

2021  
n. 2  
Vol. IX

**P.A.**  
**Persona e Amministrazione**

*Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*  
*Legal Research on Public Administration and Economics*

ISSN 2610-9050



1506  
UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI URBINO  
CARLO BO

FABIO G. ANGELINI

Professore straordinario di diritto amministrativo

nella Facoltà di Ingegneria dell'Università Telematica Internazionale Uninettuno

f.angelini@uninettunouniversity.net

## **GIUDICE AMMINISTRATIVO E REGOLAZIONE DEL SETTORE DELL'ENERGIA**

### **ADMINISTRATIVE JUDGE AND REGULATION OF THE ENERGY INDUSTRY**

#### SINTESI

Il presente lavoro si inserisce nell'ampio dibattito sul sindacato sulla discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti con l'obiettivo di porre in luce come l'intensità del controllo giurisdizionale – con particolare riferimento alla funzione regolatoria dell'ARERA in relazione al settore dell'energia – risulti fortemente influenzata dal suo diverso atteggiarsi in funzione della struttura del potere in concreto esercitato e, dunque, della sua inerenza o meno alle scelte concernenti la definizione dell'assetto degli interessi in gioco. Esso si propone di indagare il rapporto tra giurisdizione e poteri di regolazione a partire dall'idea dell'esistenza di una tensione tra forza del potere e forza della ragione, rispetto alla quale proprio il controllo giurisdizionale svolge un ruolo essenziale al fine di permettere all'argomentazione razionale di svolgere appieno la propria funzione di riconoscimento, incidendo dunque sulla legalità sostanziale dell'azione amministrativa. L'indagine si sviluppa perciò a partire dall'analisi dei poteri dell'ARERA e della natura delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai destinatari della regolazione nel settore dell'energia e si concentra sulla ricostruzione dei principali indirizzi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine al sindacato sulla discrezionalità tecnica con l'obiettivo di delineare, sulla base delle recenti pronunce rese dal giudice amministrativo nell'ambito delle controversie sui poteri regolatori, prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA, i possibili spazi per un sindacato pieno di maggiore attendibilità.

ABSTRACT

The work is part of the broad debate on the trade union on the technical discretion of the independent authorities with the aim of highlighting how the intensity of the judicial control - with particular reference to the regulatory function of ARERA in relation to the energy sector - is strongly influenced by the different attitude of technical discretion in function of the structure of power actually exercised and, therefore, of its inherence or otherwise in the choices concerning the definition of the structure of the interests at stake. It aims to investigate the relationship between jurisdiction and regulatory powers starting from the idea of the existence of a tension between the force of power and the force of reason, with respect to which judicial control plays an essential role in order to allow rational argumentation to fully perform its function of recognition, thus affecting the substantial legality of administrative action. The survey therefore develops starting from the analysis of the powers of the ARERA and the nature of the subjective legal situations claimed by the recipients of regulation in the energy sector and focuses on the reconstruction of the main guidelines developed by the doctrine and jurisprudence regarding review on technical discretion with the aim of outlining, on the basis of the recent rulings made by the administrative judge in the context of disputes on the regulatory, prescriptive and sanctioning powers of ARERA, the possible spaces for a union full of greater reliability.

PAROLE CHIAVE: ARERA – Regolazione – Energia – Sindacato di piena giurisdizione – Discrezionalità tecnica

KEYWORDS: ARERA – Regulation – Energy – Full jurisdiction – Technical discretion

INDICE: 1. Premessa. – 2. La regolazione del settore dell'energia e i poteri dell'ARERA. – 3. Situazioni giuridiche soggettive e riparto di giurisdizione. – 4. Discrezionalità, merito amministrativo e interpretazione. Le implicazioni sul piano dei limiti esterni di giurisdizione e del principio di separazione dei poteri. – 5. Le peculiarità dei poteri prescrittivi e sanzionatori: l'accertamento tecnico come presupposto (non risultato) dell'esercizio del potere. – 6. Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: uno sguardo d'insieme. – 7. La regolazione del settore dell'energia al vaglio del giudice amministrativo: breve itinerario giurisprudenziale sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA. – 8. Un sindacato a "intensità variabile" sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA? – 8.1. La verifica dei fatti posti a fondamento degli atti dell'ARERA quale fulcro del sindacato del giudice amministrativo. – 8.2. Un giudizio di ragionevolezza tecnica: il sindacato (non sostitutivo) di attendibilità tecnica e il limite dell'opinabilità. – 8.3. I residui spazi per un sindacato (pieno) di maggiore attendibilità. – 9. Conclusioni.

## 1. Premessa.

Il presente lavoro si propone di indagare l'intensità del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche compiute dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) nell'ambito della funzione regolatoria ad essa attribuita nel settore dell'energia al fine di porre in luce la persistenza di talune zone d'ombra rispetto alla piena ed effettiva sindacabilità da parte del giudice amministrativo degli atti adottati da quest'ultima nell'esercizio dei diversi poteri di cui è titolare. Si intende così portare alla luce come l'intensità del controllo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri dell'ARERA risulti fortemente influenzata sia dalla concezione stessa dei poteri di regolazione ad essa attribuiti e, dunque, dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive interessate dal loro esercizio; sia dal tipo di discrezionalità rinvenibile nelle scelte dell'ARERA, con particolare riferimento al rapporto tra discrezionalità e interpretazione e tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica; sia, infine, dal diverso atteggiarsi della discrezionalità tecnica in funzione della struttura del potere in concreto esercitato e, dunque, della sua inerenza o meno alle scelte concernenti la definizione dell'assetto degli interessi in gioco.

L'analisi si concentra, pertanto, sul rapporto tra giurisdizione e poteri di regolazione a partire dall'idea dell'esistenza di una tensione tra forza del potere e forza della ragione, rispetto alla quale proprio il controllo giurisdizionale svolge un ruolo essenziale al fine di permettere all'argomentazione razionale di svolgere appieno la propria funzione di riconoscimento, incidendo dunque sulla legalità sostanziale dell'azione amministrativa. Si intende alludere all'idea secondo cui la positività del diritto risulta essere il frutto della «combinazione sempre precaria, sempre estremamente instabile, di ragione e potere»<sup>1</sup>, laddove il diritto risulta essere il risultato di un processo di riconoscimento e, dunque,

---

<sup>1</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto*, Working paper del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche e sociali dell'Università di Siena, 1993, oggi in L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, E. Diciotti - V. Velluzzi (a cura di), Torino, 2018, p. 50.

l'esito di un ragionamento giuridico<sup>2</sup> e di una dinamica argomentativa<sup>3</sup>. Il riconoscimento e l'accettazione di qualcosa come diritto dipende infatti non solo dalla forza delle argomentazioni proposte dai soggetti coinvolti in tale dinamica ma, specie laddove si guardi alla sfera pubblica e alla dicotomia autorità-libertà, anche (e soprattutto) dalla forza del potere (legittimamente) esercitato.

Sebbene, infatti, il potere attribuito all'amministrazione possieda, in virtù della norma attributiva dello stesso, la capacità di far accettare le norme, i provvedimenti, le interpretazioni, le prassi e, più in generale, tutte le sue manifestazioni esteriori, contribuendo in tal modo alla loro positivizzazione, quando le modalità di esercizio del potere e lo stesso sindacato giurisdizionale non permettono al ragionamento e all'argomentazione razionale di svolgere appieno la propria concorrente funzione di riconoscimento, la forza del potere esercitato finisce per risultare preponderante rispetto ad ogni altro ulteriore criterio di riconoscimento.

Il problema della tensione tra potere e argomentazione, tra forza del potere e forza della ragione, si pone in modo del tutto peculiare ed in misura crescente in relazione ai poteri esercitati dalle autorità indipendenti – e, dunque, con riferimento ai temi che saranno affrontati nel presente lavoro, dell'ARERA – laddove la funzione regolatoria esercitata da tali amministrazioni che si collocano al di fuori del circuito della responsabilità politica, traducendosi nella predeterminazione delle regole di comportamento destinate ad indirizzare l'operato degli attori di mercato, implica l'esercizio di poteri di scelta non necessariamente predeterminati dalla norma attributiva, connotati da un forte grado di tecnicità e, talvolta, di politicità.

Il peculiare posizionamento istituzionale e funzionale delle autorità indipendenti, alla luce delle diverse risposte fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione alla natura del potere di regolazione esercitato da queste ulti-

---

<sup>2</sup> N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, p. 261-290.

<sup>3</sup> R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998; M. ATIENZA, *Il diritto come argomentazione*, Napoli, 2019.

me<sup>4</sup>, pone allora il problema di un sindacato giurisdizionale che assicuri la legalità sostanziale dell'azione amministrativa<sup>5</sup> attraverso un controllo pieno ed effettivo sugli atti adottati da queste ultime<sup>6</sup>. Ciò in quanto il legittimo esercizio del potere amministrativo – e, come si è cercato di dimostrare in altra sede, finanche la sua efficienza in relazione agli interessi in gioco<sup>7</sup> – dipenderà non solo dal formale rispetto del principio di legalità e, in particolare, dalla sua rispondenza alle norme di azione ma anche, e in misura finanche preponderante, dalla sua capacità di intercettare, proprio attraverso il confronto razionale e l'argomentazione, l'accettazione da parte dei destinatari dell'azione amministrativa. Se, infatti, «il potere è ciò che riesce a far accettare una norma anche senza ragioni, l'argomentazione razionale è ciò di cui può unicamente avvalersi, per far accettare una norma, chi non ha potere»<sup>8</sup>. Ovvero colui che, nelle relazioni di diritto pubblico, risulta essere il destinatario dell'azione amministrativa, le cui situazioni giuridiche soggettive sono direttamente interessate dagli esiti di quest'ultima.

A tale risultato sarebbe possibile pervenire, anche superando in parte l'obiezione del *deficit* democratico di tali autorità indipendenti<sup>9</sup>, partendo dal

<sup>4</sup> E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, p. 11 ss.

<sup>5</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856.

<sup>6</sup> F.G. COCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 277. Secondo il Maestro è proprio la peculiare posizione istituzionale delle autorità indipendenti a rendere necessario un sindacato giurisdizionale forte («le numerose peculiarità del modello istituzionale delle Autorità indipendenti, ossia la loro qualità di soggetti indipendenti (quindi posti al di fuori di quello che si definisce il circuito democratico), nonché l'elevato tasso di difficoltà tecnica che connota le loro valutazioni, rendono imprescindibile, sotto il profilo della coerenza sistematica dell'ordinamento e dal punto di vista della legittimità (anche costituzionale) dell'operatore delle Autorità, l'assoggettamento dei loro poteri al sindacato giurisdizionale»).

<sup>7</sup> F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teoriche del processo di integrazione europea*, Napoli, 2020, p. 243-273.

<sup>8</sup> E. DICIOTTI, *La funzione civile della teoria del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, E. Diciotti - V. Velluzzi (a cura di), Torino, 2018, p. 17.

<sup>9</sup> Sulla necessità di delineare, con riferimento al sindacato sugli atti delle autorità indipendenti, un modello di sindacato giurisdizionale non necessariamente collimante con l'ordinario rapporto tra giurisdizione e amministrazione in ragione della semplice constatazione della peculiare collocazione di tali autorità al di fuori del circuito politico-rappresentativo v. S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 99.

presupposto che «l'essenza della democrazia andrebbe rinvenuta [oltre che nella rappresentatività popolare] nel contraddittorio paritario tra i soggetti interessati, cioè nel procedimento in contraddittorio e nel processo»<sup>10</sup>, solo laddove si giunga a riconoscere la possibilità di configurare nei confronti degli atti adottati da queste ultime un sindacato giurisdizionale pieno ed effettivo, all'interno del quale l'argomentazione razionale del destinatario del potere di regolazione possa effettivamente confrontarsi appieno con la dinamica di esercizio del potere.

Se, a partire da tali considerazioni, ci si sofferma sul problema del sindacato giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti, risulterà agevole giungere alla conclusione che, più si ampliano gli spazi di insindacabilità delle loro scelte da parte del giudice amministrativo, più il rapporto tra ragione e potere risulterà sbilanciato in favore di quest'ultimo. In tali situazioni, piuttosto che la forza argomentativa e, dunque, il confronto razionale tra gli attori coinvolti nella dinamica di esercizio del potere di regolazione, a prevalere sarà invece la forza del potere, ovvero l'attitudine di quest'ultimo a imporre la determinazione amministrativa indipendentemente dall'accettazione (razionale) del destinatario.

La questione poc'anzi rilevata si pone con tutta evidenza sia in relazione all'effettività delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai destinatari dell'azione amministrativa e al loro grado di tutela in sede giurisdizionale; sia alla luce dell'annoso tema del fondamento della sovranità, laddove dal riconoscimento della sovranità in capo al popolo piuttosto che alla persona giuridica dello Stato dovrebbe conseguire un capovolgimento di prospettiva e, dunque, la funzionalizzazione dell'amministrazione all'attuazione dell'ordine giuridico

---

<sup>10</sup> F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi - F. Merusi (a cura di), *Meriti e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 26.

della società<sup>11</sup>, con conseguente inversione dei rapporti di forza tra potere e ragione.

Tali considerazioni, che restano sullo sfondo della presente analisi, spingono perciò ad interrogarsi sul rapporto tra giurisdizione e poteri di regolazione al fine di verificare se, con riferimento alla funzione regolatoria svolta dall'ARERA, l'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti di quest'ultima possa ritenersi tale da dar luogo ad un equilibrio accettabile tra potere e ragione, ovvero, se i limiti posti al vaglio della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo siano tali da precludere una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai destinatari dei poteri di regolazione nel settore dell'energia.

Se con riferimento al controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) la giurisprudenza sembra essere ormai approdata ad un indirizzo sufficientemente maturo, incentrato sul superamento sia del modello del sindacato estrinseco sulla discrezionalità tecnica<sup>12</sup> che della dicotomia tra sindacato “debole” e sindacato “forte”<sup>13</sup>, delineando un sindacato non sostitutivo di attendibilità<sup>14</sup> e spingendosi finanche fino a sostenere la possibilità di un sindacato pieno di maggiore attendibilità<sup>15</sup>; un minore grado di consapevolezza sembra invece doversi riscontrare con riferimento ai confini del sindacato giurisdizionale sui poteri dell'ARERA, rispetto ai quali l'analisi della giurisprudenza sembra invece portare in luce un approccio

---

<sup>11</sup> G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2002, p. 475 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2013, 309-399 (v., in particolare, p. 358-389); Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 119-158.

<sup>12</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601; Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2016 n. 4266.

<sup>13</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2016 n. 4266.

<sup>14</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314; Cons. Stato, Sez. VI, 24 luglio 2020, n. 4737; Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5883; Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2020, n. 8061.

<sup>15</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.



decisamente più conservativo<sup>16</sup>, certamente giustificato dalla diversità strutturale dei poteri di quest'ultima rispetto a quelli attribuiti all'AGCM in funzione dell'attuazione della normativa concorrenziale, che oscilla tra un sindacato intrinseco estremamente debole, caratterizzato da una evidente deferenza nei confronti dell'autorità di regolazione, e il mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità di regolazione nell'adozione dei propri atti.

La presente indagine intende perciò ricostruire gli orientamenti del giudice amministrativo con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica e porre in luce come l'intensità del controllo giurisdizionale, con particolare riferimento alla funzione regolatoria nel settore dell'energia, risulti inevitabilmente influenzata dal diverso atteggiarsi della discrezionalità tecnica in funzione della struttura del potere in concreto esercitato e, dunque, della sua inerenza o meno alle scelte politico-discrezionali concernenti la (pre)determinazione dell'assetto degli interessi in gioco, o, piuttosto, alla sussistenza dei presupposti stessi che, alla luce della norma di attribuzione, legittimano l'esercizio del potere.

Un conto è, come si avrà modo di evidenziare, discutere della discrezionalità tecnica nell'ambito degli atti di regolazione impicanti (anche) l'esercizio della discrezionalità pura, altro è parlare delle valutazioni tecniche effettuate dall'ARERA a supporto dell'adozione dei provvedimenti prescrittivi e sanzionatori<sup>17</sup>. Mentre nel primo caso il ricorso alla tecnica risulta, infatti, preordinato all'integrazione del parametro normativo e, dunque, funzionale all'esercizio di un'attività che presenta (almeno in parte) caratteri politico-discrezionali, implicando la ponderazione degli interessi in funzione della realizzazione dell'interesse pubblico assegnato alla cura dell'autorità di regolazione; nel secondo caso – e, specularmente, laddove si escluda la natura politico-discrezionale dell'attività di regolazione delle autorità indipendenti, rilevandone piuttosto la neutrali-

<sup>16</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1550; Cons. Stato, Sez. VI, 4 gennaio 2021, n. 37; Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341.

<sup>17</sup> In questo senso v. C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 99.

tà rispetto agli interessi in gioco e il carattere condizionale della regolazione – essa sembra invece risultare strumentale all'accertamento dei presupposti di fatto che la norma attributiva del potere richiede ai fini del legittimo esercizio di quest'ultimo, dando dunque luogo ad un'operazione ermeneutica che non necessariamente presuppone l'intermediazione di un potere amministrativo.

Tali considerazioni sembrano dunque, in primo luogo, suggerire la necessità di partire dall'analisi dei poteri dell'ARERA e della natura delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai destinatari della regolazione nel settore dell'energia; e, in secondo luogo, evidenziare come, alla luce dei principali indirizzi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine al sindacato sulla discrezionalità tecnica, il controllo giurisdizionale sugli atti dell'ARERA non possa ormai quantomeno prescindere da un pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, il quale è chiamato a sua volta ad esprimere un giudizio di ragionevolezza tecnica sulla scelta amministrativa, che si arresta soltanto alla soglia dell'opinabilità.

