

L'ATTIVITÀ SANZIONATORIA DELL'ARERA: PROFILI ORDINAMENTALI E QUADRO GIURISPRUDENZIALE.

Elsa Pennetti

Abstract: obiettivo del presente lavoro è illustrare il sistema sanzionatorio dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, esaminato nelle sue correlazioni con l'attività di regolazione e in generale di prescrizione e dall'altro nel quadro dei principi generali dettati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte EDU, formatasi con riferimento all'attività sanzionatoria strettamente intesa nell'ambito della quale talune sanzioni formalmente amministrative si rivelano poi nella sostanza di natura penale.

The purpose of this work is to analyse the sanctioning system of the Italian National Regulatory Authority, ('NRA'), Autorità di regolazione per energia reti e ambiente ('ARERA') through an exam of its correlation with the regulatory activity and within the framework of the general principles established by the case-law of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. The jurisprudence of these Courts has been formed referring to the sanctioning activity in the strict sense, in which some formally administrative penalties turned out to be of a criminal nature.

SOMMARIO: **1.** L'ARERA autorità indipendente: genesi, potestà e compiti **2.** Una classificazione dei provvedimenti dell'Autorità **3.** La natura giuridica delle sanzioni dell'ARERA e i principi generali applicabili alla luce degli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte Costituzionale **4.** Alcune tipologie di sanzioni irrogate dall'ARERA e correlati profili problematici esaminati dalla giurisprudenza amministrativa.

1. L'ARERA quale autorità indipendente: genesi, potestà e compiti.

L'istituzione delle Autorità Amministrative Indipendenti (da qui in poi A.A.I.), nel nostro Paese, rappresenta una manifestazione della crisi e della fuga dall'amministrazione centrale di tipo tradizionale: la diffusione di organismi caratterizzati dall'indipendenza dal circuito politico-rappresentativo e dall'equidistanza rispetto agli interessi privati¹ ha permesso all'Italia di adeguarsi ad

¹ Per questa definizione v. già Consiglio di Stato, sentenza n. 1397/2004; per la dottrina v. M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Torino, 2021, p. 178.

esigenze di garanzia e modernizzazione. Nonostante tale tratto unificante, il variegato mondo delle *Authorities* è stato paragonato ad un arcipelago, proprio per dare l'idea di quanto esse differiscano fra loro per ambito di attività, ampiezza di poteri, tipologia di funzioni e "tasso" di indipendenza².

Si è soliti distinguere le A.A.I. in trasversali e di settore: le prime sono dotate di competenze non limitate a singoli comparti e sono pertanto dotate di un ambito di operatività generale (basti pensare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato); le seconde, invece, sono preposte a specifici settori economici.³ Una sottospecie di queste ultime è rappresentata dalle Autorità preposte alla regolazione dei servizi pubblici quali l'AGCOM (Autorità Garante per le Comunicazioni), l'ART (Autorità di regolazione dei trasporti) e l'ARERA (Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente), le quali condividono caratteri sufficientemente omogenei⁴. L'origine delle citate autorità è legata ai processi di liberalizzazione dei servizi nazionali di pubblica utilità e la loro disciplina si ritrova essenzialmente contenuta nella legge quadro n. 481 del 1995⁵.

2 Le esigenze di garanzia e modernizzazione nascono con la riduzione della presenza pubblica nell'economia e col conseguente processo di privatizzazione dei settori economici in mano pubblica. È a questo punto che nel settore dei servizi pubblici, ormai non più gestiti solo dalla P.A., si è avvertita l'esigenza di creare delle autorità che fossero indipendenti sia dal potere politico e sia da quello economico, le quali sorvegliassero il mercato, garantendo, in virtù della loro indipendenza, la sua corretta gestione. Le Autorità amministrative indipendenti rappresentano un particolare modello di organizzazione amministrativa caratterizzato dalla loro sottrazione all'indirizzo politico di governo e dall'elevata competenza tecnica dei loro membri: ambedue caratteri funzionali allo svolgimento dei compiti di garanzia e di regolazione che le Autorità sono chiamate a svolgere in base alle rispettive leggi istitutive (cfr. R. ROLLI, A. TAGLIALATELA, *La legittimazione costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in www.giustamm.it, n. 2/2020, p. 2. Cfr. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 99-110; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005. Sui "poteri neutrali" nel quadro del mutato rapporto Stato- economia cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994. Invece, sulla distinzione tra i poteri delle autorità indipendenti cfr. M. POTO, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2008, agg. n. 3, p. 56. Infine, sulla indipendenza delle A.A.I. cfr. S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in www.federalismi.it, n. 28/2020, pp. 72-80 nonché M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in www.astridonline.it).

3 Le autorità indipendenti trasversali sono preposte alla tutela di specifici interessi di rilievo pubblicistico in ogni settore dell'ordinamento, come appunto è il caso dell'AGCM. Proprio per tale motivo, questa Autorità, che vigila sulla concorrenza e sul corretto funzionamento del mercato in generale, può ritrovarsi a svolgere l'attività di vigilanza in specifici settori economici (Cfr. E. SCAGLIONE, *Il riparto di competenze tra Autorità di settore e Autorità Garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette*, in www.ilmerito.org, n. 1/20; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., 2019, p. 346 ss.).

4 I caratteri omogenei a tutte le autorità di regolazione cui si accenna riguardano, più nello specifico, la particolare complessità della regolazione sia sul versante dei rapporti tra gestori di servizi e autorità di regolazione, sia su quello dei rapporti reciproci tra gestori in concorrenza che, infine, quello dei rapporti tra gestori ed utenti (cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, pp. 376-379).

5 La legge 481/1995 individua all'articolo 1 le finalità che la regolazione deve perseguire, all'articolo 2 pone alcune regole organizzative allo scopo di garantire l'indipendenza delle autorità e -al comma 12- delinea in termini generali funzioni e poteri delle stesse. In dottrina Cfr. M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità Indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, in Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'Ufficio Studi e formazione della Giustizia Amministrativa in collaborazione con il TAR Lombardia svoltosi in Milano il 14 e 15 febbraio

L'oggetto della presente riflessione riguarderà esclusivamente l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, che esplica l'importante funzione di regolazione nei settori dell'energia elettrica, del gas, del sistema idrico e - dal 2017 - anche dei rifiuti urbani e assimilati. Appare dunque utile cominciare col soffermarsi, per quanto brevemente, sull'evoluzione dell'Autorità oggetto di nostro interesse, al fine di offrire al lettore un quadro di insieme il più completo possibile.

A partire dagli anni Novanta, con la crisi in Italia dello Stato imprenditore, dati i suoi costi sempre meno sostenibili, l'AEEGSI (l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico)⁶ venne istituita in connessione con l'avvio del processo di liberalizzazione del settore energetico, contestualmente al passaggio di grandi imprese come ENEL ed ENI dalla mano pubblica a quella privata⁷.

Con la sua istituzione, il nostro legislatore si è mosso in anticipo rispetto a quello europeo, poiché solo con l'adozione delle direttive e dei regolamenti del Terzo Pacchetto Energia⁸ l'U.E. ha imposto agli Stati membri di costituire delle Autorità di regolazione del settore. L'Autorità in questione è un organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri nominati con D.P.R. per i quali è stabilito un rigido regime di incompatibilità; essi sono dotati di alta e riconosciuta professionalità ed *expertise*, durano in carica sette anni ed il loro mandato non è rinnovabile. Inoltre, l'Autorità possiede un'ampia autonomia organizzativa e finanziaria ed i costi del suo funzionamento non sono a carico del bilancio dello Stato bensì delle imprese - esercenti il servizio - regolate le quali, a norma dell'art.2 co. 38 lett. b) L. 14/11/95 n. 481, sono tenute, a decorrere dal 1996, a versare direttamente al bilancio dell'Autorità

2019, p. 1. Sul punto pure M. D'ALBERTI, *Lezioni, op. cit.*, p. 102; M. CLARICH, *Manuale, op. cit.*, p. 378.

6 Con la Legge di Bilancio di previsione 2018 (legge n.205/17), attribuita all'Autorità di compiti regolatori anche nel settore dei rifiuti, la AEEGSI diventa ARERA, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente.

7 M. CLARICH, *Manuale, op. cit.*, p. 39.

8 Il c.d. Terzo Pacchetto Energia consta delle direttive 2009/72/CE (elettricità), 2009/73/CE (gas) e dai regolamenti CE 713/09 (istitutiva dell'ACER), 714/09 (accesso alla rete per scambi transfrontalieri di energia elettrica) e 715/09 (accesso alle reti di trasporto gas naturale). L'assenza di dettagliate disposizioni attraverso le quali legittimare l'azione comunitaria nella materia energetica non ha mai impedito alla CEE/CE di affrontare le scottanti questioni energetiche. Infatti, già prima del Trattato di Lisbona la competenza energetica era stata esercitata dalle istituzioni europee attraverso il ricorso all'art. 95 del TCE - oggi, art. 114 TFUE - per la creazione di un mercato interno dell'elettricità e del gas. Questa disposizione riguardava -e ancora riguarda nel TFUE- in generale l'adozione delle misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. La vera novità introdotta dal Trattato di Lisbona, però, è l'art. 194 TFUE che attribuisce alla U.E. una competenza parallela affinché possa instaurarsi una politica energetica volta a garantire il funzionamento del Mercato interno e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'UE (cfr. M. MARLETTA, *Il Trattato di Lisbona e gli sviluppi nel settore dell'energia*, in *L'azione dell'Unione nel settore dell'energia*, in *I Quaderni europei - Serie energia*, n. 1/2012, Università di Catania, p. 7 e ss.; cfr., inoltre, M. GIACCHETTI FANTINI, *La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas naturale: il caso italiano nel panorama europeo*, in *ApertaContrada Riflessioni su società, diritto, economia*, Riv. Online, del 7/7/2017, pp. 4 e ss. Sul ravvicinamento delle legislazioni cfr. S. MIGLIORINI, *Il ravvicinamento delle legislazioni nella prospettiva del diritto della U.E. e dei suoi effetti sul diritto interno. Le tecniche del ravvicinamento*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2012).

un contributo di importo non superiore all'uno per mille dei ricavi dell'ultimo esercizio.

