

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO  
1 / 2022

GENNAIO - MARZO

Sui termini del procedimento sanzionatorio dell'ARERA: perentori o ordinatori, questo è il dilemma (nota a Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2021, n. 2309)

*Gianluigi Delle Cave*

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-23

*Con sentenza n. 2309 del 17 marzo 2021, il Consiglio di Stato ha ulteriormente ribadito – superando l'idea secondo la quale il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio di ARERA sarebbe meramente ordinatorio – la perentorietà del suddetto termine, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso. Ed infatti, la previsione di un tempo procedimentale, la cui determinazione è rimessa all'amministrazione in ragione del singolo caso concreto, è difficile ritenere non debba garantire che il tempo dell'accertamento della violazione sia ravvicinato rispetto a quello della sua punizione, con la conseguenza che l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio.*

***On the terms of ARERA's sanctioning procedure: peremptory or ordinary, this is the dilemma (note to Council of State, section VI, 17 March 2021, no. 2309)***

*By judgment No. 2309 of 17 March 2021, the Council of State has further confirmed – overcoming the idea that the term for the conclusion of ARERA's sanctioning procedure is merely ordinary – the peremptory nature of such term, therefore its overrun affects the challenged sanctioning measure, implying that it is unlawful. Indeed, the provision of a procedural time frame, to be determined by the Authority on a case-by-case basis, shall ensure that the time of sanction ascertainment is close to that of its punishment, thus meaning that the undue time lapse of the administrative action implies the unlawfulness of the sanction measure.*

## 1. Il caso

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha confermato l'annullamento delle sanzioni irrogate dall'Autorità di Regolazione per l'Energia, le Reti e l'Ambiente (ARERA) nei confronti di un gruppo societario operante nel settore del *gas* naturale, rilevando come i termini di conclusione del procedimento sanzionatorio debbano considerarsi di natura perentoria a prescindere da una espressa previsione di legge in tal senso. Più nel dettaglio, il procedimento sanzionatorio di ARERA nei confronti del gruppo *de quo* era stato avviato nel dicembre 2011 ma il provvedimento finale veniva adottato dall'Autorità soltanto sei anni dopo, nel febbraio del 2017, in violazione dei termini di conclusione del procedimento stabiliti dalla medesima Autorità.

## 2. La soluzione dei giudici di Palazzo Spada

Per meglio inquadrare la vicenda al vaglio del Consiglio di Stato, occorre dare conto – in via preliminare – dell'evoluzione del contesto giurisprudenziale in relazione all'applicazione dei termini perentori previsti dall'art. 14, comma 1, della n. 689 del 1981 ai provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti. Ebbene, delimitato in generale l'ambito di applicazione della disciplina della stessa l. n. 689/1981 – che si riferisce unicamente alla categoria delle sanzioni pecuniarie, oltre le quali «*non può che tornare a trovare applicazione quello generale di cui alla l. n. 241/1990*»<sup>[1]</sup> – si è dapprima ritenuto che questa non fosse comunque applicabile ai procedimenti delle autorità (in particolare, di quelli dell'AGCM in materia di illeciti anticoncorrenziali), avendo tale norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale<sup>[2]</sup>. Tuttavia, tale orientamento, mai del tutto pacifico<sup>[3]</sup>, è stato oggetto di una recente rivisitazione pretoria<sup>[4]</sup> che ha portato ad affermare come il termine per la contestazione delle violazioni amministrative abbia valenza “perentoria”, avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa; ciò con la precisazione che l'ampia portata precettiva della disposizione è esclusa soltanto dalla presenza di una diversa regolamentazione da parte di fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre deroga alla norma generale e di principio<sup>[5]</sup>.

Ciò brevemente premesso, il Consiglio di Stato ha esaminato *funditus* il tema anche in relazione ai procedimenti sanzionatori di ARERA, autorità appellante, con specifico riferimento alla violazione dei termini delle procedure *de qua*.

