

Pubblicato il 19/01/2021

**N. 00584/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 02779/2019 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2779 del 2019, proposto da Sinergas S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Anello, Marcello Macaluso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Arera - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 2888/2018, resa tra le parti, concernente Ricorso per l'annullamento del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, adottato con delibera n. 12/2018/S/GAS del 18 gennaio 2018, notificata a mezzo PEC in data 31 gennaio 2018, avente ad oggetto l'“irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria per violazioni in materia di pronto intervento gas”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arera - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2020 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino.

Nessuno udito per le parti. L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, Decreto Legge 28 del 30 aprile 2020 e dell'art. 25, comma 2, del Decreto Legge 137 del 28 ottobre 2020 attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. In data 14 febbraio 2013, l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (d'ora in avanti denominata soltanto "ARERA" o "Autorità"), al tempo, Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, aveva approvato, con delibera n. 59/2013/E/GAS, un programma di controlli, nei confronti di imprese distributrici di gas, mediante chiamate telefoniche al servizio di pronto intervento gas, al fine di verificare il corretto funzionamento dello stesso. All'esito di detti controlli, posti in essere dalla Guardia di Finanza, in data 1 ottobre 2013, l'Autorità aveva comunicato all'appellante lo svolgimento di accertamenti ispettivi presso la sede della società, prevedendo che gli stessi sarebbero stati effettuati in data 8 ottobre 2013. Con deliberazione del 13 marzo 2014, n. 102/2014/S/GAS, l'Autorità aveva notificato alla Sinergas s.r.l., in data 21 marzo 2014, l'avvio del procedimento istruttorio avente ad oggetto presunte violazioni in merito al servizio di pronto intervento gas, di cui all'art. 25, comma 1, lett. a), b) e g) della normativa sulla "*Regolazione della qualità dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009 -2012*" ("RQDG").

Le contestazioni in questione si erano appuntate: I) sulla violazione dell'art. 25, comma 1, lett. a), della RQDG, per la mancata disposizione di adeguate risorse umane, materiali e tecnologiche, per far fronte alle chiamate di pronto intervento; II) sulla violazione dell'art. 25, comma 1, lett. b), della RQDG, per l'assenza di recapiti di telefonia fissa dedicati esclusivamente al servizio di pronto intervento, con passaggio diretto ad un operatore di centralino di pronto intervento senza la necessità di comporre altri numeri telefonici; III) sulla violazione dell'art. 25, comma 1, lett. g), della RQDG, per l'assenza di strumenti tali da assicurare la registrazione delle chiamate pervenute ai recapiti



telefonici del pronto intervento. In conseguenza di ciò con il provvedimento del 13 marzo 2014, l'Autorità aveva deliberato, al punto 3): “*di fissare in 180 giorni, decorrenti dalla data di notifica del provvedimento, il termine di durata dell'istruttoria*” e, al successivo punto 4): “*di fissare in 90 giorni, decorrenti dal termine dell'istruttoria, il termine per l'adozione del provvedimento finale*”, così come, altresì, espressamente previsto ai sensi dell'art. 45, commi 5 e 6, d.lgs. n. 93 del 2011.

In data 26 febbraio 2015, l'Autorità, con altra deliberazione n. 71/2015/E/GAS, aveva approvato un nuovo ciclo di controlli presso le imprese distributrici di gas e, in seguito ad una verifica ispettiva effettuata nelle date del 29 e 30 settembre 2015, con la collaborazione del Nucleo Speciale per l'Energia e il Sistema Idrico della Guardia di Finanza, aveva comunicato all'originaria ricorrente l'avvio di un secondo procedimento per l'adozione di provvedimenti sanzionatori, adottato all'esito della riunione del 25 febbraio 2016, con deliberazione n. 64/2016/S/GAS.

Il nuovo procedimento aveva ad oggetto le seguenti contestazioni: I) violazione dell'art. 14, comma 1, lett. a), RQDG, per la mancata disposizione di adeguate risorse umane, materiali e tecnologiche, per far fronte alle chiamate di pronto intervento; II) violazione dell'art. 14, comma 1, lett. d), RQDG, per la mancanza di strumenti idonei ad assicurare la registrazione garantita delle chiamate di pronto intervento. Con il provvedimento n. 64/2016/S/GAS, l'Autorità aveva deliberato, al punto 7): “*di fissare in 180 giorni, decorrenti dalla data di notifica del provvedimento, il termine di durata dell'istruttoria*” e, al successivo punto 8): “*di fissare in 90 giorni, decorrenti dal termine dell'istruttoria, il termine per l'adozione del provvedimento finale*”, così come disposto dalla disciplina legislativa di cui all'art. 45, comma 5, del d.lgs. 93/2011, nonché dalla delibera n. 102/2014/S/GAS. In relazione a quest'ultimo procedimento l'Autorità aveva adottato una sanzione pecuniaria, il cui importo, ridotto ex art. 5, All. A, deliberazione n. 243/2012/E/com, veniva pagato dall'originaria ricorrente.

In relazione, invece, al precedente procedimento instaurato con delibera 102/2014/S/GAS, l'Autorità aveva trasmesso in data 31 gennaio 2018 la delibera 12/2018/S/GAS del 18 gennaio 2018, avente ad oggetto l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad Euro 20.000,00 (ventimila/00).

1.1. Con ricorso straordinario, ritualmente trasposto dinanzi al TAR per la Lombardia, l'odierna appellante invocava l'annullamento di quest'ultimo provvedimento sanzionatorio.

2. Il primo giudice respingeva il ricorso, esaminandone tutti i motivi. In particolare il TAR riteneva non sussistente: I) la violazione dell'art. 45 c. 5 e 6 del D.Lgs. n. 93/2011, atteso che il termine ivi previsto, non avente comunque carattere perentorio, non era quello relativo alla conclusione del procedimento sanzionatorio, quanto invece, quello previsto “*per la notifica degli estremi della*



*violazione agli interessati*”, e per la contestazione dell’illecito, che Arera aveva, pertanto, rispettato, sottolineando, altresì, che nella materia di che trattasi, il termine di conclusione del procedimento, anche se stabilito dalla stessa Arera, non aveva carattere perentorio, ma soltanto ordinatorio, in difetto di un’esplicita previsione legislativa, che espressamente correli al suo superamento un effetto decadenziale; II) la contraddittorietà dell’operato di Arera, che avrebbe irrogato la sanzione impugnata, pur avendo riconosciuto la cessazione della condotta contestata, come documentato dalla stessa ricorrente con nota del 5.5.2016, in cui quest’ultima aveva comprovato di essersi dotata, in data 29.4.2016, di un numero verde, dedicato esclusivamente al servizio di pronto intervento. Ciò in quanto risultava acclarato che, nell’arco temporale preso in esame dai controlli l’originaria ricorrente era risultata inadempiente agli obblighi previsti dall’art. 25 c. 1 lett. b) cit., avendo provveduto a dotarsi di un recapito telefonico con linea fissa dedicato esclusivamente al servizio di pronto intervento solo tardivamente, ed in particolare, successivamente all’avvio del procedimento sanzionatorio, ciò che non poteva che dare luogo all’adozione di una sanzione a suo carico; III) la contestazione inerente alla quantificazione della sanzione, stante quanto disposto dall’Allegato A dell’art. 31 della delibera n. 243 del 14.6.2012; IV) la violazione del principio del *ne bis idem*.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello l’originaria ricorrente che ne contesta le conclusioni, censurandone i capi sulla scorta delle seguenti argomentazioni: a) il TAR Lombardia avrebbe omesso qualsivoglia valutazione oggettiva sia in merito all’eccessiva durata del procedimento avviato con Delibera del 13 marzo 2014 n. 102/2014/S/GAS - protrattosi per 1.420 giorni (millequattrocentoventi giorni) – sia in merito alla evidente tardività con cui ARERA avrebbe irrogato la sanzione a conclusione del su indicato procedimento ex Delibera n. 12/2018/S/GAS del 18 gennaio 2018, notificato il 31 gennaio 2018.

