) (già articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580; l'attuazione delle direttive previste dall'articolo 44, comma 3, del D.Lgs. 93/11, riguardanti anche la disciplina della trattazione dei reclami aventi ad oggetto le controversie di cui al medesimo articolo 44, commi 1 e 2, richiede un necessario e preliminare coordinamento con Unioncamere e le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; sia necessario, nelle more dell'avvio e della definizione dei suddetti rapporti con Unioncamere e le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, che la trattazione dei reclami previsti e disciplinati dall'articolo 44, commi 1 e 2, del D.Lgs. 93/11, sia comunque assicurata dagli Uffici dell'Autorità, ad eccezione dei reclami presentati da clienti finali e clienti-produttori; pertanto, sia necessario procedere all'adozione di un provvedimento disciplinante, nelle more dell'attuazione delle direttive di cui all'articolo 44, comma 3, del D.Lgs. 93/11.

⁴³ Di cui all'art. 14, comma 2, lett. f-ter), del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

⁴⁴ Con deliberazione 57/2012/E/com.

⁴⁵ Articolo 44, commi 1 e 2, del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93.

L'ARERA ha previsto, all'interno della propria struttura, una specifica organizzazione denominata Unità Arbitrati e Decisioni Controversie (in sigla, ADC), la quale ha il compito di dare attuazione al procedimento per la risoluzione delle controversie. Il ruolo dell'ADC rappresenta il mezzo attraverso cui l'Autorità svolge la funzione giustiziale in attuazione di quei principi già citati e che sono a fondamento della compatibilità dello strumento giustiziale nel quadro costituzionale.

Il procedimento si compone di diverse fasi, tassativamente previste da una procedura stabilita con Deliberazione dell'Autorità⁴⁷ e che si conclude con l'adozione della Decisione ad opera del Collegio. Il reclamo, presentato da chi ritiene che sia stata violata la regolazione⁴⁸, è l'impulso che avvia il procedimento giustiziale, suddiviso in una preliminare valutazione giuridica e tecnica che termina con la proposta di decisione al Collegio dell'Autorità.

Una volta instaurato il reclamo dinanzi l'Autorità, questo viene assegnato al responsabile del procedimento, il quale "gestisce" il reclamo attraverso tutti gli strumenti previsti dalla regolazione e che gli permettono di giungere ad una sua valutazione nel contraddittorio tra le parti.

Per l'approfondimento sugli elementi di dettaglio si rinvia alla disciplina sulla regolazione⁴⁹, tuttavia, si segnalano alcuni aspetti che rilevano ai fini di una lettura costituzionalistica della procedura. Il responsabile del procedimento istruisce il reclamo fondando le proprie argomentazioni giuridiche, oltre che sulle valutazioni tecniche fornite dalle competenti Direzioni dell'ARERA, sull'istruttoria suffragata dalle diverse argomentazioni delle parti in causa. Il tenore e le modalità di partecipazione delle parti al procedimento, così come sancito dalla regolazione, hanno una caratteristica che va oltre la partecipazione prevista dal procedimento amministrativo.

⁴⁶ In particolare, l'articolo 2 della Delibera ARERA 188/2012 del 2012 prevede che possono essere presentati dei ricorsi contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale. Inoltre, la Disciplina si applica ai *prosumer* per le controversie insorte nei confronti di un gestore di rete. I *prosumer* possono, in alternativa, attivare direttamente la procedura giustiziale di cui alla presente Disciplina o dopo aver esperito, con esito negativo, il tentativo di conciliazione presso il Servizio Conciliazione di cui all'allegato A) alla deliberazione 209/2016/E/com. 2.3 La presente Disciplina si applica anche alle procedure di risoluzione delle controversie di cui all'articolo 14, comma 2, lettera f-ter), del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, insorte tra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, non concernenti obblighi imposti in attuazione delle direttive comunitarie. In tali casi, l'Autorità, in deroga ai termini previsti dal presente provvedimento, adotta la relativa decisione, con propria deliberazione, nel termine di sei mesi dalla data di ricevimento del reclamo.

⁴⁷ In particolare, la disciplina è prevista dall'allegato A alla deliberazione 18 maggio 2012, 188/2012/E/com come modificato ed integrato con deliberazioni 20 febbraio 2014, 59/2014/E/com, 11 dicembre 2014, 605/2014/E/com e 18 maggio 2017, 338/2017/E/com.

⁴⁸ Art. 3, All. A alla deliberazione 18 maggio 2012, 188/2012/E/com.

⁴⁹ Tra le altre parti, l'art. 5 Allegato A) Deliberazione 18 maggio 2012, 188/2012/E/com come modificato e integrato con deliberazioni 20 febbraio 2014, 59/2014/E/com, 11 dicembre 2014, 605/2014/E/com e 18 maggio 2017, 338/2017/E/com. La Direzione competente svolge le seguenti attività: riceve i reclami; costituisce e gestisce il protocollo e l'archivio relativo ai reclami di cui alla precedente lettera a) e alle conseguenti comunicazioni. A tal fine, provvede alla fase di archiviazione, ordinamento e conservazione dei documenti; verifica l'ammissibilità del reclamo e la sussistenza dei requisiti formali, di cui all'articolo 3, e sostanziali, di cui all'articolo 2, e invita, laddove necessario, il reclamante a regolarizzare o completare gli atti irregolari o incompleti eventualmente trasmessi, assegnando a tal fine un termine perentorio non superiore a 5 giorni; invia, ai fini dell'espressione dei pareri di cui al successivo comma 5.2, i reclami alle Direzioni tecniche, secondo le rispettive competenze per materia, dandone comunicazione alle parti, a meno che non ricorrano cause di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o altri motivi per disporre l'immediata archiviazione dei reclami; evade le istanze di accesso ai documenti in suo possesso nel rispetto della normativa vigente; assicura che le Direzioni tecniche forniscano i pareri di competenza sui reclami assegnati nei termini previsti dal successivo comma 5.2; predisporre e sottoporre all'Autorità, entro 50 giorni dal ricevimento del reclamo, lo schema di decisione conclusiva; h) comunica alle parti la decisione assunta dal Collegio sul reclamo; i) acquisisce gli elementi, eventualmente emersi nell'ambito dello svolgimento delle attività disciplinate dal presente provvedimento, per l'avvio di procedimenti sanzionatori e prescrivibili ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettere c) e d), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

A differenza di quanto sancito dalla legge 7 agosto 1990 n. 241⁵⁰, la valutazione del Reclamo, sia com'è disciplinato dalle fonti dell'Autorità, sia come viene applicato nella prassi⁵¹, ha degli elementi tipici che si rifanno ai principi costituzionali in tema di giustizia.