Nello stesso tempo, tuttavia, sia l'analisi dei poteri dell'ARERA alla luce dei diversi orientamenti elaborati dalla dottrina in ordine alla natura dell'attività di regolazione, sia la posizione pionieristica espressa dal Consiglio di Stato in ordine al sindacato pieno di maggiore attendibilità con riferimento ai poteri sanzionatori dell'AGCM, nonché le recenti pronunce del giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti prescrittivi e sanzionatori adottati dall'ARERA nella vicenda sugli sbilanciamenti volontari nel settore elettrico, se da un lato portano a dubitare che possano esserci spazi per un controllo più penetrante con riferimento agli atti di regolazione in senso stretto, dall'altro spingono ad interrogarsi sull'esistenza di ulteriori spazi per un sindacato sostitutivo del giudice amministrativo, con particolare riferimento alle controversie attinenti ai poteri prescrittivi e sanzionatori.

## **2. La regolazione del settore dell'energia e i poteri dell'ARERA.**

L'istituzione dell'ARERA (già Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas<sup>18</sup>), quale autorità di regolazione indipendente<sup>19</sup>, risale alla l. 14 novembre 1995, n. 481, inquadrandosi all'interno del processo di liberalizzazione che, a partire dalla direttiva 96/92/CE<sup>20</sup> in materia di generazione, trasmissione e distribuzione di elettricità e dalla direttiva 98/30/CE<sup>21</sup> in materia di trasporto, distribuzione, fornitura e stoccaggio di gas naturale, ha interessato i settori dell'energia elettrica e del gas naturale nell'ottica di una graduale apertura alla concorrenza di tali mercati.

La l. 481/1995 affida a tale autorità di regolazione il compito di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale (ricomprendendo tutte le attività della relativa filiera) assicurando, nel contempo, la tutela degli interessi degli utenti e dell'ambiente, nonché i livelli di qualità dei servizi «*in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo*».

---

<sup>18</sup> L'ARERA operava inizialmente esclusivamente nei settori dell'energia elettrica e del gas. Successivamente, con la l. 22 dicembre 2014 ha esteso le sue competenze al sistema idrico, con il d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102 ha esteso le sue competenze al settore del risparmio energetico e, con la l. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, commi 527-529, ha esteso le sue competenze al settore dei rifiuti.

<sup>19</sup> Cfr. M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. ENEL*, 2004, p. 401 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007; A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, cit.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra Autorità per l'energia e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 442 ss.

<sup>20</sup> Con riferimento al settore elettrico, la direttiva 96/92/CE è stata successivamente sostituita dalla direttiva 2003/53/CE (seconda fase) e dalla direttiva 2009/72/CE (terza fase). L'attuazione sul piano del diritto interno è avvenuta con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, la l. 23 agosto 2004, n. 239 e il d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93.

<sup>21</sup> Con riferimento al settore del gas naturale, la direttiva 98/30/CE è stata successivamente sostituita dalla direttiva 2004/55/CE e poi dalla direttiva 2009/73/CE. L'attuazione sul piano del diritto interno è avvenuta con il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 e successivamente, con la l. 239/2004 e il d.lgs. 93/2011.

L'ARERA, operando in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione<sup>22</sup>, è dunque titolare di specifici poteri di regolazione e di controllo del settore dell'energia, quali la determinazione delle tariffe, delle condizioni tecnico-economiche di accesso e dei livelli di qualità dei servizi, nonché di poteri di vigilanza e monitoraggio e, infine, di ampi poteri concernenti l'imposizione di «provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento dei mercati»<sup>23</sup>, adottando altresì misure temporanee di regolazione asimmetrica. Più nello specifico, l'ARERA esercita la funzione di regolazione ad essa affidata attraverso l'esercizio (i) di poteri consultivi e di segnalazione (art. 2, comma 6); (ii) di poteri di osservazione e proposta sui servizi da assoggettare a concessione o autorizzazione (art. 2, comma 12, lett. a); (iii) di poteri di determinazione delle tariffe (art. 2, comma 12, lett. e); (iv) del potere di emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa (art. 2, comma 12, lett. f); (v) di poteri di ispezione e di accesso o di acquisizione della documentazione utile (art. 2, comma 12, lett. g); (vi) di poteri di determinazione dei livelli generali di qualità (art. 2, comma 12, lett. h); (vii) del potere di valutazione dei reclami (art. 2, comma 12, lett. m); (viii) dei poteri sanzionatori (art. 2, comma 20, lett., c), (ix) dei poteri prescrittivi volti alla cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti con obbligo di corrispondere un indennizzo (art. 2, comma 20, lett. d); (x) del potere di adottare provvedimenti cautelari (art. 2, comma 20, lett. e); (xi) dei poteri regolamentari (art. 2, comma 28).

L'attività svolta dall'ARERA con riferimento ai settori dell'energia rientra dunque pienamente nell'ambito di quella che viene comunemente definita funzione di regolazione pubblica delle attività economiche<sup>24</sup>, da intendersi – con

<sup>22</sup> V. art. 2, comma 5, l. 481/1995.

<sup>23</sup> V. art. 43, comma 5, d.lgs. 93/2011.

<sup>24</sup> Con specifico riferimento al connesso modello delle autorità amministrative indipendenti sia consentito il rinvio agli autorevoli contributi di C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss.; M. MAINETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Padova, 1994; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità am-*

specifico riferimento al modello di intervento pubblico nell'economia tipico dello "Stato regolatore"<sup>25</sup> – quale attività di produzione di regole compiuta da soggetti di natura pubblica e per fini di interesse generale con «l'intento di modificare il contesto di azione di altri soggetti perché evidentemente se lasciato a sé stesso, alle sue dinamiche perverrebbe ad un assetto considerato non ottimale»<sup>26</sup>.

Ciò significa, pertanto, che i poteri dell'ARERA devono essere analizzati tenendo conto del peculiare compito istituzionale assegnato a tale autorità di regolazione che, da un lato, si inquadra nel passaggio dal modello di intervento pubblico nell'economia tipico dello Stato imprenditore o gestore a quello dello Stato regolatore e, dall'altro, si connota per la sua strumentalità rispetto ai complessi processi di liberalizzazione e apertura alla concorrenza che hanno interessato i settori dell'energia in funzione dell'espansione del ruolo del mercato e della contestuale riconfigurazione delle modalità di tutela dell'interesse pubblico.

---

*ministrative indipendenti*, 1997; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, p. 145 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, in Enc. Dir., Agg. VI, 2002, p. 143 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, (in particolare) p. 97 ss.; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 27 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano 2007; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Padova, 2009; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, in particolare p. 964 ss., M. RAMAJOLI, *Consolidamento e matabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età dell'incertezza*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2, 2018, p. 1 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019.

<sup>25</sup> Sul passaggio, dagli anni '90 in poi, dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore si rinvia, in particolare, a A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000. Si v. anche R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. Chirulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011.

<sup>26</sup> F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, p. 702.

Come è stato evidenziato<sup>27</sup> l'affermazione del paradigma dello Stato regolatore si è tradotta nella rinuncia dei pubblici poteri alla pretesa di orientare i processi economici verso fini predefiniti a fronte dell'assunzione di una diversa funzione – esercitata attraverso il modello delle autorità amministrative indipendenti – concernente la definizione delle regole e delle condizioni ritenute necessarie per un efficiente svolgimento dei processi economici. L'attribuzione della funzione di regolazione in favore di tali nuove autorità di regolazione ha posto però sin da subito diversi problemi in ordine sia alla loro natura propriamente amministrativa che al regime giuridico applicabile ai loro atti e alle modalità di controllo giurisdizionale, ponendo altresì numerosi interrogativi circa la compatibilità di tale modello di amministrazione con il principio democratico e della responsabilità politica secondo il modello di cui all'art. 95 Cost. e con il principio della sovranità popolare.

A tali questioni di carattere generale, che rilevano in modo significativo anche ai fini della presente indagine, costituendone il necessario sfondo per una corretta ricostruzione dello statuto giuridico dei diversi poteri in cui si articola la funzione di regolazione<sup>28</sup> di cui l'ARERA è titolare, la dottrina non ha offerto risposte univoche<sup>29</sup>.

Secondo autorevole dottrina l'indipendenza dalla politica delle autorità di regolazione, così come pure l'ampiezza dei poteri normativi e provvedimentali attribuiti a queste ultime, troverebbe la propria ragion d'essere nel modello di intervento nell'economia tipica dello Stato regolatore che – per effetto della costituzione economica europea – ha accompagnato i processi di liberalizzazione

---

<sup>27</sup> In questo senso, G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, p. 11 ss.; Id., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, p. 265 ss.; cfr. anche G. Majone, *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, 1994, p. 78 ss.

<sup>28</sup> F. DE LEONARDIS, *cit.*, p. 712 ss. evidenzia l'esistenza di dieci categorie dei poteri di regolazione: il potere regolamentare interno, il potere regolamentare esterno, i poteri di amministrazione attiva, il potere di determinare standards di qualità o le tariffe, il potere sanzionatorio, i poteri di moral suasion, i poteri di segnalazione e di proposta, il potere consultivo, i poteri quasi giurisdizionali, i poteri ispettivi.

<sup>29</sup> In questo senso, G. DELLA CANANEA, *Autorità indipendenti?*, in *Dir. amm. e soc. civ.*, I, Studi introduttivi, Bologna, 2018, p. 199; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, *Tecnica, politica e democrazia*, *cit.*, 16 ss.

e apertura alla concorrenza di ampi settori economici, laddove lo scopo dei pubblici poteri si risolve nel contrastare i fallimenti del mercato e, dunque, nel permettere il loro efficiente funzionamento, tutelando e promuovendo la parità delle armi tra i soggetti del mercato e la concorrenza tra gli operatori<sup>30</sup>. Ciò in quanto «la crisi degli anni '30, e l'attenta analisi delle vicende storiche dei vari mercati, hanno dimostrato che, per mantenere un mercato concorrenziale, non ci si può fidare dell'autonomia privata e delle normazioni codicistiche. I concorrenti, lasciati a sé stessi, tendono a distruggere la concorrenza, a creare monopoli e oligopoli, a stabilire intese anticoncorrenziali, ad approfittare delle diversità e di dimensioni e delle asimmetrie informative per non concorrere ad armi pari. La stessa concorrenza, quando scompare, bisogna ricrearla e, quando non c'è, bisogna inventarla artificialmente con strumenti giuridici»<sup>31</sup>. Sul piano della natura dei poteri esercitati ne discende altresì che «l'attività di regolazione e di aggiudicazione, quella tipica delle autorità indipendenti, investe sempre un potenziale conflitto tra un interesse pubblico (libertà di sciopero, concorrenza, tutela del risparmio) ed altri interessi pubblici (vita, salute, libertà di circolazione) o privati (quelli propri degli operatori economici, dei consumatori, degli utenti), la cui soluzione o mediazione, in via regolatoria o decisoria, implica necessariamente quella ponderazione comparativa tra gli interessi coinvolti che costituisce il connotato precipuo della discrezionalità amministrativa»<sup>32</sup>. Pertanto, secondo tale orientamento, se da un lato l'indipendenza dalla politica rappresenterebbe un elemento imprescindibile del modello delle autorità di regolazione indipendenti, dall'altro, ai poteri ad esse assegnati andrebbe riconosciuta natura propriamente discrezionale, ponendo tuttavia non pochi problemi in or-

---

<sup>30</sup> Tale linea di pensiero è ascrivibile a Fabio Merusi. Si v. in particolare F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit.; F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, cit.; nello stesso senso M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, cit.; E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. Bassi, F. Merusi,  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 99 ss.

<sup>31</sup> F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit., p. 16.

<sup>32</sup> F. MERUSI, M. Passaro, v. *Autorità indipendenti*, cit., p. 179.

dine all'assenza di una legittimazione democratica delle scelte politiche operate da tali soggetti<sup>33</sup>.

Un diverso e altrettanto autorevole orientamento<sup>34</sup> ha invece sostenuto il carattere neutrale della funzione regolatoria negando (almeno in linea di principio<sup>35</sup>) la natura discrezionale dei poteri delle autorità di regolazione che, alla luce della posizione di neutralità e terzietà che queste ultime assumerebbero ri-

---

<sup>33</sup> In senso critico, M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, p. 95 ss.

<sup>34</sup> Tra i sostenitori di tale indirizzo, con particolare riferimento alla tesi che sostiene il carattere condizionale della funzione di regolazione svolta dalle autorità indipendenti, si segnalano in particolare SABINO CASSESE (*Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1987, p. 47 ss.; *Stato e mercato dopo le privatizzazioni e deregulation*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, p. 378 ss.; *La trasformazione dei servizi pubblici*, in Econ. pubbl., 5, 1995, p. 5 ss.; *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.), CLAUDIO FRANCHINI (*Le autorità amministrative indipendenti*, cit.), LUISA TORCHIA (*Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit.), GIULIO VESPERINI (*Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in Dir. banca e mercato finanziario, I, 1990, p. 415 ss.), MARCELLO CLARICH (*Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit.; *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.; *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14/2018) e GIULIO NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005).

<sup>35</sup> Le tesi ascrivibili a tale filone sono estremamente articolate e variegate. Tuttavia, proprio la concezione in termini restrittivi della discrezionalità amministrativa in senso proprio nell'ambito della regolazione indipendente pare rappresentare un carattere comune. Nel senso di non escludere completamente la natura discrezionale di taluni poteri delle autorità di regolazione v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., p. 55 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 419. Più recentemente E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, cit., p. 205, il quale rileva come «la ponderazione degli interessi viene di norma fatta a monte dal legislatore europeo o nazionale e conduce alla decisione di affidare ad un regolatore non politico l'individuazione delle regole e degli atti tecnicamente più idonei a realizzare l'assetto in tal modo predefinito. Nella legislazione positiva non mancano, come si è ripetutamente segnalato, eccezioni rispetto a tale ordinaria configurazione, nelle quali il regolatore è chiamato ad operare anch'esso valutazioni politico-discrezionali: ma in tal caso la sua indipendenza funzionale subisce una parziale e circoscritta compressione, così da assicurare che comunque, come ritenuto necessario anche dalla Corte di giustizia quanto meno con riferimento alle autorità europee, le determinazioni che esso assume conservino il loro carattere attuativo rispetto alle scelte politiche poste in essere dagli organi a ciò legittimati». La posizione di Bruti Liberati sembra condivisibile in particolare con riferimento sia all'ARERA che all'AGCOM e all'ART alla luce di quanto espressamente previsto dall'art. 1, comma 1 della l. 481/1995 laddove si prevede espressamente che l'esercizio della funzione di regolazione affidata alle autorità di regolazione avvenga «tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo». Con riferimento all'ARERA si veda anche l'art. 1, commi 11 e 12 della l. 239/2004 (che consente al Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle attività produttive, di definire indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribui-



spetto agli interessi in gioco<sup>36</sup>, andrebbe invece ricostruita in termini paragiurisdizionali<sup>37</sup>. Per quanto di interesse ai fini della nostra analisi vale la pena sottolineare come tale orientamento, nell'offrire una risposta (che sembra più) convincente al problema dell'assenza di legittimazione democratica di tali autorità che discende dal riconoscimento della natura pienamente discrezionale dei relativi poteri, si fonda sull'assunto secondo cui l'esercizio di questi ultimi non implicherebbe affatto l'adozione di scelte politiche in quanto «l'assetto degli interessi rilevanti è definito direttamente dalle legge ed è definito piuttosto come un valore che non come un ordine di priorità»<sup>38</sup>. In quanto volta a definire le regole e le condizioni per lo svolgimento dell'attività privata, la regolazione condizionale non sarebbe infatti tesa a soddisfare un interesse pubblico bensì «alla garanzia di situazioni soggettive private», controllando che l'equilibrio tra tali situazioni giuridiche soggettive fissato dalle norme «sia raggiunto e mantenuto».<sup>39</sup> Ne consegue, pertanto, che l'attività di regolazione dei mercati svolta dalle autorità indipendenti implicherebbe – salvo che nei casi in cui sia la stessa norma attributiva del potere ad assegnare ad esse la possibilità di specificare e applicare regolazioni di carattere finalistico o prudenziale, operando scelte politiche sulla base di parametri tecnici – solo accertamenti e valutazioni di caratte-

---

te all'Autorità per l'energia elettrica e il gas).

<sup>36</sup> V. C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 34, secondo cui le autorità di regolazione operano in «una posizione di estraneità e di indifferenza rispetto agli interessi coinvolti». Nello stesso senso S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., p. 135 ss.; G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 306 ss.; A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, p. 135 ss.

<sup>37</sup> In questo senso M. CLARICH, *Per uno studio dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 77 ss. *Contra* v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 31; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, p. 180 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 95 ss. In virtù del riconoscimento della natura paragiurisdizionale dei poteri attribuiti alle autorità indipendenti c'è chi si è chiesto «perché mai, una volta ravvisata la necessità di ricorrere ad un nuovo soggetto di tutela altamente specializzato e circondato da speciali garanzie di indipendenza, non si sia percorso fino in fondo questo itinerario innovativo, sostituendo pienamente, per così dire in primo grado, il Garante agli organismi giurisdizionali» (M. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento dei dati personali*, in *Foro It.*, V, 1998, p. 51).