Infatti, la violazione contestata all’Autorità sarebbe strettamente connessa alla violazione dei termini fissati dall’Autorità medesima ai sensi della propria Delibera del 13 marzo 2014 n. 102/2014/S/GAS, con cui quest’ultima, comunicando a Sinergas l’avvio del procedimento, avrebbe deliberato, autovincolandosi: i) al punto 3) di fissare in 180 giorni decorrenti dalla notifica del su indicato provvedimento il termine di durata dell’istruttoria; ii) al successivo punto 4) di fissare in 90 giorni, decorrenti dal termine dell’istruttoria, il termine per l’adozione del provvedimento finale, per un totale di 270 giorni (duecentosettanta giorni) esplicitamente fissati per la conclusione del procedimento sanzionatorio. Del resto la previsione di un termine per la conclusione dell’istruttoria e di un termine per la conclusione del procedimento sarebbe espressamente prevista dall’art. 4, comma 2, della Delibera n. 243/2012/E/com del 14 giugno 2012 ed i termini in questione avrebbero carattere perentorio. In ogni caso il provvedimento impugnato sarebbe lesivo dei principi e dei termini prescritti



in generale dall'art. 2 della l. 241/1990; b) il primo giudice avrebbe dovuto qualificare come illogico il comportamento tenuto dall'Autorità laddove quest'ultima, con Deliberazione n. 12/2018/S/GAS, avrebbe deciso di irrogare una sanzione amministrativa, pur ritenendo non più sussistenti i presupposti per l'adozione del provvedimento sanzionatorio medesimo, relativamente alla violazione di cui all'art. 25, comma 1, lett. a) e b), RQDG 2009-2012, in quanto la cessazione del detto comportamento sarebbe stata accertata a seguito della nota del 5 maggio 2016 trasmessa da Sinergas nel corso del secondo procedimento sanzionatorio su richiamato. In particolare, l'Autorità non avrebbe tenuto fede al dovere di protezione a tutela del diritto di difesa dell'appellante. Inoltre, il TAR avrebbe ritenuto che un privato possa essere sanzionato due volte per la medesima violazione, nonostante detta violazione fosse comunque cessata nelle more di entrambi i procedimenti considerati. Né le violazioni potrebbero ritenersi distinte, dal momento che l'impossibilità per Sinergas S.r.l. di attivare un servizio di registrazione delle chiamate pervenute ai recapiti telefonici di pronto intervento (violazione contestata con delibera del 13 marzo 2014) non avrebbe potuto che ritenersi assorbita dalla circostanza che quest'ultima non avesse in dotazione neanche un numero verde al quale far pervenire le stesse. Violazione quest'ultima già sanzionata con la Delibera n. 64/2016/S/GAS. Né risulterebbe convincente la tesi sostenuta dalla difesa erariale secondo la quale la sanzione relativa alla violazione di cui all'art. 25, comma 1, lett. g) RQDG 2009-2012, sarebbe punibile con la sanzione del 2018 anche quale sorta di "recidiva" rispetto alla violazione già sanzionata nel 2016 inerente alla lett. b). Inoltre, il provvedimento sanzionatorio non avrebbe in alcun modo preso in esame il ruolo di ENI s.p.a. che, in qualità di proprietaria della rete, fornirebbe tutti i prodotti relativi al suddetto servizio, tra i quali rientrerebbero per l'appunto i servizi di telefonia presso cui far pervenire le chiamate di pronto intervento. Da qui il difetto di competenza dell'appellante; III) il primo giudice avrebbe errato nell'applicare l'art. 31 della delibera n. 243 del 14.6.2012, perché non avrebbe preso in considerazione l'eccessivo lasso di tempo impiegato dall'Autorità medesima per concludere il procedimento. La regola ivi contenuta farebbe, infatti, riferimento al caso in cui l'Autorità sia rispettosa dei termini prescritti per l'adozione del provvedimento sanzionatorio finale. In ogni caso il provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità ed impugnato dall'odierna appellante, riporterebbe una quantificazione della sanzione del tutto arbitraria e priva di supporto istruttorio. L'Autorità, infatti, avrebbe quantificato la sanzione sulla base dell'intero fatturato dell'anno 2013, e non già sulla base dell'ultimo fatturato realizzato dall'esercente nello svolgimento delle attività afferenti alla violazione. L'Autorità avrebbe dovuto tenere conto del solo fatturato realizzato da Sinergas in relazione all'attività di aria propanata nella rete di Sarroch. Inoltre, l'Autorità avrebbe erroneamente affermato di aver applicato la percentuale



dello “0,012%” nell’erogazione della sanzione medesima, ma sulla base di un semplice calcolo risulterebbe invece che la percentuale applicata sarebbe pari all’1,2% del fatturato totale (difatti, se fosse stata applicata la percentuale dello 0,012%, la sanzione calcolata non sarebbe stata pari ad euro 20.000,00, bensì ad euro 197,44). L’Autorità, irrogando a gennaio 2018 l’illegittima sanzione impugnata, avrebbe dovuto quantomeno fare riferimento all’ultimo bilancio disponibile alla predetta data, ossia il bilancio relativo al 2016; IV) le argomentazioni del Giudice di prime cure non coglierebbero nel segno, nella parte in cui quest’ultimo avrebbe ommesso di considerare che il RQDG 2014-2019 non farebbe altro che aggiornare il RQDG 2009-2012 senza tipizzare nuove condotte, che infatti sono le medesime seppur contestate in differenti articoli di entrambi i Regolamenti: rispettivamente all’art. 14 e all’art. 25. Alla luce di ciò, sarebbe evidente che l’Autorità avrebbe violato il principio del *ne bis in idem*, in quanto l’odierna appellante sarebbe stata sanzionata due volte per le medesime violazioni, dal momento che con delibera del 13 marzo 2014, veniva avviato un procedimento sanzionatorio per violazione dell’art. 25, lett. a), b) e g) del RQDG 2009-2012 e, successivamente, senza concludere detto procedimento, l’Autorità aveva avviato un secondo procedimento ex Delibera 64/2016/S/GAS del 25 febbraio 2016, con cui venivano contestate le medesime condotte, disposte ai sensi dell’art. 14, comma 1, lett. a) e d) del RQDG 2014-2019.

