

Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa

Il ruolo di ARERA al tempo della crisi energetica

Seminario organizzato in collaborazione con l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti ed

Ambiente

Roma, 6 novembre 2023

Relazione:

La durata ed il termine di conclusione dei procedimenti sanzionatori di ARERA

di Alberto Di Mario, Consigliere del T.A.R. Lombardia, Sede di Milano

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il primo periodo: la mancanza di una disciplina specifica dei procedimenti sanzionatori; 3. Il secondo periodo: Il Regolamento approvato con deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com; 4. L'intervento della Corte costituzionale e la nuova disciplina costituzionale della funzione amministrativa; 5. Il nuovo orientamento giurisprudenziale espresso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato; 6. Il terzo periodo: le modifiche regolamentari introdotte con la Deliberazione 1 giugno 2017 n. 388/2017/E/COM; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

In primo luogo è necessario tratteggiare per sommi capi il quadro dell'evoluzione legislativa dei procedimenti sanzionatori di ARERA, perché la sua evoluzione precede e giustifica l'evoluzione giurisprudenziale in materia.

La disciplina dei procedimenti sanzionatori di ARERA trova il fondamento nell'art. 2 C. 20 della LEGGE 14 novembre 1995, n. 481, secondo il quale: *“Per lo svolgimento delle proprie funzioni, ciascuna Autorità: c) irroga, salvo che il fatto costituisca reato, 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, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 2.500 e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione”*.

La norma è integrata, con riferimento ai profili procedurali che qui ci interessano, dall'art. 45 cc. 4 e 5 del DECRETO LEGISLATIVO 1 giugno 2011, n. 93 secondo i quali: *“5. Ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas non si applica l'articolo 26 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Per i procedimenti medesimi, il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica, di cui all'articolo 14, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689, è di centottanta giorni. 6. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas disciplina, con proprio regolamento, nel rispetto della legislazione vigente in materia, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i procedimenti sanzionatori di sua competenza, in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. Il regolamento disciplina altresì le modalità procedurali per la valutazione degli impegni di cui al comma 3 del presente articolo, nonché, i casi in cui, con*

l'accordo dell'impresa destinataria dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio, possono essere adottate modalità procedurali semplificate di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie".

La caratteristica generale del quadro legislativo in materia è quindi la sua lacunosità in quanto caratterizzato prima dalla sola previsione del potere sanzionatorio e poi, oltre 15 anni dopo, dalla fissazione di alcuni principi generali in materia procedimentale.

Anche i Regolamenti, ai quali il comma 6 dell'art. 45 cc. 4 e 5 del D. Lgs. 1 giugno 2011, n. 93 delega la disciplina dei procedimenti sanzionatori, non contengono una disciplina analitica e completa della materia, nonostante la natura vincolata generalmente riconosciuta alla funzione sanzionatoria, suggerisca tale scelta.

A ciò si aggiungono le difficoltà di inquadramento di tale potestà, stretta tra l'applicazione della legge generale sul procedimento amministrativo (L. 241/90), della legge generale sulle sanzioni pecuniarie (L. 689/81) e specialità delle Autorità amministrative indipendenti.

Le lacune normative e le incertezze dottrinarie¹ hanno incontrato la giurisprudenza, che ha dato risposte diverse a seconda della conformazione che al procedimento sanzionatorio è stata attribuita dalla legge e dai Regolamenti che si sono succeduti nel tempo.

2. Il primo periodo: la mancanza di una disciplina specifica dei procedimenti sanzionatori

Il primo periodo regolatorio si caratterizza per la mancanza di una disciplina specifica del procedimento sanzionatorio.

Tali tipi di procedimento erano considerati una species del genus dei procedimenti *"diretti all'adozione di provvedimenti individuali"* per cui si applicava la disciplina contenuta nel D.P.R. 9 maggio 2001 n.244, il regolamento che disciplina in via generale i procedimenti di competenza dell'Autorità.

Secondo la giurisprudenza relativa a questo periodo normativo, la L. 689/81 ha carattere suppletivo ai sensi dell'art. 12 della legge stessa, secondo il quale le sue disposizioni *"si osservano, in quanto applicabili salvo che non sia diversamente stabilito"*. Ne discende che non è necessaria una deroga espressa per evitarne l'applicazione², deroga che può essere contenuta anche in un regolamento.