Più nel dettaglio, superando il conflitto venutosi a creare in giurisprudenza fra «*due orientamenti interpretativi di segno palesemente opposto*» sulla natura del termine per l'adozione del provvedimento sanzionatorio finale<sup>[6]</sup>, il Consiglio di Stato, nel rigettare l'appello, si è espresso a favore della perentorietà del termine di conclusione del procedimento in esame – anche indipendentemente da una sua espressa qualificazione come “termine perentorio” – sulla base delle seguenti, plurime e concorrenti, considerazioni: (I) da un punto di vista regolatorio, secondo i giudici di Palazzo Spada, la circostanza che nei “considerato” della deliberazione ARERA del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com (disciplinante il procedimento *de qua*) si dia atto della natura “ordinatoria” di detti termini, non avrebbe alcuna «*efficacia decisiva*» ai fini della soluzione della *querelle* sulla natura degli stessi<sup>[7]</sup>; (II) non è escluso che la esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali<sup>[8]</sup> a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività<sup>[9]</sup>; (III) non può essere sovrapposto l'archetipo normativo di cui all'art. 28 della l. n. 689/1981 (*i.e.* prescrizione del diritto a riscuotere le somme) con quello della disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'ARERA, che riguarda l'esercizio di un potere di natura discrezionale, in quanto modelli differenti sotto diverse prospettive<sup>[10]</sup>; (IV) il tempo dell'azione amministrativa non è uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato. Come chiarito dai giudici amministrativi nella sentenza in commento, il tempo dell'azione amministrativa rappresenta una “parentesi” all'interno della quale la potestà amministrativa spiega efficacia attrattiva sulla sfera giuridica dell'amministrato. La relazione che può generarsi è, quindi, poliforme e dipende dalla trama normativa di riferimento, nonché dagli interessi sostanziali in gioco<sup>[11]</sup>; pertanto, sia la potestà amministrativa che la posizione giuridica soggettiva dell'amministrato possono comporsi in modo differente.

Ebbene, con riferimento al caso che ci occupa: (i) la previsione di un tempo procedimentale, la cui determinazione è rimessa all'amministrazione in ragione del singolo caso concreto, è difficile ritenere non debba garantire che il tempo

dell'accertamento della violazione sia ravvicinato rispetto a quello della sua punizione<sup>[12]</sup>; (ii) il tempo dell'agire amministrativo sostiene, nell'ipotesi del potere sanzionatorio dell'ARERA, il soddisfacimento di interessi che sono ulteriori rispetto al mero rilievo dell'avvenuta infrazione<sup>[13]</sup>. Di conseguenza, secondo i giudici amministrativi, è ragionevole affermare che – nella fattispecie in commento – l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio<sup>[14]</sup>; (V) nel procedimento sanzionatorio l'interesse dell'amministrato è quello di non essere sanzionato, ovvero è quello che il procedimento si concluda tempestivamente con un provvedimento a lui favorevole. Pertanto, il predicare che il soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio abbia interesse a veder concluso il procedimento in qualsivoglia modo una volta sia decorso il termine ultimo per provvedere, «*sembra evocare*» una nozione di interesse legittimo inteso come interesse alla legittimità formale dell'azione amministrativa rispetto alla quale l'interesse del privato è solo occasionalmente protetto<sup>[15]</sup>; (VI) sebbene la violazione del termine di conclusione del procedimento e dell'affidamento ingenerato nel privato venga indicata quale ipotesi tipica di violazione di una “regola di comportamento” piuttosto che di una violazione di una “regola di validità”<sup>[16]</sup>, nel diritto amministrativo non risulta corretta l'individuazione a priori di tale dualismo all'interno della relazione tra potestà dell'amministrazione e interesse legittimo dell'amministrato, giacché il mancato rispetto della regola non è in grado di descrivere in se la lesione generata ed il rimedio appropriato per fronteggiarla. Emblematica, a tal proposito, è proprio l'ipotesi della violazione della regola che fissa il termine finale per adottare il provvedimento sanzionatorio pecuniario: in questo caso, la regola si presenta, infatti, come regola di validità e la lesione è rimediabile solo attraverso la caducazione dell'atto<sup>[17]</sup>; (VII) da ultimo, va evidenziato il ruolo dell'art. 6 CEDU (diritto a un equo processo) pure in relazione al procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti<sup>[18]</sup>. A tal proposito, i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato come la circostanza che il (successivo) processo amministrativo si svolga secondo un modello pienamente aderente ai dettami e alle garanzie dell'art. 6 cit. non consentirebbe comunque di recuperare il tempo del procedimento sanzionatorio inutilmente decorso, sicché risulta difficile sostenere che il termine ragionevole non rispettato all'interno di quest'ultimo possa essere sanato da quello

ragionevole entro il quale può svolgersi il giudizio amministrativo<sup>[19]</sup>.