4. Costituitasi in giudizio, l’Autorità di regolazione argomenta in ordine all’infondatezza dell’avverso gravame, precisando che: I) quanto alla pretesa illegittimità del provvedimento sanzionatorio impugnato per violazione del termine di conclusione del procedimento, sarebbe dimostrato l’avvenuto rispetto del termine di cui all’art. 45 comma 5 D.Lgs. 93/11 relativo alla notifica degli estremi della violazione e per altro verso il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento non sarebbe in grado di determinare *ipso facto* l’illegittimità della sanzione irrogata. Inoltre, dovrebbe darsi adeguato spazio alla complessità dell’istruttoria svolta dall’Autorità. Fase che non avrebbe visto l’appellante assumere un atteggiamento collaborativo; II) contrariamente a quanto sostenuto dall’appellante, solo la condotta posta in violazione della lettera b) sarebbe risultata cessata nelle more del procedimento sanzionatorio, in quanto la Società, con nota del 5 maggio 2016, avrebbe documentato di essersi dotata di un numero verde dedicato esclusivamente al servizio di pronto intervento. Inoltre, la cessazione della condotta illecita non avrebbe comportato il venir meno dell’offensività della condotta stessa sino a quel momento serbata, venendo solo meno i presupposti per l’adozione di un provvedimento inibitorio. Ancora, quanto alla contestata violazione dell’art. 25 lettera g), l’obbligo di “registrazione garantita” (art. 25, comma 1, lett. g, della RQDG) sarebbe cosa diversa dall’obbligo di “registrazione vocale” delle chiamate di pronto intervento (art. 25, comma 2, della RQDG, violazione infatti di per sé non contestata alla Sinergas), come si desumerebbe dalle



definizioni contenute nell'art. 1 della RQDG; III) quanto all'asserita duplicazione della pretesa sanzionatoria, la stessa sarebbe insussistente, atteso che i due provvedimenti sanzionatori si riferirebbero bensì alle medesime condotte illecite, ma relativamente a periodi temporali diversi durante i quali sarebbero state perpetrate, periodi distintamente considerati dall'Autorità nell'esercizio dei suoi poteri di accertamento e sanzionatori. In particolare, il provvedimento oggetto del presente giudizio si riferirebbe al periodo 2009-2012, mentre la deliberazione 64/2016/S/Gas si riferirebbe al periodo 2014-2019; IV) in relazione alla doglianza con la quale l'appellante contesta la quantificazione della pretesa sanzionatoria, perché, a suo dire, erroneamente parametrata sui dati del bilancio del 2013 benché esercitata nell'anno 2018. Si tratterebbe di censura non proposta con il ricorso di prime cure, ma solo con memoria ivi depositata, in quanto tale inammissibile, e nel merito comunque infondata alla luce del tenore testuale dell'art. 31 Del. 243 del 14.6.2012, recante *“Regolamento per la disciplina del procedimento sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni”*, laddove si individuerebbe il parametro di quantificazione della sanzione *“nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio”*, nella fattispecie, individuato nel bilancio 2013.

5. Nelle successive difese l'appellante insiste nelle proprie conclusioni, invocando l'accoglimento dell'appello.

6. Quanto alla prima delle doglianze prospettate con il gravame in esame, deve rilevarsi che la stessa riprende la censura contenuta nel ricorso straordinario, trasposto dinanzi al TAR per la Lombardia. Con il citato mezzo l'originaria ricorrente si doleva del fatto che: a) il provvedimento sanzionatorio, adottato dall'Autorità con delibera n. 12/2018/S/GAS, notificata il 31 gennaio 2018, sarebbe stato viziato dall'evidente ritardo nella comunicazione delle risultanze istruttorie relative al procedimento avviato con deliberazione n. 102/2014/S/GAS del 13 marzo 2014, in quanto comunicate solo in data 30 novembre 2017 a dispetto del termine fissato dalla stessa Autorità in 180 giorni dalla notifica di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 45, comma 5, d.lgs. n. 93 del 2011; b) lo stesso provvedimento impugnato sarebbe illegittimo a causa del ritardo con cui veniva notificato all'appellante, ossia in data 31 gennaio 2018 a fronte del termine di 90 giorni dalla scadenza del termine per la conclusione dell'istruttoria fissato dalla stessa Autorità (per un totale quindi di duecentosettanta giorni, quindi).

6.1. Tanto premesso in ordine alla portata del motivo che contribuisce a definire il *thema decidendi* del presente contenzioso e richiamata l'avversa motivazione spesa dal giudice di prime cure, riportata supra sub 2), è utile ricostruire il quadro normativo di riferimento desumibile dal testo dell'art. 45,



comma 5 e 6, d.lgs. n. 93 del 2011, nonché dalla deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com e dalla deliberazione del 13 marzo 2014, n. 102/2014/S/GAS, attuativa dei citati precetti normativi.

Secondo l'art. 45, comma 5 e 6, d.lgs. n. 93 del 2011: “5. *Ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas non si applica l'articolo 26 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Per i procedimenti medesimi, il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica, di cui all'articolo 14, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689, è di centottanta giorni.*

6. *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas disciplina, con proprio regolamento, nel rispetto della legislazione vigente in materia, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i procedimenti sanzionatori di sua competenza, in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. Il regolamento disciplina altresì le modalità procedurali per la valutazione degli impegni di cui al comma 3 del presente articolo, nonché, i casi in cui, con l'accordo dell'impresa destinataria dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio, possono essere adottate modalità procedurali semplificate di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie”.*

L'Autorità ha adottato il detto regolamento con deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com. La disciplina in questione chiarisce, tra l'altro, che: “...il decreto legislativo 93/11 prevede che l'Autorità disciplini il procedimento sanzionatorio in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie;

- *la disciplina dei procedimenti sanzionatori ha carattere speciale rispetto alla disciplina generale dei procedimenti individuali dell'Autorità dettata dal d.P.R 244/2001, nonché alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, di cui alla legge 689/81 e in materia di procedimento amministrativo, di cui alla legge 241/90;*

- *il decreto legislativo prevede che il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica, di cui all'art. 14, comma 2, della legge 689/81, sia di 180 giorni...”.*

In ragione di ciò la deliberazione generale, da un lato, prende atto che il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica è fissato dal comma 5 dell'art. 45, del d.lgs. n. 93 del 2011, che come visto prevede il termine di 180 giorni; dall'altro ritiene non opportuno fissare in via generale nel presente regolamento il termine massimo di conclusione del procedimento. Ciò in considerazione della eterogeneità delle violazioni, della

diversità degli elementi di volta in volta raccolti in fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della conseguente diversa complessità dei procedimenti sanzionatori volti ad accertare le violazioni; l'Autorità valuta, quindi, che la sede migliore per fissare il termine massimo di conclusione del procedimento sia la singola e specifica delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità. Nella premessa della delibera generale l'Autorità considera come ordinatori i termini del procedimento sanzionatorio.