Il procedimento attraverso cui si realizza la funzione giustiziale è caratterizzato da un robusto impianto del contraddittorio tra i reclamanti⁵². Una volta presentato il reclamo questo viene comunicato alle parti che sono invitate a partecipare con la presentazione di memorie e repliche nelle diverse fasi del procedimento giustiziale⁵³. Tra gli argomenti a sostegno della tesi della forte partecipazione all'interno del procedimento giustiziale in oggetto è possibile considerare che il responsabile del procedimento può, in contraddittorio tra le parti, svolgere un'audizione il cui esito viene formalizzato con la redazione di un verbale funzionale alla decisione⁵⁴. Una procedura che caratterizza la funzione giustiziale rispetto ai normali procedimenti amministrativi. Nel caso preso in esame per il presente studio si è rilevato come l'attività di risoluzione alternative delle controversie permette di ottenere un elevato⁵⁵ e rapido numero di decisioni nei tempi stringenti previsti dalla regolazione.⁵⁶ Sul punto è possibile considerare che difficilmente sarebbe possibile giungere ad un risultato altrettanto rapido, considerati i temi trattati e la possibilità per il responsabile del procedimento di reperire, all'interno della medesima Autorità, un parere tecnico⁵⁷.

Con riferimento alla qualificazione effettuata dalla giustizia amministrativa, nel giudicare la decisione dei reclami, la giurisprudenza considera preliminarmente che la funzione dell'ARERA ha natura «*paragiurisdizionale*», con i limiti che il giudice impone a questa attività⁵⁸.

Allo stesso tempo è la stessa giurisprudenza che riconosce un ruolo decisivo all'esercizio alternativo di risoluzione delle controversie svolto da ARERA e in quest'ottica viene, di conseguenza, letto il procedimento alla base della decisione⁵⁹.

⁵⁰ Ci si riferisce alla legge 7 agosto 1990 n. 241.

⁵¹ Per una maggiore comprensione delle modalità di assunzione delle Decisioni si possono leggere le stesse sul sito istituzionale dell'ARERA nella Sezione "Decisioni".

⁵² Sul contraddittorio all'interno del procedimento giustiziale, S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi, atti e provvedimenti dell'Autorità regolazione* in, a cura di, F. MERUSI, S. ANTONIAZZI, *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.

⁵³ Art. 3, Allegato A alla deliberazione 18 maggio 2012, 188/2012/E/com come modificato ed integrato con deliberazioni 20 febbraio 2014, 59/2014/E/com, 11 dicembre 2014, 605/2014/E/com e 18 maggio 2017, 338/2017/E/com.

⁵⁴ Art. 4, Allegato A, op. cit.

⁵⁵ Prevista dalla delibera n. 188/2012/E/com sono stati presentati in totale 499 reclami.

⁵⁶ Nel corso del 2018 il tempo medio per la risoluzione delle controversie tra operatori economici, ex delibera n. 188/2012/E/com, gestite dall'Autorità, è di 6 mesi; il rispetto delle decisioni assunte dall'Autorità raggiunge quasi la quota del 100%. In particolare, la maggior parte delle decisioni sono state immediatamente ottemperate dalle parti, mentre per circa un 16% dei casi l'ottemperanza è avvenuta a seguito dell'intervento dell'Unità Arbitrati e Decisioni Controversie. Al fine di dare una più ampia diffusione dello strumento e di fornire agli operatori una più veloce conoscenza delle argomentazioni a fondamento delle Decisioni assunte è stato aggiornato, anche per le Decisioni del 2018, il massimario presente sul sito internet dell'Autorità e liberamente accessibile agli utenti. Questo strumento permette di fornire un quadro informativo completo delle attività svolte in attuazione delle funzioni affidate all'unità ADC.

⁵⁷ Le materie in cui opera la funzione giustiziale dell'ARERA possono essere raggruppate in: Agevolazioni tariffarie, in ordine alla mancata applicazione dell'esenzione dal pagamento dei corrispettivi di trasmissione e distribuzione; la connessione a reti di distribuzione; il servizio di misura in cui sussiste una contestazione tra il gestore di rete e il GSE; il third party access (TPA); l'allocazione dei volumi di Gas; la distribuzione del gas, vedi sul punto A. PATANÈ, *La giurisprudenza avverso le Decisioni dell'Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente in attuazione della delibera 188/2012/E/Com*, Milano, Edizioni Educatt, 2020.

⁵⁸ «Alternative alle misure giurisdizionali, devono rimanere tali e non confondersi con queste ultime; in una parola, devono essere non giurisdizionali e non divenire, alla fine, anch'esse giurisdizionali. Si perderebbe, in tal modo, lo scopo stesso delle misure alternative, che è quello di assicurare una tutela più semplice e possibilmente più rapida delle misure giurisdizionali», vedi A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comparato*, n. 3-4, 2015, pp. 758 ss.

⁵⁹ S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi, atti e provvedimenti dell'Autorità di regolazione*, op. cit.

In quest'intreccio di interessi il giudice amministrativo verifica, in attuazione della tutela giurisdizionale costituzionalmente garantita, il corretto adempimento del ruolo giustiziale svolto dall'Autorità, al fine di definirne i confini e la correttezza nello svolgimento del procedimento.

Si tralascia, in questa sede, di ripercorrere il dibattuto tema del sindacato giurisdizionale sugli atti regolatori, o di altra natura, delle Autorità indipendenti, in quanto ampiamente trattato da giurisprudenza e dottrina che hanno definito i confini della tutela giurisdizionale al fine di evitare che si realizzi una sostituzione del giudice all'attività amministrativa⁶⁰. Il profilo che rileva nella presente riflessione attiene alla valutazione per cui «*il giudice può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire le proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate*». In altri termini l'Autorità, nell'espletare la funzione giustiziale, persegue l'obiettivo dell'interesse pubblico affidatogli dalla legge e dunque effettua delle considerazioni nel merito rispetto ai temi oggetto della controversia. Nel fare questo, l'Autorità indipendente utilizza prioritariamente il parametro della regolazione⁶¹. Diversamente, il giudice svolge una funzione di tutela giurisdizionale in senso ampio verificando se il procedimento ha anzitutto rispettato il principio di legalità e dunque la legislazione che ha istituito e disciplina l'Autorità e poi se sussiste una corrispondenza tra la decisione assunta e quanto previsto dalla regolazione⁶².

2.1 Funzione giustiziale e sindacato giurisdizionale: breve ricostruzione dei principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa.

La risoluzione alternativa alle controversie attribuita alla competenza delle Autorità amministrative indipendenti non sfugge al sindacato della giustizia amministrativa.

Nonostante l'avvio piuttosto recente, (anche) l'attività in materia giustiziale dell'ARERA è già oggetto di copiosa giurisprudenza⁶³, che ha affrontato i profili del rapporto tra giurisdizione, funzione giustiziale e limiti a questa imposti.