<sup>38</sup> L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., p. 60.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 61.

re tecnico, non potendo tradursi in «un apprezzamento discrezionale per gli interessi in gioco. Tale apprezzamento e l'assetto che ne consegue sono per intero determinati dalla legge: all'autorità indipendente spetta di agire per mantenere e garantire tale assetto»<sup>40</sup>.

Un terzo filone interpretativo<sup>41</sup> del fenomeno in esame è, infine, quello che negando il carattere neutrale della funzione di regolazione ne afferma invece il carattere pienamente politico-discrezionale<sup>42</sup>, sottolineando come l'esercizio dei relativi poteri implichi sempre e comunque – in quanto necessitato dall'ordinamento costituzionale a garanzia dei diritti protetti da quest'ultimo – la ponderazione di interessi pubblici, e non necessariamente solo sulla base di parametri tecnici. Tale tesi, tuttavia, nel riconoscere la natura discrezionale dei poteri delle autorità di regolazione in ragione dell'imprescindibilità della ponderazione di interessi pubblici nell'ambito delle relative scelte amministrative<sup>43</sup>, finisce per portare alle estreme conseguenze il problema del *deficit* di legittimazione democratica di tali amministrazioni, la cui soluzione si spinge fino a ritenere l'esistenza di una riserva generale di indirizzo e di controllo del Parlamento e del Governo sull'attività di queste ultime, tale da dar luogo a significative contraddizioni rispetto al modello dello Stato regolatore.

La sommaria ricostruzione dei principali orientamenti espressi dalla dottrina in ordine alle autorità di regolazione e alla natura dei poteri esercitati da queste ultime permette a questo punto di avanzare qualche ipotesi in ordine all'ascrivibilità o meno delle scelte operate dall'ARERA nell'ambito della politica (e, dunque, della ponderazione degli interessi in gioco) e, alla luce della risposta che sarà fornita, di esprimere qualche critica con riferimento all'intensità del sindacato giurisdizionale sui relativi atti. A parere di chi scrive sia il primo

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>41</sup> In tale filone interpretativo sono riconducibili le tesi di Michela Manetti (*Poteri neutrali e Costituzione*, cit.; *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007).

<sup>42</sup> M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., p. 157 ss.

<sup>43</sup> Secondo Manetti le funzioni esercitate dalle autorità di regolazione avrebbero natura propriamente politico-discrezionale non solo in virtù di quanto previsto dalla norma attributiva del potere ma in ragione del fatto che la tutela degli interessi pubblici costituzionalmente garantiti imporrebbe in ogni caso una ponderazione al fine di evitare il sacrificio di questi ultimi.

che il secondo orientamento elaborato dalla dottrina colgono aspetti senz'altro condivisibili – come la ricostruzione del fenomeno in esame in termini di adattamento della nostra costituzione economica e delle forme di intervento pubblico nell'economia alla costituzione economica europea o il carattere di neutralità rispetto agli interessi in gioco che connota senz'altro alcuni aspetti dell'attività di regolazione – senza tuttavia giungere ad una spiegazione compiuta e unificante del fenomeno in esame dal punto di vista della natura dei poteri di regolazione e delle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio di questi ultimi. Del resto a tale risultato non sarebbe stato possibile pervenire alla luce della natura pluriforme del fenomeno in esame e dell'impossibilità di sviluppare l'analisi sulle autorità di regolazione in termini meramente astratti, senza tener conto della profonda diversità delle forme attraverso cui il potere di regolazione in concreto si manifesta.

Le considerazioni poc'anzi esposte portano perciò a ritenere necessario adottare un approccio pragmatico che, pur lasciando come sfondo le ricostruzioni del fenomeno proposte dalla letteratura, si sforzi di valutarne le implicazioni con riferimento ai singoli poteri in concreto esercitati<sup>44</sup>. Tale approccio sembra, peraltro, l'unico in grado di offrire risposte convincenti sul piano processuale con particolare riferimento ai problemi posti dal riparto di giurisdizione e, per quanto di interesse in questa sede, dai limiti esterni di giurisdizione e, quindi, dal grado di intensità del sindacato del giudice amministrativo richiesto al fine di garantire una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'esercizio del potere di regolazione.

Con riferimento ai poteri dell'ARERA e, in senso più ampio, alla regolazione del settore dell'energia, l'adozione di tale approccio pragmatico conduce a ritenere che sebbene sia oggettivamente difficile non riconoscere la natura

---

<sup>44</sup>Tale approccio è comunque riconducibile alle tesi di Luisa Torchia laddove, pur aderendo alla tesi neutralista, si evidenzia come non tutti i poteri delle autorità di regolazione si connotino per l'assenza di profili di discrezionalità (L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., p. 55 ss.), rendendosi pertanto necessaria, ai fini che qui interessano, un'analisi caso per caso in relazione alla natura potere di volta in volta esercitato e al suo status giuridico.

pienamente politico-discrezionale – dando luogo ad una forte commistione tra ponderazione degli interessi in gioco e valutazioni tecniche – di taluni interventi regolatori (tesi a definire un quadro di regole concernenti le dinamiche dei settori energetici, lo svolgimento di specifiche attività, mercati, servizi e la disciplina di talune configurazioni impiantistiche, operando perciò autonome scelte di bilanciamento degli interessi, sebbene pur sempre nell'ambito della norma attributiva del potere e degli indirizzi politici espressi a livello nazionale e sovranazionale), sia però altrettanto innegabile l'esistenza di forme di regolazione condizionale e/o tecnica il cui esercizio non implica affatto una ponderazione degli interessi in gioco risolvendosi, piuttosto, in un accertamento o valutazione di carattere tecnico in funzione della preservazione dell'assetto di interessi definito a monte dal legislatore, talvolta, anche con il supporto della stessa autorità di regolazione in chiave integrativa e/o specificativa del precetto normativo nell'ambito, però, dell'esercizio di poteri del tutto diversi rispetto a quelli in parola.

Mentre nel primo caso l'intervento dell'autorità presuppone l'esercizio di poteri discrezionali e, dunque, l'adozione di scelte politiche solo in parte sindacabili dal giudice amministrativo in virtù del principio della separazione dei poteri<sup>45</sup>, nel secondo l'attività di regolazione si traduce più che altro in un processo ermeneutico, condotto attraverso il ricorso a specifiche conoscenze tecniche, funzionale non alla definizione di un certo assetto di interessi bensì alla verifica in concreto dell'esistenza dei presupposti previsti dalla norma attributiva per l'esercizio dei relativi poteri in funzione della preservazione di un certo assetto di interessi definito a monte.

È il caso, come si vedrà più diffusamente in seguito, dei poteri prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA rispetto ai quali la relativa norma attributiva – ferma restando la loro riconducibilità in senso lato alla funzione di regolazione,

---

<sup>45</sup> «Il principio di separazione dei poteri, infatti, impone di escludere la possibilità che il giudice amministrativo eserciti un sindacato, ad un tempo intrinseco [...] e forte, sulla discrezionalità tecnica» (TAR, Campania, Napoli, Sez. IV, 18 maggio 2015, n. 2758).

quali poteri posti a chiusura del sistema – non pare lasciare margini per una ricostruzione del loro esercizio in termini di ponderazione degli interessi in gioco, dovendosi perciò dubitare che le relative scelte possano ritenersi, sebbene non del tutto, escluse dal sindacato giurisdizionale.

### **3. Situazioni giuridiche soggettive e riparto di giurisdizione.**

Le considerazioni sin qui svolte sul piano sostanziale hanno inevitabili conseguenze anche sul piano processuale. Ciò in quanto il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, in virtù delle previsioni costituzionali (artt. 100 e 103 Cost.), si fonda sulla natura della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa<sup>46</sup> e, dunque, a norma dell'art. 24 Cost. sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. L'art. 113 Cost., in particolare, sancisce il principio di giustiziabilità degli atti amministrativi riservando al legislatore il compito di stabilire quale organo giurisdizionale possa annullare l'atto amministrativo e, in tal modo, vincolando in modo inequivoco il sistema di tutela e di garanzie del cittadino nei confronti del pubblico potere<sup>47</sup>.

Non essendo questa la sede per approfondire il discorso sul riparto di giurisdizione e sui criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza ai fini della qualificazione della controversia in termini di lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, per quanto di interesse nell'ambito della presente analisi rileva il fatto che l'art. 133, comma 1, lett. l) del d.lgs. 104/2010 (e, ancor prima, l'art. 33, comma 1, della l. 287/1990 con riferimento all'AGCM, l'art. 2, comma 25, della l. 481/1995 con riferimento all'AEEG e l'art. 1, commi 26 e 27 del d.lgs. 249/1997 con riferimento all'AGCOM) abbia rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «*le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori [...], adottati [...] dall'Autorità garante*

---

<sup>46</sup> Per una ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine ai diversi criteri di riparto (*petitum* o *causa petendi*) si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979.

<sup>47</sup> Per un approfondimento si rinvia a M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo amministrativo*, Milano-Padova, 2018, (in particolare) p. 65-100.

*della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481 [...]».*

Alla luce della ricostruzione svolta nelle pagine precedenti e a dispetto delle diverse opinioni registrate in dottrina in ordine alla natura del potere di regolazione esercitato dalle autorità indipendenti, tale condivisibile scelta del legislatore equivale a riconoscere, nell'ambito di tali controversie, il venire in rilievo sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi<sup>48</sup>. Questa soluzione sul piano processuale è stata salutata, in modo pressoché unanime, con favore dalla dottrina in quanto ritenuta in grado di configurare il giudice amministrativo come il giudice unico e “naturale” del grande contenzioso economico<sup>49</sup>.

Essa, tuttavia, seguendo i paletti posti dalla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204<sup>50</sup>, non sembra del tutto coerente con gli orientamenti espressi dalla dottrina sul piano sostanziale posto che, dalla negazione dell'esistenza di poteri discrezionali in capo alle autorità di regolazione e dalla configurazione del relativo potere in termini di neutralità rispetto agli interessi in gioco, dovrebbe derivare quale automatica conseguenza il riconoscimento in capo ai destinatari dell'attività di regolazione di situazioni giuridiche di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo. Tuttavia, per le ragioni esposte in precedenza, che suggeriscono la necessità di adottare un approccio pragmatico nell'analisi dei problemi oggetto del presente lavoro, la soluzione adottata dal legislatore pare – come si vedrà, a certe condizioni – in grado di cogliere la

---

<sup>48</sup> Si noti, tuttavia, come pur emergendo un'accentuata preferenza del legislatore in favore del riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo persistano, come nel caso dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, ipotesi di giurisdizione ordinaria che si fondano sulla qualificazione del diritto alla riservatezza quale diritto fondamentale dell'individuo (v. S. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, cit., p. 9).

<sup>49</sup> G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giornale di dir. amm.*, 2011, p. 677 ss.

<sup>50</sup> Sulla base di tale pronuncia la ricorrenza della giurisdizione esclusiva deve ritenersi costituzionalmente legittima solo laddove la materia risulti “particolare” e l'amministrazione agisca in veste di autorità, dando luogo ad un inestricabile intreccio tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, con prevalenza di questi ultimi sui primi.

multiformità del fenomeno e, almeno a parere di chi scrive, l'impossibilità di negare come la dinamica di esercizio del potere regolatorio sia tale da non poter escludere a priori la contestuale esistenza di diritti soggettivi e interessi legittimi, dovendosi quindi porre il problema della loro reale inerenza rispetto all'esercizio del potere di regolazione – che, al di là delle sue peculiarità, conserva pur sempre il suo carattere autoritativo – ai fini della verifica dell'adeguatezza del grado di intensità del sindacato giurisdizionale, anziché, della ricerca del giudice competente a dirimere le relative controversie.

A tale conclusione sembra possibile giungere alla luce delle numerose critiche mosse dalla dottrina<sup>51</sup> nei confronti delle sentenze della Corte Costituzionale 20-27 giugno 2012, n. 162 e 9-15 aprile 2014, n. 94 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 103, comma 1, lett. l) del d.lgs. 104/2010 nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito ai sensi degli artt. 7, comma 6 e 134, comma 1, lett. c) del d.lgs. 104/2010, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, rilevando come secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione «tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa». Del resto, rileva la Corte Costituzionale, «anche il Consiglio di Stato ha riconosciuto che, in punto di giurisdizione sulle controversie aventi per oggetto sanzioni inflitte dalla Consob, sussistessero precedenti giurisprudenziali nel senso della giurisdizione ordinaria, affermando da ultimo la giurisdizione del giudice amministrativo solo sulla base dell'insuperabile dato legislativo espressamente consolidato nell'art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva), c. 1, lettera l), del d.lgs. n. 104/2010» avendo invece lo stesso Consiglio di Stato precedentemente «aderi-

---

<sup>51</sup> Si veda, *ex multis*, G. GRÜNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, *Il diritto dell'economia*, Approfondimenti, 3, 2013, p. 390-413.

to all'impostazione della Cassazione, secondo cui doveva attribuirsi al giudice ordinario la giurisdizione sulle sanzioni inflitte dalla Consob (Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474; in precedenza, sezione VI, 19 marzo 2002, n. 4148)».

Sebbene la soluzione di riparto giurisdizionale prospettata dalla Corte Costituzionale presti il fianco ad alcune fondate critiche, ciò che invece appare significativo ai fini del prosieguo dell'analisi è il ragionamento seguito dal giudice delle leggi in ordine alla natura delle situazioni giuridiche soggettive configurabili in relazione all'esercizio del potere sanzionatorio da parte di due specifiche autorità indipendenti quali la Consob e la Banca d'Italia<sup>52</sup>. Esso si fonda sul riconoscimento del carattere vincolato delle sanzioni amministrative e dell'assenza di profili di discrezionalità amministrativa in ordine all'esercizio del potere sanzionatorio<sup>53</sup>, dal quale consegue la configurazione in capo a tali autorità di meri doveri a cui fanno da contraltare, in capo ai destinatari dell'esercizio del potere sanzionatorio, diritti soggetti pieni e perfetti (qual è il diritto a non essere sanzionati se non nei casi e nei modi puntualmente previsti dalla legge).

Al di là della disputa in ordine alla natura di diritto soggettivo della posizione effettivamente vantata dal privato nell'ambito dell'attività vincolata<sup>54</sup>, ciò

---

<sup>52</sup> Per un approfondimento si rinvia ai numerosi contributi pubblicati sulla Riv. trim. dir. econ., n. 2, supplemento, 2020, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB: recenti orientamenti interni e sovranazionali*, e in particolare ai contributi di E. BINDI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob: i recenti orientamenti interni e sovranazionali. Introduzione*, p. 4 ss.; W. TROISE MANGONI, *L'impugnazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob: l'insoddisfacente qualificazione dei vizi attinenti alla motivazione del provvedimento nella prospettiva giurisprudenziale del giudizio sul rapporto*, p. 98 ss.; N. VETTORI, *Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di Consob nella "confusione" tra vigilanza e sanzione*, p. 185 ss. Con riferimento alla giurisprudenza della CEDU, v. E. BINDI, A. PIANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2018, (in particolare p. 109-178).

<sup>53</sup> In questo senso cfr. R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Dir. proc. amm., 1986, p. 388 ss.; S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutela giurisdizionali differenziate*, in Dir. proc. amm., 1999, p. 921 ss.; G. Scarselli, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000, p. 269 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico sulle leggi in materia bancaria e creditizia*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2002, p. 379 ss.; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, p. 177 ss.; W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 180.

<sup>54</sup> Nel senso di negare che in relazione all'attività amministrativa vincolata si configurino esclusivamente diritti soggettivi v. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla*



che si intende qui evidenziare in quanto funzionale al discorso che sarà sviluppato in seguito, è il fatto che la Corte Costituzionale abbia implicitamente riconosciuto come non tutti i poteri attraverso cui le autorità indipendenti sono chiamate a svolgere la funzione regolatoria diano luogo ad una ponderazione comparativa degli interessi in gioco, sussistendo invece – come nel caso della potestà sanzionatoria – taluni ambiti di attività vincolata (e secondo alcuni, con specifico riferimento all'accertamento tecnico funzionale all'esercizio dei poteri sanzionatori dell'AGCM in materia di violazione delle norme sulla concorrenza, finanche atti aventi natura dichiarativa<sup>55</sup>) che, senza necessariamente escludere, la possibilità di configurare un'ipotesi di giurisdizione esclusiva<sup>56</sup>, sembrano dare conferma dell'impossibilità di trattare, con riferimento ai problemi posti dall'esigenza di un sindacato pieno ed effettivo sugli atti adottati dalle autorità indipendenti, i poteri di regolazione in modo unitario, prescindendo cioè, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni di giurisdizione, da una puntuale verifica della struttura del potere concretamente esercitato, della natura di mero accertamento o costitutiva dell'esito dello stesso<sup>57</sup> e dell'eventuale politicità delle relative scelte.

#### **4. Discrezionalità, merito amministrativo e interpretazione. Le implicazioni sul piano dei limiti esterni di giurisdizione e del principio di separazione dei poteri.**

---

*legge sul procedimento*, in Dir. amm., 2005, p. 1, secondo cui «l'atto dell'amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella legge (come nel caso dell'attività vincolata), può rimanere (e, secondo il nostro sistema positivo, resta) atto indispensabile per la costruzione dell'effetto, ossia indispensabile a ciò che la disciplina degli interessi diverte giuridicamente vincolante». Pertanto, «anche quando manchi qualsiasi discrezionalità, può restare (e positivamente resta) attribuito all'amministrazione il potere costitutivo, senza il cui esercizio l'effetto, benchè interamente disciplinato (o raffigurato) dalla legge (o anche da altro precedente atto amministrativo), non si produce». Contra A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, p. 3 ss.