L'ARERA, ridenominata ARE, opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione ed è preposta alla regolazione ed al controllo del settore di propria competenza. Occorre però in ogni caso tenere presente che l'art. 1 della legge n. 481/95, nell'elencare in via generale le finalità perseguite dalla legge, stabilisce che ciò avvenga tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo.

È noto come, con la legge 481/1995, il legislatore operò una scelta a favore di un sistema regolatorio tendenzialmente monistico, incentrato proprio sull'Autorità; a partire dalla fine degli anni Novanta, ne ha modificato il quadro di riferimento, attribuendo nuove competenze normative e amministrative all'odierno Ministero dello Sviluppo Economico. Successivamente, il legislatore ha provveduto altresì al trasferimento, a favore del Ministero, di funzioni inizialmente attribuite all'Autorità: ciò ha portato al delinearsi di un sistema molto diverso da quello del 1995, che potremmo definire sostanzialmente dualistico, all'interno del quale il MISE e l'ARERA concorrono nella regolazione del settore⁹. In realtà, sebbene la legge da un lato abbia attribuito per la prima volta o trasferito al Ministero di settore poteri un tempo affidati all'Autorità, dall'altro ha comunque assai ampliato l'ambito di competenza di quest'ultima (espanso alle materie inerenti il servizio idrico e il ciclo dei rifiuti). Tale *modus operandi*, caratterizzato da spinte contrapposte e ambivalenti, è comunque lo specchio di uno scenario di fondo che procede secondo incertezza¹⁰.

Le competenze dell'ARERA sono varie e articolate, racchiudendo in sé funzioni che tradizionalmente riflettono la tripartizione dei poteri statali: potestà regolatoria, di controllo/vigilanza, di irrogazione di sanzioni e, infine, poteri para-giurisdizionali o, per meglio dire, giustiziali. Si pensi, poi, fra gli altri, ai compiti inerenti la definizione delle condizioni economiche e tecniche per accedere alle infrastrutture energetiche, le regole in tema di *unbundling* (cioè separazione contabile e gestionale), la determinazione degli *standards* qualitativi e quantitativi per lo svolgimento delle attività di fornitura o comunque di servizio all'utenza¹¹. Per ciò che attiene l'attività di monitoraggio, vigilanza e controllo dell'Autorità, essa è indirizzata nei confronti delle imprese attraverso verifiche ed ispezioni, effettuate anche in collaborazione con

9 Cfr. N. BASSI, E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La "Governance dell'Energia"*, Rapporto per l'Osservatorio sulla politica energetica, Roma, 20/11/2012, p. 21-22. Sull'assetto istituzionale del settore energetico di cui al D.Lgs. n. 93/2011 attuativo del Terzo Pacchetto, sulle criticità del riparto di competenze tra Ministero dello S.E. e Autorità, nonché sul cd. sistema dualistico della regolazione nazionale del mercato dell'energia cfr. M. GIACHETTI FANTINI, *La Governance dei mercati energetici nell'attuazione in Italia del Terzo Pacchetto Comunitario*, in *ApertaContrada Riflessioni su società, diritto, economia*, Riv. Online, 10/6/2016, pp. 30-46.

10 Cfr. M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione...*, *op. cit.*, che, a p. 2, evidenzia il contrasto fra accentuato interventismo pubblico e tentativi di alleggerimento dei vincoli normativi e amministrativi.

11 Cfr. N. BASSI, E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La "Governance della Energia"*, *op. cit.*, p. 24-25.

la Guardia di Finanza - previa stipula di protocolli d'intesa - e altri organismi fra i quali spicca il Gestore Servizi Energetici (GSE)¹², su qualità del servizio, sicurezza, accesso alle reti, tariffe, incentivi alle fonti rinnovabili e assimilate. Dagli esiti dell'esercizio della citata potestà di vigilanza e controllo scaturisce inevitabilmente l'attività strettamente sanzionatoria dell'ARERA, che verrà più specificamente trattata nel prosieguo della presente trattazione.

Come già anticipato, l'Autorità ha anche poteri para-giurisdizionali o giustiziali, assimilabili "lato sensu" alle funzioni di un giudice, poiché gestisce strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione; si pensi ad esempio alla risoluzione, in via arbitrale, di controversie fra gestore di rete e produttori¹³. L'ARERA, com'è ovvio, non può effettuare anche la pura funzione giurisdizionale di sindacato degli atti emanati dalla stessa, ma solo quella latamente giustiziale, perché chi crea le norme non può anche accertarne la corretta applicazione nel concreto¹⁴.

12 Il GSE (Gestore Servizi Energetici), già gestore della rete di trasmissione nazionale, come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 9/2019, è una società per azioni interamente controllata dal MEF e, pertanto, soggetta al controllo della Corte dei Conti. È titolare di numerose funzioni di natura pubblicistica, tra le quali attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica e in materia di promozione delle fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità (sul ruolo del GSE nel sistema energetico nazionale, sulla sua natura giuridica e sul carattere delle funzioni cfr. F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2020 pp. 501 e ss.).

13 Tale funzione è prevista, in termini generali, dall'art. 2 comma 24 lett. b) L. 481/1995, che per questo profilo dispone la previa emanazione di uno o più regolamenti sui "criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato"; la mancata adozione di detti regolamenti ha portato l'Autorità di regolazione per l'energia elettrica e il gas ad "adottare una serie di delibere volte a permetterle l'esercizio dei poteri che le sono attribuiti dalla legge, adeguando però tecniche e soluzioni ai vari tipi di controversie di sua pertinenza" (cfr. M.A. ZUMPARO, *Dall'arbitrato alla soluzione amministrativa della controversia, nel percorso delineato dalle delibere dell'AEEG*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, Rivista Trimestrale, 12 luglio 2012, pp. 1-15). Inizialmente, come ricordato da S. LUCATTINI, *La funzione giustiziale dell'Autorità*, l'Autorità aveva - con la delibera n. 42/2005 - offerto, a titolo di rimedio, un modello di arbitrato amministrato basato sull'affidamento della soluzione della controversia ad un terzo nominato di comune accordo delle parti, mediante un atto di autonomia negoziale. Proprio questo carattere consensuale dell'arbitrato - però - si era dimostrato un ostacolo in quanto il gestore di rete ha un potere contrattuale del tutto superiore rispetto all'utente della rete e pertanto non ha alcun interesse a portare la controversia di fronte a un collegio nominato dalle parti, in un contraddittorio paritario. Di qui l'insuccesso dell'arbitrato (scarsamente utilizzato) e la preferenza accordata, prima con Delibera n.123/08 e dal 2012 con la Delibera 188/2012/E/com, Allegato A, dell'ARERA ad uno specifico procedimento amministrativo giustiziale (cfr., per questo inquadramento dell'istituto in esame e per una completa illustrazione dei suoi caratteri A. PATANÈ, *La funzione giustiziale dell'Autorità di regolazione energia reti e ambiente tra esigenze di risoluzione delle controversie e garanzie costituzionali*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto*, n. 2/2022, in particolare pp. 6 e ss.). L'ambito di applicazione di questa procedura riguarda i reclami presentati contro un gestore d'un sistema di trasmissione, trasporto, stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione ai sensi dell'art. 44 del D.Lgs. 1/6/2011, n. 93; da produttori di energia contro un gestore di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonte rinnovabile ai sensi dell'art. 14, co.2, lettera f-ter del D.Lgs. n. 387/03; dai soggetti contemporaneamente produttori e consumatori finali di energia elettrica per le controversie insorte nei confronti di un gestore di rete (non per le controversie contro un venditore di energia).

14 Cfr. E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, in *www.sipotra.it*, 11 marzo 2019, p. 2.

Giova sul punto evidenziare che, anche nella risoluzione di controversie fra privati, l'Autorità non si spoglia mai della propria potestà regolatrice, con il rischio tuttavia che questa commistione di funzioni (giustizia e regolazione) pregiudichi le esigenze di tutela individuale dei diritti. Il rischio del "Regolare giudicando" o "*Regolation by litigation*" è che le finalità sistemiche della regolazione assorbano o prevalgano sulle esigenze di tutela individuale dei diritti. Due principi sembrano idonei a scongiurare questi possibili inconvenienti: quello della domanda, essenziale sia nel processo giurisdizionale che nel sistema dei ricorsi amministrativi, idoneo a evitare decisioni avulse dalle istanze del reclamante e quindi in ogni caso non soddisfattive delle sue pretese e quello dell'affidamento, in ossequio al quale il regolatore, nell'esercizio della funzione giustiziale, dovrebbe limitarsi all'interpretazione chiarificatrice delle regole con divieto di introdurre nuovi obblighi e prescrizioni non previsti dalla regolazione *ex ante*¹⁵.

2. Una classificazione dei provvedimenti dell'ARERA.

Volendo operare una classificazione dei provvedimenti emanati dall'ARERA nell'esercizio della sua attività, si può anzitutto distinguere fra atti di regolazione generale e provvedimenti individuali. I primi hanno come destinatari gli operatori del settore oggetto di regolazione e si possono articolare a loro volta in atti di regolazione tariffaria e atti di regolazione non tariffaria. Gli atti di regolazione tariffaria regolano un servizio pubblico, non un mercato libero, e stabiliscono la tariffa applicabile a titolo di controprestazione per il servizio erogato. Caratteristica peculiare degli stessi è quella di riconoscere, nell'ambito della tariffa, oltre ai costi per la fornitura del servizio, anche la qualità della prestazione, tendendo l'atto anche all'incentivazione di un servizio sempre più efficiente ed efficace. Gli atti di regolazione non tariffaria, invece, attengono alla regolazione economica e contrattuale del mercato, specialmente del mercato elettrico e del gas¹⁶.