⁶⁰ Sul punto si segnala la Sentenza Consiglio di Stato, 27 marzo 2015, n. 854 (Delibera 612/2013/R/EEL). Con riferimento a tale decisione, in questa sede è rilevante quanto hanno scritto i Giudici con riferimento ai confini dei poteri dell'Autorità. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello e nel punto in fatto e diritto n. 8 si sofferma ampiamente sul principio di legalità dell'azione amministrativa. Come ricordato nella sentenza, in attuazione degli articoli 23, 97 e 113 Cost. devono essere individuati lo scopo pubblico da perseguire ed i presupposti essenziali di ordine procedimentale e sostanziale per l'esercizio - in concreto - dell'attività amministrativa. L'applicazione di suddetto principio di legalità nelle materie demandate alle Autorità indipendenti è che queste possono esercitare poteri di etero-integrazione, suppletiva e cogente, dei contratti. Nel caso oggetto dell'appello, il Consiglio di Stato ritiene che l'Autorità abbia esercitato un potere di integrazione contrattuale che non persegue le finalità predeterminate dalla legge ed è per questo che risulta violato il principio di legalità nel senso di indirizzo verso lo scopo pubblico da perseguire. L'Autorità, secondo l'interpretazione del Giudice, ha esercitato un'indebita ingerenza di un potere pubblico nelle autonome autoregolazioni di interessi privati ad opera dei singoli contraenti. Il Consiglio di Stato, con la sentenza in oggetto, ha svolto un'interpretazione che si pone come margine ben definitivo rispetto alla libertà contrattuale.

⁶¹ Una valutazione sulla funzione giustiziale è stata svolta da M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi.it*, 17 maggio 2017, pp. 2 ss.

⁶² T.A.R. Lombardia, Sez. I, Sentenza 3 settembre 2018 n. 2042. Con la sentenza in esame il giudice amministrativo si preoccupa di definire taluni aspetti rilevanti circa la potestà sanzionatoria attribuita all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) dall'art. 4, comma 2, del D.lgs. 387/2003. In particolar modo il giudice evidenzia che l'accertamento degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito amministrativo deve essere necessariamente rimesso all'Autorità amministrativa attributaria della potestà sanzionatoria. Oltre al giudizio sull'*an*, spetta all'Autorità anche il giudizio sul *quantum*, che permette di parametrare la sanzione all'effettiva gravità dall'agire illecito. Nel caso di specie, dunque, gli elementi istruttori e gli accertamenti compiuti da GSE S.p.A. (Gestore dei Servizi Energetici) in sede di verifica dell'ottemperanza all'obbligo di acquisto dei CV (certificati verdi) vengono trasmessi all'Autorità, affinché quest'ultima provveda ad esercitare i propri poteri sanzionatori. La segnalazione di GSE, che di regola presenta una valenza immediatamente lesiva, in questo caso funge da rappresentazione di una situazione di fatto, degradando così al rango di mera segnalazione. Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348, *Italcementi*. 2 Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014 n. 6041, in cui con riferimento ad un provvedimento dell'Aeegsi, si ritiene che non sia sufficiente ad integrare un vizio che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, essendo necessario che emerga un contrasto con un principio definito di ragionevolezza tecnica.

Considerato che L'ARERA adotta le proprie decisioni all'esito del citato procedimento amministrativo, il controllo del giudice amministrativo è improntato alla verifica del rispetto della legittimità degli atti assunti alla luce delle previsioni normative e della regolazione; tuttavia, la giurisprudenza si è espressa in più casi sulla verifica del rispetto dei principi costituzionali, della legge e della regolazione nell'adozione delle decisioni, a valle della procedura giustiziale⁶⁴.

L'Autorità svolge una valutazione di tipo tecnico, fondata sul diritto unionale⁶⁵, sulle previsioni contenute nelle leggi di recepimento e sulla regolazione da essa emanata; nondimeno le decisioni in sede giustiziale sono caratterizzate da una forte componente di discrezionalità nell'apprezzamento delle diverse tesi dei reclamanti. In tal senso l'Autorità adotta una decisione "discrezionale" nell'apprezzamento delle tesi delle diverse parti sull'attuazione della regolazione, ma il carattere soggettivo della valutazione è determinato dall'autonomo apprezzamento che l'Autorità deve effettuare rispetto a quanto sostenuto⁶⁶.

In conseguenza di ciò il giudice non può sostituirsi alle valutazioni delle argomentazioni nel merito che hanno indotto l'Autorità ad assumere la decisione⁶⁷. Nondimeno questo profilo, che è stato trattato in dottrina e giurisprudenza, rappresenta una questione controversa⁶⁸.

Il giudice amministrativo ha la possibilità di effettuare un controllo sui fatti a fondamento della decisione e dunque sulla corretta applicazione dei parametri utilizzati nella valutazione effettuata dall'Autorità. In questo modo la giustizia amministrativa valuta, nel merito, le decisioni giustiziali dell'Autorità, rilevando non solo le violazioni di legge nel corso del procedimento, ma anche le eventuali incongruenze commesse dall'Autorità nel decidere le controversie mediante il parametro della regolazione che la stessa Autorità ha adottato; ed è così che il giudice amministrativo finisce per intervenire, talvolta con pronunce caducatorie, non solo sulle decisioni finali assunte dall'Autorità in sede giustiziale, ma anche sulla retta interpretazione della disciplina regolatoria dettata dalla medesima Autorità⁶⁹.

⁶³ Il legislatore ha deciso di attribuire la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per i provvedimenti assunti dall'ARERA ed ha attribuito la competenza funzionale al TAR Lombardia; la Corte costituzionale ha affermato che la discrezionalità attribuita al legislatore di derogare al modello della competenza non si pone in contrasto né con il principio di ragionevolezza laddove siano giustificate da ragioni di concentrazione ed unitarietà, né con il principio di naturale costituzione del giudice di cui all'art. 25 Cost., in quanto la deroga non incide sulla disciplina generale, ma sostituisce la vecchia norma con un nuovo ordinamento, designando, così, un nuovo giudice naturale: vedi M. CORRADINO, a cura di, *Come si scrive la sentenza amministrativa*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 33; si veda Corte Cost. 26 giugno 2007 n. 237.

⁶⁴ A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI, A. PAJINO, a cura di, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, op. cit.

⁶⁵ L'attività delle Autorità indipendenti si svolge non solo in attuazione del diritto dell'Unione europea, ma lo stesso riconoscimento delle Autorità nell'ordinamento si può considerare in attuazione del riconoscimento dell'Italia da parte delle organizzazioni internazionali.

⁶⁶ F. LIGUORI, *La giustizia innanzi all'AEEG*, in (a cura di), G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, Vol. II, 2012, Napoli, Editoriale Scientifica; S. BALZANO, *Funzioni giustiziali dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas nel settore della produzione energetica da fonti rinnovabili*, Ivi.

⁶⁷ Si veda L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, op. cit.

⁶⁸ Parere dell'Ufficio Studi e massimario della giustizia amministrativa su Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale, 2017, «Il problema si è allora spostato sull'individuazione di eventuali limiti nell'esercizio del sindacato sull'analisi economica e sulle valutazioni tecniche. La tesi di un sindacato di tipo "debole", nel senso che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità, è stata da tempo superata dalla giurisprudenza amministrativa, che ha definito il sindacato "forte, pieno ed effettivo", ponendo l'attenzione unicamente sulla ricerca di "un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità indipendente sia stato correttamente esercitato".