<sup>55</sup> G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2016, p. 1009-1013.

<sup>56</sup> Laddove si condivida l'analisi poc'anzi richiamata di F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit.

<sup>57</sup> Per una ricostruzione del dibattito in materia si rinvia a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 432; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in P.A. Persona e Amministrazione, 1, 2017, p. 111; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 98 ss.

Il ragionamento sin qui svolto ci permette così di giungere al cuore della questione concernente l'intensità del sindacato del giudice amministrativo nei confronti degli atti dell'ARERA avendo delineato alcune linee di fondo e, soprattutto, avendo operato una chiara scelta sul piano metodologico che richiede, coerentemente con quell'approccio pragmatico che è stato suggerito, una preventiva indagine sulla struttura del potere di volta in volta sottoposto al vaglio del giudice amministrativo, da intendersi quale condizione imprescindibile per una verifica della coerenza del controllo giurisdizionale concretamente esercitato con il canone della *full jurisdiction*<sup>58</sup>.

Come noto, i limiti esterni di giurisdizione con riferimento ai rapporti con l'amministrazione sono delineati dall'esistenza di tre distinti ambiti di sindacabilità delle scelte amministrative: il primo (la discrezionalità<sup>59</sup>) concernente l'attività di ponderazione di interessi che, in quanto retta da norme e principi giuridici<sup>60</sup> che limitano la libertà di scelta dell'amministrazione, risulta sindacabile dal giudice amministrativo, sebbene nei limiti dell'eccesso di potere e secondo quanto delineato dalla giurisprudenza<sup>61</sup>; il secondo (il merito ammini-

<sup>58</sup> Per un approfondimento si rinvia ai numerosi contributi pubblicati da questa rivista (n. 2/2018), con particolare riferimento ai lavori di A. CLINI, *Potestà sanzionatoria delle Authorities e "giusto" sindacato giurisdizionale* (p. 75 ss.); F. GOISIS, *Il Canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3* (p. 199 ss.); L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione* (p. 263 ss.). Nonché, in relazione all'impatto della giurisprudenza della CEDU, al lavoro M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo* (p. 25 ss.).

<sup>59</sup> La discrezionalità viene solitamente intesa come potere di ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 85 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 74 ss.). Per un approfondimento v., tra gli altri, C. Mortati, v. *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 1098 ss.; A. PIRAS, v. *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65-91; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 264 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, (in particolare) p. 19-21; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; A. ROMANO TASSONE, v. *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 978 ss.

<sup>60</sup> Nel senso di ritenere il potere discrezionale un potere non esercitabile liberamente ma solo nel rispetto di certi vincoli e di certi criteri v. D. SORACE, *Politica-amministrazione. Discrezionalità-autorità*, in *Amministrare*, 1989, p. 237 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, (in particolare) p. 439-441.

<sup>61</sup> La tesi dell'incontrollabilità dell'atto discrezionale è stata ampiamente superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Come è stato rilevato «la nozione di atto discrezionale non coincide più con quella di attività assolutamente libera, ma diviene quella di atto in qualche modo legato. È la legge a le-

strativo<sup>62</sup>) relativo alle libere considerazioni politiche (in quanto la discrezionalità comporta una valutazione che implica l'impossibilità di una soluzione unica) rimesse in via riservata all'amministrazione che, come tali, risultano insindacabili da parte del giudice amministrativo (salvo che nelle ipotesi di giurisdizione estesa al merito di cui agli artt. 7, comma 6 e 134 del d.lgs. 104/2010) quale diretta conseguenza del principio della separazione dei poteri; il terzo (l'interpretazione<sup>63</sup>) inteso quale attività di tipo meramente intellettuale di attuazione della legge e/o di puntualizzazione dei concetti imprecisi adoperati dalle norme che, laddove non implicante l'adozione di una scelta tra i diversi interessi in gioco e, dunque, non riconducibile all'esercizio della discrezionalità amministrativa, dà luogo ad un controllo giurisdizionale pieno, tale da permettere al giudice di ripercorrere interamente l'operazione ermeneutica condotta dall'amministrazione e finanche di sostituirne l'esito alla luce di un'autonoma attività interpretativa svolta da quest'ultimo nell'ambito del processo.

In linea generale è possibile pertanto evidenziare come più si allargano i confini della discrezionalità e del merito amministrativo, più il sindacato giurisdizionale incontrerà dei limiti e, di conseguenza, il grado di intensità di quest'ultimo risulterà via via più debole fino ad annullarsi. Di contro, laddove nell'ambito delle scelte dell'amministrazione sia possibile operare una distinzione tra attività discrezionale e attività di interpretazione, ovvero, escludere in radice l'esistenza di profili di discrezionalità con riferimento all'apprezzamento

---

*gare la discrezionalità, con il che il rapporto tra legalità e discrezionalità muta radicalmente, dal momento che la legge non costituisce più solamente il limite esterno dell'esercizio del potere, ma diviene la fonte di legittimazione del potere stesso. Il principio di legalità assolve la funzione di "limitare e incanalare l'attività dello stato nell'interesse dello stato medesimo" e l'amministrazione si pone come "interprete e attuatrice – subordinata ma essenziale – dell'interesse generale e obiettivo"» (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 48, con ampia nota bibliografica).*

<sup>62</sup> A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; G. Coraggio, v. *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 130 ss.; B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

<sup>63</sup> Ne offrono una ricostruzione, sottolineandone le differenze rispetto all'attività discrezionale, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 51-62; G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, p. 999-1018.

operato dall'amministrazione, il controllo giurisdizionale nei confronti della relativa attività ermeneutica svolta dall'amministrazione non incontrerà limiti, risultando perciò il relativo sindacato pieno ed effettivo.

Sebbene sia stata ormai superata la tesi dell'insindacabilità dell'atto discrezionale, l'intensità del controllo giurisdizionale sul provvedimento ha conosciuto negli anni una progressiva evoluzione che ha permesso, non senza qualche titubanza, al giudice amministrativo di varcare la soglia del sindacato formale ed estrinseco<sup>64</sup>, spingendosi – almeno a livello teorico – a valutare non solo la logicità e razionalità dell'attività posta in essere ma la legittimità della stessa scelta discrezionale concretamente adottata<sup>65</sup>.

La questione si è posta, non a caso ed in modo via via crescente, con particolare riferimento al rapporto tra discrezionalità tecnica, discrezionalità pura e valutazione di merito e, con intensità sempre più pressante, con riferimento all'attività delle autorità indipendenti in ragione del fatto che l'esercizio dei poteri assegnati a queste ultime presuppone sempre il ricorso ad accertamenti e/o valutazioni di natura tecnica. Esso, tuttavia, almeno seguendo il ragionamento sin qui svolto, andrebbe ricostruito in modo diverso a seconda del momento in cui si colloca la discrezionalità tecnica rispetto alla complessa dinamica di esercizio del potere di volta in volta considerato, risultando affatto indifferente ai fini di una valutazione circa l'effettività del sindacato giurisdiziona-

<sup>64</sup> Ci si riferisce alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in Foro It., 2001, III, p. 9 ss., con nota di A. Travi; in Dir. proc. amm., 2000, p. 185 ss., con note di M. DEL SIGNORE, *Il sindacato amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e di P. LAZZARA, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*; in Gior. Dir. amm., 1999, p. 1179, con nota di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*; in Foro amm., 2000, p. 424 ss., con nota di L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*. Si v. anche A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, p. 421 ss.

<sup>65</sup> Come si vedrà in seguito, l'orientamento giurisprudenziale attualmente prevalente sugli accertamenti tecnici deve essere condotto «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo» (Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601). Nel senso di ritenere che, tuttavia, tale pronuncia non abbia condotto ad una completa e chiara ridefinizione della tipologia di sindacato esperibile nei confronti delle valutazioni tecniche v. M. CROCE, *Il sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche ambientali: tra attività conoscitiva e rappresentazione degli interessi*, in [www.rqda.eu](http://www.rqda.eu), n. 2/2019, p. 46.

le il grado di inerenza dell'accertamento e/o valutazione tecnica all'adozione di scelte di natura politico-discrezionali.

Ciò detto, occorre però indugiare ancora su due aspetti. Il primo attiene al complesso rapporto esistente tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. Riprendendo lo storico orientamento espresso dal Consiglio di Stato (Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601) e le posizioni della dottrina più attenta<sup>66</sup>, occorre affermare come non appaia ormai condivisibile la tesi – più volte sostenuta dalla giurisprudenza più risalente<sup>67</sup>, i cui echi sembrano però ancora riecheggiare anche in quella più recente<sup>68</sup> e in taluni orientamenti espressi con riferimento al limite dell'opinabilità nell'ambito del sindacato intrinseco<sup>69</sup> – secondo cui l'opinabilità tipica delle valutazioni tecniche sarebbe riconducibile all'opportunità propria della discrezionalità.

Tale posizione, fondandosi sull'erronea assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa, produce conseguenze sul piano pro-

---

<sup>66</sup> Si v. L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, p. 31 e all'ampia ricostruzione del dibattito dottrinale più risalente.

<sup>67</sup> Cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 5 novembre 1993, n. 801; Cons. Stato, Sez. VI, 12 marzo 1996, n. 305; Cons. Stato, Sez. IV, 23 marzo 1998, n. 358. Per un'ampia ricostruzione si rinvia a L. LEVA, *Potere tecnico-discrezionale della p.a. e sindacato del giudice amministrativo: profili tecnici e applicativi*, in Foro amm. – CdS, 2002, p. 2673. In senso critico rispetto al persistente atteggiamento della giurisprudenza successiva alla pronuncia n. 601/1999 nel senso di negare la piena sindacabilità delle valutazioni tecniche v. A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in Dir. pubbl., 2004, p. 439 ss.; M. Allena, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in Urb. e app., 2009, p. 845.

<sup>68</sup> Nel senso di ritenere le valutazioni tecniche siano sindacabili «esclusivamente nel caso in cui l'amministrazione abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica» si è espresso il T.R.G.A., Trentino Alto Adige, Trento, 14 gennaio 2016, n. 16. Nel senso di ritenere che «la discrezionalità tecnica risulta, secondo i principi generali, non sindacabile in sede di legittimità se non per vizi macroscopici di razionalità, evidente illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà o irragionevolezza della determinazione e dei modi di adozione della stessa» v. Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2015, n. 1051. In senso sostanzialmente analogo, evidenziando come si tratterebbe di un sindacato debole «circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità, irragionevolezza o arbitrarietà, ovvero di motivazione fondata su palese e manifesto travisamento dei fatti, laddove siano sintomatiche di un uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario ai principi di efficacia, economicità e buon andamento», v. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 17 gennaio 2020, n. 34, nonché TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 4 ottobre 2019, n. 863; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 591.

<sup>69</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

cessuale che non paiono potersi condividere a priori<sup>70</sup> in quanto conducono ad una contrazione dell'intensità del sindacato giurisdizionale che non appare compatibile con l'esigenza di assicurare invece un sindacato pieno ed effettivo<sup>71</sup>. Sebbene infatti «l'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili», come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato, «una cosa è l'opinabilità, altra cosa l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito»<sup>72</sup>. Ciò implica pertanto, secondo l'insegnamento della giurisprudenza più accorta, che il sindacato sugli apprezzamenti tecnici non potrà che svolgersi sulla base di una verifica diretta<sup>73</sup> da parte del giudice dell'attendibilità delle operazioni tecniche condotte dall'amministrazione, sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico adottato e al procedimento applicativo effettivamente seguito dall'amministrazione<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Sulla necessità di un diverso trattamento processuale della discrezionalità tecnica e della discrezionalità amministrativa v. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e della dottrina successiva*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, p. 1062; Id., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio, *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 115. Cfr. Cass., Sez. Un., 25 settembre 2018, n. 22755 secondo cui la discrezionalità tecnica non può aprioristicamente ritenersi sottratta al sindacato giurisdizionale, «atteso che l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi, attiene comunque alla legittimità di quest'ultimo».

<sup>71</sup> M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali ed influenza del diritto comunitario*, in Dir. proc. amm., 1998, p. 499 ss.; R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2000, p. 81 ss.; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in Il Processo, 3, 2020, p. 749 ss.

<sup>72</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

<sup>73</sup> Il sindacato, sia estrinseco che intrinseco, può essere diretto, se concerne il giudizio tecnico finale, e cioè se la valutazione-prodotto, oppure indiretto, se verte sulla valutazione tecnica non come prodotto, ma come procedimento intellettuale, come ragionamento, come attività che a tale valutazione mette capo (così R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 118).

<sup>74</sup> Sulla configurazione di un vizio di legittimità dell'atto amministrativo per effetto dell'accertamento in sede giurisdizionale dell'inattendibilità della valutazione tecnica su cui esso si fonda v. G. DE GIORGI CEZZI, *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo am-*

Il secondo ordine di considerazioni attiene, invece, al fatto che la possibilità di sostituzione della valutazione tecnica operata dall'amministrazione con quella svolta autonomamente dal giudice<sup>75</sup>, eventualmente anche ricorrendo alla consulenza tecnica d'ufficio o alla verifica – in virtù dei richiamati limiti esterni di giurisdizione – non possa ritenersi in astratto esclusa laddove venga in rilievo l'esercizio della discrezionalità tecnica<sup>76</sup>. Sulla base delle considerazioni sin qui svolte sul piano metodologico, essa dovrebbe invece ritenersi consentita in tutti quei casi in cui, alla luce della norma attributiva del potere, sia possibile ricondurre l'esercizio della discrezionalità tecnica nell'ambito di un'attività di accertamento e/o di valutazione tecnica non implicante alcuna ponderazione degli interessi in gioco<sup>77</sup>, risolvendosi dunque nell'adozione di un giudizio tecnico – quand'anche prodromico all'esercizio di un potere discrezionale – frutto di un procedimento ermeneutico condotto attraverso il ricorso a parametri di natura tecnico-scientifica. Circostanza quest'ultima che, come si dirà tra poco, sembrerebbe porsi – sebbene non con riferimento a tutti i poteri in cui si articola la funzione di regolazione, dando luogo, come si è visto, a problemi in ordine alla difficile convivenza tra il modello delle autorità indipendenti e il prin-

---

*ministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 923 ss.

<sup>75</sup> Nel senso di ritenere escluso che il giudice amministrativo possa sostituire alle valutazioni tecniche operate dall'amministrazione le proprie v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341; Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2021, n. 3566; Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2021, n. 4347; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 5110; Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6753; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 2 maggio 2019, n. 980.

<sup>76</sup> Come è stato evidenziato da Franco Gaetano Scoca (*La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1066-1067), infatti, solo laddove la sostituzione delle scelte dell'amministrazione con quelle del giudice avesse riguardo ad apprezzamenti concernenti l'interesse pubblico il giudice «diverrebbe inevitabilmente un (super) amministratore, attribuendo a sé medesimo la cura (effettiva) dell'interesse pubblico, con snaturamento del sistema». Ciò tuttavia non si verifica nel caso degli apprezzamenti tecnici con la conseguenza che, laddove il sindacato giurisdizionale si arresti alla superficie ovvero sia condotto in modo intrinseco o estrinseco, si integra un'ipotesi di denegata giustizia.

<sup>77</sup> «La c.d. “discrezionalità tecnica” ricorre quando l'Amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. Propriamente, quindi, non si tratta di attività discrezionale, in quanto non comporta alcuna scelta finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, bensì di un'attività applicativa di una materia o di un settore specialistico» (I.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento, 11 febbraio 2015, n. 60). *Contra* C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2017, p. 12-13.

cipio democratico – proprio con riferimento all'esercizio dei poteri prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA, laddove l'accertamento tecnico si pone quale presupposto dell'esercizio del potere piuttosto che quale oggetto o risultato di quest'ultimo<sup>78</sup>.

In questo caso, come è stato evidenziato da autorevole dottrina con riferimento ad altre fattispecie che sembrano tuttavia presentare taluni elementi di analogia, «*la valutazione di un presupposto di fatto costituisce un problema cognitivo, di interpretazione della fattispecie descritta dalla norma, la cui soluzione spetta anche al giudice. La piena conoscenza del fatto da parte del giudice di legittimità non può essere negata, in quanto necessario corollario del suo potere. Il controllo di legittimità non preclude al giudice la verifica della verità dei fatti posti a fondamento del provvedimento, né, d'altro canto, gli consente un sindacato soltanto estrinseco*»<sup>79</sup>.

##### **5. Le peculiarità dei poteri prescrittivi e sanzionatori: l'accertamento tecnico come presupposto (non risultato) dell'esercizio del potere.**

L'art. 2, comma 20, lett. d) della l. 481/1995 attribuisce all'ARERA, per lo svolgimento delle proprie funzioni (di regolazione in senso stretto, rigorosamente elencate nei commi precedenti), il potere di prescrivere «al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lett. g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo».

Tale disposizione costituisce il fondamento del cosiddetto potere prescrittivo dell'autorità in parola. Esso, tuttavia, viene a delinarsi in termini del

---

<sup>78</sup> Come evidenziato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 164, «l'attività amministrativa, anche quella discrezionale, sarebbe sempre riconducibile all'accertamento, dovendo l'esercizio della discrezionalità svolgersi sulla base di una preesistente, pur se incompiuta, disciplina sostanziale della materia». Si tratta, secondo questo orientamento, di proporre «la distinzione tra funzioni di accertamento autonome e funzioni di accertamento strumentali rispetto a valutazioni di interessi». Laddove, come è stato evidenziato da B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, p. 106-107, le valutazioni di opportunità «si innesteranno sulla struttura di accertamento dell'attività amministrativa, collocandosi al livello della costruzione della fattispecie concreta oppure a quello della determinazione delle conseguenze giuridiche a seconda della conformazione della disciplina della materia».