Oltre ai provvedimenti di regolazione generale, l'Autorità provvede altresì

¹⁵ Tale tematica e la esposta preoccupazione si evince dalla Relazione di S. LUCATTINI, *La funzione giustiziale dell'Autorità: un primo bilancio*, op. cit., pp. 3 e 4. In tale prospettiva cfr. pure, in giurisprudenza, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 618/2015 che ha riconosciuto la legittimità della delibera n. 114/2014/E/eel, con la quale l'Autorità ha deciso un reclamo presentato da una società fornitrice di energia elettrica nei confronti di ENEL Distribuzione. Ad avviso del TAR, nella fattispecie, il regolatore "non ha introdotto una regolazione innovativa retroattiva della singola fattispecie concreta...ma ha fatto unicamente applicazione della disciplina relativa al sistema incentivante CIP 6/1992", avendo limitato la sua decisione ai capi di reclamo e pertanto senza lesione alcuna dell'affidamento della ricorrente. La decisione del TAR è stata confermata da Cons. Stato, Sez. VI, n. 3939/2016, il quale ha rilevato che la decisione ha solo risolto una controversia facendo mera applicazione delle regole di settore; il fatto che la disciplina di un caso concreto possa costituire un precedente del quale lo stesso organo tiene conto in casi analoghi successivi non fa ritenere che sia stato, invece, illegittimamente esercitato il potere regolatorio. In generale su questo tema, in dottrina, sempre S. LUCATTINI, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle autorità indipendenti di regolazione*, in *Federalismi.it* n. 18/2014, in particolare pp. 11 e ss.

¹⁶ Cfr. E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA*, op. cit., pp. 3 e ss.

all'emissione di provvedimenti individuali che hanno quindi singoli destinatari prefissati. In questa categoria di provvedimenti vanno ricompresi quelli prescrittivi, quelli sanzionatori nonché quelli di c.d. *moral suasion*. Con questi ultimi, com'è noto, si sollecitano determinati soggetti a tenere un comportamento moralmente e socialmente corretto, senza ricorrere ai poteri attribuiti dalla legge, ma basandosi sulla credibilità e sull'importanza del ruolo svolto dall'*Authority*¹⁷.

Tuttavia, i provvedimenti individuali di maggior rilevanza, anche ai fini del presente lavoro, sono quelli prescrittivi e quelli sanzionatori.

I primi sono provvedimenti ampiamente utilizzati dall'ARERA anche in ragione del loro carattere atipico. Essi trovano fondamento nell'articolo 2 co. 20 della legge 481/1995 lett. d), il quale prevede che, per lo svolgimento delle proprie funzioni, l'A.A.I. «ordini al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti», imponendo pure l'obbligo di corrispondere un indennizzo. I provvedimenti prescrittivi in questione hanno finalità ripristinatoria connessa all'interesse pubblico leso, sicché costituiscono manifestazione di poteri che perseguono un obiettivo solo indirettamente sanzionatorio, tanto da essere considerati sanzionatori solo in senso lato¹⁸.

Invece i provvedimenti a carattere strettamente sanzionatorio adottati dall'ARERA sono quelli indicati all'articolo 2 comma 20 lett. c) della legge 481/1995, vale a dire «sanzioni amministrative pecuniarie» comminate «in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri». In caso di reiterazione delle violazioni l'Autorità può, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, sospendere l'attività di impresa fino a sei mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la

17 Un esempio concreto di atto dell'ARERA ispirato a *moral suasion* è costituito dalla delibera dell'Autorità numero 342 del 24 Giugno 2016 che, al punto 2 del dispositivo, intima agli utenti del dispacciamento “di cessare, da subito, ogni condotta finalizzata all'adozione di strategie di programmazione non coerenti con i principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza, che dovrebbero caratterizzare il comportamento di un operatore nell'ambito del servizio di dispacciamento e potenzialmente configurabili come manipolazione del mercato”.

18 Relativamente ai poteri prescrittivi va segnalata la recente Ordinanza 31/12/21 n. 8737 della IV sezione del Consiglio di Stato, che rimette alla Corte di Giustizia UE la questione interpretativa della normativa europea disciplinante i poteri delle Autorità di regolazione per verificare se la stessa ricomprende o meno: il potere prescrittivo nei confronti delle società operanti nel settore elettrico di restituire ai clienti la somma corrispondente al corrispettivo economico versato a copertura di spese di gestione amministrativa in adempimento di una clausola contrattuale sanzionata dall'Autorità; nell'ambito dell'indennizzo e delle modalità di rimborso applicabili ai clienti del mercato elettrico in caso i livelli di qualità del servizio stipulati non siano raggiunti dall'operatore del mercato, anche la restituzione di un corrispettivo economico da questi versato, disciplinato espressamente in una clausola del contratto sottoscritto ed accettato, del tutto indipendente dalla qualità del servizio stesso, ma previsto a copertura di costi di gestione amministrativa dell'operatore economico (massima tratta da www.giustizia-amministrativa.it).

decadenza della concessione.

In quest'ultimo ambito va inoltre ricompresa la tematica relativa ai c.d. impegni, previsti dall'art. 45 D.Lgs. n. 93/2011, i quali, proposti all'Autorità dal soggetto destinatario di una comunicazione d'avvio della procedura sanzionatoria, consentono, ove approvati, di evitare l'irrogazione della sanzione¹⁹.

3. La natura giuridica delle sanzioni dell'ARERA e i principi generali applicabili alla luce degli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte Costituzionale.

La rilevanza del tema della potestà sanzionatoria delle A.A.I. è cresciuta negli ultimi anni sia per l'importanza degli interessi economici e sociali sui quali essa incide, sia a causa della sempre maggiore gravità delle sanzioni irrogate che vengono impugnate in sede giurisdizionale ormai frequentemente. In dipendenza di ciò, è andata via via formandosi in tale settore una considerevole esperienza giurisprudenziale.

Con riguardo alle sanzioni dell'ARERA, occorre individuarne fondamento e natura al fine di poter di volta in volta stabilire se si è in presenza di una sanzione in senso stretto o di un provvedimento che, per effetto del suo contenuto, è teso a ripristinare la situazione precedente alla violazione arrecata ad un determinato bene giuridico.

È noto che le sanzioni irrogate dalla Pubblica Amministrazione, comprese quelle che le A.A.I. adottano nell'esercizio delle loro funzioni di vigilanza, rappresentano il modo in cui l'ordinamento giuridico risponde alla violazione di una norma. Di conseguenza, le sanzioni amministrative in senso stretto hanno natura afflittiva, volte cioè a punire il responsabile dell'illecito al fine di perseguire obiettivi di prevenzione generale e speciale, laddove invece le prescrizioni sono sanzioni solo in senso molto lato, poiché mirano a ripristinare in forma specifica o per equivalente l'interesse pubblico lesa dalla condotta non conforme alle norme²⁰.

19 E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA*, op. cit., pp. 3 ss. In ambito ARERA gli impegni sono disciplinati nel regolamento delle procedure sanzionatorie menzionato più avanti (v. nota n. 25), nel titolo III (artt. 16 – 20), significativamente collocato fra la fase istruttoria e quella decisoria. Al termine dell'attività istruttoria l'autorità valuta se la proposta di impegni sia utile al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate. In caso di giudizio negativo, la proposta viene rigettata e il procedimento sanzionatorio prosegue. In caso opposto, la proposta viene approvata e rende obbligatori gli impegni con chiusura del procedimento sanzionatorio senza accertamento dell'infrazione. Solo in caso di inadempimento dell'impresa agli impegni assunti o nel caso in cui il provvedimento di approvazione si riveli fondato su informazioni, fornite dal proponente, incomplete, inesatte o fuorvianti, l'Autorità riavvia il procedimento sanzionatorio.

20 Per una chiara disamina della distinzione fra potere prescrittivo e potere sanzionatorio in relazione all'ARERA, cfr. nonché TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 18 settembre 2018, n. 2101. In quest'ultima pronuncia si chiarisce come l'art. 2, co. 20, lettera d), della legge n. 481/95 contempli un potere prescrittivo delle Autorità regolatorie, mediante il quale esse ordinano "al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l'obbligo di

Sempre con riferimento alle sanzioni amministrative in generale, occorre ricordare alcuni fondamentali principi giuridici, nazionali ed europei che, inevitabilmente, influenzano il tema delle sanzioni irrogate dalle A.A.I. fra cui l'ARERA. Con riferimento all'ordinamento nazionale, posto che la Costituzione si occupa direttamente ed esplicitamente delle sanzioni penali ma non di quelle amministrative²¹, alle quali le norme costituzionali relative alla materia penale non sono applicabili, ecco che le sanzioni amministrative non trovano ulteriori principi costituzionali di riferimento al di fuori del principio di legalità di cui all'articolo 23 della Costituzione, con riferimento alle prestazioni personali o patrimoniali imposte ai consociati, e dell'art. 97 della Costituzione che, in relazione allo svolgimento dell'attività amministrativa, sancisce il principio d'imparzialità. La Corte Costituzionale, del resto, già con sentenza n. 447/1988 aveva chiarito che anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere di applicazione o meno di esse e, ciò, in relazione sia al principio di imparzialità che al principio di cui al citato art. 23.

Nell'ambito della legislazione ordinaria va ricordata la normativa generale in materia di sanzioni amministrative di cui alla legge 689/1981 (modifiche del sistema penale)²² che, come è noto, riporta i principi applicabili in via generale a tutte le

corrispondere un indennizzo". Trattasi di una tipologia di provvedimenti ampiamente utilizzata dall'ARERA, in ragione del suo carattere atipico. Nella fattispecie esaminata dal TAR l'ordine riguardava delle restituzioni disposte a carico della società ricorrente in favore di Terna, al fine del ristoro per la genericità dell'utenza elettrica da corrispondere in misura coincidente con gli importi acquisiti dalla istante mediante il beneficio indebito conseguito. Spiega il Tribunale in motivazione che nell'ordine di cessazione dell'attività lesiva rientra anche il potere di disporre le restituzioni e ciò alla luce del co. 12, lettera g) della legge citata, che stabilisce che l'Autorità controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il primo non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio o nel contratto di programma. (cfr. sul punto T. SICA, *Il ruolo del contratto di dispacciamento di energia elettrica nel mercato regolato*, in *Giur. it.*, n. 4/2019, p. 813, nota a TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 18/9/2018 n. 2101).