Accade, dunque, nella fattispecie che la deliberazione del 13 marzo 2014, n. 102/2014/S/GAS, fissi in 180 giorni dalla notifica della deliberazione in questione il termine di durata dell'istruttoria e in 90 giorni da quest'ultimo il termine per l'adozione del provvedimento finale. Pertanto, il caso in esame è regolato da tre termini: I) 180 giorni per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica in omaggio a quanto disposto dall'art. 45, comma 5, d.lgs. 93/2011; II) ulteriori 180 giorni per il completamento dell'istruttoria ai sensi della deliberazione del 13 marzo 2014, n. 102/2014/S/GAS; III) ulteriori 90 giorni per l'adozione del provvedimento sanzionatorio ai sensi della deliberazione del 13 marzo 2014, n. 102/2014/S/GAS.

Il procedimento sanzionatorio si articola, quindi, in un fase preistruttoria in cui viene acquisito ogni elemento necessario ai fini di un eventuale avvio di procedimento sanzionatorio, anche attraverso accessi e ispezioni, richieste di informazioni e documenti, indagini conoscitive, reclami, istanze e segnalazioni. Al termine di questa prima fase l'Autorità decide se dare avvio ad un procedimento vero e proprio attraverso la notifica della delibera di avvio del procedimento indica gli elementi essenziali già acquisiti, il responsabile del procedimento, l'Ufficio presso il quale può prendersi visione degli atti del procedimento e i termini di conclusione dell'istruttoria e del procedimento (art. 4 della deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com). La detta notifica deve intervenire nei 180 giorni dall'accertamento dei presupposti per l'avvio del procedimento.

È evidente che la sussistenza degli elementi necessari per ritenere configurabile una condotta illecita è rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, non potendosi prevedere una casistica che a fronte dell'eterogeneità e complessità delle diverse ipotesi sclerotizzi detta scelta. Sicché, fatto salvo un sindacato di eccesso di potere sulla sua scelta, è l'Autorità a fissare il momento in cui ritiene compiuto il detto accertamento preliminare.

Il procedimento prosegue con lo svolgimento dell'istruttoria, il cui termine può essere motivatamente prorogato per una sola volta nel caso in cui gli sviluppi procedurali impongano una simile soluzione. In questa fase i soggetti interessati possono interloquire con l'amministrazione. Il procedimento, si conclude, quindi, con l'adozione del provvedimento finale.

Così ricostruita la disciplina pare evidente che il termine di 180 giorni abbia ad oggetto lo svolgimento dell'istruttoria e non la comunicazione delle sue risultanze, adempimento quest'ultimo previsto dall'art. 15 della deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, ma non accompagnato dalla previsione di un termine. Pertanto, il cuore della doglianza contenuta nel primo motivo dell'odierno gravame si appunta sulla violazione del termine di conclusione del procedimento, come fissato dalla stessa Autorità.

6.2. In fatto non può che rilevarsi che l'amministrazione appellata ha adottato il provvedimento sanzionatorio ben al di là (oltre i millequattrocento giorni) del complessivo termine di 270 giorni, indicato dalla stessa Autorità appellata quale termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, risultando sufficiente rilevare che l'avvio del procedimento è rappresentato dalla deliberazione del 13 marzo 2014, n. 102/2014/S/GAS, notificata in data 21 marzo 2014, e il provvedimento sanzionatorio è contenuto nella delibera 12/2018/S/GAS del 18 gennaio 2018, notificata il 31 gennaio 2018.

Pertanto, dalla qualificazione della natura giuridica del termine, se perentorio oppure ordinatorio, per l'adozione del provvedimento sanzionatorio finale, dipende la fondatezza o meno della censura in esame.

7. Com'è noto il modello delle Autorità amministrative indipendenti sul piano oggettivo-funzionale si connota per la titolarità di una funzione giurisdicente, che assomma in sé il potere di regolare e quello di decidere e si articola più in dettaglio, anche in relazione all'Autorità appellata, in compiti normativi, regolatori, di vigilanza, di controllo e monitoraggio, di accertamento, di risoluzione dei conflitti e sanzionatorio.

La particolare delicatezza del ruolo svolto dalle Autorità impone anche in ragione del deficit di legittimazione democratica che le connota, l'applicazione di regole rafforzate in termini di trasparenza e di partecipazione ai procedimenti di cui le stesse sono titolari. Quest'esigenza è particolarmente avvertita in relazione all'esercizio del potere sanzionatorio.

D'altra parte, la questione in generale è se la potestà sanzionatoria in tale materia sia sottoposta a decadenza o soltanto a prescrizione, essendo notoriamente diverso il fatto giuridico "*tempo*" nei due istituti.

Nella prescrizione il tempo è durata; l'inerzia che dura nel tempo funge da fatto tendenzialmente estintivo del diritto (*rectius*, sorge nella controparte il diritto potestativo di eccepirlo).

Nella decadenza, per una ragione anche di interesse pubblico superiore, il tempo è distanza: il potere va esercitato a non eccessiva distanza dai fatti che ne costituiscono il fondamento (per esempio, nei procedimenti disciplinari).

E' evidente, tuttavia, che, in senso contrario, il riferimento al termine lungo di prescrizione potrebbe essere inteso con riguardo al solo diritto di escutere la prestazione patrimoniale (e non alla potestà sanzionatoria in sé considerata), una volta che però essa già sia sorta sulla base dell'esercizio del potere sanzionatorio.

Il Collegio sul tema in questione – importante per la particolare afflittività della potestà sanzionatoria, essendo i procedimenti sanzionatori “micromodelli” di processi penali laddove l'ordinamento ritiene sufficiente restare all'interno dell'ordinamento amministrativo - ravvisa l'esistenza di orientamenti non univoci all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Contrasto, però, che non merita di essere sottoposto all'esame dell'Adunanza Plenaria, sia perché il contenzioso sui procedimenti sanzionatori dell'Autorità appellata è affidato per intero alla VI Sezione, sia perché il cambio di orientamento, che la presente pronuncia testimonia, allinea la giurisprudenza della Sezione a quella delle altre Sezioni in relazione al contenzioso sui procedimenti sanzionatori di altre Autorità.

Un esame dei precedenti giurisprudenziali consente di ravvisare la presenza di due orientamenti interpretativi di segno palesemente opposto.

7.1. Secondo una prima tesi, ad esempio Cons. Stato Sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 911: *“In tema di provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, va osservato come nessuna disposizione di legge stabilisca una perentorietà dei termini di conclusione del procedimento, di guisa che sarebbe arbitrario, in quanto sfornito di base di legge, sostenere che lo spirare del termine fissato da AEEG nell'avvio del procedimento determinerebbe ipso iure l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato”* (in senso conforme Cons. St., Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 6891; Id., 19 febbraio 2018, n. 1053; Id., 8 luglio 2015, n. 3401; analogamente in relazione al procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato Cons. St., Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Id., 4 luglio 2018, n. 4110; Id., 22 settembre 2015, n. 5253; analogamente sul procedimento sanzionatorio dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici cfr. Cons. St., Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 468).

Pertanto, il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, ove non diversamente previsto dalla legge, non sarebbe perentorio, ma soltanto ordinatorio. Tale conclusione è fondata sul rilievo che la perentorietà di un termine procedimentale, incidendo direttamente sulle situazioni degli interessati, potrebbe inferirsi soltanto da un'esplicita previsione legislativa, che espressamente correli al superamento di un dato termine un effetto decadenziale, di guisa che sarebbe arbitrario, in quanto sfornito di base legislativa, sostenere che lo spirare del termine fissato nell'avvio del procedimento determinerebbe ipso iure l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato.