<sup>79</sup> Lo rilevano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 165 (si v. anche la nota n. 310 che dà conto dei principali sostenitori di tale orientamento).



tutto peculiari rispetto agli altri poteri attribuiti all'ARERA in quanto si pone, per così dire, a metà strada tra un potere regolatorio e un potere sanzionatorio tipicamente ripristinatorio<sup>80</sup>.

Quanto al primo, in ragione del fatto che l'esercizio del potere prescrittivo si pone in una prospettiva di *enforcement* della regolazione e, dunque, della preservazione dell'assetto di interessi delineato direttamente dal legislatore, ovvero, come più sovente accade con riferimento al settore dell'energia, dalla stessa ARERA nell'ambito dell'attività di regolazione in senso stretto, mediante l'adozione di atti (che restano però) del tutto estranei (e prodromici) rispetto a quelli attraverso cui si manifesta il potere prescrittivo. La funzione di tale potere è infatti proprio quella di ristabilire l'ordine economico violato, così come delineato a monte da legislatore e autorità di regolazione.

Quanto al secondo, invece, in virtù del fatto che l'adozione del provvedimento prescrittivo assolve appunto il compito di ripristinare l'ordine economico violato, ordinando la cessazione del comportamento ritenuto lesivo dei diritti degli utenti e ordinando la corresponsione di un indennizzo funzionale al ripristino dello *status quo ante* rispetto all'interesse leso.

Alla luce di tali indicazioni occorre allora evidenziare come, in questo caso, la norma attributiva del potere in questione preveda, da un lato, la necessità di svolgere – quale condizione stessa per il suo esercizio – un accertamento di fatto attraverso il ricorso a conoscenze di tipo tecnico e, dall'altro, solo laddove tale accertamento abbia condotto a ritenere l'esistenza di una violazione dei diritti degli utenti e sia stato accertato il nesso eziologico tra la condotta in concreto tenuta dall'operatore economico e l'evento, l'adozione di una scelta – che, diversamente dalla prima, involge direttamente la tutela dell'interesse pubblico – concernente la modalità ritenuta più idonea al fine di conseguire il risul-

---

<sup>80</sup> Come evidenziato da S. LICCIARDELLO (Le sanzioni ripristinatorie, in A. Cagnazzo, A. Toschei, *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 333) le sanzioni ripristinatorie sarebbero quelle volte a colpire la *res*, al fine di ripristinare lo *status quo ante* rispetto all'interesse leso.

tato della cessazione del comportamento ritenuto lesivo e del ripristino dell'ordine violato attraverso la previsione di un indennizzo.

Se tale ricostruzione è corretta, non potrebbe che ritenersi che l'accertamento dei presupposti di fatto richiesti dalla norma attributiva ai fini del legittimo esercizio del potere, sebbene effettuato mediante il ricorso a parametri tecnici e, dunque, l'esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'ARERA, prescindendo da qualsivoglia ulteriore ponderazione dell'interesse pubblico, dovendo quest'ultima – per definizione – essere già stata svolta a monte (da legislatore/autorità di regolazione) in sede di definizione di quell'ordine economico dalla cui violazione discende la possibilità stessa di esercitare il potere prescrittivo.

A diverse e opposte considerazioni deve invece pervenirsi con riferimento alle scelte adottate dall'ARERA nella fase successiva all'accertamento dei presupposti di fatto ai fini dell'esercizio del potere. Qui, infatti, non viene più in rilievo la necessità di verificare se in concreto il comportamento contestato abbia dato luogo ad una violazione di un (pre)determinato assetto di interessi in gioco, integrando un danno agli utenti; bensì l'esigenza di scegliere in funzione dell'interesse pubblico tutelato, la modalità ritenuta più idonea a ripristinare l'ordine economico violato. Il che, come evidente, implica necessariamente valutazioni di interesse pubblico che, come tali, devono ritenersi riservate all'amministrazione e, dunque, sindacabili nei termini propri dell'eccesso di potere sulla discrezionalità.

Se con riferimento al potere prescrittivo occorre distinguere a seconda del momento in cui, rispetto alla dinamica di esercizio del potere, viene in rilievo la scelta tecnica dell'amministrazione e il suo grado di inerenza rispetto all'attività di ponderazione di interessi tipica della discrezionalità pura, nel caso del potere sanzionatorio il discorso si semplifica ulteriormente.

La possibilità per l'ARERA di irrogare sanzioni «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» deriva da quanto disposto dall'art. 2, comma 19, lett. c) della l. 481/1995. Riprendendo le parole del TAR Lombardia (Milano, Sez. I, 16 settembre 2019, n. 1985) pronunciate nell'ambito di una vertenza concernente la legittimità di una sanzione irrogata dall'ARERA a seguito dell'accertamento di una violazione del Testo integrato in merito agli obblighi di separazione amministrativa e contabile (*unbundling*), «[n]ell'esercizio della *potestas* sanzionatoria *ex lege* demandatale, all'Autorità amministrativa non spetta la effettuazione di scelte, espressione di discrezionalità amministrativa bensì: la certazione di presupposti di fatto tutti immancabilmente contenuti nella norma (fattispecie di illecito); [...] trattasi di attività di certazione e non di manifestazione di volontà (che implica la formulazione di scelte, in esplicitazione di discrezionalità amministrativa); la regolazione degli interessi, invero, è contenuta nella norma, frutto della previa scelta, essa sì discrezionale, del legislatore».

Ai fini che qui interessano occorre quindi rilevare come il TAR Lombardia, nell'evidenziare le peculiarità dell'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'ARERA, abbia ricondotto quest'ultimo nell'alveo dell'attività vincolata, escludendo che il potere sanzionatorio ad essa attribuito sia da ricondursi alla facoltà di effettuare scelte di natura discrezionale. Al contrario, si tratterebbe, piuttosto, di una diversa operazione di mero accertamento dei presupposti di fatto indicati nella norma attributiva del potere in questione, nonché, prosegue il giudice amministrativo, della «graduazione della entità della sanzione amministrativa pecuniaria nell'ambito della cornice edittale» stabilita dalla norma stessa. Accertamenti di fatto che, come tali, dovrebbero pertanto essere oggetto di un sindacato pieno da parte del giudice amministrativo in quanto non caratterizzati da una ponderazione di interessi e, dunque, espressione di discrezionalità amministrativa.

Al di là di tale significativo precedente giurisprudenziale, ciò che deve essere evidenziato è che, sebbene paia difficile negare l'esistenza di un nesso tra

l'esercizio del potere sanzionatorio e quello regolatorio – rappresentando, anche in questo caso, il primo un potente strumento di *enforcement* del secondo – non si può nello stesso tempo fare a meno di notare come le sanzioni adottate dall'ARERA sembrano rispondere più a una funzione afflittiva<sup>81</sup> che a quella ripristinatoria con la conseguenza di dover negare, come solitamente riconosciuto, che in tali fattispecie siano rinvenibili posizioni di interesse legittimo<sup>82</sup>.

Senza voler indugiare ulteriormente sulla fondatezza o meno di tale affermazione, anche in ragione delle possibili ricadute sul piano processuale che suggeriscono, quantomeno, un po' di cautela, ciò che appare comunque condivisibile è che, sebbene sussista un indiscutibile carattere di strumentalità tra l'esercizio del potere sanzionatorio e quello regolatorio, in quanto «il momento afflittivo-punitivo che pure contraddistingue anche le sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità, lungi dall'essere fine a se stesso, si rivela (strumentale) rispetto alla tutela degli interessi pubblici la cui cura è attribuita all'Autorità stessa»<sup>83</sup>, ciò non vale comunque a mettere in discussione il fatto assodato che l'attività di ponderazione degli interessi in gioco resta comunque del tutto estranea rispetto alla struttura del potere in questione, ponendosi a monte e, dunque, al di fuori della sua dinamica di esercizio. Con evidenti conseguenze sul piano processuale e, dunque, sull'intensità del sindacato giurisdizionale in ordine al controllo sull'accertamento del fatto (tecnico, semplice o complesso che

---

<sup>81</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584. *Contra*, E. PERONI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (Aeegsi)*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, *Il diritto dell'economia*, *Approfondimenti*, 3, 2013, p. 306-322, la quale sostiene come obiettivo del potere sanzionatorio dell'ARERA consista «non tanto nella repressione dell'illecito, quanto piuttosto nella garanzia “della promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore” di competenza dell'Autorità» (p. 322).

<sup>82</sup> Per una ricostruzione v. R. LEONARDI, *I caratteri del potere sanzionatorio*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., (in particolare) p. 23-27.

<sup>83</sup> R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzioni di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 634. Si v. anche, in argomento, E. PERONI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (Aeegsi)*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 306-326; S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 355 ss.; E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000.

sia) operato dall'amministrazione, il quale si pone, anche in questo caso, come presupposto stesso dell'esercizio del potere.

## **6. Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: uno sguardo d'insieme.**

Una volta tracciate le linee di fondo della questione in esame, con particolare riferimento alla pluriformità della funzione di regolazione e all'incerta natura discrezionale dei poteri attribuiti alle autorità preposte all'esercizio della stessa, ed evidenziato come rispetto alle autorità indipendenti la risposta a tali questioni condizioni le forme e le modalità del sindacato giurisdizionale sui relativi atti, è opportuno – prima di passare in rassegna alcune sentenze emesse dal giudice amministrativo nei confronti dell'ARERA allo scopo di operare una verifica circa il grado di intensità del relativo controllo giurisdizionale – indagare ancora sulle modalità attraverso cui si declina il sindacato sulla discrezionalità tecnica nel tentativo di offrire una sintetica, e perciò priva di qualunque pretesa di esaustività, panoramica dell'attuale stato della giurisprudenza in ordine al vaglio sulla discrezionalità tecnica, sia in generale che con specifico riferimento alle autorità indipendenti.

Una volta abbandonata la tesi dell'insindacabilità della discrezionalità (anche tecnica<sup>84</sup>) ed abbracciata invece quella della sindacabilità non assoluta, la giurisprudenza del giudice amministrativo è giunta, come si è già avuto modo di rilevare, ad elaborare diversi orientamenti ai quali corrisponde una pluralità di modelli di controllo giurisdizionale. Se il modello del sindacato estrinseco si caratterizza per il fatto di tradursi in un controllo formale, indiretto ed esterno

---

<sup>84</sup> La dottrina per lungo tempo ha ritenuto che la discrezionalità tecnica attenesse al merito amministrativo e, pertanto, che essa fosse insindacabile (per una ricostruzione si v. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 129; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2002, n. 3637, in *Foro amm. – CdS*, 2002, p. 2578). Come evidenziato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 119 «*l'equiparazione tra la c.d. discrezionalità tecnica e la valutazione di merito è servita alla giurisprudenza ad assimilare il regime processuale della discrezionalità tecnica a quello del merito amministrativo. Così, come in un primo momento la discrezionalità amministrativa era ritenuta insindacabile da parte del giudice amministrativo e solo successivamente viene ad essere sindacata tramite il vizio di eccesso di potere, parimenti l'attività tradizionalmente definita discrezionalità tecnica conosce analogo passaggio*».

sull'atto amministrativo sottoposto al vaglio del giudice amministrativo, teso a verificare l'esistenza di un vizio di eccesso di potere in modo non dissimile a quanto avviene nell'ambito del controllo giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità pura; il sindacato intrinseco si connota invece per il fatto di essere volto ad operare un controllo sull'atto mediante l'utilizzo di conoscenze specialistiche e, dunque, di permettere di far emergere vizi non rilevabili *ictu oculi*, secondo cioè il modello tipico dell'eccesso di potere nell'ambito dell'attività discrezionale e, dunque, prescindendo dal ricorso a cognizioni tecniche. Nell'ambito di tale modalità di controllo giurisdizionale si è inoltre soliti distinguere tra sindacato debole, laddove il ricorso alle cognizioni tecniche risulta funzionale ad un mero controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della scelta amministrativa sottoposta al vaglio del giudice, e sindacato forte, nell'ambito del quale il processo diventa la sede nell'ambito del quale la valutazione tecnica dell'amministrazione viene sottoposta ad un controllo pieno, risultando quest'ultima soccombente rispetto all'eventuale diverso punto di vista formatosi in sede processuale. Infine, il sindacato del giudice può essere diretto, nel qual caso «il giudice opera autonomamente la propria verifica, accedendo al fatto con strumenti di indagine e tramite un iter probatorio potenzialmente diversi da quello cui si è rivolta l'amministrazione, la cui attività conoscitiva è dunque del tutto irrilevante»<sup>85</sup>, o indiretto, laddove oggetto del controllo giurisdizionale è invece «proprio l'attività conoscitiva dell'amministrazione [...] che ha condotto l'autorità ad accertare il fatto assunto a base del provvedimento»<sup>86</sup>.

Contrariamente alla posizione tradizionalmente assunta dal giudice ordinario, che – ritenendo che rispetto all'esercizio della discrezionalità tecnica sorgano posizioni di diritto soggettivo<sup>87</sup> – ha storicamente ritenuto di poter svol-

---

<sup>85</sup> A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 240-241.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> In questo senso, Cass., Sez. Un., 20 marzo 2000, n. 522; Cass., Sez. Un., 20 febbraio 1992, n. 2096; Cass., Sez. Un., 20 marzo 2001, n. 2994.

gere un controllo diretto sull'apprezzamento tecnico operato dall'amministrazione<sup>88</sup>, l'iniziale atteggiamento della giurisprudenza nei confronti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si articolava in due principali filoni<sup>89</sup>. Il primo era propenso ad escluderne in radice la sindacabilità in ragione dell'assimilazione di quest'ultima al merito amministrativo; il secondo, invece, ne riconosceva la sindacabilità in virtù dell'assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa e, pertanto, nelle sole forme della manifesta illogicità, incongruità o contraddittorietà, errore di fatto e difetto di motivazione.

La svolta nella direzione di un sindacato intrinseco sulla discrezionalità tecnica si è registrata con la già citata pronuncia n. 601/1999 del Consiglio di Stato che, mutando il suo precedente orientamento, ha delineato una modalità di controllo giurisdizionale non solo non incentrato sul mero controllo formale ed esterno dell'*iter* logico seguito all'amministrazione, ma di tipo forte e diretto. La tesi del Consiglio di Stato, come si è già avuto modo di sottolineare, si incentra sul superamento dell'assimilazione tra l'opportunità propria della discrezionalità amministrativa e l'opinabilità propria della discrezionalità tecnica, giungendo ad affermare che il sindacato sulle valutazioni tecniche debba pertanto svolgersi in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche dal punto di vista della loro correttezza con riferimento sia al criterio tecnico utilizzato quanto al procedimento applicativo seguito dall'amministrazione. Ne consegue, dunque, che l'oggetto del controllo giurisdizionale non sarebbe più quello tipico del sindacato sull'eccesso di potere, come tale limitato alla manifesta illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti, bensì i criteri tecnici adottati dall'amministrazione, al punto da risultare pienamente configurabi-

---

<sup>88</sup> Ne danno conto E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1959, p. 197; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, p. 262 ss; F.G. COCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, p. 79 ss.

<sup>89</sup> Per una rassegna si rinvia a A. TRAVI, *Nota* a Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, cit. e a L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit.

le la possibilità di sostituzione del giudice all'amministrazione, senza con ciò integrare alcuna violazione del principio di separazione dei poteri.

Senonché, come è stato puntualmente evidenziato dalla dottrina, nonostante il carattere dirompente di tale sentenza, «l'auspicata svolta definitiva in realtà non c'è stata perché negli anni immediatamente successivi sono riemerse in pieno, almeno in alcuni ambiti del contenzioso di legittimità, le espressioni di tendenziale insindacabilità delle valutazioni tecniche, puntualmente stigmatizzate dalla dottrina più avveduta, che ha affermato a chiare lettere che una siffatta limitazione del sindacato giurisdizionale si pone in conflitto “con una concezione rigorosa del principio di legalità, che non ammette alcuna riserva originaria di potere all'amministrazione e, di conseguenza, non consente neppure che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza”»<sup>90</sup>. Tale considerazione merita di essere condivisa alla luce della nota ritrosia con cui i giudici amministrativi generalmente dispongono la consulenza tecnica d'ufficio o la verifica, limitando l'uso di tali essenziali strumenti istruttori a quelle situazioni in cui l'atto impugnato appaia già *prima facie* affetto da vizi logici o da travisamento dei fatti<sup>91</sup>. Atteggiamento quest'ultimo a cui corrisponde, nella maggior parte dei casi, una notevole dissonanza tra le affermazioni di principio generalmente contenute nelle sentenze del giudice amministrativo in ordine alla configurabilità di un sindacato intrinseco (spesso accompagnate da richiami giurisprudenziali alla sentenza n. 601/1999 o, più recentemente, alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, su cui ci si soffermerà in seguito) e l'effettiva intensità del sindacato giurisdizionale che, in molti casi, in assenza di una consulenza tecnica d'ufficio, fini-

---

<sup>90</sup> Così F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit., p. 749-751 che, a sua volta, rinvia ad un'ampia bibliografia in tema.