21 Cfr. S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, pp. 35 e ss. nonché p. 70, dove si ricorda come la Costituzione (art. 28) si riferisca solo alle sanzioni disciplinari quando indica le responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici. In giurisprudenza, sul principio di legalità in materia di sanzioni amministrative cfr. Corte Cost., 29/5/2019 n. 134 (in *Foro it.*, 2019, I, 2217) che, giudicando in tema di leggi regionali che introducono sanzioni amministrative, stabilisce che deve essere garantita ai destinatari la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, requisiti questi ultimi che condizionano la legittimità costituzionale delle leggi regionali, al cospetto del diverso principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, desumibile dall'art. 25, co.2, Cost.

22 Sulla tematica del rapporto fra sanzione amministrativa in genere e principi della L. n. 689/1981 v. F. GUALANDI, *Le sanzioni amministrative con particolare riferimento a quelle in materia edilizia tra punizione e ripristino. La "vexata quaestio" della c.d. sanatoria giurisprudenziale*, in *Lexitalia*, 7/2020, p. 1 ss. Anche la giurisprudenza amministrativa (cfr. di recente Cons. Stato, Sez. VI, n. 7153/2020 in tema di sanzioni dell'AGCOM) Con riguardo all'applicabilità della L. n. 689/1981 anche ai procedimenti sanzionatori dell'ARERA cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 1905/2020 che ricorda come la giurisprudenza sia "concorde nel ritenere che la legge n. 689 del 1981, proprio perché normativa generale in materia di illeciti amministrativi, è pacificamente applicabile anche ai procedimenti sanzionatori posti in essere dall'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2018, n. 4577; ID., 7

sanzioni amministrative, sempre che non venga diversamente stabilito dal legislatore, in base alla propria discrezionalità, in relazione a speciali categorie di sanzioni amministrative e in relazione allo scopo di volta in volta perseguito.

In altre parole, sia pure nel rispetto del principio di legalità sostanziale, giacché l'art. 23 della Costituzione detta una riserva di legge solo relativa, il legislatore può introdurre nuove figure di illecito amministrativo oppure regolamentare, con modalità particolari, determinate categorie di sanzioni²³. In questo ambito rientra anche l'attività sanzionatoria dell'ARERA, la cui disciplina risiede all'interno di uno speciale corpo normativo al fine di garantire, nei settori cui l'attività istituzionale si rivolge, una effettiva specializzazione dei soggetti coinvolti²⁴.

I principi generali applicabili all'attività sanzionatoria amministrativa sono quelli di personalità della responsabilità, quello di stretta legalità (per effetto del quale, secondo l'art. 1 della legge n. 689/81, la violazione deve essere assoggettata alla legge del tempo in cui si è verificata, con conseguente inapplicabilità sia di una normativa avente carattere retroattivo e sia di un'eventuale disciplina posteriore più favorevole), quello che afferma la sussistenza della responsabilità sia a titolo di dolo e sia a titolo di colpa (art. 3 L. n. 689/81) e della necessità che il responsabile abbia compiuto la maggiore età e comunque alla data del fatto aveva capacità d'intendere e di volere (art. 2 L. n. 689/1981).

Non va, infine, trascurato che il procedimento di irrogazione della sanzione amministrativa di regola non prevede un intervento del giudice che, pertanto, rimane solo eventuale. Infatti, mentre la sanzione penale è obbligatoriamente inflitta da un giudice attraverso una pronuncia giurisdizionale, la sanzione amministrativa è irrogata dalla autorità titolare del potere sanzionatorio all'esito di un procedimento

giugno 2018, n. 3447; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 6 agosto 2018, n. 1961; ID., 19 luglio 2018, n. 1772)". Sull'applicabilità del termine prescrizionale di cui all'art. 28 L. n. 689/81 ai tempi di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'ARERA vedi però le successive note 25 e 26. Sul punto giova menzionare Corte Cost., 12 luglio 2021, n. 151 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata in relazione all'art. 18 della L. n. 689/1981 (modifiche al sistema penale), nella parte in cui non prevede un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio mediante emissione dell'ordinanza-ingiunzione o dell'ordinanza di archiviazione degli atti, per contrasto con gli artt. 3, 97 e 117 co. Cost.

23 Poiché si tratta di sanzioni amministrative, rispetto alle quali mancano limiti o principi costituzionali puntuali, si fa riferimento al principio di legalità sostanziale inteso come necessità che l'amministrazione agisca non solo entro i limiti della legge, ma anche in conformità alla disciplina sostanziale posta da essa, la quale incide altresì sulle modalità di esercizio dell'azione e perciò penetra nell'esercizio del potere (cfr., sul punto, G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2015, p. 88). Ciò perché la riserva di legge dell'art. 23 è -appunto- relativa, essendo richiesto solo che la prestazione sia imposta "in base alla legge".

24 Le disposizioni speciali dell'attività sanzionatoria dell'ARERA sono l'articolo 45 commi 4, 5 e 6 del D.Lgs. n. 93 del 2011; il D.P.R. 9 maggio 2001 n. 244 (Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a norma dell'art.2, comma 24, lettera a) della legge n. 481/95), la Deliberazione AeeG del 14 giugno 2012, n. 243/2012/E/COM, recante "Adozione del nuovo Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni", successivamente modificato con Deliberazione dell'1 giugno 2017, 388/2017/E/com. In giurisprudenza, cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 febbraio 2019, n. 389.

non avente carattere processuale ed assoggettato a regole di tipo amministrativo. La natura provvedimentoale della sanzione amministrativa fa pure sì che essa possa essere, salvo eccezioni, assoggettata alla disciplina dell'autotutela prevista al capo IV-bis della L. n. 241/1990 e, cioè, al potere di revoca e di annullamento d'ufficio²⁵.

Va rimarcata l'influenza sul tema ha avuto la giurisprudenza delle Corti sovranazionali. È stata la Corte EDU, infatti, in presenza di sanzioni amministrative, a sottolineare la necessità di rendere effettive anche per esse le garanzie che la Convenzione riserva ai principi del giusto processo penale di cui agli articoli 6 (diritto ad un equo processo) e 7 ("nulla poena sine lege") della Convenzione medesima. Tale esigenza è sorta in dipendenza del fatto che la qualificazione degli illeciti e la loro sussunzione nel diritto penale appartiene esclusivamente alla sovranità degli Stati²⁶. Gli illeciti amministrativi, invece, vantano, di regola, salvo quanto si osserverà nel proseguo, conseguenze meno gravi e sul piano processuale le istanze penali godono di maggiori garanzie. Al fine, quindi, di evitare che gli Stati aderenti alla Convenzione siano arbitri della qualificazione amministrativa o penale di un illecito e delle conseguenti modalità di perseguimento dell'autore del medesimo, la Corte (come chiarito dalla CEDU, Ad. Pl., 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, in tema di sanzioni detentive disciplinari-militari), verifica, in relazione agli articoli sopra menzionati, che la materia disciplinare amministrativa non invada la sfera del penale. In tal modo, la Corte ha elaborato la propria nozione di materia penale²⁷ per poter verificare, attraverso il ricorso ai propri parametri, l'osservanza dei principi convenzionali sopraindicati. Tale verifica viene effettuata dalla mediante l'analisi delle singole fattispecie svolto sulla base dell'utilizzo, disgiunto, di tre criteri: la qualificazione giuridica formale dell'illecito nel diritto nazionale, di per sé sola non determinante in assoluto, la natura sostanziale dell'illecito; il grado di severità della sanzione con verifica della misura di incidenza sulla sfera giuridica del destinatario; la sua gravità e la finalità perseguita dal legislatore, afflittiva o ripristinatoria. Non è invece richiesto che i tre parametri concorrano simultaneamente, sicché anche uno solo di essi basta a giustificare l'attribuzione della natura penale a un istituto non formalmente penale.

25 A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA)*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 1/2020, p. 2 ss. L'autore qui rileva come, secondo il Consiglio di Stato (Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330), alle sanzioni amministrative "in senso lato" si applichino i principi dell'attività amministrativa tradizionale, dettati dalla legge generale sul procedimento amministrativo, pure quando esse abbiano carattere marcatamente punitivo.

26 M. MANCINI, *La materia penale negli orientamenti della Corte EDU e della Corte Costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi*, n. 1 del 2018, pp. 3 e ss.

27 Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 8 giugno 1976, ricc. n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, n. 5354/72 e n. 5370/72, causa *Engel* e altri contro Paesi Bassi. Sul punto vedi V. GIGLIO, *op. cit.*, pp. 3 - 6 che elenca altre successive sentenze CEDU che hanno aggiornato i criteri della citata sentenza *Engel*. Vedi pure al riguardo F. CAFAGGI, *I principi europei e le sanzioni amministrative delle AAI*, Convegno Milano presso ARERA del 14/2/2019).

In presenza di una sanzione qualificata formalmente come amministrativa e non penale va dunque indagata la natura dell'illecito e la funzione della sanzione la quale, se preventiva/repressiva, ha natura sostanzialmente penale; solo le sanzioni ripristinatorie sarebbero sottratte a tale tipo di analisi, avendo esse l'esclusivo obiettivo di reintegrare l'ordine giuridico violato e non quella di censurare la condotta dell'autore dell'illecito. Per la Corte, dunque, il ricorrere di uno degli elementi indicati consente di qualificare la sanzione oggetto di indagine di natura penale sicché essa, a prescindere dalla qualificazione formale propria del diritto interno, è assoggettata alle garanzie di cui agli articoli 6 e 7 della Convenzione.

Infine, deve essere apprezzata la gravità della sanzione, dato che in alcune ipotesi misure che non incidono sulla libertà personale ma interessano la sfera giuridica patrimoniale o misure di carattere reale, possono essere persino più gravose di quelle restrittive della libertà. Anche in questo caso viene a determinarsi necessariamente la riconduzione all'ambito penalistico della quasi totalità delle sanzioni amministrative pecuniarie - stante la loro natura afflittiva/di prevenzione -, con la sola esclusione in cui esse sottendano da parte del legislatore una funzione risarcitoria o ripristinatoria²⁸.