In virtù delle suddette considerazioni, dunque, il Consiglio di Stato ha chiarito come *«deve ritenersi che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall'Autorità appellata ha natura perentoria»*, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso.

### **3. Brevi considerazioni**

Alla luce di quanto sopra esposto, pare utile effettuare, innanzitutto, una brevissima ricostruzione del quadro normativo di riferimento desumibile dal d.lgs. n. 93/2011, nonché dalla già citata deliberazione 243/2012/E/COM e dalla determinazione DSAI/49/2017/EEL.

Nel dettaglio, secondo l'art. 45, comma 6, del d.lgs. n. 93 cit., l'Autorità disciplina, con proprio regolamento, 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. L'Autorità ha adottato detto regolamento con deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/COM (di seguito "Regolamento"), nel quale, in prima battuta, nulla veniva prescritto/dettato, nemmeno in via generale, in materia di "termini massimi" di conclusione del procedimento (ciò in considerazione della eterogeneità delle violazioni nonché della diversità degli elementi di volta in volta raccolti nella fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della diversa complessità dei procedimenti sanzionatori medesimi).

Successivamente – per ragioni di opportunità e per ovviare a tale, inammissibile, genericità e indeterminatezza – l'Autorità, con deliberazione 388/2017/E/COM del 01 giugno 2017, ha introdotto nel Regolamento l'art. 4 *bis*, con il quale ARERA si è auto-imposta specifici e puntuali termini procedurali, in particolare: (i) un termine di 120 giorni, decorrenti dalla comunicazione dell'avvio del procedimento, entro cui il responsabile del procedimento medesimo comunica le risultanze istruttorie ai partecipanti e trasmette gli atti per l'adozione del provvedimento finale; (ii) un termine per la conclusione di tutto il procedimento sanzionatorio pari a 220 giorni, decorrenti dalla comunicazione

dell'avvio del procedimento medesimo (salvo ricorrano motivate esigenze procedimentali). Per completezza, il novellato Regolamento specifica che detti termini possono essere: (i) sospesi, solo qualora l'Autorità disponga ispezioni, perizie, consulenze o informazioni, fino alla data di ricevimento dei documenti/informazioni/perizie richieste; (ii) prorogati, esclusivamente in presenza di sopravvenute esigenze istruttorie o di formale estensione soggettiva od oggettiva del procedimento sanzionatorio. In buona sostanza, dunque, il procedimento sanzionatorio si articola: (a) in una fase preistruttoria, in cui viene acquisito ogni elemento necessario ai fini di un eventuale avvio del procedimento sanzionatorio medesimo. Al termine di tale fase, l'Autorità, in buona sostanza, decide se dare avvio ad un procedimento vero e proprio, attraverso la notifica della relativa delibera, ove vengono indicati, *ex aliis*, gli elementi essenziali già acquisiti; (b) se avviato, in una fase istruttoria vera e propria, le cui risultanze, ai sensi del Regolamento, devono essere comunicate ai partecipanti entro 120 giorni decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento; (c) in una fase decisoria, a conclusione dell'*iter* procedimentale, che non deve comunque superare i 220 giorni decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento *de qua*.

Accade, dunque, nella fattispecie al vaglio del Consiglio di Stato, che l'Autorità ha adottato il provvedimento sanzionatorio ben al di là del complessivo termine di 220 giorni, indicato da ARERA stessa quale termine per la conclusione del procedimento (il provvedimento finale è stato adottato sei anni dopo l'avvio del procedimento), determinando un *agere* procedimentale illogico e irragionevole<sup>[20]</sup>. Ebbene, se già la violazione di una regola di legalità procedurale sarebbe, di per sé, idonea a configurare l'illegittimità del provvedimento adottato, a ciò deve necessariamente aggiungersi che detti termini, come ampliamento chiarito dalla più recente giurisprudenza, devono pure essere considerati "perentori"<sup>[21]</sup>.