<sup>91</sup> Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 4 marzo 2016, n. 439 e, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 12 novembre 2021, n. 7550. Per una critica A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in Dir. pubbl., 2004, p. 444 ss. Nel senso di ritenere invece plausibile tale atteggiamento F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005, p. 184.



sce per tradursi in un sindacato intrinseco meramente apparente<sup>92</sup> o, quantomeno, viziato da un eccesso di deferenza<sup>93</sup> nei confronti dell'amministrazione.

Al di là della persistenza di tali contraddizioni, è tuttavia possibile registrare, sia da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sia del giudice amministrativo, un ormai prevalente orientamento che, nel negare che la discrezionalità tecnica possa «essere aprioristicamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo, atteso che l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi, attiene comunque alla legittimità di quest'ultimo»<sup>94</sup>, ha ormai definitivamente superato la dicotomia tra sindacato forte e sindacato debole – più per ragioni lessicali che di sostanza (sic!) – giungendo a configurare un sindacato sulle valutazioni tecniche volto a controllare l'attendibilità tecnica di queste ultime che, tuttavia, si arresta di fronte alla configurabilità di più soluzioni tutte fisiologicamente opinabili, sebbene attendibili. Ritenendo in tali casi che a prevalere debba comunque essere la scelta tecnica operata dall'amministrazione<sup>95</sup>.

La panoramica sin qui offerta deve tuttavia essere completata con qualche ulteriore considerazione sullo specifico terreno del controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti che, come detto, alla luce delle peculiarità del potere concretamente esercitato, deve necessariamente articolarsi in funzione della variegata tipologia di attività (e di poteri) attraverso cui si manifesta la

---

<sup>92</sup> Una forma di sindacato quest'ultimo che si risolve, in definitiva, in un riesame dell'operato dell'amministrazione secondo i consueti canoni di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti.

<sup>93</sup> In questo senso R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>94</sup> Cass., Sez. Un., 25 settembre 2018, n. 22755.

<sup>95</sup> Sul limite dell'opinabilità v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302 secondo cui «il sindacato del giudice amministrativo sulla direzionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati, con la precisazione che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito censurare solo la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile».

funzione di regolazione. Una distinzione quest'ultima che, coerentemente con il ragionamento sin qui svolto, non può prescindere dal considerare le differenze tra l'attività di regolazione in senso stretto, che si pone a metà strada tra l'attività normativa e quella amministrativa<sup>96</sup>, e quella provvedimentale, con particolare riferimento a quella sanzionatoria.

Nel caso delle autorità di regolazione – come si è ampiamente ricordato – il ricorso all'esercizio della discrezionalità tecnica avviene, infatti, in modo diverso a seconda della tipologia di potere concretamente esercitato. Mentre nel caso dell'attività di regolazione in senso stretto, il ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche e, dunque, gli accertamenti e le valutazioni tecniche sono funzionali all'integrazione del parametro normativo; nel caso della repressione degli illeciti – come avviene nell'ambito dell'esercizio dei poteri dell'AGCM a tutela della concorrenza – l'esercizio della discrezionalità tecnica si pone in funzione dell'accertamento «dei presupposti di fatto ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori»<sup>97</sup> implicando l'applicazione «di regole per effetto di un giudizio riguardante il rispetto o meno di un principio che presuppone criteri tecnici o concetti giuridici indeterminati, ma non dev'essere preliminarmente conformato da un intervento regolatorio dell'autorità, essendo garantito dall'accertamento dell'eventuale abuso in virtù di un'operazione ermeneutica riconducibile allo schema “norma-fatto”»<sup>98</sup>.

Tale considerazione, anche grazie alla forte spinta fornita dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo (CEDU) sul fronte del sinda-

---

<sup>96</sup> Così R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, cit.

<sup>97</sup> F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.; sulla relazione tra funzione di regolazione e potere sanzionatorio v. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, *Il diritto dell'economia*, *Approfondimenti*, 3, 2013, p. 85-101, il quale evidenzia come si tratti, a seconda della tipologia di autorità, «di una “connessione debole”, che si apprezza in termini di rafforzamento dell'effettività della regolazione e, l'altra volta, di una “connessione forte”, determinata dal fatto che l'Autorità nell'esercizio del potere regolatorio, formula regole per il settore di intervento».

<sup>98</sup> F. SAITTA, *ult. op. cit.*

cato sulle sanzioni amministrative<sup>99</sup>, ha perciò indotto la dottrina ad interrogarsi sulla necessità di superare l'assetto delineato dal sindacato (non sostitutivo) di attendibilità tecnica soggetto al limite dell'opinabilità, sottolineandone la sua non conformità al canone della *full jurisdiction*, così come delineato dalla Corte di Strasburgo, nell'ambito dell'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori.

La questione si è posta con particolare enfasi con riferimento al sindacato del giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM laddove – pur essendo maggiormente evidente rispetto ad altre forme di regolazione economica il fatto che, in tali fattispecie, l'autorità si ponga quale arbitro tra interessi privati contrapposti, al fine di preservare l'ordine giuridico concorrenziale – l'impossibilità di configurare un sindacato di tipo forte e sostitutivo deriverebbe dal considerare l'accertamento del fatto operato dall'amministrazione alla stregua di un giudizio tecnico discrezionale, frutto cioè di una valutazione complessa<sup>100</sup>. Tale assunto, tuttavia, come evidenziato da una parte della dottrina<sup>101</sup>, non terrebbe conto della natura delle situazioni giuridiche soggettive interessate dalla dinamica di esercizio del potere né dell'assenza in tali fattispecie di elementi di ponderazione di interessi, integrando in tal modo un'indebita riserva dell'accertamento dell'illecito *antitrust* alla sola autorità garante. Si è pertanto sostenuto che, poiché nel caso dell'accertamento della violazione della disciplina della concorrenza si tratterebbe della valutazione di un presupposto di fatto strumentale all'adozione del provvedimento sanzionatorio e non invece di una valutazione del pubblico interesse, il sindacato sulla discrezionalità tecnica si pone quale problema di carattere interpretativo della fattispecie descritta dalla norma, la cui soluzione non può, quindi, che spettare al giudice. In questi casi, infatti, il giudizio tecnico operato dall'autorità non può equipararsi ad un

<sup>99</sup> Per una ricostruzione si rinvia, su tutti, a F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

<sup>100</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 137.

<sup>101</sup> G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1004 ss.; cfr. anche B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2016, p. 77 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 309 ss.

giudizio di merito con la conseguenza che, non implicando valutazioni di opportunità e/o di ponderazione di interessi, il sindacato non potrà che essere pieno. Come è stato evidenziato, infatti, «l'indeterminatezza del precetto normativo non attrae nella fattispecie un momento di discrezionalità amministrativa insindacabile, ma richiede al giudice quella ricerca dei valori che attiene all'interpretazione della norma, quella scelta, opinabile nei risultati, che il legislatore gli ha affidato e che lui non può lasciare ad altri. Il principio di separazione dei poteri e la c.d. riserva di amministrazione non dovrebbero, pertanto, ostare alla sostituzione del giudice all'amministrazione ogniqualvolta si tratti di interpretare la norma, ancorché definita attraverso clausole generali che richiamano nella fattispecie concetti giuridici indeterminati suscettibili di diventare intellegibili solo mediante una scelta di una tra le numerose soluzioni, tutte scientificamente valide, ritenute possibili dalla tecnica in una determinata ipotesi»<sup>102</sup>.

Sulla base di tali considerazioni non può dunque che trovare apprezzamento l'ulteriore passo in avanti registrato dalla giurisprudenza amministrativa sul fronte del sindacato pieno ed effettivo sui provvedimenti dell'AGCM che, con la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990)<sup>103</sup> sembra aver – sebbene ancora timidamente – ormai varcato la soglia del sindacato (non sostitutivo) di attendibilità (per ora solo con) riguardo alle sanzioni irrogate dall'AGCM.

Il giudice amministrativo ha argomentato la propria tesi partendo dal presupposto che, sebbene «la regolazione economica dei mercati, attraverso l'identificazione dei soggetti legittimati, dei beni negoziabili e dei contratti stipulabili, è funzione che concorre a “definire”, talvolta finanche a “creare”, il fatto economico [...] [.] il modello antitrust è invece una forma di garanzia am-

<sup>102</sup>F. SAIITA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.

<sup>103</sup>Tra i commenti a tale pronuncia si segnalano M. DEL SIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2020, p. 740 ss.; G. PARODI, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supr. e salute*, 2, 2021, p. 241-255.

ministrativa che presidia le “condizioni di contesto” – prefigurate dal legislatore – all’interno delle quali rapporti interprivati possono legittimamente esplicarsi, non attingendo il livello di politicità della regolazione economica. [...]». In particolare, «le sanzioni amministrative in senso stretto – quelle che costituiscono reazione dell’ordinamento alla violazione di un precetto, ed a cui è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria – sono inflitte nell’esercizio di un potere ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi. Sul piano funzionale, si tratta infatti di un potere equivalente a quello del giudice penale, sia pure con la peculiarità di essere irrogata dall’amministrazione e, per questo motivo, capace di incidere esclusivamente su beni diversi dalla libertà personale (a cagione della riserva costituzionale di giurisdizione). Nel caso della funzione amministrativa in senso proprio, il provvedimento amministrativo, anche quando è fonte, per il suo destinatario, di conseguenze pregiudizievoli o afflittive, queste non sono mai lo scopo o la causa dell’esercizio del potere, bensì la conseguenza soltanto “indiretta” di un atto che ha come obiettivo principale la cura di un interesse pubblico determinato».

La conseguenza di tali considerazioni è allora, secondo i giudici di Palazzo Spada, che poiché «la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto “libero” dell’apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l’opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *questio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”».

Tale pioneristico orientamento del giudice amministrativo, sebbene – come si vedrà passando in rassegna le sentenze del giudice amministrativo concernenti l'impugnazione degli atti dell'ARERA – non sembra poter trovare facile accoglimento con riferimento al sindacato esperito nei confronti delle autorità di regolazione diverse dall'AGCM, sembra tuttavia cogliere nel segno, dando luogo ad una ricostruzione delle questioni oggetto del presente studio che sembra non discostarsi dall'impostazione che si è scelto di seguire ai fini dell'analisi sin qui svolta. Nelle pagine che seguono dovrà pertanto essere verificato se, ed eventualmente in che termini e con riferimento a quali fattispecie di esercizio del potere, tale orientamento possa essere riproposto con riferimento alla regolazione del settore dell'energia e, nello specifico, se il sindacato di maggiore attendibilità possa trovare applicazione con riferimento al sindacato sui poteri prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA.

#### **7. La regolazione del settore dell'energia al vaglio del giudice amministrativo: breve itinerario giurisprudenziale sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA.**

Una volta delineato in termini generali l'orientamento della giurisprudenza in ordine alla sindacabilità da parte del giudice amministrativo della discrezionalità tecnica e, in particolare, degli accertamenti/valutazioni tecniche operate dalle autorità indipendenti, nelle pagine che seguono ci si soffermerà in particolare sul grado di intensità del sindacato sugli atti dell'ARERA attraverso l'analisi delle pronunce del giudice amministrativo.

A tal fine si passeranno in rassegna talune sentenze del giudice amministrativo rese nell'ambito di controversie attinenti all'esercizio da parte dell'ARERA sia dei poteri regolatori in senso stretto che dei poteri prescrittivi e sanzionatori, nelle quali venga in rilievo il problema del sindacato sulla discrezionalità tecnica e, pertanto, tracciato il perimetro di cognizione degli organi di

giustizia amministrativa nei confronti della funzione di regolazione del settore dell'energia<sup>104</sup>.

Attraverso l'analisi della giurisprudenza si intende così porre in luce, da un lato, la differenza di approccio riscontrabile tra il sindacato del TAR Lombardia rispetto a quello del Consiglio di Stato, laddove quest'ultimo sembra aver ormai maturato una maggiore consapevolezza in ordine al ricorso ai poteri istruttori previsti dal codice del processo amministrativo e agli strumenti della consulenza tecnica d'ufficio e della verifica ai fini dell'esperimento di un controllo intrinseco sugli atti dell'ARERA; e, dall'altro, le persistenti resistenze del giudice amministrativo ad esperire un controllo che vada oltre i consueti criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti e, dunque, del sindacato di ragionevolezza tecnica, secondo un approccio che resta, tuttavia, pur sempre indiretto rispetto alla scelta tecnica operata dall'amministrazione.

Ciò premesso, un primo filone giurisprudenziale che deve essere segnalato è quello che configura l'attività del giudice amministrativo in termini (ancora) di sindacato sostanzialmente estrinseco, incentrato principalmente sul canone della manifesta infondatezza e/o irragionevolezza tecnica. Nell'ambito di tale filone si inquadra, ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 4 gennaio 2021, n. 37) relativa ad un giudizio sulla legittimità di una delibera di regolazione tariffaria adottata dall'ARERA, in cui il giudice del gravame ha rilevato come le determinazioni tariffarie dell'autorità sono adottate «nell'esercizio di un potere autoritativo connotato da ampia discrezionalità tecnica, in cui “l'apprezzamento dell'Autorità è espressione di un potere discrezionale, il quale, per giurisprudenza costante, che come tale non necessita di puntuali citazioni, è sindacabile nella presente sede di legittimità nei soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici” (Cons. Stato, 6 marzo 2019, sez. VI, n.

---

<sup>104</sup>Una prima disamina della giurisprudenza in materia è stata effettuata da M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 265-285, la cui analisi resta per molti aspetti ancora pienamente attuale.

1550)», in tal modo confermando la sentenza resa in primo grado<sup>105</sup> che aveva rigettato il ricorso e accertato la legittimità del provvedimento regolatorio «senza la necessità di alcuna integrazione istruttoria».

L'orientamento giurisprudenziale richiamato nella sentenza in commento, che limita il sindacato sugli atti adottati nell'esercizio di ampia discrezionalità tecnica ai soli casi di risultati abnormi, viene fatto risalire ad una precedente pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1550) in occasione della quale i giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati in merito alla legittimità di un provvedimento prescrittivo dell'ARERA volto al recupero degli incentivi indebitamente percepiti dal titolare di un impianto di cogenerazione, a seguito di una verifica ispettiva effettuata dal GSE.

Ai fini che qui interessano, deve essere evidenziato come nel precedente giudizio, il TAR Lombardia avesse ritenuto che la perizia tecnica prodotta dalla parte ricorrente, titolare dell'impianto incentivato, non fosse comunque «idonea a dimostrare l'inattendibilità della metodologia fatta propria dal provvedimento impugnato», sul presupposto che, a detta del giudice adito, per ritenere utilizzabili i risultati cui pervengono le diverse metodologie di calcolo della quantità di energia esatta da incentivare «dovrebbe dimostrarsi che esse sono a tal punto più accurate del criterio adottato dall'Autorità, da determinare l'inattendibilità di quest'ultimo». Prova, tuttavia, ritenuta non dimostrata dal TAR che ha pertanto rilevato «non manifestamente illogica né arbitraria la scelta dell'Autorità»<sup>106</sup>.

Seguendo un *iter* argomentativo in parte differente, invece, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario disporre una verifica «per accertare la correttezza delle metodologie seguite dall'autorità ispettiva nel corso delle verifiche sull'impianto». Tuttavia, in sede di decisione il Consiglio di Stato – tralasciando gli esiti della verifica – si è poi pronunciato ritenendo che «non [fosse] necessario seguire nei dettagli il ragionamento tecnico scientifico svolto nei docu-

---

<sup>105</sup>TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 27 novembre 2019, n. 2528.

<sup>106</sup>TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 4 marzo 2016, n. 439.



menti di cui sopra [osservazioni delle parti n.d.r.], perché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica. Va infatti ricordato che l'apprezzamento dell'Autorità è espressione di un potere discrezionale, il quale, per giurisprudenza costante, che come tale non necessita di puntuali citazioni, è sindacabile nella presente sede di legittimità nei soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici». Sulla base di un tale presupposto, il Consiglio di Stato ha così ritenuto il provvedimento impugnato immune da vizi di eccesso di potere sotto il profilo del carattere illogico ovvero abnorme dell'apprezzamento dell'autorità, rilevando che «le deduzioni formulate dai consulenti di parte rappresentano ipotesi alternative, di cui questo Giudice non può tener conto, senza ingerirsi in modo non consentito nelle scelte di merito riservate all'amministrazione».

La poc'anzi citata pronuncia del Consiglio di Stato si presta, tra l'altro, a rimarcare il diverso approccio del giudice amministrativo rispetto al ricorso agli strumenti istruttori previsti dal codice del processo amministrativo, dovendosi registrare differenze significative tra i giudizi di primo e quelli di secondo grado. Il caso poc'anzi richiamato è in tal senso emblematico di come, sebbene il Consiglio di Stato abbia di fatto confermato la decisione del TAR Lombardia, almeno dal punto di vista della tipologia del sindacato esercitato, lo scrutinio svolto dal Consiglio di Stato attraverso il ricorso alla verifica si caratterizzi per la sua maggiore intensità rispetto a quello svolto in precedenza dal TAR Lombardia in virtù dei diversi strumenti istruttori utilizzati.