Anche la Corte Costituzionale si è occupata di sanzioni amministrative e, negli ultimi anni, dei problemi inerenti alla conformità del sistema sanzionatorio italiano ai principi della giurisprudenza della Corte EDU, a partire dalla sentenza *Engel*. La giurisprudenza costituzionale non ha, però, ancora raggiunto definitive conclusioni relativamente alla disciplina delle sanzioni amministrative e al loro rapporto con i principi costituzionali riguardanti il diritto penale, sino ad ora oscillando fra l'adesione alle pronunce della Corte EDU e manifestando la volontà di sottolineare l'autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo interno, sostenendo che la Corte EDU non si è pronunciata sul sistema delle sanzioni amministrative complessivamente inteso, ma solo relativamente a specifiche discipline sanzionatorie e in particolare quelle che, pur essendo amministrative secondo l'ordinamento

28 A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia*, op. cit., p. 6 ss. Anche la giurisprudenza amministrativa ha fatto proprie le conclusioni raggiunte dalla Corte EDU, come si evince da TAR Lombardia, Milano, Sez. II, nn. 2458 e 2456 del 2018 secondo cui, perché l'art. 6 par. 1 della Convenzione trovi applicazione, basta che l'infrazione in questione sia di natura penale rispetto all'ordinamento nazionale oppure esponga l'interessato ad una sanzione che, per la sua natura e gravità, ricada generalmente nella materia penale, avendo carattere punitivo e deterrente e non semplicemente ripristinatorio (cfr. F. CAFAGGI, *I principi europei e le sanzioni amministrative delle AA.II*, op. cit.). Deve qui peraltro darsi atto della sentenza n. 584 del 12 gennaio 2021, cui sono seguite altre di medesimo orientamento (nn. 2307, 2308 e 2309 del 2021) con cui la VI sezione del Consiglio di Stato, in tema di sanzioni ARERA, contrastando l'opposto orientamento in precedenza osservato dalla giurisprudenza amministrativa, ha aderito alla tesi della natura perentoria e non ordinatoria (in quest'ultimo senso cfr. Cons. St., Sez. VI, n. 911 del 2018) del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, a prescindere da una espressa previsione di legge in tal senso, così uniformandosi all'orientamento seguito dalle altre sezioni del Consiglio di Stato con riferimento alle sanzioni delle altre Autorità (Banca d'Italia, AGCOM, ANAC). In dottrina cfr. V. TURCHINI, *La natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell'ARERA*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/21 pp. 365 e ss.

italiano, sono tuttavia suscettibili di essere considerate punitive secondo l'ordinamento della Convenzione europea²⁹.

In un primo momento la Corte ha sostenuto la vigenza del principio di stretta legalità in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, mettendo al centro della propria analisi l'articolo 1 comma 2 della L. n. 689/1981 che riporta il predetto principio, con il conseguente assoggettamento della violazione alla legge del tempo del suo verificarsi e con la connessa inapplicabilità dell'eventuale disciplina posteriore più favorevole. Questo principio generale, riguardante le sanzioni amministrative pecuniarie, non troverebbe, secondo la Corte, nessun limite costituzionale e pertanto, stante l'assenza di elementi contrari, in caso di successione di leggi nel tempo, non vi sarebbe alcun di applicazione della legge posteriore più favorevole³⁰.

In un secondo momento, la Corte Costituzionale ha invece valorizzato l'ampia formula dell'articolo 25 co. 2 Cost., sostenendo che qualsiasi intervento sanzionatorio, ancorché privo di funzione di prevenzione criminale, deve essere armonizzato con la citata norma costituzionale, non essendo ammissibile una sua applicazione in via retroattiva³¹.

Va considerata più aperta ai principi giurisprudenziali della Corte EDU la sentenza costituzionale 7 aprile 2017 n. 68 che, in presenza di sanzione depenalizzata che manteneva tuttavia anche nella nuova versione una natura sostanzialmente penale ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione, viene considerata assoggettata al principio dell'applicazione retroattiva della legge più mite soltanto laddove il nuovo regime sanzionatorio sia effettivamente meno gravoso rispetto al precedente³². Tale assunto è sostenuto dalla Corte precisando che il maggior favore non può basarsi solo sulla qualificazione di sanzione amministrativa e sulla astratta preferibilità di una risposta punitiva coerente con la qualificazione rispetto a quella penale, dovendosi semmai al contrario guardare al concreto regime complessivamente più favorevole per la persona, in relazione a tutte le caratteristiche del caso specifico.

Va altresì segnalata la sentenza costituzionale 5 dicembre 2018 n. 223, la quale ha chiarito che la norma di cui al comma 2 dell'articolo 25 della Costituzione va estesa anche al diritto sanzionatorio amministrativo secondo le indicazioni provenienti

29 V. Corte cost., sentenza 20 luglio 2016, n. 193.

30 Cfr. Corte cost., ordinanza 24 aprile 2002, n. 140 e ordinanza 8 novembre 2002, n. 501.

31 V. Corte cost., sentenza 4 giugno 2010, n. 196 e sentenza 16 dicembre 2016, n. 276.

32 Cfr. in sede di commento alla sentenza costituzionale n. 68/17, F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. n. 4/2017, per il quale la Corte si è occupata del principio di legalità della pena in relazione a sanzioni amministrative aventi natura sostanzialmente penale – secondo i criteri Engel – dichiarando inammissibili una serie di questioni di legittimità costituzionale riguardanti la possibilità di applicare retroattivamente un'ipotesi di confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate.

dalla giurisprudenza della Corte EDU relativa all'articolo 7 CEDU, trattandosi di sanzioni a carattere punitivo che risentono dell'esigenza di non colpire una persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto³³. Dall'esame della giurisprudenza costituzionale, perciò, si ricava un sostanziale avvicinamento alle posizioni della Corte EDU che vengono però recepite attraverso un esame condotto caso per caso dalla Consulta, non privo di verifiche critiche, in linea con quanto dichiarato più volte dalla stessa la quale ha ribadito (v. sent. nn. 276/16 e n. 193/16) come spetti proprio alla Corte Costituzionale "valutare come e in quale misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza"³⁴.

4. Alcune categorie di sanzioni irrogate dall'ARERA e correlati profili problematici analizzati dalla giurisprudenza amministrativa.

L'articolo 2, comma 20, lett. c) della legge istitutiva 481/1995, come accennato, prevede in capo all'Autorità il potere di irrogare sanzioni amministrative "in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri".

L'articolo 45 del d.lgs. n. 93/2011³⁵, mediante il quale è stata data attuazione alle direttive del "Terzo Pacchetto Energia", introduce, facendo salve le disposizioni della legge 481/1995, ulteriori fattispecie in relazione alle quali è previsto l'esercizio del potere sanzionatorio. Ora, quanto ai tipi di sanzioni irrogate dall'ARERA, vanno richiamate, per la loro importanza, quelle inerenti il mancato acquisto dei certificati verdi. Il correlato meccanismo è preordinato all'incentivazione delle fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica ed ha operato dal 1999 al 2015.

Il d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79 (decreto Bersani) ha dettato, all'articolo, 11 l'obbligo,

33 Sul punto cfr. M. TARANTINO, *La retroattività della sanzione amministrativa più gravosa della sostituita sanzione penale: note a margine della sentenza costituzionale 5 dicembre 2018, n. 223*, in *Giustamm*, n. 2/2019.

34 V. A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia*, op. cit., p. 10 ss. L'autore rileva che la successiva sentenza costituzionale 21 marzo 2019 n. 63 (in *Foro it.*, 2019, I, 2662 con nota di A. PALMIERI), che estende il principio di retroattività della *lex mitior* anche alle sanzioni pecuniarie amministrative, trova il proprio fondamento nell'art. 3 Cost. proprio come per le sanzioni penali in senso stretto; la Corte aggiunge però che detta regola può trovare limiti e deroghe legittime se vi sono giustificazioni ragionevoli. Su questa sentenza costituzionale cfr. pure M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. n. 4/2019.

35 Vedi nota 25.

in capo a produttori e importatori di fonti fossili, di realizzare degli impianti a fonte rinnovabile, immettendo nel sistema una quantità di energia prodotta da questi pari 2% di quella prodotta, nell'anno solare precedente, da fonti non rinnovabili. Detto obbligo³⁶ può essere rispettato in via diretta o, in alternativa, i soggetti interessati sono tenuti a coprire l'equivalente quota o i relativi diritti acquistandoli da altri produttori, ad esempio, proprio con i c.d. certificati verdi. Ne deriva che il mancato acquisto di questi ultimi, costituisce condotta sanzionabile.

Tanto premesso, in giurisprudenza si è posto il problema relativo alla natura penale o amministrativa di queste sanzioni. La maggior parte del suo importo è commisurato al valore dei certificati non acquistati; ne consegue che l'importo della sanzione medesima, una volta determinato, è di poco superiore ai costi che l'operatore avrebbe dovuto sopportare se avesse proceduto nei tempi dovuti ad adempiere all'obbligo di acquisto. Secondo una parte della giurisprudenza, perciò, la "natura patrimoniale e non personale della sanzione e la sua quantificazione, certamente proporzionata rispetto al valore dei certificati verdi non acquistati, la rendono non assimilabile ad una sanzione penale, con la conseguente inapplicabilità dei peculiari principi in tema di *favor rei*"³⁷.