Giova premettere, a tal proposito, come in materia di procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti<sup>[22]</sup> – in ragione del noto *deficit* di legittimazione democratica che le connota – il termine fissato per l'adozione del provvedimento finale non può che avere natura perentoria, cioè «*a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività*

*del diritto di difesa dell'incolpato, avente come è noto protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.), oltre che per la esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive»<sup>[23]</sup>*, con la conseguenza che il suo superamento comporta sempre l'automatica illegittimità dei provvedimenti sanzionatori impugnati.

Più nel dettaglio, tale ragionamento discende dalla pacifica giurisprudenza del giudice ordinario formatasi in tema di sanzioni irrogate ai sensi della l. n. 689/1981 che, in seguito alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (27 aprile 2006, n. 9591), ha rilevato il carattere perentorio o comunque decadenziale del termine fissato dall'art. 18 l. n. 689 cit. dall'autorità competente per l'adozione della "ordinanza-ingiunzione", tenuto conto anche della particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al generale paradigma del procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990 (in cui è pacifico, per contro, che lo spirare del termine per provvedere non determina conseguenze invalidanti sul provvedimento tardivamente adottato). Sulla scorta di tali premesse, recentemente i giudici amministrativi<sup>[24]</sup>, hanno esteso tali principi anche ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'ARERA, affermando e confermando la natura perentoria dei termini auto-imposti dall'Autorità. Ed infatti – sulla scorta dei supremi principi sul "giusto processo"<sup>[25]</sup> (fra cui è ricompreso anche quello di "ragionevole durata del procedimento"), sanciti della Corte CEDU<sup>[26]</sup> in relazione alla natura "afflittivo-deterrente" di tali sanzioni<sup>[27]</sup> – i giudici amministrativi hanno evidenziato (nella sentenza in commento) come il processo sanzionatorio (quasi penale) "è di per sé una pena" e il principio di ragionevole durata del procedimento assume maggior importanza nel caso di procedimenti sanzionatori di competenza delle Autorità amministrative indipendenti. In questo caso, infatti, le tradizionali garanzie del giusto procedimento si rafforzano in ragione della particolare configurazione strutturale-organizzativa delle stesse Autorità, sottratte al circuito politico governo-parlamentare e, quindi, non sottoposte alla funzione di indirizzo politico dell'Esecutivo.

Appaiono, pertanto, decisive alcune considerazioni in relazione allo specifico valore che il tempo dell'agire amministrativo assume nell'ipotesi del potere sanzionatorio dell'ARERA funzionale al soddisfacimento di interessi che sono ulteriori rispetto al mero rilievo dell'avvenuta infrazione. Ed infatti: (i) da un lato,



è evidente che il carattere “effettivo e dissuasivo” della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale in quanto «*se l’irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo*»<sup>[28]</sup>; (ii) dall’altro, adottando una visione più articolata e contemporanea della nozione di interesse legittimo, è palese che nel procedimento sanzionatorio l’interesse dell’operatore «*è quello di non essere sanzionato, ovvero quello che il procedimento si concluda tempestivamente con un provvedimento a lui favorevole*». Al contrario, il soggetto sottoposto al procedimento sanzionatorio non ha alcun interesse «*a veder concluso il procedimento in qualsivoglia modo una volta che sia decorso il termine ultimo per provvedere*». Invero, il tempo dell’agire dell’amministrazione non ha mai carattere “assoluto” in quanto (anche) l’annullamento del provvedimento illegittimo non potrà mai spingersi sino al punto da restituire all’amministrato il tempo trascorso del procedimento, ossia “quel tempo” sprecato dall’amministrazione<sup>[29]</sup>. Ai fini della dichiarazione di illegittimità del provvedimento sanzionatorio adottato oltre i termini perentori di conclusione del procedimento, quindi, ciò che conta è l’irragionevolezza della violazione dell’auto-limite che in tema di procedimenti sanzionatori non può che assumere un significato invalidante. Ne consegue, inevitabilmente, che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall’Autorità debba essere considerato perentorio, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato<sup>[30]</sup>.