Secondo tale prospettiva, il mancato rispetto dei termini, come tali fissati da regolamenti o da delibere generali dell’Autorità indipendente, avrebbero valenza soltanto ordinatoria, potendosi in tale caso dare rilievo soltanto a una “*lunghezza eccessiva*” del tempo impiegato, secondo il caso concreto.

Pertanto, il provvedimento intervenuto all’indomani dello spirare del termine di conclusione del procedimento non sarebbe illegittimo, purché intervenuto nel termine prescrizione di cinque anni previsto dall’art. 28 della legge n. 689 del 1981.

Questa tesi richiama un orientamento della Cassazione (cfr. ex plurimis, Cass. sez. lav., 17 giugno 2003 n. 9680) in tema di ordinanza-ingiunzione del prefetto ex art. 18, l. 690/1981, che faceva prevalere il termine prescrizione su quello procedimentale previsto dall’art. 2, l. 241/1990, ritenendo quest’ultimo troppo breve per assicurare il rispetto delle garanzie derivanti dal procedimento contenzioso che porta alla adozione della ordinanza-ingiunzione.

La disciplina in questione, così interpretata, dovrebbe ritenersi, in via generale, conforme alla Costituzione (v. sentenze Corte cost. 17 luglio 2002, n. 355, e 18 luglio 1997, n. 262), perché, anche se la decadenza dal potere sanzionatorio non si verifica, il privato non rimarrebbe senza difesa e, in particolare, non sarebbe esposto senza limiti di tempo alla possibilità di essere sanzionato, potendo esso per un verso attivare i rimedi processuali contro il silenzio, ed essendo, per altro verso, a norma dell’art. 28, comma 1, l. n. 689/1981 il diritto dell’amministrazione a riscuotere le somme dovute per le violazioni amministrative assoggettato al termine di prescrizione di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione (sicché, con riguardo a tale ultimo profilo, il privato sarebbe garantito anche se rimanga inerte). Inoltre, il carattere vincolato del provvedimento sanzionatorio sterilizzerebbe qualsivoglia efficacia caducante della violazione non influenzando sul diritto di difesa anche ai sensi di quanto disposto dall’art. 21-octies, l. 241/1990 (cfr. Cass. civ., Sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4, Id. 20 gennaio 2004, n. 1065; Cass. Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935).

7.2. In senso opposto si rinviene un filone giurisprudenziale, che esprime la seguente massima: “*In materia di sanzioni amministrative, il termine fissato per l’adozione del provvedimento finale ha natura perentoria, a prescindere da una espressa qualificazione in tali termini nella legge o nel regolamento che lo preveda*”.

Si tratta di un orientamento relativo in particolare al procedimento sanzionatorio della Banca d’Italia (Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Id., 6 agosto 2013 n. 4113; Id., 29 gennaio 2013 n. 542), al procedimento sanzionatorio del MISE ai sensi dell’art. 124 RDL n. 1933/1938 (Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3015); al procedimento sanzionatorio disciplinato dall’art. 8, 4° comma, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, inerente il termine di centottanta giorni per la conclusione del procedimento fissato dal regolamento unico dell’Avcp, oggi Anac, (cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289;

Cons. St. Sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695; Id., 3 maggio 2019, n. 2874); al procedimento sanzionatorio dell'IVASS, disciplinato dall'art. 5 comma 1, D.Lgs. n. 209 del 2005 (Cons. St., Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 2042); al procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni disciplinato dalla delibera Agcom n. 136/06 (Cons. St., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153).

Questo orientamento conclude per la natura perentoria del termine de quo, a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa dell'incolpato, avente come è noto protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.), oltre che per la esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive.

Ciò anche in quanto l'adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizione (cinque anni, in base all'art. 28 della legge n.689 del 1981), anziché nel rispetto del termine specificamente fissato per l'adozione dell'atto, equivarrebbe ad esporre l'incolpato ad un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa.

Gli argomenti a sostegno della tesi in esame sono i seguenti: a) la giurisprudenza del giudice ordinario formatasi in tema di sanzioni irrogate ai sensi della legge n. 689 del 1981 si sarebbe orientata nel senso di ritenere perentorio il termine fissato dall'art. 18 all'autorità competente per l'adozione della ordinanza-ingiunzione, dopo che le sezioni unite della Corte di Cassazione (27 aprile 2006, n. 9591) hanno rilevato il carattere perentorio o comunque la natura decadenziale del termine fissato all'autorità amministrativa per l'adozione del provvedimento sanzionatorio conclusivo; b) la particolarità del procedimento sanzionatorio assumerebbe carattere decisivo rispetto al generale paradigma del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990 (in cui è pacifico, per contro, che lo spirare del termine per provvedere non determina conseguenze invalidanti sul provvedimento tardivamente adottato), sicché in ragione del criterio di specialità e del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie la disciplina generale del procedimento avrebbe carattere recessivo; c) pur non essendo necessaria un'espressa previsione di perentorietà del termine per provvedere, resterebbe nondimeno necessario che la normativa che regola lo specifico procedimento sanzionatorio contenga una norma primaria che, prevedendo termini, la cui determinazione potrebbe essere specificata da atti regolamentari o puntuali, per l'avvio e la conduzione del procedimento, e per la sua conclusione in deroga alle previsioni generali della L. n. 689 del 1981, consenta la qualificazione dei termini come termini perentori; d) le sanzioni si distinguerebbero in sanzioni in senso lato e sanzioni in senso stretto. Le prime avrebbero una finalità ripristinatoria, in forma specifica o per equivalente, dell'interesse pubblico leso dal comportamento antiggiuridico; le seconde avrebbero

una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale. Le principali tipologie di sanzioni in senso stretto sarebbero pecuniarie, quando consistono nel pagamento di una somma di denaro, ovvero interdittive, quando impedirebbero l'esercizio di diritti o facoltà da parte del soggetto inadempiente. La disciplina generale delle sanzioni pecuniarie, modellata alla luce dei principi di matrice penalistica, è contenuta nella legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale).

Particolare ragionamento va svolto sulla base dei formanti giurisprudenziali sovranazionali in relazione alle sanzioni aventi natura afflittiva: se la sanzione ha natura afflittiva, la stessa dovrebbe essere sostanzialmente equiparata, ai fini della disciplina applicabile, ad una vera e propria sanzione penale.

La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale (o quasi penale) o meno di un illecito e della relativa sanzione.

In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: i) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza "intrinsecamente penale" della misura; ii) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) dal grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhin c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10; si veda, da ultimo, su questi tre criteri, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 26 marzo 2015, n. 1596, spec. par. 14).

Sempre a sostegno della natura perentoria del termine si aggiunga che: e) non si registrerebbe alcun contrasto con la posizione assunta dalle sezioni unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 20929 del 30 settembre 2009, poiché nel caso deciso dalle Sezioni Unite si trattava dell'osservanza del termine endoprocedimentale di centottanta giorni previsto dal regolamento Consob n. 12697 del 2 agosto 2006 per la formulazione della proposta sanzionatoria da parte della Consob al Ministero dell'economia (secondo la disciplina all'epoca vigente); f) non sarebbe utile il richiamo all'art. 21-octies, l. 241/1990, trattandosi nella fattispecie di un'attività di carattere discrezionale e non vincolato. I provvedimenti sanzionatori, infatti, sarebbero dotati di un tasso di discrezionalità coesistente alla loro natura, sia in ordine all'accertamento dei fatti ed alla loro qualificazione giuridica (per i quali sussiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione. Pertanto, non potrebbe operare la previsione contenuta nel comma 2 primo periodo del citato art. 21-octies.