Tuttavia, anche se i caratteri specifici della sanzione obbediscono *in primis* all'obiettivo del ripristino della legalità violata, per tutelare l'interesse pubblico alla

36 Per incentivare la realizzazione di interventi di utilizzazione di fonti rinnovabili, si è scelto di obbligare i produttori di energia elettrica da fonte fossile a realizzare impianti di fonti rinnovabile oppure di acquistare certificati rilasciati da soggetti che invece producono da fonti rinnovabili; tale obbligo era presidiato da sanzioni in caso di inosservanza. È un modello per certi versi virtuoso che favorisce la realizzazione delle iniziative attraverso una soluzione di mercato perché, almeno apparentemente, il meccanismo si esaurisce all'interno del mercato senza che di fatto i consumatori intervengano. Questo è nella sostanza il meccanismo definito dei "certificati verdi" che ha operato dal 1999 al 2015. La principale criticità riscontrata in questo modello di incentivazione riguarda la ricaduta dei costi di tale scelta di politica ambientale sui consumatori e utenti dell'energia elettrica. Infatti, l'obbligo di acquisto dei certificati, imposto *ex lege*, si traduce in un costo ulteriore per i produttori di energia convenzionale, che comporta un aumento della tariffa elettrica a carico dei consumatori finali con riferimento alla voce di costo A3, che rappresenta oltre il 90% della componente "oneri di sistema" della bolletta (cfr. sul punto G. CAPITANI, *La Regolamentazione giuridica delle fonti di energia rinnovabili fra tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza*, Univ. Studi di Padova, 2019, p. 121 e ss.).

37 Cfr. A DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia*, op. cit., p. 15 e ss. e nota n. 70, che cita la sentenza TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 6 agosto 2018, n. 1951. Detta sentenza riguardava un ricorso presentato da una società operante sul mercato dell'energia elettrica all'ingrosso e al dettaglio, alla quale era stata irrogata dall'Autorità una sanzione pecuniaria pari a € 1.411.000,00 per violazione dell'art. 11 del D.Lgs. n. 79 del 1999, in quanto non avrebbe acquistato 8322 certificati verdi relativi all'anno d'obbligo 2010 per l'energia importata nell'anno 2009. Nel caso di specie, successivamente alla commissione dell'illecito e a procedimento sanzionatorio non ancora concluso, era intervenuta l'abrogazione della norma sulla base della quale era stata irrogata la sanzione amministrativa e la ricorrente lamentava, trattandosi di una sanzione di "natura penale", la mancata applicazione delle garanzie derivanti dal principio della retroattività della *lex mitior*. Il collegio riteneva infondata la censura in quanto la sanzione irrogata appariva, viceversa, sulla base degli indici specifici indicati dalla Corte di Giustizia dell'UE, non di natura penale e finalizzata in prevalenza a ripristinare l'ordine giuridico violato, tanto che l'importo finale della stessa era stato parametrato sul fatturato della ricorrente per l'anno 2011 ed in linea con il valore dei certificati verdi dovuti.

promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili, neppure può trascurarsi come la stessa abbia un carattere afflittivo, connesso all'esigenza di attribuire a tale penalità un livello minimo di efficacia deterrente, con la conseguente impossibilità di quantificarla in misura esattamente corrispondente al valore dei certificati verdi non acquistati³⁸.

Tenuta pertanto presente la duplice funzione della sanzione, in parte restitutoria e in parte afflittiva, la stessa, con riferimento alla parte ripristinatoria, non sarebbe assoggettabile allo statuto delle sanzioni penali; potrebbe esserlo, solo parzialmente, in relazione alla valenza afflittiva della sanzione, che si sostanzia in quella parte minima che supera il valore dei certificati verdi³⁹.

Va altresì rimarcato come le finalità di deterrenza non è detto possano identificarsi con la "punizione" in senso stretto, dato che in alcuni settori le norme servono pure ad indurre gli operatori a comportamenti virtuosi per evitare problemi di sostenibilità e di efficienza del sistema complessivo. In ogni caso, la tendenza a frazionare la sanzione in più parti e verificare, rispetto alle stesse singolarmente considerate, il rispetto dei criteri dettati dalla Corte EDU, se da un lato è più rispettosa della giurisprudenza di tale organo, dall'altra pone non pochi problemi in relazione alla scomposizione, che può risultare artificiosa e magari operata solo dopo, in sede giurisdizionale, di un fenomeno che nasce invece come unitario.⁴⁰

Un'altra tipologia sanzionatoria divenuta di notevole rilievo giurisprudenziale è quella relativa al servizio pubblico del dispacciamento dell'energia elettrica, la cui struttura e funzione è regolato dall'ARERA secondo la disciplina di cui alla Delibera n. 111/06 e ss.mm., attuativa degli articoli 3 e 5 del d.lgs. n. 79/1999⁴¹. L'ARERA, che

38 È stato rilevato che, anche a voler seguire questo indirizzo, la maggiorazione della sanzione, rispetto a quanto dovuto ai fini puramente ripristinatori, oltre ad essere giustificata da ragioni afflittive, sarebbe determinata, in parte, anche dall'esigenza di elidere gli effetti negativi che discendono dalla violazione dell'obbligo di acquisto dei certificati verdi, sia al fine di assicurare sostenibilità e reintegrazione del sistema complessivo, sia per ripristinare condizioni di parità tra tutti gli operatori privati, che dovrebbero operare in concorrenza fra loro anche sul mercato elettrico. Difatti tra i costi da reintegrare, oltre a quelli legati all'omesso acquisto dei certificati, vi sono anche quelli che il sistema ha dovuto sostenere. (Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 1° dicembre 2015, n. 5421 nonché ID., Sez. VI, n. 4487/2015; in senso parzialmente contrario, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 1951/18, *op. cit.* Successivamente il TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 20 ottobre 2020 n. 1994, in una fattispecie analoga, ha fatto proprio il citato orientamento del Consiglio di Stato).

39 TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 1951/18 *op. cit.* nonché A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni etc.*, *op. cit.*, pp. 15-16.

40 A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni etc.*, *op. cit.*, p. 16. Va pure rammentato che il G.S.E. (Gestore Servizio Elettrico), competente in materia di incentivi per le fonti da energia rinnovabili, controlla il rispetto della cd. quota d'obbligo in caso di violazioni e accerta l'eventuale mancato assolvimento da parte degli importatori o produttori di questo tipo di energia mediante atti di natura provvedimentoale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 9/2019).

41 Il dispacciamento di energia elettrica, legato all'attività di trasmissione, è quel servizio (esercitato da Terna s.p.a.) che ha come obiettivo la regolazione di flussi di energia elettrica sulla rete di trasmissione nazionale, affinché sia garantita continuità e sicurezza nella sua fornitura, evitando gli sprechi che conseguirebbero ad una superproduzione rispetto al consumo e i distacchi, ossia, i blackout che da sovra-consumo rispetto alla produzione. Se gli operatori non programmano correttamente gli acquisti, essi finiscono col provocare uno

ha il compito di dettare le regole del mercato dei servizi del dispacciamento (MSD), è intervenuta in alcune occasioni per sanzionare, attraverso provvedimenti di tipo prescrittivo/ripristinatorio, condotte opportunistiche tenute dagli operatori sull'MSD. I provvedimenti sanzionatori in questione consistono nel recupero a favore del gestore di rete (Terna s.p.a.) dei corrispettivi indebitamente percepiti⁴². Accanto all'adozione di atti prescrittivi, in alcuni casi si è anche proceduto ad avviare un parallelo procedimento in senso strettamente sanzionatorio, conclusosi con una ingiunzione di pagamento di un'ulteriore somma di denaro oltre a quanto previsto con la predetta prescrizione.

Alcuni aspetti rilevanti sono emersi dall'esame dei casi effettuato dalla giurisprudenza. In primo luogo, l'Autorità ha adottato una riforma della disciplina degli sbilanciamenti prevedendo, nella deliberazione n. 111/2006, un divieto generale di sbilanciamenti volontari a carico di tutti gli utenti del servizio di dispacciamento, secondo cui gli obblighi di immissione e prelievo previsti nei contratti stipulati con Terna devono essere intesi alla stregua di vincoli «comportanti anche l'impegno di non operare sbilanciamenti volontari». Gli utenti del dispacciamento delle unità fisiche di produzione e consumo sono tenuti a definire programmi di immissione e prelievo utilizzando le migliori stime in conformità ai

sbilanciamento sul mercato, così garantendo alle stesse un indebito vantaggio economico e causando costi in eccesso a carico del sistema complessivamente inteso. L'equilibrio costante fra domanda e offerta, secondo la giurisprudenza, si realizza con le seguenti modalità. Il gestore amministra il mercato del giorno prima (MGP): fino alle ore 12 della mattina precedente il giorno di consegna dell'energia, ossia del giorno in cui i consumatori ne avranno bisogno, ogni operatore ammesso al mercato propone l'acquisto o la vendita di partite di energia per ciascuna ora del giorno successivo. In termini astratti, il lavoro del gestore di rete potrebbe concludersi qui, nel momento in cui fra l'offerta, ossia l'energia che si prevede di produrre e vendere immettendola in rete il giorno dopo, e la domanda, cioè l'energia che il giorno dopo si prevede di comperare e consumare prelevandola dalla rete, vi fosse equilibrio. In termini concreti, però, ciò non avviene, perché fra i dati del MGP, basati su stime, e la produzione e il consumo reale, vi è fisiologicamente uno. Un primo meccanismo di correzione è rappresentato dal mercato infragiornaliero (MI), che si svolge dalla chiusura del MGP fino a tutto il giorno di consegna dell'energia, consentendo di scambiare ulteriori partite di energia per rimediare agli squilibri creatisi dopo le negoziazioni del MGP. A fronte, invece, degli squilibri ulteriori, il servizio di dispacciamento opera come stabilizzatore del sistema di ultima istanza. Il suo funzionamento può sintetizzarsi dicendo anzitutto che tutti gli operatori di mercato sono utenti del dispacciamento come tale e quindi sono tenuti a concludere con il gestore il relativo contratto di servizio, condizione necessaria per operare sul mercato elettrico. Si tratta, all'evidenza, di una norma volta a vincolare tutti gli operatori a fare quanto necessario per la stabilità del sistema, e quindi per la buona gestione del servizio elettrico in generale. L'utente del servizio dispacciamento così definito ha poi l'obbligo di presentare programmi vincolanti di immissione o di prelievo di energia nella rete, ovvero assume il diritto e insieme l'obbligo di prelevare o consegnare le corrispondenti quantità di energia elettrica: se tale obbligo è rispettato, ne risulta in via automatica la stabilità del sistema, perché domanda e offerta si equilibrano. Ciò, tuttavia, può non accadere: in tale ipotesi, per ciascun punto di dispacciamento, lo scostamento dal programma vincolante dà luogo al c.d. sbilanciamento effettivo.