Così, ad esempio, la giurisprudenza afferma che, «*pur non potendo il giudice sostituirsi all'amministrazione in ciò che è ad essa riservato*» nel valutare le Decisioni assunte in sede giustiziale, il sindacato giurisdizionale «*non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale⁷⁰, ma deve estendersi, invece, all'esatta rappresentazione dei fatti, all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio - costituzionale e comunitario - di effettività della tutela giurisdizionale*»⁷¹.

Il giudice amministrativo ritiene che l'esercizio della discrezionalità esercitata dall'Autorità debba essere «*verificabile*» nel giudizio di legittimità, sotto «*i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario*». A parere della giurisprudenza i provvedimenti siano censurabili quando «*risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte*»⁷².

Il Consiglio di Stato ha sancito un orientamento “forte” rispetto ai provvedimenti delle Autorità indipendenti e, nel merito, ha esercitato un sindacato pieno nel sostituirsi alle valutazioni effettuate dall'Autorità⁷³. In una lettura costituzionale della funzione giustiziale non è secondario evidenziare come anche la giurisprudenza affermi che sussistono dei limiti al sindacato del giudice amministrativo rispetto alle valutazioni dell'amministrazione sulle decisioni “tecniche” e dunque un limite alla valutazione nel merito delle decisioni assunte in sede giustiziale⁷⁴.

Il giudice amministrativo non può sostituirsi alle valutazioni dell'Autorità indipendente in sede giustiziale quando questa si è mantenuta all'interno dei propri confini di competenza⁷⁵. Il rapporto tra la valutazione dell'Autorità indipendente e il giudice amministrativo è tracciato da un cammino dove il giudice non può andare oltre le competenze che gli sono attribuite⁷⁶.

In quest'ottica, secondo il Consiglio di Stato, il principio del sindacato giurisdizionale pieno (e non meramente estrinseco-formale) può avere implicazioni anche a favore dell'Autorità, nella misura in cui impone di distinguere la difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) dall'irragionevolezza o dall'inadeguatezza motivazionale⁷⁷.

⁶⁹ Il Consiglio di Stato nella Sentenza Sez. VI, 12 ottobre 2011, n. 5519 ha ritenuto che il sindacato giurisdizionale si possa esercitare anche mediante la verifica rispetto alle valutazioni tecniche che sono state compiute dall'Amministrazione. Il caso attiene ad una Decisione dell'Autorità in cui questa ha effettuato una valutazione di merito. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che sussista una ragionevolezza delle valutazioni effettuate dall'Autorità. Secondo il Giudice amministrativo l'Autorità non ha commesso degli errori nelle valutazioni tecniche che sono state poste a fondamento della delibera.

⁷⁰ Secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria.

⁷¹ Tra le altre, nella sentenza Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888.

⁷² Si veda in tal senso Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2722, 10 dicembre 2014, n. 6050; 6 maggio 2014, n. 2302; si veda altresì Cass., SS.UU., 14 maggio 2014, n. 10411.

⁷³ Si veda sentenza sez. VI, 9 agosto 2016.

⁷⁴ Da ultimo è opportuno segnalare anche i limiti alla valutazione a tutela della discrezionalità della P.A. Infatti, la Corte di Cassazione in alcune note pronunce ha posto dei limiti affermando che «non è consentito al Consiglio di Stato un controllo c.d. di tipo “forte” sulle valutazioni tecniche opinabili, *id est* l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza». Cass. Civ., Sez. Un., 17 marzo 2008, n. 7063; seguita da Cass. Civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014 n. 1013.

⁷⁵ Cass. Civ. Sez. Unite, 1 febbraio 2016, n. 1836.

⁷⁶ Lo spettro di competenza è quello della valutazione del rispetto, da parte dell'Autorità, della legge e della regolazione. Diversamente il rischio è quello di effettuare una valutazione che è attribuita, per legge, all'Autorità indipendente (Cons. Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e VI, 30 giugno 2016, n. 2947). Sul punto, senza dilungarsi, si segnala che sussiste un ampio dibattito oltre che una giurisprudenza della Corte CEDU sulla compatibilità dell'attività svolta dalle Autorità indipendenti nella loro funzione di ADR rispetto alla Carta europea dei diritti dell'uomo. Questa giurisprudenza non riconosce oggi alcun ambito di attività “riservato” all'Autorità indipendente e non sindacabile in modo effettivo dal giudice. Il solo ambito che è riservato all'Autorità attiene all'esercizio dei poteri che gli sono attribuiti ed il compito del Giudice è quello di valutarne la correttezza.

⁷⁷ Sentenza Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165.

Nel supportare le decisioni giustiziali di ARERA il giudice amministrativo ha statuito che la complessità tecnica delle valutazioni che precedono le scelte regolatorie dell'Autorità spesso non rendono immediatamente percepibile, specie se guardato con gli occhi del "profano", l'iter logico-motivazionale che sorregge la "regola" o il "parametro" introdotto dall'Autorità. Tuttavia, questo non può essere utilizzato come elemento a fondamento dell'eventuale annullamento della decisione giustiziale.+

Il Consiglio di Stato ha stabilito che non è corretta la scelta del T.A.R. allorché definisce inadeguata la motivazione della decisione giustiziale non immediatamente intelligibile, sovrapponendo così il piano della complessità tecnica con quello della carenza motivazionale. Il giudice non può sostituirsi al regolatore ritenendo «più ragionevole» la soluzione prospettata dalla ricorrente rispetto a quella individuata dall'Autorità, senza farsi carico di giustificare sul piano tecnico-specialistico le ragioni di tale asserita maggiore ragionevolezza. Secondo quest'interpretazione la giurisprudenza ha tracciato una linea di confine tra la funzione giustiziale e quella giurisdizionale, ponendo un confine non superabile.

Un tema di particolare rilievo si pone rispetto all'eventuale sovrapposizione di una controversia dinanzi al giudice e di fronte all'Autorità in funzione giustiziale. La regolazione dell'Autorità ha espressamente previsto che il reclamo deve essere archiviato nel caso in cui, per la fattispecie oggetto dell'istanza, «sia stato presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria»⁷⁸. Dunque, è espressamente prevista la cedevolezza della competenza a decidere del reclamo quando la medesima questione è oggetto di decisione dinanzi a un giudice amministrativo o civile.

Dalla lettura della regolazione emerge che l'identità di fattispecie, cui si riferisce la norma, non possa essere ristretta alla nozione di litispendenza e che tale identità sia riscontrabile, conseguentemente, in ipotesi ulteriori rispetto a quelle di coincidenza di *petitum* e di *causa petendi* tra le controversie pendenti in sede civile e in sede giustiziale⁷⁹.