L’auspicio, dunque, è quello di addivenire – pure con la sentenza in commento – ad una classificazione chiara e inequivocabile della natura (perentoria) dei termini per la conclusione dei procedimenti sanzionatori dell’Autorità, a maggior ragione in un campo così delicato per operatori economici, imprese e cittadini e in presenza della sempre più pressante domanda del bene giuridico della certezza del diritto, che non ammette oscillazioni di comportamenti.

1. Si veda Cons. St., 4 giugno 2020, n. 3548; Id., 04 giugno 2020, n. 3548; C.G.A.R.S., 29 dicembre 2020, n. 1210.
2. Disciplina rinvenuta nei procedimenti di competenza dell’AGCM nel d.P.R. n. 217/1998; cfr. Cons. St., 25 giugno 2019, n. 4357; Id., 20 giugno 2019, n. 4215; in termini più sfumati, Id., 12 febbraio 2020, n. 1046.
3. Si veda, *ex multis*, Cons. St., 29 maggio 2018, n. 3197.

4. Da ultimo, Cons. St., 21 gennaio 2020, n. 512; Id., 17 novembre 2020, n. 7153.
5. L'orientamento da ultimo citato – relativo, peraltro, al termine per la contestazione – è stato confermato dal Consiglio di Stato anche nella sentenza in commento, con la specificazione che *«il termine che rileva come essenziale è il termine di conclusione del procedimento [...] decorrente dal momento di accertamento pieno della violazione, dipendente a sua volta dalla complessità del caso di specie, e non è quindi applicabile al tempo della c.d. preistruttoria (ove esistente come scansione procedimentale autonoma tipizzata dalla legge, dal regolamento o dall'atto di regolazione del procedimento amministrativo), deve sempre valutarsi nel concreto contesto procedimentale come un parametro dell'eccesso di potere più che come una violazione di legge ove si sia in presenza di una disciplina autonoma del procedimento dettata da fonte secondaria o da un regolamento dell'Autorità»*.
6. Secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. St., 13 febbraio 2018, n. 911), il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, ove non diversamente previsto dalla legge, avrebbe carattere meramente ordinatorio e, pertanto, il provvedimento intervenuto in ritardo non sarebbe mai illegittimo, purché comunque adottato nel termine prescrizionale di cinque anni previsto dall'art. 28 della l. n. 689/1981.
7. Come evidenziato dai giudici amministrativi, *«da un lato, infatti, non si è in presenza di locuzione avente valore normativo. Dall'altro, anche nel caso in cui l'ARERA avesse operato un'autoqualificazione del termine di conclusione del procedimento come ordinatorio, ciò non sottrarrebbe la detta operazione al sindacato di legittimità dell'odierno giudicante, trattandosi dell'esercizio del potere di autoorganizzazione che deve anche esso necessariamente svolgersi nel rispetto dei parametri legislativi e costituzionali»*.
8. A tal proposito, il Consiglio di Stato ha evidenziato come l'affermazione dell'appellante secondo cui la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento deve essere accompagnata da un'esplicita previsione legislativa in tal senso nella sua rigidità *«da un lato, presuppone che il legislatore possa disporre in via esclusiva di valori di rilievo costituzionale o convenzionale al punto di rimetterla ad un'espressa previsione. Dall'altro, porterebbe a concludere che anche qualora il legislatore costruisca una disciplina che premia la necessità del rispetto del termine di conclusione del procedimento in termini di normazione sostanziale, la mancanza di una locuzione esplicita ponga nel nulla l'impianto complessivo della disciplina»*, oltre a sminuire, poi, *«il ruolo dell'interprete»*, avallando un approccio esegetico, cieco rispetto all'imperante pluralismo normativo delle fonti nazionali e sovranazionali. È noto, infatti, al contrario come la ricerca di un non semplice equilibrio tra le fonti multilivello in ogni campo dell'amministrazione ha accresciuto, e non diminuito, l'importanza del momento interpretativo.
9. Né rilevarebbe in materia il dettato dell'art. 2, l. n. 241/1990, norma di chiusura, che prevede al comma 2 un termine di carattere generale pari a 30 giorni per la conclusione del procedimento. E ciò anche in ragione di quanto disposto dal successivo comma 5, secondo il quale, fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di

conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza. In conformità a quest'ultimo principio, infatti, il comma 6 dell'art. 45, d.lgs. 93/2011 demanda ad un regolamento specifico di ARERA la disciplina dei procedimenti sanzionatori di propria competenza, vale a dire la deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, che prevede, per l'appunto, che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio sia fissato di volta in volta dall'Autorità stessa in ragione della complessità della fattispecie. Del pari, come evidenziato dal Consiglio di Stato, risulta assente a livello sostanziale una norma di carattere generale quale quella contenuta nel comma 2 dell'art. 152 c.p.c., secondo il quale i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori (precetto che *«trova applicazione in ambito processuale»*).