42 Nel caso di specie infatti "l'ordine dato alla società appellante di pagare a Terna s.p.a. gli importi indebitamente trattenuti per effetto degli sbilanciamenti volontari – affinché siano (con le modalità che spetta allo stesso regolatore definire) riassegnati all'utenza finale – non costituisce una sanzione in senso stretto, avendo tale misura la finalità preminente di "restituire" al sistema delle contrattazioni le condizioni di funzionamento che il mercato avrebbe espresso ove non fosse stato perturbato dal comportamento opportunistico dell'utente" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4422/19, *op. cit.*).

principi di diligenza, prudenza, perizia e previdenza e da ciò consegue che se non ottemperano vengono sanzionati in quanto poco diligenti, sulla base del canone di comportamento di buona fede oggettiva⁴³.

Il profilo problematico preso in considerazione dalla giurisprudenza è rappresentato dalla potenziale violazione dei principi di determinatezza e tassatività delle previsioni, le quali ultime sono il presupposto per l’emanazione dei provvedimenti dell’Autorità in materia di dispacciamento. La risposta della giurisprudenza è stata quella di non ritenere sussistente la violazione di tali principi in quanto anzitutto le attività di acquisto e cessione di energia elettrica sui MGP (Mercati del giorno prima) e MI (Mercato Infragiornaliero) non possono essere predefinite rigidamente nelle modalità di svolgimento ed in secondo luogo perché i comportamenti sanzionabili non sono riconducibili a parametri fissi ma sono identificabili volta per volta sulla base delle effettive condizioni di mercato⁴⁴ e sono quindi per loro natura presidiati da concetti, quali quelli di diligenza, prudenza e perizia, necessariamente astratti e indeterminati. In tal senso si deve rilevare che il concetto di diligenza non è altro che l’opposto del concetto di colpa e costituisce lo strumento utilizzato in tutte le branche del diritto per creare un collegamento fra il comportamento e l’autore dell’illecito⁴⁵.

Una tale soluzione, tuttavia, può essere giustificata in ambito di attività ripristinatoria ma appare più difficilmente in linea con i precetti in materia di

43 Vedi art. 14.6 della delibera n. 111 del 2006 e ss.mm.ii. È la violazione di tale disposizione che costituisce la base normativa dell’instaurazione, da parte dell’Autorità, di un procedimento strettamente sanzionatorio (pecuniario) parallelo all’ordine di restituzione. Sul punto cfr. pure M. RICCI, *Abusi ed elusioni nei mercati all’ingrosso: inefficienze di sistema*, in *Giornate di Studio degli Affari Giuridici dell’Autorità di Regolazione per Energia Reti Ambiente. Nona Giornata- Condotte elusive e abusive nei mercati dell’energia Milano*, 29 ottobre 2018, pp. 1-3. L’Autore specifica l’obbligo di “programmazione diligente” “da sempre implicito nella regolazione del servizio di dispacciamento” divenuto più penetrante dalla seconda metà del 2017.

44 TAR Lombardia, Milano, Sez. II, sent. 21 settembre 2017, n.1839. In questo giudizio una società impugnava la deliberazione dell’allora AEEGSI n. 444 del 28 luglio 2016, con la quale erano stati fissati i nuovi criteri di determinazione dei prezzi dell’energia elettrica pagati o ricevuti dagli utenti del servizio di dispacciamento che abbiano effettuato sbilanciamenti, e cioè abbiano immesso in rete o prelevato dalla stessa una quantità di energia elettrica diversa da quella programmata.

45 La diligenza sarà ritenuta sussistente (con conseguente assenza di colpa) solo quando l’operatore nel concreto abbia prestato l’impegno che ci si può attendere da un operatore modello. V. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, sent. 25 febbraio 2019, n. 389. Il collegamento fra diligenza e colpa, in diritto civile, domina il tema dell’inadempimento come già rilevato da M. GIORGIANNI, *L’inadempimento – Corso di diritto civile*, Milano, 1975, pp. 269 e ss. secondo il quale “dal sistema della legge risulta che il creditore può pretendere dal debitore, di regola, solo lo sforzo che si traduce nella formula del “buon padre di famiglia”. La correlazione diligenza/colpa non indica poi necessariamente una situazione soggettiva del debitore; questo perché la diligenza comprende non solo lo “sforzo” che il debitore deve compiere ma anche la “perizia” ossia l’uso delle norme tecniche necessarie per quella determinata prestazione; parallelamente la colpa prescinde talora dal tradizionale riferimento all’assenza di applicazione e sforzo tendendo sempre più ad assumere un significato sempre meno soggettivo che fa riferimento non già allo sforzo ma alla perizia, come nella fattispecie di cui all’art. 2236 c.c. Anche in diritto penale il tema della correlazione tra dovere di diligenza e colpa è da sempre oggetto di studio (v. le pagine sul reato commissivo colposo di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale Parte Generale*, Bologna, 1989, pp. 402 e ss.).

responsabilità sanzionatoria di tipo penale. Un parametro così indeterminato come quello della diligenza in un settore - d'altronde - estremamente specialistico quale quello energetico potrebbe non essere completamente rispettoso della posizione degli operatori, i quali si troverebbero di fronte ad un quadro eccessivamente aleatorio. D'altro canto però fornire un'interpretazione che elimini la possibilità per l'Autorità di adottare provvedimenti di carattere prescrittivo come quelli di cui abbiamo parlato, sarebbe contrario al diritto dell'Unione, soprattutto delle direttive comunitarie (in particolare la direttiva 2019/944/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE), e alla funzione di costante controllo e verifica del mercato che le è affidata. Per concludere va pure ricordato che con la deliberazione 444/2016/R/eel l'Autorità ha comunque previsto una soglia massima di tolleranza degli sbilanciamenti - equivalente al 30% - entro la quale l'operatore non può essere chiamato a rispondere e pertanto non potrà neanche essere sanzionato.

Un secondo aspetto rilevante emerso nella giurisprudenza che si è occupata del dispacciamento è quello della potenziale violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto, punendo in via pecuniaria un comportamento già oggetto di provvedimenti di tipo prescrittivo, si starebbe sanzionando lo stesso comportamento due volte. La giurisprudenza ha respinto tale tesi sostenendo che, pur essendo stati posti alla loro base i medesimi elementi fattuali, il potere sanzionatorio e l'attività di natura prescrittiva perseguono finalità completamente diverse. L'insussistenza di una indebita duplicazione emerge, quindi, dalla diversa natura dei provvedimenti. L'atto prescrittivo è dunque estraneo alla materia sanzionatoria, infatti secondo la giurisprudenza della Corte EDU non possono essere ritenute di natura "penale" sanzioni aventi un carattere meramente risarcitorio o ripristinatorio⁴⁶, come quella adottata da ARERA, volta esclusivamente al riequilibrio economico di una vicenda alterata dal comportamento dell'operatore⁴⁷.

Merita, infine, attenzione l'attività svolta dall'ARERA con riguardo alla

46 Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° febbraio 2005, causa *Ziliberg contro Moldova*.

47 TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 febbraio 2019, n. 389, così commentata da A. DE VITA, in *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia*, op. cit., pp. 17-19, nonché TAR Milano, Sez. II, 20 agosto 2019 n. 1905. Di particolare rilevanza per la definizione dei confini fra sanzioni è la distinzione fra sanzioni amministrative punitive e ripristinatorie, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 7699/2019; le ripristinatorie, in forma specifica o per equivalente, mirano appunto a ripristinare l'interesse pubblico leso dal comportamento antiggiuridico mentre afflittive mirano a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale. C'è poi da dire negli ultimi anni la giurisprudenza v., ad es., (Corte cost. sent. n. 222/2019) si è occupata del rapporto fra divieto del *ne bis in idem* e cd. doppio binario sanzionatorio che consente la contestuale applicazione di due diverse sanzioni, penale e amministrativa, al termine di due distinti procedimenti, sempre però con riferimento al fatto illecito. Rileva al riguardo F. CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'attuazione del New Deal*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2020, pp. 8-11.

determinazione della tariffa idrica. Il servizio idrico corrisponde ad un monopolio naturale, ossia, ad un'attività che per le sue caratteristiche intrinseche non si presta ad essere gestita da più operatori in concorrenza fra loro; caratteristica del monopolio è poi la sua relativa inefficienza rispetto ai sistemi concorrenziali, nel senso che l'attività gestita da un privato in monopolio, rispetto ad una situazione di concorrenza, porta sul mercato un quantitativo inferiore di prodotto ad un prezzo superiore; la differenza fra il prezzo di monopolio e quello di concorrenza genera poi la ben nota rendita monopolistica, di cui l'operatore privato si appropria nei confronti della collettività dei propri clienti. Per rimediare a tale inefficienza sistemica, il nostro ordinamento segue un sistema ampiamente condiviso da buona parte degli economisti, ovvero configura il servizio idrico come servizio pubblico, gestito dall'autorità amministrativa, che, come tale, non riscuote profitti, ma si limita a recuperare i costi, eliminando il profitto di monopolio. Il ruolo dell'autorità pubblica in tal senso non è soltanto passivo, nel senso che essa non si limita a prender atto, se pure col solo intento di farli ripagare, dei costi esistenti, ma agisce positivamente, con l'intento di contenere i costi stessi, e i conseguenti prezzi per l'utenza, e di far recuperare produttività al sistema, non trascurando però i necessari investimenti. Sul piano tecnico-economico la regolazione tariffaria del servizio idrico integrato presenta significative peculiarità rispetto a quelle inerenti gas naturale ed elettricità, viceversa sotto il profilo legale le analogie nella disciplina da applicare appaiono largamente prevalenti rispetto alle varianti. Ciò vale anzitutto per il principio di fondo di tutta la regolazione tariffaria dell'Autorità: il principio di *cost reflectivity* o di *full cost recovery*, secondo cui le tariffe devono rispecchiare i costi di investimento e di esercizio del gestore, sempre che si tratti di costi efficienti. In realtà il principio in questione, sia pure variamente formulato, vale in linea di principio per tutti i servizi di interesse economico generale sottoposti a regolazione tariffaria ed è un corollario necessario del principio di economicità delle gestioni enunciato nella legge n. 481/1995, esplicitamente richiamato anche dalle norme relative ad elettricità e gas⁴⁸. L'ARERA infatti, ai sensi dell'art. 3 comma 1 lettera f) del D.P.C.M. 20 luglio 2012, è competente ad approvare le tariffe, proposte dai gestori dei servizi idrici, in conformità a meccanismi previsti da delibere emanate dalla stessa Autorità⁴⁹.