Per quanto riguarda più specificatamente il termine finale del procedimento le previsioni dell'art. 4 comma 2 e dell'art. 16 comma 1 del regolamento stabilivano che l'Autorità determina da sé sola il termine entro il quale deve concludere il procedimento e la conclusione effettiva di esso è comunicata all'interessato al momento della comunicazione delle risultanze istruttorie, ai sensi dell'art. 16 comma 1 del medesimo

¹ In generale Marco Fratini (a cura di) *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, CEDAM, 2011; Miriam Allena e S. Cimini (a cura di) *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, «Il diritto dell'economia», vol. 26, n. 82, pagg. 1-460; Ufficio Studi e formazione della Giustizia Amministrativa, *Relazione del Cons. Stato Francesco Guarracino 2023* pubblicata sul sito www.giustizia-amministrativa.it; E. Quadri, *I provvedimenti tipici dell'ARERA: la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, pubblicata sul sito www.giustizia-amministrativa.it; A. De Vita, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA)*, pubblicata sul sito www.giustizia-amministrativa.it; *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper Bocconi 2015; Mezzabarba Cristina, Travi Aldo, *Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: illecito amministrativo, procedimento, sanzioni accessorie*, in *Foro it.* 1994, pagg. 775 ss.; P. Cerbo, *Sanzioni amministrative* in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. IVX, pag. 51 ss.

² In tal senso Cons. Stato, VI, sentenza 20 giugno 2019 n. 4215; TAR Lombardia, sede di Milano, sezione III, 17 dicembre 2012 n.3061

Regolamento. In sostanza l’Autorità rende noto all’interessato il momento in cui ha fatto ciò, ovvero in altre parole gli comunica se ha o non ha rispettato il termine che si è autoimposta³.

A ciò si aggiunge che il mancato rispetto di tale termine non comporta decadenza dal potere di sanzione, perché manca una norma espressa in proposito⁴.

Le ragioni che giustificano la natura ordinatoria del termine, oltre alla mancanza di una norma espressa che qualifichi perentorio il termine, sono le seguenti:

- il termine ordinatorio anche se non comporta decadenza, vale comunque a qualificare come illecito il comportamento dell’amministrazione che non ha provveduto, e consente di attivare i rimedi processuali contro il silenzio;

- anche alle sanzioni di competenza dell’Autorità si applica la previsione generale dell’art. 28 comma 1 della l. 689/1981, per cui “Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione”, e quindi il privato è garantito anche se rimanga inerte;

- la Corte costituzionale⁵ ha chiarito che, anche se la decadenza dal potere sanzionatorio non si verifica, il privato non rimane senza difesa, e in particolare non è esposto senza limiti di tempo alla possibilità di essere sanzionato.

Si tratta di un orientamento che trova il suo fondamento nell’equiparazione del procedimento sanzionatorio a quello di amministrazione attiva, con conseguente applicazione immediata e diretta della legge generale sul procedimento amministrativo (L. 241/90) per tutti gli aspetti che non trovavano disciplina specifica nel Regolamento e nella L. 689/81.

Ne consegue che le conclusioni alle quali la giurisprudenza è arrivata con riferimento al termine generale per la conclusione dei procedimenti amministrativi previsto dall’art. 2 della L. 241/90 sono applicate direttamente anche al procedimento sanzionatorio.

3. Il secondo periodo: Il Regolamento approvato con deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com

L’introduzione di una disciplina specifica per i procedimenti sanzionatori ad opera dell’art. 45 d.lgs. n. 93 del 2011 cambia completamente il quadro.

La norma, al comma 5, stabilisce che non si applica l’art. 26 della legge 24 novembre 1981, n. 689, relativo al pagamento rateale, mentre il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica, di cui all’articolo 14, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689, è di centottanta giorni.