10. Secondo i giudici di Palazzo Spada, le differenze tra i due modelli sono plurime: a) la natura del potere esercitato; b) la tipologia di accertamento della violazione, che nel paradigma di riferimento per la l. n. 689/1981 ha carattere di immediatezza, quindi, di regola non prevede un accertamento a contraddittorio differito, ma un accertamento immediato ed in via eccezionale una contestazione se non contestuale, differita; c) il termine prescrizione quinquennale di cui al citato art. 28, *«ben può essere recuperato anche con riferimento alla disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'ARERA, potendosi distinguere tra termine decadenziale di conclusione del procedimento sanzionatorio entro il quale emettere il provvedimento sanzionatorio e determinare la sanzione pecuniaria e termine prescrizione, quello appunto di cui all'art. 28, entro il quale riscuotere le dette somme»*. Merita di essere rammentato, poi, quanto dispone l'art. 2964 c.c., che distingue il regime giuridico della decadenza e della prescrizione, chiarendo che le norme relative all'interruzione e alla sospensione della prescrizione non si applicano all'istituto della decadenza, rimettendo, però, alle singole discipline l'individuazione dei casi di prescrizione e di decadenza.
11. Ciò, peraltro, *«ha condotto a elencare all'interno della stessa nozione di interesse legittimo, distinte classificazioni, così enucleate: a) interessi legittimi oppositivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ablatorio; b) interessi legittimi pretensivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ampliativo; c) interessi legittimi rivali, in capo ai partecipanti ad una procedura selettiva di natura concorsuale o competitiva; d) interessi legittimi ostili, configurabili in capo a coloro che sono terzi rispetto all'esercizio (pregiudizievole nei loro confronti) di un potere ampliativo; e) interessi legittimi alla legalità, da riconoscere in capo ai terzi pregiudicati dall'esercizio di un potere ad efficacia plurisoggettiva (o, se si preferisce, plurioffensiva); f) interessi legittimi dipendenti, intestati in capo a chi si trova in un rapporto di "dipendenza" con il titolare di uno dei precedenti tipi di interessi legittimi»*. L'esemplificazione di una pluralità di figure di interesse legittimo evidenzia, in buona sostanza, la presenza di un diverso atteggiarsi della potestà pubblica, che a sua volta impone la presenza di regole sostanziali differenti nel delineare facoltà e obblighi dell'amministrazione e dell'amministrato. Accettando questa visione, *«risulta insostenibile affermare il carattere assoluto nel suo valore intrinseco del tempo dell'agire amministrativo»*.
12. A quanto appena sopra citato, deve aggiungersi che – secondo quanto rilevato dal