I soggetti gestori dei servizi idrici devono anzitutto inviare all'Autorità una serie di dati, dai quali ricavare i costi da ciascuno effettivamente sostenuti. Essi poi, entro la scadenza prevista, devono presentare all'Autorità una proposta tariffaria, ovvero

48 Su quanto esposto cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Le tariffe del servizio idrico integrato tra principi generali e norme settoriali*, in *Giornate di studio degli Affari Giuridici dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente*, Milano, 25 novembre 2019, pp. 2 ss.

49 In particolare le delibere nn. 347/12, 88/13 e 580/2019, quest'ultima recante approvazione del Metodo Tariffario Idrico (MTI-3) per il terzo periodo regolatorio 2020-2023, in continuità con le regole introdotte a partire dal 2012.

dichiarare quanto intendono far pagare il servizio. L'ARERA approva la tariffa se essa risulta coerente con le voci di costo preventivamente comunicate; in caso contrario, procede d'ufficio in conformità ai criteri dettati dalle delibere.

Ciò premesso, la giurisprudenza amministrativa appare divisa sul corretto procedimento da seguire: una parte di essa sostiene che esista "un'alternativa secca: o i dati forniti all'Autorità sono esaurienti, e allora questa è tenuta ad approvare la tariffa proposta; o i dati stessi esaurienti non sono, e allora l'Autorità procede a determinarla con i criteri ufficiosi fissati nei termini visti. Non si dà una terza possibilità intermedia, in cui l'Autorità non approva la tariffa, ma la determina essa stessa in base a criteri diversi da quello officioso in questione, quali che essi siano". Vi sarebbe dunque un errore di prospettiva in chi ritiene che l'Autorità avrebbe in generale funzione di determinare, e non semplicemente di approvare, le tariffe in parola⁵⁰. Un'altra parte della giurisprudenza ha, invece, valorizzato il dato normativo della delibera n. 88 del 2013 dell'Autorità la quale, all'art.4, dispone che, in sede di approvazione delle tariffe, l'Autorità "eventualmente provvede alla determinazione delle stesse sulla base delle informazioni disponibili, in un'ottica di tutela degli utenti"⁵¹.

Secondo il TAR, infatti, una volta ammesso che l'Autorità ha il potere di determinare d'ufficio la tariffa idrica (qualora non le vengano trasmessi i dati necessari per procedere all'approvazione ordinaria), si deve verificare secondo quali modalità vada effettuata la determinazione d'ufficio. In particolare, il Tribunale si è chiesto se la determinazione forfettaria della tariffa (mediante l'applicazione del cd. moltiplicatore *theta* 0,9) consegua automaticamente alla mancata trasmissione di uno qualsiasi dei dati e degli atti richiesti ai fini dell'approvazione in via ordinaria della tariffa. La risposta è stata che, quando l'Autorità procede alla determinazione d'ufficio della tariffa idrica, deve provvedervi in base alle informazioni disponibili, in modo tale che il metodo di approvazione forfettaria rappresenti una soluzione di *extrema ratio*, percorribile solo nel caso in cui i dati disponibili non consentano di ricostruire i costi sostenuti per l'erogazione del servizio. Tale impostazione, secondo il Tribunale, sarebbe più aderente ai principi generali sottesi alla materia tariffaria dato che, in base alla normativa statale e comunitaria, le tariffe devono essere funzionali alla copertura dei costi sostenuti ai fini dell'erogazione del servizio (principio del *full cost recovery*). Pertanto, la necessità di evitare comportamenti

50 Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2017, n. 5531. Nel caso di specie il gestore (che in primo grado aveva visto accogliere il proprio ricorso di fronte al TAR) aveva comunicato in un secondo tempo all'allora Aeeesi i dati necessari, in una sorta di sia pur tardivo ravvedimento operoso. Il gestore in primo grado aveva contestato il valore della tariffa approvato dall'Autorità calcolato con il *theta* officioso, lamentando che la stessa non fosse stata "determinata" sulla base dei dati reali in possesso dell'Autorità, seppur da lui tardivamente forniti. Sul punto cfr. A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni etc.*, op. cit., p. 19

51 TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 6 dicembre 2018, n. 345, riformata da Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2806.

opportunistici degli operatori può giustificare l'applicazione di un metodo di determinazione basato su indici forfettari solo quando le informazioni in possesso dell'ARERA siano insufficienti al rilevamento dei costi. Il potere di determinare d'ufficio la tariffa idrica, allora, poiché persegue una finalità di tutela degli utenti in funzione antiopportunistica, non riveste natura sanzionatoria ma è espressione di un potere regolatorio di portata generale e costituisce un rimedio che assicura la chiusura del sistema⁵². La struttura della misura adottata, in quanto orientata all'individuazione della tariffa possibilmente più aderente ai costi reali, espunge la determinazione d'ufficio della tariffa dall'area latamente sanzionatoria fino a farla refluire in quella regolatoria. In conclusione, è pacifico che, a seconda della classificazione dei poteri della Autorità come sanzionatori (latamente o strettamente intesi) o come regolatori, scaturiscano delle conseguenze diverse nella conduzione e nella qualificazione dei relativi procedimenti e provvedimenti finali⁵³.

Altra questione oggetto di indicazioni contrastanti da parte della giurisprudenza è se l'Autorità, laddove ritenga che la documentazione prodotta dal gestore sia insufficiente, debba o meno richiedere esplicitamente al medesimo la documentazione mancante. Il TAR Lombardia, al riguardo, si è espresso positivamente⁵⁴, mentre il Consiglio di Stato ha ritenuto che il gestore dovrebbe essere in grado di individuare i documenti da inviare a comprova dei suoi costi, non essendo necessario che l'Autorità si attivi per avviare un contraddittorio con il medesimo.⁵⁵ L'Autorità propende ovviamente per la seconda ipotesi poiché ciò implica ridurre significativamente gli oneri gravanti su di essa.

Parte della dottrina⁵⁶ propende per la soluzione data dal TAR Lombardia e ciò sul presupposto che non si vede come sia possibile ritenere che un regolatore indipendente possa essere esonerato dall'obbligo di indicare con precisione in relazione a quali carenze documentali la tariffa proposta dal gestore non può essere approvata, tanto più se si considerano le conseguenze rilevanti che provengono dalla determinazione d'ufficio della tariffa. Sarebbe così ragionevole attendersi che all'Autorità venga richiesto di instaurare quel contraddittorio procedimentale che il Consiglio di Stato, nella pronuncia prima citata, ha ritenuto non necessario, in tal

52 Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II nn. 1281/2019 e 854/2014 la quale richiama Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, in materia di tariffe del gas, nonché TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 23 settembre 2016, n. 1701. Sulla tariffa d'ufficio come *extrema ratio* vedi TAR Lombardia, Milano, Sez. II n. 1702/16. Sotto altro profilo, relativamente al fondamento regolatorio del potere di determinazione di ufficio cfr. Cons. Stato n. 3967/17.

53 A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia*, op. cit., p. 19-20.

54 TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 23 settembre 2016, n. 1702.

55 Vedi Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2017, n. 5522.

56 E. BRUTI LIBERATI, *Le tariffe del servizio idrico integrato*, op. cit., p. 6 e ss. nonché nota 14 che cita, sul punto dell'onere di legalità procedimentale rafforzata cui l'Autorità sarebbe tenuta nei procedimenti regolatori, in relazione al principio di partecipazione, dottrina e giurisprudenza amministrativa a sostegno di questa tesi.

modo contraddicendo la regola di cui all'art. 10 *bis* della legge 241/90, la cui logica è quella di consentire ai privati di interloquire in modo puntuale sulle ragioni che per la stessa ostano all'accoglimento di una istanza.

Conclusivamente sembra opportuno sottolineare come, dall'analisi proposta e con specifico riguardo all'attività dell'ARERA, emerga l'esigenza di una più precisa demarcazione dei confini fra sanzioni strettamente intese e sanzioni in senso lato, stante il frequente ricorso di un unico presupposto di fatto che allo stesso tempo va analizzato sia come illecito e sia come comportamento "deviante" rispetto agli interessi pubblici che le leggi e, più in generale, le norme di settore hanno in cura e tutelano. Sotto altro, distinto, ma pur sempre collegato, profilo viene in rilievo l'esigenza di una più netta demarcazione degli ambiti, rispettivamente, di esercizio del potere prescrittivo-ripristinatore e del potere regolatorio dell'Autorità. L'importanza dei settori e dei mercati ricompresi nel raggio d'azione dell'ARERA - energia, da fonti rinnovabili e non, risorse idriche ed ora anche i rifiuti - lo impone, poiché le sfide cruciali che attendono il nostro Paese e l'Unione Europea in questi ambiti strategici non possono essere affrontate col freno di problemi giuridico-amministrativi di elevata complessità che, come si è visto nelle pagine precedenti, trovano sovente soluzioni di derivazione esclusivamente giurisprudenziale amministrativa con opinioni discordanti nei due diversi gradi di giudizio. Di qui la necessità di norme e più in generale regole, anche da parte dell'Autorità, che guidino su binari più certi e sicuri l'attività sanzionatoria dell'Autorità nelle varie declinazioni in cui essa si articola e di cui si è fatto cenno.