8. Così ricostruiti gli orientamenti sul tema, sussistono ulteriori e decisivi argomenti a favore del secondo degli orientamenti esposti, che convince il Collegio ad andare in controtendenza rispetto alle precedenti pronunce della VI Sezione.

8.1. La circostanza che nei “*considerato*” (pag. 5) della deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, l’ARERA svolga la seguente considerazione: “*al di là della natura pacificamente ordinatoria dei termini dei procedimenti sanzionatori*”, non ha efficacia decisiva ai fini della soluzione della presente controversia.

Da un lato, infatti, non si è in presenza di locuzione avente valore normativo. Dall’altro, anche nel caso in cui l’ARERA avesse operato un’autoqualificazione del termine di conclusione del procedimento come ordinatorio, ciò non sottrarrebbe la detta operazione al sindacato di legittimità dell’odierno giudicante, trattandosi dell’esercizio del potere di autoorganizzazione che deve anche esso necessariamente svolgersi nel rispetto dei parametri legislativi e costituzionali.

8.2. L’affermazione secondo la quale la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento deve essere accompagnata da un’esplicita previsione legislativa in tal senso nella sua rigidità, da un lato, presuppone che il legislatore possa disporre in via esclusiva di valori di rilievo costituzionale o convenzionale al punto di rimetterla ad un’espressa previsione. Dall’altro, porterebbe a concludere che anche qualora il legislatore costruisca una disciplina che premia la necessità del rispetto del termine di conclusione del procedimento in termini di normazione sostanziale, la mancanza di una locuzione esplicita ponga nel nulla l’impianto complessivo della disciplina. Infine, vedrebbe sminuito il ruolo dell’interprete, avallando un approccio esegetico, cieco rispetto all’imperante pluralismo normativo delle fonti nazionali e sovranazionali. È noto, infatti, al contrario come la ricerca di un non semplice equilibrio tra le fonti multilivello in ogni campo dell’amministrazione ha accresciuto, e non diminuito, l’importanza del momento interpretativo.

In una parola, non è escluso che la esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività.

Né rileva in materia il dettato dell’art. 2, l. 241/1990, norma di chiusura che prevede al comma 2 un termine di carattere generale pari a 30 giorni per la conclusione del procedimento. E ciò anche in ragione di quanto disposto dal successivo comma 5, secondo il quale: “*Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza*”. In conformità a quest’ultimo principio, infatti, il comma 6 dell’art. 45, d.lgs. 93/2011 demanda ad un



regolamento dell'Autorità appellata la disciplina dei procedimenti sanzionatori di propria competenza. Ossia la deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, che come spiegato sopra prevede che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio sia fissato di volta in volta dall'Autorità stessa in ragione della complessità della fattispecie.

Del pari, risulta assente a livello sostanziale una norma di carattere generale quale quella contenuta nel comma 2 dell'art. 152 c.p.c., secondo il quale: *“I termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori”*. Quest'ultimo precetto non può, infatti, che trovare applicazione in ambito processuale.

8.3. Il riferimento all'art. 28 della l. 689/1981 non convince, dal momento che sovrappone archetipi normativi affatto dissimili, ossia quello della legge generale sulle sanzioni amministrative con quello della disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'ARERA, che riguarda l'esercizio di un potere di natura discrezionale.

Le differenze tra i due modelli, a ben vedere, sono plurime: a) la natura del potere esercitato; b) la tipologia di accertamento della violazione, che nel paradigma di riferimento per la l. 689/1981 ha carattere di immediatezza, quindi, di regola non prevede un accertamento a contraddittorio differito, ma un accertamento immediato ed in via eccezionale una contestazione se non contestuale, differita; c) il termine prescrizione quinquennale di cui al citato art. 28, ben può essere recuperato anche con riferimento alla disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'ARERA, potendosi distinguere tra termine decadenziale di conclusione del procedimento sanzionatorio entro il quale emettere il provvedimento sanzionatorio e determinare la sanzione pecuniaria e termine prescrizione, quello appunto di cui all'art. 28, entro il quale riscuotere le dette somme.

Del resto merita di essere rammentato quanto dispone l'art. 2964 c.c., che distingue il regime giuridico della decadenza e della prescrizione, chiarendo che le norme relative all'interruzione e alla sospensione della prescrizione non si applicano all'istituto della decadenza, rimettendo, però, alle singole discipline l'individuazione dei casi di prescrizione e di decadenza.

8.4. Il riferimento alle pronunce della Corte costituzionale (Corte cost. 17 luglio 2002, n. 355, e 18 luglio 1997, n. 262) è impreciso e fonda su di una premessa erronea. Le sentenze in questione, infatti, ribadiscono il carattere di norma di chiusura dell'art. 2, l. 241/1990, che fissa il termine di trenta giorni per la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso, affermando che l'inutile spirare dello stesso non comporta decadenza dall'esercizio del potere, ma connota in termini di illegittimità il comportamento dell'amministrazione.

Ciò legittima gli interessati ad insorgere a tutela della propria posizione soggettiva anche con lo strumento del risarcimento del danno (oltre che per la rimozione della inerzia).

Com'è chiaro le sentenze in questione anche per le fattispecie in concreto trattate (mancata adozione di un piano territoriale; approvazione definitiva degli elenchi dei beni sottoposti a vincolo paesistico, in presenza di una compilazione provvisoria, che com'è noto ha natura ricognitiva delle qualità del bene) non riguardano in alcun modo l'esercizio della potestà sanzionatoria.

La premessa erronea su cui tale tesi si fonda è il ritenere che il tempo dell'azione amministrativa sia uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato.

Questa conclusione non merita di essere condivisa, atteso che il tempo dell'agire amministrativo nel suo valore intrinseco va declinato non in termini assoluti ma in termini relativi, mentre deve essere declinato in termini assoluti solo quando si rifletta sul suo valore estrinseco, ossia sulla sua rilevanza effettuale.

Il tempo dell'azione amministrativa, infatti, rappresenta una parentesi all'interno della quale la potestà amministrativa spiega efficacia attrattiva sulla sfera giuridica dell'amministrato.

La relazione che può generarsi è chiaramente poliforme e dipende dalla trama normativa di riferimento, nonché dagli interessi sostanziali in gioco.

Pertanto, sia la potestà amministrativa che la posizione giuridica soggettiva dell'amministrato possono comporsi in modo differente.