Un ulteriore esempio di ritrosia da parte del giudice di primo grado al ricorso ai penetranti mezzi istruttori previsti dal codice del processo amministrativo è rinvenibile in una ulteriore pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 779) avente ad oggetto la delibera ARERA recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei costi relativi agli investimenti nelle reti di distribuzione del gas naturale». Anche questa volta, i giudici di Palazzo Spada

hanno confermato la decisione del giudice di *prime cure*<sup>107</sup> che aveva respinto le censure sollevate da un operatore economico nei confronti del provvedimento regolatorio in parola, nella parte in cui – modificando il testo unico in materia di tariffe del gas – aveva imposto un tetto massimo per il riconoscimento tariffario a copertura dei costi di capitale delle località in avviamento, fissandolo in euro 5.250 per ogni nuovo utente allacciato. Tuttavia, anche in questo caso balza all'occhio il diverso e più penetrante approccio seguito dal Consiglio di Stato il quale, pur riconoscendo la legittimità del provvedimento impugnato, è giunto a tale conclusione sulla base di un diverso percorso argomentativo facendo ricorso ad una consulenza tecnica d'ufficio incentrata sulla verifica della correttezza delle scelte operate dall'ARERA.

Il Consiglio di Stato, al fine di giustificare l'adozione di tale diverso approccio, si è preoccupato innanzitutto di delineare i confini entro i quali può essere valutato, in sede processuale, l'apporto conoscitivo derivante dall'esperimento del mezzo istruttorio, sottolineando come «il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell'Autorità indipendente, non è limitato ad un sindacato meramente estrinseco, ma si estende al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente». In tale ottica, da un lato, «il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»; dall'altro, «anche l'apporto conoscitivo tecnico, conseguito anche tramite apporti scientifici, non è *ex se* dirimente allorché “soccorrono dati ulte-

---

<sup>107</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 3 maggio 2018, n. 1203.

riori, di natura più strettamente giuridica”, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici».

Una volta collocato il proprio scrutinio all'interno del filone giurisprudenziale che ritiene pienamente configurabile un sindacato intrinseco, seppur in forma debole e, talvolta, meramente apparente, nei confronti degli atti dell'ARERA, il Consiglio di Stato è comunque giunto a ritenere corretta la decisione del giudice di *prime cure* il quale, senza ricorrere al mezzo istruttorio, aveva escluso l'esistenza di profili di manifesta irragionevolezza censurabili in sede di legittimità. In altri termini, pur essendosi espressamente rifatto ad una forma di vaglio giurisdizionale di tipo intrinseco, l'esito dello scrutinio operato dal Consiglio di Stato si è comunque materializzato in forma indiretta e, sotto altro profilo, attestato sui binari del tradizionale sindacato sull'eccesso di potere in modo non dissimile a quello esercitato nei confronti della discrezionalità pura. In tal modo configurando una forma di sindacato intrinseco meramente apparente.

Un ulteriore esempio del segnalato diverso metodo attraverso cui il giudice amministrativo accede ai fatti oggetto della controversia è quello fornito dalla ben nota vicenda concernente le strategie di programmazione non diligenti (cd. sbilanciamenti) adottate da un elevato numero di operatori nell'ambito del servizio di dispacciamento dell'energia elettrica, nella quale si conferma evidente l'atteggiamento più restrittivo del TAR Lombardia rispetto all'utilizzo dei mezzi istruttori. Diversamente da quanto accaduto nei precedenti giurisprudenziali sin qui analizzati, in tale vicenda processuale<sup>108</sup> (ancora in corso) si è assistito invece ad un ribaltamento dell'orientamento espresso dal TAR Lombardia in ordine alla necessità di ricorrere ad un consulente tecnico ai fini della deci-

<sup>108</sup>Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 5 aprile 2019, n. 761; Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2020, n. 4385 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 5 aprile 2019, n. 760; Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5023 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 febbraio 2019, n. 398; Cons. Stato, Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5681 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 6 marzo 2019, n. 467; Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5837 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 14 maggio 2019, n. 1073; Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2020, n. 6064 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 ottobre 2019, n. 2262.

sione. Il Consiglio di Stato, infatti, dopo aver espresso qualche titubanza, ha poi ritenuto di dover disporre una verifica i cui risultati hanno permesso al giudice amministrativo di mettere in discussione l'impianto argomentativo e motivazionale su cui si reggevano i provvedimenti impugnati, traendo conclusioni in ordine all'illegittimità di questi ultimi. In particolare, il Consiglio di Stato, proprio attraverso la verifica, ha potuto rilevare – pur senza porre in discussione la sussistenza, sul piano tecnico-fattuale, dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere ai sensi della norma di relazione e della coerenza del provvedimento adottato con le finalità della regolazione<sup>109</sup> – come l'ARERA non avesse adeguatamente dimostrato la corrispondenza tra la condotta ritenuta non diligente dell'operatore (lo sbilanciamento) e l'incremento degli oneri a carico del sistema elettrico (cd. *uplift*) con conseguente danno agli utenti finali.

Tuttavia, nonostante il diverso approccio e il diverso esito del sindacato giurisdizionale, anche in questo caso il Consiglio di Stato – pur rifacendosi agli orientamenti giurisprudenziali in merito al sindacato intrinseco in termini di «verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza» e di «piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione», «senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali» – sembra essersi comunque attestato su un modello tradizionale di sindacato sull'eccesso di potere, limitandosi a configurare l'insussistenza del nesso eziologico tra la condotta contestata e il danno agli utenti quale violazione non della norma attributiva del potere, bensì della norma di azione, concludendo per l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in virtù del semplice difetto di istruttoria e motivazione, la-

---

<sup>109</sup>Nel senso di ritenere necessario un sindacato del giudice amministrativo sulle finalità della regolazione v. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit.; con riferimento alla vicenda in esame v. F.G. ANGELINI, *Poteri prescrittivi dell'ARERA e sindacato di full jurisdiction: note a margine delle sentenze del giudice amministrativo sulla violazione del principio di diligenza con riferimento alle strategie di programmazione di immissione e prelievo di energia*, in *Power and Democracy*, V.2, n.2., 2020.

sciando aperta la possibilità per l'ARERA di un successivo riesercizio del potere secondo le indicazioni fornite dal giudice amministrativo<sup>110</sup>.

Ad esiti in parte speculari è giunto il Consiglio di Stato<sup>111</sup> nei connessi giudizi concernenti l'adozione dei provvedimenti sanzionatori nei confronti degli operatori ritenuti responsabili di aver adottato strategie di programmazione non diligenti. In tali paralleli giudizi sull'esercizio del potere sanzionatorio, in ordine alla medesima vicenda, il Consiglio di Stato ha riformato le pronunce rese dal TAR Lombardia nei giudizi di primo grado<sup>112</sup>, facendo leva proprio sulle risultanze della verifica esperita con riferimento ai giudizi aventi ad oggetto i provvedimenti prescrittivi. In questi casi, il Consiglio di Stato ha rilevato come l'esercizio del potere sanzionatorio, «fondandosi su di una prescrizione violata, non può che essere inciso dal venir meno della prescrizione stessa per annullamento giurisdizionale» e che «anche il percorso che ha condotto ARERA ad irrogare una sanzione pecuniaria nei confronti della impresa, parte originaria ricorrente, “soffra” delle appurate illegittimità istruttorie che hanno “macchiato” gli atti presupposti [...] di talché detto provvedimento sanzionatorio ne viene (inevitabilmente e inesorabilmente) travolto per illegittimità derivata». Tuttavia, anche in questo caso, la modalità di sindacato prescelta dal Consiglio di Stato si è delineata secondo i medesimi canoni già rilevati con riferimento ai provvedimenti prescrittivi, lasciando perciò intatta la «astratta possibilità del riesercizio del potere, sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati»<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup>Nel senso di ritenere il potere conformativo del giudice amministrativo uno strumento essenziale ai fini di un sindacato pieno ed effettivo, v. F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.

<sup>111</sup>Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6498; Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6504; Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6505.

<sup>112</sup>Cfr., *ex multis*, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 febbraio 2019, n. 389; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 24 maggio 2019, n. 1180; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 20 agosto 2019, n. 1905.

<sup>113</sup>Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6505.

Un secondo filone giurisprudenziale, di cui si è già in parte dato conto con riferimento alle pronunce poc'anzi richiamate, è quello che ritiene configurabile un sindacato intrinseco, sebbene di tipo sostanzialmente indiretto, e limitato all'opinabilità. In tale filone deve, per esempio, iscriversi la recente vicenda processuale concernente la legittimità della deliberazione ARERA avente ad oggetto la “Regolazione dei servizi di connessione, misura, trasmissione, distribuzione, dispacciamento e vendita nel caso di Sistemi di Distribuzione Chiusi (SDC)”, nella parte in cui prevedeva che i corrispettivi di dispacciamento dovessero essere applicati anche all'energia elettrica prelevata tramite i punti di connessione dei singoli utenti ai SDC e non solo a quella prelevata dalla rete pubblica. In questo caso, il TAR Lombardia<sup>114</sup> – seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, in sede di rinvio pregiudiziale, aveva rilevato come le disposizioni contenute nella Direttiva 2009/72 ostino ad una normativa nazionale che prevede l'attribuzione degli stessi costi di dispacciamento previsti per gli utenti della rete pubblica agli utenti dei SDC, qualora fosse accertata, dal giudice nazionale, la loro differente posizione tale da determinare un minor aggravio di costi per il gestore della rete elettrica<sup>115</sup> – ha annullato l'atto di regolazione nella parte *de qua*, accertando l'esistenza di una non corretta valutazione della situazione di fatto tale da non giustificare il medesimo trattamento tra gli utenti della rete pubblica e quelli delle Reti Interne di Utente (RIU) con riferimento al pagamento degli oneri di dispacciamento, inficiando pertanto le scelte di regolazione in senso stretto contenute nell'atto impugnato.

Il Consiglio di Stato ha successivamente confermato la sentenza del giudice di *prime cure* riconoscendo l'esistenza del suddetto vizio e, pertanto, confermando l'illegittimità del provvedimento dell'ARERA sotto il profilo del difetto di istruttoria, rimettendo però all'autorità la puntuale verifica delle difformità

---

<sup>114</sup>Cfr., *ex multis*, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 23 novembre 2020, n. 2234.

<sup>115</sup>Cfr. CGUE sentenza del 28 novembre 2018 resa nelle cause riunite C-262/17, C-263/17 e C-273/17.

riscontrate all'esito della statuizione del Giudice europeo e la conseguente ride-terminazione dei corrispettivi di dispacciamento. Il tutto sul presupposto che «[s]ul versante tecnico, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, quest'ultimo è volto a verificare se l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione dei poteri, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali», ammettendo tuttavia «una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione»<sup>116</sup>.

Il già più volte richiamato riferimento al limite dell'opinabilità permette poi di evidenziare, anche con riferimento alla regolazione del settore dell'energia, l'esistenza di un ulteriore orientamento giurisprudenziale secondo cui il sindacato intrinseco dovrebbe comunque arrestarsi innanzi all'opinabilità delle valutazioni tecniche operate dall'autorità di regolazione. Emblematica di tale terzo filone giurisprudenziale è la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165) resa con riferimento ad una delibera dell'ARERA riguardante la revisione dei meccanismi di determinazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno criticato la decisione del TAR Lombardia che aveva in precedenza rilevato l'illegittimità della delibera ritenendo che le scelte regolatorie compiute dall'autorità fossero prive di un adeguato supporto motivazionale<sup>117</sup>.

La critica mossa dal Consiglio di Stato sull'attività valutativa svolta dal giudice di primo grado si sofferma sulla constatazione che il TAR si era «limita[to] ad esercitare un sindacato esterno, sulla base di canoni tratti dalla comune esperienza, senza spingersi all'interno della complessità tecnica delle valutazioni compiute» dall'ARERA, svolgendo, di fatto, una «verifica dell'apparente ragionevolezza» (esercitando dunque un sindacato meramente estrinseco). Secondo il giudice dell'appello, infatti, la complessità tecnica delle valuta-

---

<sup>116</sup>Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2021, n. 4347.

<sup>117</sup> Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 24 ottobre 2014, n. 2554.

zioni che precedono le scelte regolatorie, che spesso si traducono in una scarsa intelligibilità dell'*iter* logico-motivazionale sotteso a tali scelte, «certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione». Sulla base di tali assunti, il Consiglio di Stato ha pertanto esaminato le scelte regolatorie effettuate dall'ARERA «con gli occhi dell'esperto», ovverosia riutilizzando gli stessi criteri tecnici impiegati dall'autorità, rilevando la loro «attendibilità» e «ragionevolezza tecnica» e dunque riformando la sentenza del TAR Lombardia che aveva invece annullato il provvedimento impugnato.

Un altro esempio in tale direzione è poi fornito dalla sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341) avente ad oggetto la delibera ARERA di regolazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo 2014-2019, dove il giudice amministrativo è stato chiamato a valutare l'attendibilità e la ragionevolezza delle scelte dell'autorità con riferimento, in particolare, alla determinazione del meccanismo del cd. *price cap* e alla differenziazione del tasso di recupero di produttività a seconda delle dimensioni degli operatori economici presi in esame.

In primo grado, il giudice amministrativo<sup>118</sup> aveva rilevato l'irragionevolezza e la conseguente illegittimità del provvedimento di regolazione ravvisando, da un lato, un difetto di istruttoria nella valutazione analitica svolta dall'ARERA che non era riuscita adeguatamente a dimostrare che l'obiettivo perseguito dal *price cap* fosse declinato in termini ragionevoli e proporzionali; dall'altro, l'irragionevolezza della scelta di prevedere un tasso di recupero di produttività differenziato a seconda delle dimensioni degli operatori economici.

---

<sup>118</sup>TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 18 aprile 2019, n. 881.



Quanto al primo profilo, il Consiglio di Stato, in sede di gravame, ha confermato la decisione del TAR Lombardia rilevando come la scelta dell'ARERA di prevedere l'applicazione di un tasso costante nella determinazione del *price cap* non fosse supportata da un'adeguata istruttoria e motivazione, comportando – fermo restando il «limite di sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità amministrative indipendenti - non potendo sostituirsi la valutazione giudiziale a quella amministrativa» – l'illegittimità *in parte qua* della delibera e la possibile riedizione del potere regolatorio, sulla base di un'adeguata istruttoria in grado di giustificare le decisioni al riguardo suscettibili di essere assunte dall'autorità amministrativa, dunque adottando, su questo specifico profilo, un sindacato intrinseco di tipo indiretto.

Quanto al secondo profilo, invece, il Consiglio di Stato, accogliendo il motivo di appello proposto dall'ARERA, ha rilevato la ragionevolezza e l'attendibilità tecnica della scelta e delle valutazioni effettuate dall'autorità, nonché l'adeguatezza dell'istruttoria e della motivazione a supporto di tale decisione, sottolineando come «il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolamentazione delle Autorità amministrative, ancorché pieno ed effettivo, estendendosi anche all'accertamento dei fatti operato dall'Autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili [...] e implicando la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad es., consulenza tecnica d'ufficio, verifica, ecc.), non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione». Tale tecnica di sindacato comporta, pertanto, che «qualora ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità abbia dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un con-

trollo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto».

In senso conforme si pone infine un'ulteriore pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. VI, 22 dicembre 2020, n. 8219), concernente l'impugnazione della delibera 444/2016/R/eel con cui l'ARERA ha inteso regolare e dettare misure transitorie volte a contrastare le strategie di programmazione non diligenti degli utenti del dispacciamento in relazione alle quantità di energia elettrica in immissione e in prelievo (cd. sbilanciamenti). In questo caso, il giudice amministrativo, nel richiamare ancora una volta i principi elaborati dal consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato nella poc'anzi citata sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341, relativa al sindacato intrinseco di attendibilità tecnica e non sostitutivo), ha rilevato come tale tecnica di controllo giurisdizionale sia peraltro «coerente con quello affermato a livello sovranazionale, tenuto conto che anche la Corte di Giustizia, pur riconoscendo la competenza del giudice europeo a controllare la qualificazione giuridica di dati di natura economica operata dalla Commissione, ha precisato come non sia ammissibile la sostituzione della valutazione giudiziale a quella della Commissione, la quale ha in materia competenza istituzionale». I giudici di Palazzo Spada, nella medesima sentenza, hanno altresì precisato come «[l]'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale richiedono, comunque, pure in ambito unionale la necessità che il giudice non soltanto verifichi l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche accerti se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti, che devono essere presi in

considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se siano idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte».

## **8. Un sindacato a “intensità variabile” sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA?**

Una volta completata l'analisi sul piano teorico e passate in rassegna alcune significative pronunce del giudice amministrativo, non resta allora che provare a tirare le fila del ragionamento al fine di delineare i contorni del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA, evidenziando sia quelli che appaiono ormai rappresentare i punti fermi tracciati dalla giurisprudenza del giudice amministrativo (e, in particolare, del Consiglio di Stato), sia le residue zone d'ombra che lasciano intravedere la possibilità di immaginare ulteriori spazi per un controllo pieno ed effettivo sugli atti di tale autorità di regolazione.

Tali elementi, come si dirà meglio tra poco, sembrano suggerire la possibilità di definire quello nei confronti dell'esercizio della discrezionalità tecnica nell'ambito della regolazione dei settori dell'energia come un sindacato a “intensità variabile” in funzione cioè della struttura giuridica del potere di volta in volta esercitato dall'autorità e, dunque, del momento in cui l'accertamento e/o la valutazione tecnica si colloca rispetto alla scelta amministrativa, con particolare riferimento alla sua inerenza alla definizione dell'assetto di interessi ritenuto più confacente rispetto all'interesse pubblico tutelato.