Il comma 6 prevede una disciplina apposita per il procedimento sanzionatorio, demandata all’Autorità, con la previsione dell’applicazione dei criteri generali la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

L’Autorità ha adottato il detto regolamento con deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com. nel quale ha affermato: a) il carattere speciale della disciplina regolamentare rispetto alla disciplina generale dei procedimenti individuali dell’Autorità dettata dal d.P.R 244/2001, nonché alla disciplina generale in materia

³ Così Cons. Stato, VI, sentenza 20 giugno 2019 n. 4215

⁴ Cons. Stato, VI, sentenza 20 giugno 2019 n. 4215; C.d.S. sez. VI 27 febbraio 2012 n.1084 e 8 luglio 2015 n.3401

⁵ C. cost. 17 luglio 2002 n.355 e 18 luglio 1997 n.262

di sanzioni amministrative, di cui alla legge 689/81 e in materia di procedimento amministrativo, di cui alla legge 241/90; b) non ha fissato il termine massimo di conclusione del procedimento; c) ha demandato la fissazione del termine massimo di conclusione del procedimento alla singola e specifica delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità. ha ribadito la natura ordinatoria del termine finale del procedimento; d) ha confermato che il termine finale del procedimento è ordinatorio.

In questo nuovo quadro, caratterizzato dall'autonomia del procedimento sanzionatorio, la giurisprudenza si è divisa in merito alla natura del termine di conclusione del procedimento.

Un primo orientamento ha continuato a sostenere la natura ordinatoria del termine. A sostegno di tale tesi si è affermato che nessuna disposizione di legge ha stabilito la perentorietà del suddetto termine⁶; che il termine di prescrizione di 5 anni entro il quale emanare l'atto conclusivo del procedimento prevale su quello previsto dalla L. 241/90⁷; che l'interessato può comunque attivare gli strumenti di tutela contro il silenzio dell'amministrazione; che il termine di prescrizione quinquennale svolge comunque una funzione di garanzia; che il procedimento è vincolato e quindi si applicherebbero le regole della non annullabilità del provvedimento amministrativo illegittimo (art. 21 octies L. 241/90).

Il filone opposto, che possiamo definire innovativo, secondo il quale il termine finale del procedimento fissato dall'amministrazione nell'atto di avvio del procedimento è perentorio, già ampiamente arato dalla giurisprudenza⁸, ha prevalso nella giurisprudenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato con il *revirement* espresso dalla sentenza n. 584 del 2021⁹.

La sentenza ha ripreso ed approfondito i motivi a favore della perentorietà del termine che possiamo così riassumere.

In primo luogo la previsione espressa della natura ordinatoria del termine contenuta nel Regolamento ARERA non ha natura normativa a cagione della collocazione nel preambolo.

In secondo luogo la perentorietà del termine non richiede un'espressa qualificazione in tal senso da parte della legge ma può essere stabilita anche da atti normativi secondari o generali od anche particolari dall'amministrazione al momento dell'apertura del procedimento. Con riferimento ad AERA è proprio la legge che demanda al Regolamento la disciplina del procedimento.

In terzo luogo non può desumersi dall'art. 152 c. 2 c.p.c. la regola della generale ordinarità dei termini, trattandosi di regola processuale.

In quarto luogo la specialità del procedimento sanzionatorio dell'ARERA rispetto alla L. 689/81 giustifica l'introduzione di un termine decadenziale per l'emanazione del provvedimento sanzionatorio lasciando al termine quinquennale dell'art. 28 della L. 689/81 la disciplina della riscossione della sanzione.

In quinto luogo il tempo nel procedimento sanzionatorio assume un valore speciale e diverso da quello rivestito nei procedimenti ordinari. Solo una sanzione tempestiva garantisce la certezza dei rapporti giuridici

⁶ Cons. Stato Sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 911; Cons. St., Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 6891; Id., 19 febbraio 2018, n. 1053; Id., 8 luglio 2015, n. 3401; TAR Lombardia, Milano INSERIRE LE SENTENZE.....