Ciò ha condotto a elencare all'interno della stessa nozione di interesse legittimo, distinte classificazioni, così enucleate: a) interessi legittimi oppositivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ablatorio; b) interessi legittimi pretensivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ampliativo; c) interessi legittimi rivali, in capo ai partecipanti ad una procedura selettiva di natura concorsuale o competitiva; d) interessi legittimi ostili, configurabili in capo a coloro che sono terzi rispetto all'esercizio (pregiudizievole nei loro confronti) di un potere ampliativo; e) interessi legittimi alla legalità, da riconoscere in capo ai terzi pregiudicati dall'esercizio di un potere ad efficacia plurisoggettiva (o, se si preferisce, plurioffensiva); f) interessi legittimi dipendenti, intestati in capo a chi si trova in un rapporto di « dipendenza » con il titolare di uno dei precedenti tipi di interessi legittimi.

La esemplificazione di una pluralità di figure di interesse legittimo evidenzia la presenza di un diverso atteggiarsi della potestà pubblica, che a sua volta impone la presenza di regole sostanziali differenti nel delineare facoltà e obblighi dell'amministrazione e dell'amministrato.

Accettando questa visione, risulta insostenibile affermare il carattere assoluto nel suo valore intrinseco del tempo dell'agire amministrativo.

Così nell'ipotesi in esame la previsione di un tempo procedimentale, la cui determinazione è rimessa all'amministrazione in ragione del singolo caso concreto, è difficile ritenere non debba garantire che il tempo dell'accertamento della violazione sia ravvicinato rispetto a quello della sua punizione.

A quanto appena sopra osservato, deve aggiungersi che il processo sanzionatorio (quasi penale) è di per sé una pena, e per cittadini e imprese i tempi moderni esigono certezze dei rapporti giuridici, per ulteriori plurime ragioni: a) la possibilità dell'amministrazione di provare la sussistenza della violazione si deteriora con il decorso del tempo; b) la possibilità per l'amministrato di offrire la prova contraria soffre la stessa sorte; c) l'effetto dissuasivo di prevenzione speciale è assicurato dall'esistenza di un lasso temporale ristretto tra contestazione della violazione e adozione del provvedimento sanzionatorio; d) lo stesso dicasi per l'effetto dissuasivo di prevenzione generale; e) in generale, il tempo ha la sua rilevanza come fatto giuridico e, in materia sanzionatoria, alla lunga, esso cancella ogni cosa.

Il tempo dell'agire amministrativo sostiene nell'ipotesi del potere sanzionatorio dell'ARERA il soddisfacimento di interessi che sono ulteriori rispetto al mero rilievo dell'avvenuta infrazione.

Ciò si coglie in modo chiaro anche dal considerando 34 della direttiva n. 2009/73/CE attuata dal d.lgs. 93/2011, secondo il quale: *“Qualsiasi armonizzazione dei poteri delle autorità nazionali di regolamentazione dovrebbe comprendere i poteri di fornire incentivi alle imprese di gas naturale e di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive a tali imprese...”*.

È evidente che il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale, poiché se l'irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo.

Risulta ragionevole, pertanto, affermare che in questo caso l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio.

8.4.1. Una simile conclusione è avvalorata anche se si considera il tempo dell'agire dell'amministrazione per la sua valenza estrinseca e le implicazioni che ne derivano a livello processuale.

Il tempo dell'agire dell'amministrazione per la sua valenza estrinseca ha carattere assoluto, come il tempo dell'agire umano, sottratto alle leggi della fisica quantistica, e scorre in una sola direzione.

Il processo amministrativo da sempre utilizza delle finzioni giuridiche per contrastare questa verità. Così la pronuncia costitutiva di annullamento del provvedimento compressivo della sfera giuridica del privato comporta, attraverso una qualificazione giuridica negativa, la rimozione *ex tunc* degli effetti del provvedimento stesso.



Ma una simile *fictio* non può spingersi sino al punto da restituire all'amministrato il tempo trascorso del procedimento, ossia "*quel tempo*" sprecato dall'amministrazione. Come l'annullamento del provvedimento di diniego può assegnare all'amministrato un "*altro tempo*" utile per vedere soddisfatto il suo interesse, così l'annullamento di un provvedimento sanzionatorio non può riportare indietro le lancette dell'orologio, restituendo all'amministrato "*quel tempo*" male utilizzato dall'amministrazione. In definitiva, il tempo dell'amministrazione è nel suo valore intrinseco relativo e nel suo valore estrinseco assoluto.

8.5. Quanto ai mezzi di tutela giurisdizionale a valle del decorso del termine del procedimento, è piuttosto dubbio che l'esercizio dell'azione ai sensi dell'art. 31 c.p.a. sia sorretto da un valido interesse del ricorrente.

Nel procedimento sanzionatorio l'interesse dell'amministrato è quello di non essere sanzionato, ovvero è quello che il procedimento si concluda tempestivamente con un provvedimento a lui favorevole.

Pertanto, il predicare che il soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio abbia interesse a veder concluso il procedimento in qualsivoglia modo una volta sia decorso il termine ultimo per provvedere, sembra evocare una nozione di interesse legittimo inteso come interesse alla legittimità formale dell'azione amministrativa rispetto alla quale l'interesse del privato è solo occasionalmente protetto. Al contrario, una visione contemporanea della nozione di interesse legittimo aprirebbe al più la strada ad un'azione atipica di accertamento dell'inutile decorso del termine per adottare il provvedimento sanzionatorio con ciò che ne consegue, ad esempio, in termini di venir meno delle misure cautelari medio tempore adottate dall'amministrazione precedente e di azione risarcitoria spiegata per i danni derivati dalla sottoposizione a procedimento per il rischio di subire un provvedimento sanzionatorio (si pensi al danno reputazionale societario).

8.6. Altra riflessione va svolta in relazione al binomio: regole di validità e regole di comportamento (sulla cui distinzione Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725), per comprendere se la regola che stabilisce il termine entro il quale deve essere adottato il provvedimento sanzionatorio vada ricondotta nel primo o nel secondo gruppo.

La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento si sviluppa nel diritto civile in relazione all'interpretazione dell'art. 1337 c.c. e dell'oscillazione tra il rimedio risarcitorio di cui al successivo art. 1338 c.c. e il rimedio invalidante sub specie di annullamento per vizio del consenso. Già all'interno della riflessione civilistica la relazione tra le dette regole è stata apprezzata non in termini di alternatività in astratto ovvero di non interferenza, quanto di verifica in concreto della portata della violazione del precetto di buona fede, ritenendosi che quest'ultima potesse essere limitata al fatto

ovvero avere forza penetrante tale da colorare di antigiusdizionalità il regolamento contrattuale con ciò che ne consegue in termini di accesso alla tutela rimediabile di annullamento nei casi previsti dalla legge o di nullità.

La trasposizione delle nozioni in questione nell'ambito del diritto amministrativo comporta una minore difficoltà, atteso che il legislatore ha da sempre ammesso il rimedio generale dell'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere, figure all'interno delle quali può essere pacificamente ricondotta la violazione di quelle regole comportamentali, che scandiscono l'agire dell'amministrazione.

Il ragionamento nel diritto amministrativo è, se vogliamo, rovesciato, nel senso che un atto amministrativo si presenta in genere come illegittimo e meritevole di annullamento per violazione delle regole di condotta dell'amministrazione, ossia dei principi generali che ne ispirano l'operare, ivi incluso il principio di buona fede.