La giurisprudenza amministrativa ha effettuato un'interpretazione approfondita della regolazione fondata, tra l'altro, sull'analisi - rilevante nelle considerazioni del presente contributo - che se il legislatore e poi il regolatore avessero voluto dare un'interpretazione più restrittiva all'esclusione lo avrebbero fatto. La previsione normativa «non solo non utilizza il termine "litispendenza", ma non evoca neppure la nozione di controversia».

Al fine di uno stretto rispetto della Costituzione (nella specie, art. 24 Cost.) la legislazione e la successiva regolazione dell'Autorità indipendente devono essere lette nell'accezione per cui il procedimento giustiziale non può proseguire, quando l'oggetto della questione è parallelamente oggetto di controversia dinanzi a un giudice. Ora, ciò non deve avvenire solo quando sussista un'identità delle controversie e solo in presenza di una perfetta coincidenza di entrambi gli elementi atti a identificare queste ultime. Non a caso la regolazione utilizza il termine «fattispecie» e questo «non solo non costituisce un sinonimo di "controversia", ma presenta, sul piano lessicale, una valenza del tutto diversa. La "fattispecie" è l'insieme dei fatti giuridicamente rilevanti ai fini dell'applicazione di una disciplina normativa, ed è quindi una nozione che appare in certa misura contigua rispetto a quella di *causa petendi*, ma che, altrettanto certamente, non evoca l'oggetto della tutela richiesta, ossia il *petitum*»⁸⁰.

Tuttavia, il confine è sottile e d'altra parte il rischio è quello di far arenare la funzione giustiziale se quest'interpretazione fosse, di contro, eccessivamente ampia. Su questo punto è ancora il Giudice amministrativo che ha individuato una chiave di lettura assai utile.

La giustizia amministrativa ha ritenuto che l'Autorità sia legittimata a non archiviare il reclamo quando sussiste la necessità di effettuare una verifica del "fatto".

⁷⁸ Articolo 3, co. 9, sancisce dalla Delibera 188/2012/E/COM.

⁷⁹ Si veda sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza 20 giugno 2019, n. 422.

⁸⁰ T.A.R. Lombardia, Sez. II, Sentenza, 20 gennaio 2017, n. 36.

La prospettazione di una fattispecie giuridica simile, anche se pendente dinanzi ad un giudice, non rileva ai fini della regolazione se la questione da interpretare è differente e quindi sussiste un'incertezza del fatto "concreto".

Un altro tema oggetto di interpretazione da parte del giudice amministrativo e che tocca con decisione le corde del diritto costituzionale è quello che attiene al diritto alla difesa e al contraddittorio⁸¹. Nel caso dell'ARERA il giudice amministrativo ha censurato - in modo risoluto e nonostante discutibili prospettazioni della difesa erariale - i casi in cui l'Autorità assuma una decisione in violazione del diritto di difesa ed ha sottolineato che «il carattere di rimedio alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale, destinato a sfociare nell'adozione di determinazioni vincolanti per le parti, comporta la necessità di assicurare, nel relativo procedimento, il rigoroso rispetto del diritto alla difesa e del contraddittorio»⁸².

Un altro profilo attiene ai limiti entro cui deve operare la funzione giustiziale. Appare evidente che il legislatore non ha inteso attribuire all'Autorità un potere ad ampio spettro, con la possibilità di assumere decisioni in ordine alla risoluzione di qualsivoglia controversia in relazione al settore regolato dall'Autorità; diversamente la legislazione ha circoscritto gli ambiti entro cui si può pronunciare l'Arera. Da ciò discende che l'Autorità non si può esprimere rispetto a qualsiasi controversia che riguarda operatori del settore regolato e nel caso in cui lo facesse violerebbe quanto previsto dalla legislazione.

Inoltre, l'Autorità non può, in sede giustiziale, assumere decisioni che hanno delle conseguenze su soggetti che non possono essere parti del procedimento di reclamo. La funzione giustiziale si riferisce ai soggetti che possono essere ritenuti operatori o gestori, con la conseguenza che non possono adottarsi provvedimenti concernenti soggetti terzi che non sono tra le figure professionali indicate dalla normativa e dalla regolazione⁸³. Qualora un soggetto terzo dovesse essere parte del procedimento non può essere il destinatario di una decisione in quanto la normativa non contempla questa ipotesi e l'eventuale provvedimento sarebbe adottato in assenza di un riferimento normativo⁸⁴.

Un altro limite alla valutazione della funzione giustiziale è rappresentato dagli accordi sottoscritti tra le parti. In questo caso, la sovrapposizione tra pattuizioni di diritto privato e valutazioni fondate sulla regolazione impongono all'Autorità di tenere in debita considerazione gli accordi e di valutarli come rilevanti ai fini della decisione stessa. L'Autorità, in sede giustiziale, non ha il potere di disapplicare gli accordi *inter partes*, perché questa competenza esorbita dalle funzioni sulla risoluzione delle procedure di reclamo. D'altra parte, gli aspetti che non sono occupati dalla regolazione sono a disposizione dell'autonomia contrattuale (art. 1322 cc.); di conseguenza in tale spazio è precluso un intervento regolatore di un qualsivoglia organismo indipendente⁸⁵.

⁸¹ Sul punto si veda l'ordinanza della Cassazione Sez. Unite 18 gennaio 2019 n.3 in merito all'attività giustiziale svolta dalle Autorità indipendenti.

⁸² Il riferimento è a T.A.R. Lombardia, Sez. II, Sentenza 20 giugno 2017, n. 1372. Nella vicenda in esame, la difesa erariale aveva sostenuto che la natura «non giurisdizionale della procedura di reclamo» comportasse la non estendibilità al rimedio giustiziale di principi propri del processo, come quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Tale lettura è stata in modo condivisibile censurata dal Collegio.

⁸³ TAR Lombardia, Sez. II, Sentenza 14 giugno 2019, n. 1377.

⁸⁴ T.A.R. Lombardia, Sez. II, Sentenza 14 giugno 2019, n. 1377 Delibera 61/2018/e/EEL; Consiglio di Stato, Sez. VI, Sentenza 25 luglio 2020, n. 5262, Sentenza T.A.R. Milano, 20 giugno 2017, n. 1372. In un'altra recente sentenza il T.A.R. è intervenuto per censurare una decisione dell'Autorità (TAR Lombardia, Sez. II, Sentenza 7 giugno 2019, n. 1292) ritenendo come l'Autorità nell'assumere la decisione sul reclamo che gli era stato presentato è andata oltre i limiti delle parti che possono essere ammesse dinanzi al procedimento giustiziale. Secondo il giudice amministrativo l'Autorità non ha tenuto conto dei limiti della disciplina per la trattazione dei reclami presentati da operatori contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema gnl o di distribuzione. Il T.A.R. ha annullato la decisione di Arera censurando la scelta di adottare una decisione nei confronti di una società (Banca factoring S.p.A) che è priva di base normativa, perché è rivolta ad un soggetto che non può essere parte del procedimento di reclamo.