⁷ Cons. Stato Sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 911 e ex plurimis, Cass. sez. lav., 17 giugno 2003 n. 9680 richiamata dal CdS

⁸ Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Id., 6 agosto 2013 n. 4113; Id., 29 gennaio 2013 n. 542; Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3015; cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289; Cons. St. Sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695; Id., 3 maggio 2019, n. 2874; Cons. St., Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 2042; Cons. St., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153

⁹ A. Scognamiglio, I termini del procedimento (sanzionatorio) presi sul serio (nota a Cons Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584), in *giustiziainsieme.it*, giugno 2021; v. anche Cons. Stato, sez. VI, n. 2309/2021, con nota di G. Delle Cave, Sui termini del procedimento sanzionatorio dell'ARERA: perentori o ordinatori, questo è il dilemma, in *Rivista interdisciplinare dir. pubbl. amm.*, n. 1/2022

in funzione general preventiva e la tutela dei diritti del sanzionato, in quanto dopo lungo tempo questi potrebbe non avere più le prove necessarie per difendersi,

In sesto luogo la tempestività della conclusione del procedimento non si può ottenere mediante l'azione contro il silenzio in quanto il ricorrente non ha interesse ad avere un provvedimento negativo, né è possibile un'azione di accertamento negativo.

In settimo luogo solo la tutela garantita dalle regole di validità, cioè l'annullamento della sanzione tardiva, può reintegrare il sanzionato dei danni sofferti per l'attesa del provvedimento sanzionatorio, e non l'azione risarcitoria che presidia le regole di condotta.

In ottavo luogo le sanzioni sostanzialmente penali, quali sono quelle dell'ARERA, richiedono una tutela procedimentale rafforzata già in fase amministrativa che non può essere recuperata in fase processuale¹⁰.

La giurisprudenza del TAR Lombardia, Milano si è infine conformata a tale orientamento con la sentenza n. 2265 del 10 ottobre 2023 per cui si può parlare di revirement anche in primo grado.

4. L'intervento della Corte costituzionale e la nuova disciplina costituzionale della funzione amministrativa

Il quadro delineato dalla sentenza n. 584/21 è stato inciso dall'intervento quasi coevo della Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 2021.

La Corte, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 18 della L. 689/81, ha riconosciuto la necessità della previsione di un termine di decadenza per l'emanazione dell'ordinanza ingiunzione che superi il sistema fondato sul solo termine di prescrizione quinquennale interrompibile previsto in generale dalla norma in questione, rimettendo la scelta al legislatore.

La Corte ha riconosciuto anche l'esistenza di sottosistemi nei quali questa previsione è rispettata e tra questi ha inserito anche le sanzioni ARERA, per le quali *“il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio è stabilito dalla stessa autorità competente in via regolamentare oppure di volta in volta in sede di avvio dell'iter procedimentale”*.

La Corte chiarisce che la necessità di un termine di natura decadenziale per l'emanazione di un provvedimento sanzionatorio deriva da esigenze di certezza giuridica e di diritto di difesa ineludibili in materia di sanzioni amministrative *“perché tale esercizio si sostanzia nella inflizione al trasgressore di svantaggi non immediatamente correlati alla soddisfazione dell'interesse pubblico pregiudicato dalla infrazione”*.

Inoltre dall'argomentare della Corte si desume che il termine non può che essere perentorio perché *“mentre nel procedimento amministrativo il superamento del limite cronologico prefissato dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990 per l'esercizio da parte della pubblica amministrazione delle proprie attribuzioni non incide ex se, in difetto di espressa previsione, sul potere (sentenze n. 176 del 2004, n. 262 del 1997), in quanto il fine della cura degli interessi pubblici perdura nonostante il decorso del termine, la predefinizione legislativa di un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso risulta coesistente ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali sopra richiamati”*.

Ne discende il definitivo superamento della tesi della natura ordinatoria del termine previsto dal Regolamento n. 243/2012.

¹⁰ Sulla sentenza citata v. il commento di V. Turchini, La natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell'ARERA in *Giornale di diritto amministrativo* n. 3/2021, pag. 365 ss.

La Corte sancisce poi la piena applicabilità della Legge n. 689/81 alle sanzioni amministrative pecuniarie e la necessità di integrare tale legge da parte del legislatore.