Quest'ultimo del resto ai sensi del comma 2-bis dell'art. 1, l. 241/1990, introdotto dal d.l. 76/2020, deve improntare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, unitamente al dovere di collaborazione. In via residuale il provvedimento amministrativo può essere legittimo, nonostante l'amministrazione abbia violato delle regole di comportamento e ciò, però, può generare un danno illecito che deve essere rimediato per equivalente.

L'ipotesi tipica è quella del danno da ritardo per provvedimento amministrativo favorevole.

Si tratta sempre di un esercizio illegittimo della discrezionalità amministrativa, ma che non prevede per il suo destinatario una tutela giurisdizionale che passa per la caducazione del provvedimento.

Questa conclusione potrebbe portare anche ad un ripensamento di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria n. 2/2018, secondo la quale la buona fede sarebbe una regola di diritto privato, che ha ad oggetto il comportamento e genera sempre soltanto una responsabilità per la condotta tenuta.

Il legislatore con la novella del 2020 ha, infatti, inteso colmare espressamente l'assenza del riferimento alla buona fede nella disciplina generale sul procedimento, sicché l'agire pubblicistico dell'amministrazione risulta interamente normato da regole di diritto pubblico, che scandiscono a tutto tondo la relazione tra potestà e interesse legittimo.

Cade, quindi, per la relazione pubblicistica tra amministrazione e amministrato, la necessaria qualificazione: regole di condotta di diritto privato e regole di validità di diritto pubblico, il che dovrebbe condurre anche ad un ripensamento sulla correttezza dell'orientamento della Suprema Corte in tema di giurisdizione sulle controversie in tema di responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela (cfr. Cass. civ., sez.



un., ordinanze “gemelle” 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586).

Non a caso dunque la violazione del termine di conclusione del procedimento e dell'affidamento ingenerato nel privato viene indicata quale una ipotesi tipica di violazione di una regola di comportamento piuttosto che di una violazione di una regola di validità.

Senonché, specie nel diritto amministrativo non risulta corretta l'individuazione a priori di regole di validità e regole di comportamento all'interno della relazione tra potestà dell'amministrazione e interesse legittimo dell'amministrato, giacché il mancato rispetto della regola non è in grado di descrivere in se la lesione generata ed il rimedio appropriato per fronteggiarla. Emblematica è l'ipotesi della violazione della regola che fissa il termine finale per adottare il provvedimento sanzionatorio pecuniario. In questo caso per le ragioni sopra esposte, la regola si presenta come regola di validità e la lesione è rimediabile solo attraverso la caducazione dell'atto.

Del resto anche sotto il profilo rimediale non avrebbe alcun senso ritenere che l'amministrato possa invocare la sola tutela risarcitoria, riducendo la relazione giuridica con l'Autorità ad un rapporto reciproco di dare/avere, ossia di sanzione pecuniaria versus risarcimento del danno.

L'impostazione chiovendiana del processo, che ha oramai permeato il giudizio amministrativo, impone, infatti, di assicurare al ricorrente la tutela effettiva che può in concreto ottenere in termini di eliminazione della lesione subita piuttosto che in termini di pallida vittoria, che da un lato non ripristina la sfera giuridica del ricorrente; dall'altro non consente di orientare efficacemente per il futuro l'agire dell'amministrazione.

8.7. Un'ultima riflessione deve essere riservata al ruolo svolto dall'art. 6 CEDU in relazione al procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti all'indomani della pronuncia della Corte europea diritti dell'uomo Sez. II, 04 marzo 2014, n. 18640 (caso Grande Stevens contro Italia).

La riflessione si rende necessaria dal momento che la sanzione oggetto del presente giudizio risulta soddisfare i cd. criteri Engel (Corte europea diritti dell'uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel and Others v. the Netherlands), trattandosi di un provvedimento che ha natura afflittivo-deterrente, come spiegato sopra, e che può colpire la generalità dei soggetti sottoposti al potere sanzionatorio dell'Autorità e che si caratterizza per la sua severità.

La sanzione pecuniaria, infatti, ai sensi dell'art. 31 Del. 243 del 14.6.2012 recante “*Regolamento per la disciplina del procedimento sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni*” trova il parametro di quantificazione della sanzione “*nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio*”.

Quanto all'operatività delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU con riferimento ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti deve segnalarsi l'orientamento della Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4; Id. n. 4725/2016), secondo il quale: *“in materia di irrogazione di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano, alla stregua dei criteri della Corte EDU, natura sostanzialmente penale - gli Stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica di tale Convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 della Convenzione. Nel secondo caso, non può ritenersi che il procedimento amministrativo sia illegittimo, in relazione ai parametri fissati dall'art. 6 della Convenzione, e che la successiva fase giurisdizionale determini una sorta di sanatoria di tale originaria illegittimità, al contrario, il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione, risulta ab origine conforme alle prescrizioni di detto articolo, proprio perché è destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo”*.

La tesi della Cassazione che esclude la presenza di un contrasto tra la norma convenzionale e il procedimento amministrativo sanzionatorio viene in rilievo nella fattispecie in relazione alla verifica del rispetto del principio convenzionale che impone che la decisione pervenga entro un termine ragionevole.

Tanto premesso il ragionamento della Cassazione non convince, atteso che la circostanza che il successivo processo amministrativo si svolga secondo un modello pienamente aderente ai dettami dell'art. 6 CEDU non consente di recuperare il tempo del procedimento sanzionatorio inutilmente decorso, sicché risulta difficile sostenere che il termine ragionevole non rispettato all'interno di quest'ultimo possa essere sanato da quello ragionevole entro il quale può svolgersi il giudizio amministrativo.

Ciò porta, quindi, ad interrogarsi sulle conseguenze del fatto che l'appellante sia rimasto a lungo, ben al di là del termine fissato dalla stessa ARERA, sottoposto a procedimento sanzionatorio.

In ragione di ciò non sembra utile invocare il carattere complesso della vicenda, anche se va rilevato che il meccanismo normativo prevede che sia la stessa Autorità a stabilire di quanto tempo abbia bisogno per pervenire ad una decisione definitiva, potendosi altresì prevedere anche normativamente esigenze di prolungamento giustificato della istruttoria.



In definitiva, se la questione della natura perentoria o meno dei termini per la conclusione dei procedimenti sanzionatori si può ritenere relativamente di semplice definizione, ciò che va anche considerato è che è inaccettabile la oscillazione di comportamenti, in un campo così delicato per operatori economici, imprese e cittadini e in presenza della sempre più pressante domanda del bene giuridico della certezza del diritto.

9. Tanto premesso, deve ritenersi che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall'Autorità appellata ha natura perentoria, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso.

10. L'appello, pertanto, deve essere accolto, restando assorbiti gli ulteriori motivi, in relazione al cui esame non residua alcun interesse in capo alla società appellante. Di conseguenza merita riforma l'impugnata sentenza, dovendo essere accolto il ricorso di prime cure.

11. La novità e complessità delle questioni affrontate giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, adottato con delibera n. 12/2018/S/GAS del 18 gennaio 2018.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del giorno 26 novembre 2020 e del giorno 12 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Luigi Massimiliano Tarantino**

**IL PRESIDENTE**

**Sergio De Felice**



IL SEGRETARIO