D'altra parte, l'eventuale imposizione di una prestazione personale esige una previsione legislativa, in ossequio ai principi fondamentali sanciti dalla Costituzione e dalle fonti del diritto internazionale e dell'Unione europea (artt. 6 e 7 e art. 1, prot. n. 1, CEDU; art. 49 Carta di Nizza, artt. 23, 25, 97, Cost.)⁸⁶.

Si comprende che si tratta di corollari diretti del principio di legalità *e del connesso canone di tipicità del provvedimento amministrativo*» cui soggiace pure l'Autorità⁸⁷. Invero, i poteri giustiziali attribuiti dalla legge all'Autorità non permettono una lettura di tipo "finalistico", ma necessitano di provvedimenti puntuali a seguito del procedimento adottato dalla specifica regolazione dell'Autorità. Di contro, le Autorità indipendenti non possono adottare decisioni che non siano fondate su un potere espressamente sancito dalla legge, argomentando il proprio provvedimento su una generica esigenza di risultato.

Le Autorità indipendenti devono, dunque, assumere le proprie decisioni fondandole su uno stretto principio di legalità non potendo, di contro, utilizzare un'eventuale teoria dei poteri impliciti a fondamento delle decisioni giustiziali assunte⁸⁸. L'eventuale "tentazione" delle Autorità indipendenti di assumere una decisione, utilizzando il criterio equitativo, in assenza di una specifica regolazione giuridica, impone uno stretto controllo da parte del giudice amministrativo, poiché ciò confligge con il principio di legalità che *«deve informare l'esercizio di poteri giustiziali da parte delle Autorità amministrative indipendenti»*⁸⁹.

Altro profilo strettamente collegato ai sopra richiamati principi attiene al rispetto, nelle decisioni giustiziali, dell'obbligo di motivazione tanto in senso formale, quanto in senso sostanziale. Non v'è dubbio, infatti, che le scelte regolatorie «se guardate solo "con gli occhi del profano" possono risultare di difficile comprensione e proprio in ragione di questa scarsa intelligibilità e possono apparire non supportate da un adeguato supporto motivazionale, volto ad esplicitare il percorso logico argomentativo che ne ha preceduto l'adozione»⁹⁰. Ne consegue che in sede di applicazione del precetto regolatorio a fini giustiziali, l'Autorità deve essere particolarmente rigorosa nel motivare i provvedimenti assunti, anche per colmare la difficoltà, per così dire, di comprensione "a monte" da parte dei destinatari ultimi della decisione; pena, ovviamente, il sindacato caducatorio da parte del g.a.

3. Le prospettive della funzione giustiziale nel quadro costituzionale.

⁸⁵ T.A.R. Lombardia, SEZ. II, Sentenza 3 maggio 2018 n. 1194, Deliberazione 16 luglio 2015 n. 343/2015/E/EEL; Nella sentenza del T.A.R. i giudici hanno ritenuto errata la decisione dell'Autorità in quanto questa si è «spinta a confutare e a superare la portata giuridica dell'accordo intervenuto tra Enel ed il produttore, senza essere stata investita (del resto nemmeno poteva esserlo) dell'accertamento – nemmeno in via incidentale – di un qualche vizio dello stesso che potesse limitarne la sua intrinseca efficacia. L'Autorità, invero, non ha il potere di disapplicare (annullare o superare) gli accordi *inter partes*, perché un compito di tal fatta esorbita chiaramente dai compiti e dalle funzioni connesse alla risoluzione delle procedure di reclamo».

⁸⁶ T.A.R. Lombardia, SEZ. I, Sentenza 14 giugno 2019, n. 1376 Delibera 62/2108/E/EEL. Il giudice amministrativo nella richiamata sentenza cita altresì la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte Suprema ha precisato che tale facoltà sanzionatoria può essere esplicitata qualora sia prevista da *«qualche norma di legge che chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali»* Cass. SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601.

⁸⁷ Sentenza T.A.R. Lombardia, 1 giugno 2018 n. 1004.

⁸⁸ T.A.R. Lombardia, 8 ottobre 2018, n. 2226.

⁸⁹ In conclusione, il T.A.R. censura con fermezza la decisione dell'Autorità in quanto il *«criterio equitativo diviene, in questo caso, non un meccanismo di specificazione dell'ordinamento in ragione di un'assenza di regolazione giuridica ma il veicolo attraverso cui, indebitamente, l'Autorità conferisce a sé un potere che l'ordinamento stesso non prevede»*. Gli stessi Giudici amministrativi nella Sentenza T.A.R. Lombardia, 8 ottobre 2018, n. 2226 riferiscono dell'orientamento della Corte costituzionale, la quale ha affermato che è in contrasto con la Costituzione ed in particolare degli articoli 24 e 101, co. 2, Cost. l'adozione di provvedimenti che vengano interpretati come equitativi nell'accezione di "alternativi alla legge" Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 2016.

⁹⁰ Cfr. *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti*, Paper, Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato.

Le considerazioni svolte permettono di affermare che la funzione giustiziale, esercitata dalle Autorità indipendenti, può avere un ruolo rilevante, anche in chiave deflattiva, per la rapida risoluzione di controversie dall'elevato carattere tecnico e regolate, anche solo in parte, dalla disciplina delle stesse Autorità⁹¹.

La scelta di affidare alle Autorità indipendenti la competenza di poter decidere della risoluzione alternativa di talune controversie, su materie in parte regolate dalle stesse Autorità, permetterebbe un ampliamento della capacità di risposta alle esigenze di giustizia che non possono tutte trovare rapida risoluzione nel giudice ordinario o amministrativo. Una scelta di questo tipo dovrebbe passare per una preferenza puntuale da parte del legislatore così com'è avvenuto con l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione rispetto all'instaurarsi di un contenzioso⁹².

Una scelta di questo tipo implicherebbe, di certo, per il legislatore, di prevedere ulteriori e diverse forme di attribuzioni e competenze nella regolazione alle Autorità indipendenti. L'obiettivo è di fornire un'opportunità ulteriore, capace di permettere una decisione del reclamo secondo un procedimento caratterizzato da velocità e gratuità, nel pieno rispetto dei principi dell'ordinamento.⁹³ Se da una parte le attività già svolte dalle Autorità indipendenti dimostrano un efficace utilizzo di questi strumenti, come alternative alla risoluzione delle controversie, dall'altra però bisogna considerare che non esiste nel nostro ordinamento una legislazione organica che prenda le mosse dalla consapevolezza del ruolo che potrebbero svolgere le Autorità attraverso questi strumenti.

La risoluzione alternativa delle controversie da parte delle Autorità indipendenti non deve né essere letta come una duplicazione della risoluzione giurisdizionale né, tantomeno, essere applicata come alternativa a questa, poiché ciò comporterebbe una violazione dei principi costituzionali in materia. La chiave interpretativa è piuttosto quella dell'attuazione di uno strumento complementare alla tutela giurisdizionale e che si colloca nel percorso di integrazione eurounitaria nel pieno rispetto dei principi costituzionali⁹⁴.