La sentenza in questione è un tassello delineato dalla Corte Costituzionale del nuovo statuto costituzionale (vincolante quindi per il legislatore statale e regionale e per le Amministrazioni Indipendenti) delle sanzioni amministrative aventi carattere spiccatamente afflittivo, a cui sono state estese le principali garanzie del diritto punitivo, come l'irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017, 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010); la retroattività della *lex mitior* (sentenza n. 63 del 2019); la determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018); il principio della responsabilità personale (sentenza n. 49 del 2015); la garanzia del *ne bis in idem* (sentenze n. 222 del 2019 e n. 43 del 2018); il giusto procedimento sanzionatorio (sentenza n. 151 del 2021, sentenza n. 84 del 2021); il principio di proporzionalità (sentenza n. 112 del 2019, sentenza n. 95 del 2022, sentenza n. 185 del 2021, sentenza n. 88 del 2019 e sentenza n. 22 del 2018).

Da ultimo occorre precisare che l'incertezza giurisprudenziale in merito alla natura del termine giustifica un'applicazione retroattiva del nuovo indirizzo, non sussistendo i presupposti del c.d. "*prospective overruling*" giurisprudenziale¹¹.

5. Il nuovo orientamento giurisprudenziale espresso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato

La seconda Sezione del Consiglio di Stato ha recentemente espresso un nuovo orientamento sul medesimo quadro normativo, che pur confermando la perentorietà dei termini per l'emanazione del provvedimento sanzionatorio, incide in modo innovativo sul quadro d'insieme del Regolamento n. 243/2012.

Con la sentenza n. 3977 del 2023¹² il Consiglio di Stato, nelle more della modifica normativa dell'art. 18 della L. 689/81, ha ritenuto che il sistema di fissazione del termine previsto dal Regolamento n. 243/2012, che demanda la fissazione del termine massimo di conclusione del procedimento alla singola e specifica delibera di avvio, si ponga in contrasto con il quadro normativo esistente.

La seconda Sezione del Supremo Collegio ritiene che l'ARERA abbia un potere-dovere di stabilire, in via generale e preventiva, anche il termine di conclusione dei propri procedimenti sanzionatori che può farsi discendere dall'art. 2, co. 5, della legge n. 241 del 1990, secondo cui *«fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza»*.

Per arrivare a tale conclusione la Sezione afferma che il procedimento sanzionatorio è comunque una specie – in quanto regolato da «specifiche disposizioni normative» – del genere del procedimento amministrativo.

¹¹ Cons. Stato, II, 27/12/2022 V. 11340_ nel caso in esame non si è in presenza di un mutamento improvviso di un granitico orientamento della giurisprudenza amministrativa tale da potersi considerare diritto vivente, giacché negli ultimi anni sulla questione della natura del termine di conclusione dei procedimenti sanzionatori dell'Arera si sono contrapposte due orientamenti, ovverosia quello minoritario del termine ordinario (seguito a volte dal T.a.r. per la Lombardia) e quello maggioritario del termine perentorio, già precedentemente espresso per sanzioni di altre autorità amministrative indipendenti (cfr., ex aliis, Consiglio di Stato, sezione VI, sentenze 29 gennaio 2013, n. 542, 23 marzo 2016, n. 1199, e 17 novembre 2020, n. 7153) e ormai definitivamente prevalso in seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., ex aliis, le già citate sentenze numeri 6588/2002 e 5365/2022), né ricorre il presupposto, individuato dall'adunanza plenaria, della necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

¹² V. anche CdS, II, 19 aprile 2023 n. 3983

Di tale inclusione è indice l'art. 21-bis della legge n. 241 che inserisce gli atti sanzionatori nell'ambito dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati¹³.

Ne consegue che *“la mancata fissazione, con “regolamento”, dunque in via generale e preventiva rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio, del termine di conclusione del procedimento non può che comportare l'applicazione del termine di trenta giorni previsto dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990”*.

Il sistema della determinazione della durata del procedimento effettuata di volta in volta (ossia con la singola delibera di avvio del procedimento), porterebbe ad una possibile incisione del principio costituzionale di imparzialità, di cui all'art. 97 Cost., oltre che del principio di uguaglianza “formale”, di cui all'art. 3 Cost., laddove si rifletta che si avrebbe una determinazione temporale dell'esercizio del potere sanzionatoria fatta “caso per caso” per soggetti, e non già preventivamente per oggettiva e predefinita casistica di violazioni.

In ogni caso, secondo la Seconda Sezione, L'indicazione da parte di ARERA di un termine di conclusione del procedimento nella comunicazione di avvio (e questo non sia oggetto di specifica contestazione) comporta l'assunzione di un *“autovincolo”* in ordine al tempo di esercizio del potere sanzionatorio che ha carattere perentorio.