Ciò implica che – in virtù della conseguente impossibilità di esprimere un giudizio univoco sul ruolo svolto dal giudice amministrativo nei confronti dell'attività regolatoria posta in essere dall'ARERA (che trova, a sua volta, la propria ragion d'essere nella diversa struttura dei poteri esercitati da quest'ultima) – la valutazione della rispondenza di tale modello di controllo giurisdizionale al canone della *full jurisdiction* dovrà essere necessariamente condotta con riferimento a singole fattispecie concrete, tenendo conto della tipologia di valutazione tecnica richiesta dalla norma attributiva e della sua strumentalità o

meno rispetto all'esercizio della discrezionalità pura. Dovendo, in altri termini, operare una netta distinzione concettuale tra il sindacato sugli atti che rientrano nel perimetro di quella che abbiamo detto essere la "regolazione in senso stretto" e quelli che invece afferiscono all'esercizio di poteri diversi rispetto ai quali, come nel caso dei poteri prescrittivi e sanzionatori, l'accertamento tecnico svolge (in tutto o, come nel caso dei provvedimenti prescrittivi, in parte) una diversa funzione in vista cioè non dell'adozione della soluzione ritenuta più confacente alla tutela di un interesse pubblico bensì della preventiva verifica dei presupposti di fatto – come tali pienamente sindacabili dal giudice – che legittimano l'esercizio stesso del potere.

***a. La verifica dei fatti posti a fondamento degli atti dell'ARERA quale fulcro del sindacato del giudice amministrativo.***

Un primo ordine di considerazioni che si può rilevare dall'analisi della giurisprudenza corrisponde alla necessità, per il giudice amministrativo, di poter pienamente accedere, conoscere e verificare i fatti posti a fondamento dell'attività regolatoria nell'esercizio dei diversi poteri attribuiti, siano questi di regolazione in senso stretto o in senso lato. Il pieno accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo risulta infatti imprescindibile tanto in relazione al sindacato sull'esercizio dei poteri di regolazione in senso stretto dell'ARERA, quanto, in modo del tutto peculiare rispetto alla dinamica dell'esercizio del potere, in relazione al sindacato sui poteri prescrittivi e sanzionatori, laddove l'accertamento fattuale si declina in concreto nella verifica dei presupposti di fatto posti a fondamento dalla norma attributiva del potere stesso.

Un secondo ordine di considerazioni, suggerito dalle pronunce del giudice amministrativo che sono state analizzate, riguarda invece la tendenziale ritrosia del giudice di primo grado a fare ricorso ai mezzi istruttori di cui dispone, quali in particolare la consulenza tecnica d'ufficio e la verifica, motivo per cui spesso il relativo sindacato si attesta nell'ambito di un mero controllo for-

male ed esterno, fortemente ancorato al canonico sindacato sull'eccesso di potere.

Se la verifica dei fatti posti a fondamento degli atti dell'ARERA rappresenta il fulcro del sindacato del giudice amministrativo con riferimento alla regolazione nel settore dell'energia, non può non evidenziarsi come un simile atteggiamento dia luogo ad un depotenziamento del sindacato giurisdizionale che non appare, in molti casi, sufficiente e adeguato nell'ottica invece di un sindacato realmente pieno ed effettivo. Motivo per cui è quantomeno auspicabile il superamento di tale ritrosia da parte del giudice amministrativo e un maggiore coraggio nell'utilizzo dei suoi poteri istruttori.

***b. Un giudizio di ragionevolezza tecnica: il sindacato (non sostitutivo) di attendibilità tecnica e il limite dell'opinabilità.***

Un terzo ordine di considerazioni riguarda l'esistenza, riscontrabile ancora una volta specialmente in primo grado, di una certa timidezza, coerentemente con quanto evidenziato con riferimento al ricorso ai mezzi istruttori, ad operare un sindacato realmente intrinseco. Al di là delle petizioni di principio, infatti, anche quando il giudice amministrativo sembra porsi nelle condizioni di esercitare un sindacato intrinseco alla fine, il vaglio di giurisdizione si risolve sovente in un controllo di tipo indiretto, ancorato al parametro della manifesta infondatezza e/o irragionevolezza tecnica, in ragione di un (non sempre fondato) timore di oltrepassare i limiti esterni di giurisdizione.

Al riguardo occorre evidenziare come, sebbene questa preoccupazione appaia condivisibile in linea teorica laddove l'esercizio della discrezionalità tecnica si presenta come indissolubilmente legata, in termini di strumentalità, alla ponderazione degli interessi in gioco in funzione dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'ARERA, questo atteggiamento si presta ad alcune fondate critiche laddove tale strumentalità si presenti invece in forma attenuata (e finanche, talvolta, inesistente) in ragione della struttura giuridica del potere concretamente esercitato.

In questi casi il sindacato, pur configurandosi come intrinseco, non è comunque in grado di andare oltre il limite dell'opinabilità, in ragione dell'accoglimento da parte del giudice amministrativo della tesi – criticata nelle pagine precedenti – secondo cui l'opinabilità equivarrebbe all'opportunità, riproponendo dunque l'assimilazione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. In tal modo il sindacato sulla discrezionalità tecnica nei confronti degli atti dell'ARERA si viene a configurare come un sindacato di ragionevolezza tecnica, incentrato sulla verifica della non manifesta inattendibilità dell'accertamento e/o valutazione tecnica, che si arresta innanzi all'esistenza di plurime risposte, tutte ritenute tecnicamente ragionevoli. Delineando, di conseguenza, una “preferenza di amministrazione”<sup>119</sup> che, mentre può ritenersi perfettamente giustificata laddove la scelta tecnica sia operata in funzione della definizione di un determinato assetto di interessi, come avviene nell'attività di regolazione in senso stretto, in tutte le altre fattispecie si presenta come una indebita compressione del sindacato giurisdizionale, in patente violazione del canone della *full jurisdiction*.

Tale orientamento giurisprudenziale, riprendendo quanto detto nelle premesse del presente lavoro, non permette così – laddove non sia in discussione (anche) un'attività discrezionale pura – all'argomentazione razionale di svolgere appieno la propria funzione di riconoscimento, impedendo di sostituire la scelta operata dall'amministrazione sul piano meramente tecnico con quella ritenuta più attendibile all'esito di un confronto razionale svolto in sede processuale nel rispetto di quelle garanzie di terzietà e indipendenza che solo la giurisdizione sembra in grado di offrire.

### ***c. I residui spazi per un sindacato (pieno) di maggiore attendibilità.***

Una volta individuati quelli che sembrano rappresentare i punti fermi del sindacato del giudice amministrativo con riferimento ai poteri dell'ARERA,

---

<sup>119</sup>Così F. SAIITA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.

non resta allora che verificare se alla luce delle caratteristiche dei poteri prescrittivi e sanzionatori che sono state delineate nelle pagine precedenti, l'intensità del controllo giurisdizionale nei confronti degli atti dell'ARERA possa ritenersi adeguata nell'ottica di una giurisdizione piena ed effettiva. Si tratta perciò, in altri termini, di valutare se in relazione alla struttura dei poteri in parola, residuo ulteriori spazi per un sindacato intrinseco forte.

Alcune sollecitazioni in tal senso derivano, oltre che da taluni orientamenti dottrinali inclini a ritenere perfettamente configurabile un sindacato sostitutivo con riferimento ai poteri sanzionatori dell'AGCM<sup>120</sup>, dalla stessa giurisprudenza del giudice amministrativo che, come si è già dato conto, si è spinta fino a delineare – con riferimento ad una controversia relativa all'esercizio dei poteri dell'AGCM in ambito *antitrust* – un sindacato (pieno) di maggiore attendibilità.

Alla luce della ricostruzione che è stata proposta nelle pagine precedenti con riferimento allo statuto giuridico dei poteri prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA e al momento in cui si pone, in queste fattispecie, la scelta tecnica nella dinamica di esercizio del potere, sembra lecito sollevare qualche dubbio in merito all'adeguatezza dell'intensità del sindacato giurisdizionale su tali provvedimenti. L'impressione è, infatti, che la tendenza del giudice amministrativo a scrutinare la discrezionalità tecnica secondo gli ordinari parametri elaborati dalla giurisprudenza non tenga in realtà conto né della reale natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nella dinamica di esercizio di tali poteri, né della natura del potere concretamente esercitato, dando luogo ad una compressione

---

<sup>120</sup>G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit.; B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014*, cit.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 162-165; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 309 ss.; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit. In senso critico F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, D.lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2018, p. 1207 ss. In generale per un inquadramento complessivo del sindacato nei confronti dell'AGCM v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

dell'intensità del sindacato giurisdizionale fondata sulla grossolana equiparazione tra attività interpretativa e attività discrezionale e tra opinabilità e opportunità.

Proprio l'evoluzione della giurisprudenza in materia *antitrust*, sembra allora suggerire, da un lato, l'inadeguatezza tanto delle forme di controllo estrinseco sui provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri, quanto di quelle che, pur qualificandosi come (apparentemente) intrinseche, si traducono in realtà pur sempre in una forma di sindacato indiretto che si atteggia alla stregua di quello concernente l'eccesso di potere con riferimento alla discrezionalità amministrativa; e, dall'altro, l'esistenza di ulteriori spazi per un sindacato (pieno) di maggiore attendibilità in tutti quei giudizi nei quali, come nel caso dei poteri prescrittivi e sanzionatori, lo scrutinio sulla discrezionalità tecnica non abbia ad oggetto scelte che – direttamente o indirettamente – si traducono in (o rendono possibile) una ponderazione di interessi, bensì l'accertamento e/o la valutazione di un fatto inteso quale presupposto stesso dell'esercizio del potere, sulla base di un procedimento ermeneutico svolto dall'amministrazione applicando conoscenze tecniche, che il giudice è a sua volta chiamato, secondo le modalità proprie del processo amministrativo, a ripercorrere in sede processuale potendosi avvalere degli stessi strumenti cognitivi di cui dispone l'autorità di regolazione.

## **9. Conclusioni.**

L'analisi sin qui svolta ha permesso di ricostruire in chiave critica la questione dell'intensità del sindacato sulla discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti in relazione ai diversi poteri attraverso cui si esercita la funzione di regolazione. Dopo aver dato conto delle principali questioni sottese alla tematica in esame, ci si è soffermati in particolare sui diversi approcci seguiti dal giudice amministrativo nell'ambito del controllo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri dell'ARERA con l'obiettivo di verificarne l'adeguatezza dal punto di vista della pienezza ed effettività in relazione alle situazioni giuridiche soggettive configu-



rabili nell'ambito di tali fattispecie. All'esito di tale indagine sembra pertanto possibile rassegnare alcune momentanee conclusioni.

La prima riflessione concerne il ruolo degli strumenti istruttori a disposizione del giudice amministrativo nell'ambito del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti. Sul punto non può non evidenziarsi come il canone della *full jurisdiction* imponga al giudice una puntuale disamina che non può arrestarsi in superficie. L'effettività della tutela giurisdizionale implica, al contrario, il potere/dovere del giudice amministrativo di disporre delle medesime conoscenze tecniche utilizzate dalle autorità di regolazione. Ciò, al fine di sindacarne l'operato sul piano dell'attendibilità e della ragionevolezza dei criteri interpretativi utilizzati e, in ultima analisi, della legittimità della decisione concretamente adottata con riferimento al parametro normativo<sup>121</sup>.

In questa prospettiva, lascia perciò perplessi quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'utilizzo dei poteri istruttori – e, in particolare, della consulenza tecnica d'ufficio – resta pur sempre subordinato ad un preventivo scrutinio di natura estrinseca sull'*iter* logico-argomentativo seguito ai fini dell'adozione dell'atto impugnato. La complessità della ricostruzione fattuale e delle conseguenti valutazioni svolte dall'ARERA ai fini dell'esercizio dei poteri regolatori in questione rende invece auspicabile, nella prospettiva di un sindacato pieno ed effettivo, una minore timidezza da parte del giudice amministrativo nel ricorso a tali essenziali strumenti istruttori, senza i quali risulterebbe estremamente difficile – se non impossibile – per quest'ultimo svolgere quel sindacato intrinseco più volte teorizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che richiede un pieno accesso al fatto e un consapevole ricorso alla tecnica ai fini del controllo giurisdizionale.

Emblematico in tal senso è senz'altro il filone giurisprudenziale sviluppatosi in relazione alla nota vicenda degli sbilanciamenti del settore elettrico, in

---

<sup>121</sup>L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo. Il caso delle intese anticoncorrenziali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2018, p. 1341 ss.

relazione al quale – sebbene dopo aver manifestato alcune iniziali titubanze ed aver espresso orientamenti finanche diametralmente opposti – il Consiglio di Stato ha scelto di subordinare la propria decisione al previo esperimento di una verifica (ovvero, dell'acquisizione della stessa quale prova atipica), dimostrando – rispetto al giudice di *prime cure* – una maggiore sensibilità rispetto al sindacato intrinseco, frutto probabilmente di una maggiore dimestichezza rispetto al TAR Lombardia con le caratteristiche del sindacato sui poteri di regolazione dei mercati, maturata con particolare riferimento ai provvedimenti dell'AGCM. Esso, tuttavia, in tale vicenda emblematica, nel prendere atto degli esiti della verifica, si è limitato a trarre le conseguenze del giudizio di inattendibilità espresso dal consulente limitandosi però ad esercitare un sindacato indiretto, incentrato cioè sui soli profili riconducibili all'*iter* seguito ai fini dell'adozione del provvedimento secondo il modello del sindacato dell'eccesso di potere (in particolare, sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione), invitando di conseguenza l'amministrazione a riesercitare il potere sanando i vizi riscontrati. Senza con ciò, pur in assenza di profili apprezzabili tali da giustificare una riserva di amministrazione, porre realmente in discussione sul piano del merito la correttezza dell'accertamento tecnico svolto dall'ARERA in relazione ai risultati complessivamente raggiunti da quest'ultima in funzione della preventiva verifica dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere prescrittivo.

La seconda conseguente riflessione riguarda dunque la necessità di intensificare il sindacato sulla discrezionalità tecnica operando – ai fini della verifica del rispetto dei limiti esterni di giurisdizione – una distinzione, nei termini che sono stati illustrati, a seconda della tipologia di potere concretamente esercitato e del grado di inerenza della scelta tecnica sottoposta al vaglio del giudice amministrativo a valutazioni di opportunità attinenti all'interesse pubblico. Cosa che dovrebbe spingere quest'ultimo a varcare – in tutti quei casi in cui si rinvenivano sussistere i presupposti, secondo il ragionamento che è stato sin qui

sviluppato – la soglia del sindacato di ragionevolezza tecnica e/o di attendibilità tecnica limitato all'opinabilità nell'ottica di un sindacato pieno di maggiore attendibilità che, pur senza operare alcuna sostituzione del giudice all'amministrazione con riferimento alle scelte concernenti l'opportunità, permetta comunque al giudice di esperire un più intenso del sindacato giurisdizionale con riferimento alle operazioni interpretative poste in essere dall'autorità di regolazione.

Se da un lato pare dunque delinearci con riferimento alla regolazione del settore dell'energia un sindacato a “intensità variabile”, le cui coordinate sono state tracciate nelle pagine precedenti, dall'altro si intravede la necessità di fare ancora qualche passo avanti al fine di rendere realmente pieno ed effettivo il controllo del giudice amministrativo sugli atti dell'ARERA, con particolare riferimento ai provvedimenti prescrittivi e sanzionatori, le cui caratteristiche distintive sono state analizzate sia sul piano teorico che giurisprudenziale.

L'eccesso di timidezza e talvolta di deferenza nei confronti dell'autorità di regolazione del settore dell'energia che talvolta traspare dalla giurisprudenza che è stata esaminata sembra essere ancora il retaggio di un modo di intendere la relazione tra giurisdizione e amministrazione che vede quest'ultima fortemente radicata nell'idea della titolarità della sovranità in capo alla persona giuridica dello Stato piuttosto che alla società<sup>122</sup>. Una visione, quest'ultima, che non pare più accettabile (specie) con riferimento all'esercizio dei poteri di regolazione dei mercati affidati alle autorità indipendenti, sia in ragione della loro collocazione al di fuori del circuito politico-rappresentativo, che della constatazione del fatto che esse – essendo prive di legittimazione democratica – sopperiscono a tale carenza proprio alla luce del particolare legame che connota il rapporto tra procedimento e processo<sup>123</sup>. Tale visione sembra, d'altronde, essere ormai

---

<sup>122</sup>G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XI/XII, Tomo II, 1982/1983, p. 1001; G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc., 4, 1996.

<sup>123</sup>Per alcuni spunti in tal senso si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; Id., *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche giuridiche dell'Amministrazione e l'Economia, 2, 2018, p. 25 ss.

destinata al definitivo tramonto<sup>124</sup> alla luce della decisiva spinta della giurisprudenza della CEDU sul fronte della *full jurisdiction*, la quale non implica né una sostituzione dei poteri dell'amministrazione con quelli del giudice, né il riconoscimento di una prevalenza del giudice rispetto all'amministrazione.

La piena giurisdizione, nella prospettiva che si è cercato di delineare, appare allora un esito non solo auspicabile ma necessario nella direzione dell'amministrazione come argomentazione della sovranità popolare<sup>125</sup>, funzionale cioè all'attuazione dell'ordine giuridico della società.

---

<sup>124</sup>G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, in P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche giuridiche dell'Amministrazione e l'Economia, 2, 2018, p. 317 ss.

<sup>125</sup>F.G. ANGELINI, *Diritti fondamentali e organizzazione pubblica: premesse teoriche per una ridefinizione del rapporto tra amministrazione e persona*, in Dirittifondamentali.it, 2020, p. 1055-1059.