⁹¹ La possibilità che le Autorità indipendenti, già presenti nel nostro ordinamento, possano avviare o incrementare la propria attività giustiziale rappresenta un'ulteriore alternativa rispetto a tentativi di riforma dell'ordinamento che non hanno, fino ad adesso, prodotto i risultati sperati. Se guardiamo ad altri ordinamenti, il tema della funzione giustiziale o dell'assunzione di decisioni da parte dell'Autorità amministrativa è oggetto di studio e di applicazione da tempo così come la ricerca di metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione.

sul punto si veda M.C. PANGALLOZZI, *Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i «nuovi» administrative tribunals*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 2, 2016, pp. 453 ss.; L. PERONA, *L'appel nelle agenzie federali statunitensi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 6, 2016, pag. 1719 ss.; M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 3, 2015, pp. 919-1010. Sul ruolo ADR si veda, S. SIMONE, *Le procedure ADR nelle Autorità indipendenti, Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, I paper dell'Osservatorio, n. 3, 2016. Sull'utilizzo della funzione giustiziale come alternativa a quella giurisdizionale si legga il capitolo *«I fallimenti del processo giurisdizionale»*, in S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁹² Si veda il Decreto-legge 21 giugno 2013 n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013 n. 98; il legislatore ha introdotto una previsione di mediazione obbligatoria che viene prevista dal giudice nel corso del procedimento giurisdizionale. Si tratta peraltro di una tendenza rilevabile in numerosi ambiti e settori, che è stata definita come una sorta di "fuga" dal processo o persino dal diritto (M. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 371 ss.). Il tema ha anche riguardato la giustizia riparativa, su cui v. E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 182-210, secondo la quale tale sviluppo sarebbe da ricondurre al tentativo di trovare vie di fuga alle disfunzioni della giustizia tradizionale. Da notare come il tema sarà di certo oggetto di rapidi sviluppi in ambito penale, per l'imminente attuazione della c.d. Riforma Cartabia (l. 134/2021). Specificamente sulla conciliazione, P. BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, EGEA, 2001; I. BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, Giuffrè, 2003; M. DI ROCCO, A. SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁹³ Sulla crisi del monopolio della giurisdizione dello Stato con riferimento ad alcuni esempi concreti e alle possibili prospettive future, si veda G. VERDE, *Monopolio dello stato in tema di giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, fasc. 2 pp. 371 ss.

Nel caso preso in esame della funzione giustiziale dell'ARERA la netta maggioranza delle decisioni assunte non è successivamente oggetto di controversie dinanzi alla giustizia civile o amministrativa e che le parti adempiono a quanto stabilito, senza la necessità di ricorrere ad ulteriori procedimenti giurisdizionali.

Al fine di garantire un'attività coordinata ed efficace è auspicabile l'adozione di una legislazione che, prendendo spunto dall'impianto legislativo europeo, disciplini ed estenda la funzione giustiziale all'interno di un perimetro di conformità al dettato costituzionale, di cui è possibile individuare già alcuni elementi.

Anzitutto l'organo che assume la decisione deve garantire l'imparzialità tra le parti e deve essere tutelato rispetto ai possibili condizionamenti del proprio operato⁹⁵. La competenza tecnica deve essere letta in una duplice veste, da una parte in attuazione del principio del buon andamento della Pubblica amministrazione; dall'altra, di garanzia per le parti a tutela dei diritti e interessi legittimi. Da ciò deriva/discende la necessità che si realizzi una netta distinzione tra l'attività svolta dall'Autorità in sede regolatoria e quella in sede giustiziale. Questa distinzione non può essere ritenuta secondaria, in quanto è necessaria al fine di garantire un corretto adempimento del principio di terzietà, che l'Autorità deve assicurare nei confronti di coloro i quali utilizzano la funzione giustiziale per la risoluzione delle controversie.

Rispetto alle possibili perplessità sul fatto che il ruolo della funzione giustiziale possa andare oltre quanto previsto dai limiti costituzionali bisogna considerare che tutti i provvedimenti assunti, anche in sede giustiziale, sono sempre impugnabili dinanzi al Giudice amministrativo, competente per materia⁹⁶. L'attività di controllo è finalizzata, del resto, a verificare lo stretto rispetto dei principi sopra ricordati, in primo luogo, della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Questo elemento, peculiare della funzione giurisdizionale, si ritrova anche nell'esercizio della funzione giustiziale in cui deve sussistere quel rapporto tra le richieste avanzate dalle parti e la decisione assunta⁹⁷. Se così non fosse si correrebbe il rischio di sovrapporre la funzione giustiziale con quella regolatoria o sanzionatoria, che è anch'essa propria delle Autorità indipendenti, ma da esse è indispensabile che rimanga distinta. Se l'Autorità nella propria decisione avesse la possibilità di esercitare altre funzioni che le sono proprie, quale quella sanzionatoria, si avrebbe una distorsione del *rapporto di affidamento* nella risoluzione della controversia che è a fondamento del nostro ordinamento.

⁹⁴ M. CALABRÒ, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, in (a cura di), P. TANDA, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Atti del Convegno di Roma 9 ottobre 2014, Giappichelli, Torino, 2015, p. 84. A sostegno, ancora, della tesi per cui l'attività di risoluzione dinanzi alle Autorità è un metodo valido sia in un'ottica deflattiva, sia per un maggiore grado di approfondimento, si consideri che nel contenzioso che ha ad oggetto elementi di elevata complessità tecnica si assiste ad un elevato ricorso all'utilizzo delle consulenze tecniche d'ufficio, che tuttavia non possono sempre essere considerate come uno strumento utile, perché non garantiscono sempre una risposta esaustiva alla complessità delle questioni trattate. Sul punto si pone altresì la questione che l'utilizzo delle consulenze tecniche di parte rappresenta uno strumento, soprattutto nei casi più complessi, di sproporzione processuale, in quanto la parte con maggiori capacità economiche potrà produrre un maggiore sostegno alla propria tesi. In questa prospettiva, la funzione giustiziale garantisce all'operatore una tutela con minori spese e garantita da un'imparzialità tecnica fornita dall'Autorità indipendente. Sull'ampia tutela giurisdizionale nei confronti delle decisioni assunte, anche in sede giustiziale, dalle Autorità indipendenti, si veda M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2019.

⁹⁵ Sul punto si vedano le considerazioni di A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2018.

⁹⁶ Sull'assetto delle giurisdizioni è intervenuta la Corte costituzionale (sentenze 5 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191). Come è noto, la Corte ha censurato l'adozione, da parte del legislatore ordinario del 1998-2000, «di un'idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse», laddove «è evidente che il vigente art. 103, primo comma, Cost., non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi».

⁹⁷ Regolamento ARERA, Delibera 18 maggio 2012, 188/2012/E/com.

Per questo motivo il legislatore, nel rispetto dei limiti dell'esercizio della propria discrezionalità, può individuare modalità alternative a quella giudiziale nella risoluzione delle controversie, ma «è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse»⁹⁸.