Questo orientamento incide quindi sul sistema di determinazione del termine in quanto ritiene potenzialmente illegittima la determinazione unilaterale del termine stabilita di volta in volta dall'amministrazione.

6. Il terzo periodo: le modifiche regolamentari introdotte con la Deliberazione 1 giugno 2017 n. 388/2017/E/COM

Il quadro normativo ha subito un'ulteriore importante evoluzione con la Deliberazione 1 giugno 2017 n. 388/2017/E/COM che ha introdotto l'articolo 4 bis *“Termini del procedimento”*, secondo il quale:

“1. Il termine per la conclusione del procedimento è di 220 (duecentoventi) giorni, decorrenti dalla comunicazione dell'avvio del procedimento, di cui all'articolo 4, salvo ricorrano motivate esigenze procedurali.

2. Entro il termine di 120 (centoventi) giorni, decorrenti dalla data di comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'articolo 4, il responsabile del procedimento comunica le risultanze istruttorie ai partecipanti al procedimento e trasmette, tramite l'Unità FDE, gli atti al Collegio per l'adozione del provvedimento finale.

3. Il termine di cui al comma 1 è sospeso dalla data della richiesta di informazioni di cui all'articolo 10, di accesso, di ispezione, di perizia o di consulenza di cui all'articolo 11, nonché della richiesta di informazioni di cui all'articolo 22, comma 1, fino alla data di ricevimento delle informazioni, delle relazioni peritali o consulenziali o della conclusione dell'accesso o dell'ispezione.

4. Il termine di cui al comma 1 è prorogato di 30 (trenta) giorni nel caso di richiesta di audizione finale avanti al Collegio.

¹³ Art. 21-bis. (Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati): Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia.

5. I termini di cui ai comma 1 e 2 possono essere, altresì, prorogati in presenza di sopravvenute esigenze istruttorie, nonché in caso di estensione soggettiva od oggettiva del procedimento”.

La prima novità introdotta è quella della fissazione da parte del Regolamento di un termine generale per la conclusione del procedimento pari a 220 (duecentoventi) giorni.

Il regolamento supera quindi in generale la determinazione unilaterale del termine in concreto stabilita dalla precedente versione del 2012, soddisfacendo così anche la giurisprudenza più recente.

Tuttavia tale fonte non scompare ma assume valore suppletivo in quanto il comma 1 aggiunge “*salvo ricorrano motivate esigenze procedurali*”.

Al di là del problema della fonte¹⁴, però dall’inciso finale del primo comma dell’art. 4 bis del Regolamento, risalente al 2017, si desume ancora l’impostazione che preludeva la natura ordinatoria del termine, ed è probabile che l’estensione del termine di conclusione del procedimento per “*motivate esigenze procedurali*” finisca per cozzare contro il principio di perentorietà del termine finale, ormai riconosciuto in modo unanime dalla giurisprudenza più recente¹⁵.

L’estensione del termine oltre i limiti stabiliti in via generale dal Regolamento, motivato con riferimento alle sole esigenze dell’amministrazione e senza un limite massimo, finisce per contrastare con il fatto che il termine finale del procedimento sanzionatorio non persegue finalità di soddisfazione di un interesse pubblico ma solo le esigenze di prevenzione generale e speciale, che trovano un limite nei valori costituzionali della certezza dei rapporti giuridici e del diritto di difesa.

L’altra grossa novità è costituita dalla previsione del potere di proroga del termine finale.

In merito la norma prevede, al comma 5, che “*5. I termini di cui ai comma 1 e 2 possono essere, altresì, prorogati in presenza di sopravvenute esigenze istruttorie, nonché in caso di estensione soggettiva od oggettiva del procedimento*”.

Occorre domandarsi se la proroga sia compatibile con la perentorietà del termine. In merito fa sorgere qualche dubbio di legittimità il fatto che la proroga non sia limitata nel tempo e quindi finisca per rendere ancora una volta incerta la durata del procedimento¹⁶.