3.1 Le Autorità indipendenti come *giudici a quibus* nell'esercizio della funzione giustiziale. Notazioni conclusive.

Un breve cenno merita, infine, l'ipotesi di riconoscere all'ARERA legittimazione a sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale⁹⁹. È pur vero, infatti, che l'Autorità si trova a decidere controversie tra operatori e gestori con riferimento all'applicazione della regolazione, ma non è inusuale che la Decisione dell'Autorità si debba fondare anche su leggi o atti aventi forza di legge, dall'applicazione dei quali possano scaturire dubbi di legittimità costituzionale.

Di recente la Corte¹⁰⁰ ha affrontato tale profilo con riguardo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in sigla, AGCM)¹⁰¹. La tesi sostenuta in giudizio dall'AGCM è stata quella di ritenere di poter sollevare una questione di costituzionalità in via incidentale nell'ambito del procedimento sanzionatorio affidato alla propria competenza, in quanto soggetto istituzionalmente chiamato a dirimere una controversia, attraverso l'applicazione obiettiva della legge, in posizione di indipendenza e terzietà.

Come noto, la Corte si è mostrata di contrario avviso. Segnatamente, il giudice delle leggi, nel dichiarare l'inammissibilità della questione, ha sottolineato, *inter alia*, che la potenziale veste di "parte" in un contenzioso amministrativo avente ad oggetto i provvedimenti assunti dall'Autorità stessa implica il difetto proprio dell'indispensabile requisito della terzietà, che deve assistere il *giudice a quo*, seppure "ai limitati fini" della proponibilità della questione di legittimità costituzionale.

Sebbene tale decisione sembri contenere «un generale caveat a tutte le autorità indipendenti a non rimettere per nessuna delle funzioni di garanzia contenziosa a loro assegnata una questione di legittimità costituzionale»¹⁰², nella prospettiva qui ipotizzata, si ritiene di poter avanzare l'ipotesi di studio per un diverso percorso argomentativo. La Corte ha fatto prevalere un orientamento più restrittivo sulla qualificazione del giudice *a quo*¹⁰³. Il Giudice delle leggi non ha mancato di assumere decisioni in senso differente, con orientamenti diversificati rispetto alla qualificazione del giudice *a quo*¹⁰⁴. Un esempio, in senso contrario, è rappresentato dalla giurisprudenza della Consulta che ha già da tempo riconosciuto che un Collegio arbitrale può sollevare la questione di legittimità costituzionale¹⁰⁵.

⁹⁸ Sentenza Corte cost. 16 luglio 2013 n. 223.

⁹⁹ Un altro tema di interesse e di studio è se gli atti regolatori delle Autorità potrebbero essere ritenuti oggetto di valutazione da parte della Corte in un'interpretazione sugli atti di rango primario delle Autorità indipendenti, sul punto si veda G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, op. cit., in particolare p. 299 ss.

¹⁰⁰ Sentenza 31 gennaio 2019, n. 13.

¹⁰¹ E. VERDOLINI, *La legittimazione dell'Autorità antitrust come giudice a quo: quale identità giuridica per l'A.g.c.m.?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 novembre 2018.

¹⁰² A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in *Federalismi*, n. 13, 2019, p. 2 ss.

¹⁰³ Per una lettura della sentenza della Corte in chiave di ricostruzione della giurisprudenza della Corte sulla qualificazione del giudice *a quo* si veda M. CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019*, n. 13 in *Federalismi*, 14, 2019, pp. 2 ss.

¹⁰⁴ M. TROISI, *Incidentalità e giudici a quibus*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2020, p. 180 ss.

¹⁰⁵ Corte cost. 6 novembre 2001, n. 376.

Nondimeno, come riconosce la Corte nella citata sentenza, è possibile sollevare una questione di costituzionalità allorché «sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge” da parte di soggetti, “pure estranei all’organizzazione della giurisdizione”, “posti in posizione *super partes*”»¹⁰⁶.

Ed infatti, nella citata sentenza, la Corte ha escluso la legittimazione dell’Autorità a proporre incidente di costituzionalità sulla base dell’assunto che nessun giudice potrebbe essere considerato «*super partes quando appare portatore di uno degli interessi in conflitto dal momento che la censura investe proprio il provvedimento da lui emesso*». Giova evidenziare, tuttavia, che l’assunto della Corte ha riguardato il promovimento della questione nell’ambito di un procedimento sanzionatorio, che deve essere – come già sopra osservato – tenuto distinto dai procedimenti *stricto sensu* giustiziali. In tal senso, potrebbe così ipotizzarsi una riflessione volta a indagare al microscopio la funzione giustiziale al fine di «*individuare spazi, al contempo, di possibile contatto e distinzione tra amministrazione “indipendente” e giurisdizione*»¹⁰⁷.

Orbene, in quest’ottica, non può trascurarsi che le Autorità amministrative indipendenti siano diverse tra loro non solo per funzioni ma anche per composizione e funzionamento interno. Inoltre, in quest’ultima ottica, bisogna distinguere in modo netto l’attività svolta dalle Autorità nell’esercizio della funzione di regolazione da quella sanzionatoria e infine dall’esercizio della funzione giustiziale. Ed è proprio con riguardo a tale ultimo ambito, laddove ricondotto alla sua dimensione di “giustizia” resa da un’Autorità nel rispetto del *lessico costituzionale della giurisdizione*, che potrebbe forse giungersi ad un ribaltamento (o, quanto meno, ad una mitigazione) della posizione di chiusura assunta dalla Corte costituzionale. Peraltro, le motivazioni addotte dal giudice delle leggi nella citata sentenza potrebbero fungere da pungolo per il legislatore, affinché promuova un’azione di rinnovamento della disciplina della funzione giustiziale delle Autorità, ispirata al concreto invero dei più volte richiamati principi costituzionali irrinunciabili in materia di giurisdizione¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Le argomentazioni della Corte nella citata sentenza si riferiscono all’AGCM nella sua funzione sanzionatoria. Difatti, la sentenza 13 del 2019 si è soffermata sulla mancanza condizione di terzietà dell’AGCM perché questa potrebbe essere parte del processo amministrativo. E. VERDOLINI, *L’Autorità antitrust non può accedere al giudizio costituzionale: natura amministrativa e funzione di garanzia dell’AGCM nella sentenza 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2, 2020, p. 219 ss.

¹⁰⁷ A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull’Agcm: alcune considerazioni*, op.cit.

¹⁰⁸ Sui requisiti richiesti della Corte, M.C. MARZOCCA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle Autorità indipendenti come giudice a quo*, *Rivista AIC*, n. 1, 2020, pp. 200 ss. Sulla possibilità che le Autorità possano integrare i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte «*ai limitati fini dell’art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953*» si veda, G. MAZZANTINI, M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell’Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea* in, *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2, 2018, 26 giugno 2018, pp. 1 ss. S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, op. cit.