Infatti la norma regolamentare, fissando il termine di 220 giorni per l’intero procedimento, sembra stabilire un limite temporale assoluto di esercizio del potere¹⁷, rispetto alla quale la prorogabilità *ad nutum* potrebbe costituire un vulnus troppo ampio.

¹⁴ In merito M. Lipari, I tempi del procedimento, in Atti del Convegno di Varenna, Milano, 2003, pag. 115: Il principio di certezza (e di *rigidità relativa*) del termine assume invece rilevanza diversa in relazione alla possibilità di una determinazione unilaterale stabilita di volta in volta dall’amministrazione. Questa può essere ammessa, ma a precise condizioni. Occorre un fondamento normativo (non necessariamente legislativo); deve comunque essere previsto un *limite massimo* di durata del procedimento; l’amministrazione ha il dovere di indicare preventivamente (di regola non oltre l’atto di avvio dell’iter) il concreto termine di conclusione del procedimento.

¹⁵ Nel senso della natura ordinatoria di questo termine: TAR Lombardia, Milano, I, Sentenza 26 agosto 2022, n. 1946

¹⁶ Il riferimento alla possibilità di una sola proroga contenuta nella sentenza del CdS, VI, n. 584/2021 e ripresa da TAR Lombardia, I, n. 2265/2023 pare un fuor d’opera in quanto nell’approvare il Regolamento del 2012 la deliberazione ARERA ha espressamente affermato che non è possibile prevedere, in via generale, la prorogabilità, per una sola volta, del termine finale del procedimento, richiesto in fase istruttoria da qualche stakeholder. Tale regola non appare neppure nel Regolamento del 2017.

¹⁷ In merito M. Lipari, I tempi del procedimento, in Atti del Convegno di Varenna, 2003, cit. pag. 120 ss.

7. Conclusioni

Abbiamo visto che la giurisprudenza unanime riconosce ormai la perentorietà del termine di decadenza per l'emanazione del provvedimento sanzionatorio nei procedimenti dell'ARERA. Abbiamo visto che la giurisprudenza, nell'affannosa ricerca di un termine, prima ha sostenuto la specialità del sistema sanzionatorio dell'ARERA rispetto alla legge 24 novembre 1981, n. 689, imponendo all'amministrazione di rispettare il termine da essa stessa stabilito caso per caso (CdS 584/2021). Poi grazie all'auspicata correzione alla legge 689 operata dalla Corte costituzionale ed al riconoscimento di uno statuto costituzionale proprio per le sanzioni amministrative, la giurisprudenza innovativa è tornata a ricondurre le sanzioni ARERA nell'alveo della L. 689/81¹⁸ ma, in mancanza dell'intervento del legislatore a colmare la lacuna, ha desunto il termine finale dalla legge 241/90 (pur riconoscendo il termine stabilito di volta in volta dall'ARERA come autovincolo), superando l'autonomia dell'Autorità Amministrativa Indipendente e favorendo il passaggio da una determinazione speciale ad una generale ed astratta del termine finale. Il Regolamento oggi in vigore ha anticipato lo sviluppo della giurisprudenza verso un termine fisso ma mantiene qualche "nostalgia" per il vecchio sistema che potrebbe rendere incerto per motivi formali l'esercizio della funzione sanzionatoria.

¹⁸ In tal senso da ultimo anche CdS, II, 19/04/2023 n. 3977: 46. A tal proposito, viene innanzitutto in rilievo la legge n. 689 del 1981, il cui Capo I (intitolato "Sanzioni amministrative") si applica, ai sensi dell'art. 12, «per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro», salvo che sia diversamente stabilito, dunque anche ai procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti (sul punto si v., tra le tante, Cons. St., sez. VI, sent. n. 1832 del 2020), compresi quelli dell'ARERA (come si evince dall'art. 45, co. 5, del d.lgs. n. 93 del 2011, il quale, nell'escludere per quest'autorità la possibilità di pagamento rateale della sanzione di cui all'art. 26 della legge n. 689 del 1981, lascia chiaramente intendere, a contrario, che si applichino le altre norme del medesimo testo, come confermato anche dal successivo periodo, in cui si precisa che il termine per la notifica della contestazione dell'illecito per i residenti in Italia «di cui all'articolo 14, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689» è di 180 giorni, invece che di 90, come previsto in via ordinaria).