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

13. Ciò si coglie in modo chiaro anche dal considerando 34 della direttiva n. 2009/73/CE attuata dal d.lgs. 93/2011, secondo cui qualsiasi armonizzazione dei poteri delle autorità nazionali di regolamentazione dovrebbe comprendere i poteri di fornire incentivi alle imprese di gas naturale e di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive a tali imprese. È evidente che il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale, poiché se l'irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo.
14. A ciò si aggiunga che il tempo dell'agire dell'amministrazione «per la sua valenza estrinseca ha carattere assoluto, come il tempo dell'agire umano, sottratto alle leggi della fisica quantistica, e scorre in una sola direzione». Tanto è confermato dal fatto che il processo amministrativo, da sempre, utilizza delle finzioni giuridiche per contrastare questa verità (così la pronuncia costitutiva di annullamento del provvedimento compressivo della sfera giuridica del privato comporta, attraverso una qualificazione giuridica negativa, la rimozione *ex tunc* degli effetti del provvedimento stesso). Ma una simile *fictio* non può spingersi sino al punto «da restituire all'amministrato il tempo trascorso del procedimento, ossia 'quel tempo' sprecato dall'amministrazione. Come l'annullamento del provvedimento di diniego può assegnare all'amministrato un 'altro tempo' utile per vedere soddisfatto il suo interesse, così l'annullamento di un provvedimento sanzionatorio non può riportare indietro le lancette dell'orologio, restituendo all'amministrato 'quel tempo' male utilizzato dall'amministrazione. In definitiva, il tempo dell'amministrazione è nel suo valore intrinseco relativo e nel suo valore estrinseco assoluto».
15. Al contrario, una visione contemporanea della nozione di interesse legittimo aprirebbe al più la strada ad un'azione atipica di accertamento dell'inutile decorso del termine per adottare il provvedimento sanzionatorio con ciò che ne consegue, ad esempio, in termini di venir meno delle misure cautelari *medio tempore* adottate dall'amministrazione precedente e di azione risarcitoria spiegata per i danni derivati dalla sottoposizione a procedimento per il rischio di subire un provvedimento sanzionatorio (si pensi al danno reputazionale societario).
16. La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento (cfr., *ex aliis*, Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725) si sviluppa nel diritto civile in relazione all'interpretazione dell'art. 1337 c.c. e dell'oscillazione tra il rimedio risarcitorio di cui al

successivo art. 1338 c.c. e il rimedio invalidante *sub specie* di annullamento per vizio del consenso. Già all'interno della riflessione civilistica, la relazione tra le dette regole è stata apprezzata «*non in termini di alternatività in astratto ovvero di non interferenza, quanto di verifica in concreto della portata della violazione del precetto di buona fede, ritenendosi che quest'ultima potesse essere limitata al fatto ovvero avere forza penetrante tale da colorare di anti giuridicità il regolamento contrattuale con ciò che ne consegue in termini di accesso alla tutela rimediabile di annullamento nei casi previsti dalla legge o di nullità*». La trasposizione delle nozioni in questione nell'ambito del diritto amministrativo «*comporta una minore difficoltà, atteso che il legislatore ha da sempre ammesso il rimedio generale dell'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere, figure all'interno delle quali può essere pacificamente ricondotta la violazione di quelle regole comportamentali, che scandiscono l'agire dell'amministrazione*». In sintesi, il ragionamento nel diritto amministrativo è, se vogliamo, rovesciato, nel senso che un atto amministrativo si presenta in genere come illegittimo e meritevole di annullamento per violazione delle regole di condotta dell'amministrazione, ossia dei principi generali che ne ispirano l'operare, ivi incluso il principio di buona fede. Quest'ultimo del resto – ai sensi del comma 2 *bis* dell'art. 1, l. n. 241/1990, introdotto dal d.l. n. 76/2020 – deve improntare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, unitamente al dovere di collaborazione. In via residuale, il provvedimento amministrativo «*può essere legittimo, nonostante l'amministrazione abbia violato delle regole di comportamento e ciò, però, può generare un danno illecito che deve essere rimediato per equivalente*» (l'ipotesi tipica è quella del danno da ritardo per provvedimento amministrativo favorevole).

17. Del resto, anche sotto il profilo rimediabile, «*non avrebbe alcun senso ritenere che l'amministrato possa invocare la sola tutela risarcitoria, riducendo la relazione giuridica con l'Autorità ad un rapporto reciproco di dare/avere, ossia di sanzione pecuniaria versus risarcimento del danno*».
18. Riflessione “necessaria” dal momento che la sanzione dell'Autorità in commento «*risulta soddisfare i cd. criteri Engel (Corte europea diritti dell'uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel and Others v. the Netherlands), trattandosi di un provvedimento che ha natura afflittivo-deterrente, come spiegato sopra, e che può colpire la generalità dei soggetti sottoposti al potere sanzionatorio dell'Autorità e che si caratterizza per la sua severità*».
19. Quanto all'operatività delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU con riferimento ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, si segnala l'orientamento della Corte di Cassazione – non pienamente “condiviso” dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento – secondo il quale «*in materia di irrogazione di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano, alla stregua dei criteri della Corte EDU, natura sostanzialmente penale - gli Stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica di tale Convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) ad un*

*sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 della Convenzione. Nel secondo caso, non può ritenersi che il procedimento amministrativo sia illegittimo, in relazione ai parametri fissati dall'art. 6 della Convenzione, e che la successiva fase giurisdizionale determini una sorta di sanatoria di tale originaria illegittimità, al contrario, il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie di cui all'art. della Convenzione, risulta ab origine conforme alle prescrizioni di detto articolo, proprio perché è destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo» (Cass. civ., 03 gennaio 2019, n. 4; Id., n. 4725/2016).*

20. Come evidenziato in via pretoria, infatti, «la valutazione del tempo necessario è demandata alla stessa Autorità, che stabilisce il termine di conclusione del procedimento, rapportato alle effettive esigenze istruttorie e alle garanzie difensive, per cui il tempo del procedimento deve essere funzionale» a tali attività, ma «diviene illegittimo se si traduce in una inerzia ingiustificata. Il superamento del termine diviene quindi di per sé illegittimo quando il tempo non è più funzionale alle due esigenze sopra indicate» v. T.A.R. Lombardia (sezione II), sentenza del 31 ottobre 2018, n. 2456.
21. Anche la dottrina si è prevalentemente espressa nel senso della perentorietà del termine. Sul punto si veda, W. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012, 173 ss.; M. Fratini, G. Gasparri, *Il Testo Unico della Finanza*, Utet, Milano, 2012, 2678 ss.; M. Fratini, G. Gasparri, A. Giallongo, *Le sanzioni della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2011, 458 ss.; V. Turchini, *La natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell'ARERA*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, 365 ss.; A. De Vita, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente*, in *Riv. guar. fin.*, 2020, 1, 123 ss.; W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla CONSOB e della Banca d'Italia: riflessi in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 39 ss.; E. Traversa, *Il potere sanzionatorio dell'ANAC alla prova del principio di legalità*, in *Giur. it.*, 2019, 3, 645 ss.
22. Si veda F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 29 ss.; M. Allena, *La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 26, 17 ss.; E. Peroni, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (Aeegsi)*, *ibidem*; A. Marra, *Brevi note sugli effetti dell'annullamento di una delibera dell'Arera in tema di costi di sbilanciamento e sul legittimo affidamento delle imprese*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 2, 213 ss.
23. *Ex multis*, Cons. St., 25 febbraio 2016, n. 1199 e 08 aprile 2019 n. 2289; T.A.R.

- Lombardia (sezione II), sentenza del 12 maggio 2021, n. 1177.
24. *Ex aliis*, Cons. St., 17 marzo 2021, nn. 2308, 2307, 2306 nonché 19 gennaio 2021, n. 584.
25. In materia di giusto processo, si veda, *ex plurimis*, F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; E. Picozza, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2000, 1071 ss.; M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 3, 101 ss.; M. Luciani, *"Giusto" processo amministrativo e sentenza amministrativa "giusta"*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 2, 47 ss.; F. Patroni Griffi, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 3, 109 ss.; P. Ferrua, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2012; A. Travi, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 2017, 986 ss.; F.G. Scoca, *Processo amministrativo e principio di raggiungimento dello scopo*, in *Giur. cost.*, 2018, 1402 ss.; M. Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, 437 ss.; G. Falcon, *Buone notizie per la giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 166 ss.; P. Piras, *Il processo amministrativo e l'innovazione tecnologica. diritto al giusto processo versus intelligenza artificiale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3, 472 ss.
26. M. Allena, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *federalismi.it*, 2017, 4, 12 ss.; S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, 35 ss.; P. Provenzano, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 6, 1073 ss.; E. Bindi, A. Pisaneschi, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2019, 22, 14 ss.; M. Allena, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 25 ss.
27. In dottrina, si veda V. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equoprocesso e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 5, 2014; M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983, 74 ss.
28. Sul punto, si segnala (con riferimento a diversa fattispecie) Cons. St., 14 febbraio 2022, n. 1081, ove si rileva che l'amministrazione, pur in assenza della predeterminazione legale del termine massimo per la conclusione del procedimento sanzionatorio ex l. n. 689 del 1981, agisce comunque in modo tempestivo, rispettando l'esigenza del cittadino di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri, e, ove protragga in modo ingiustificato l'esercizio del potere, deve dare puntuale motivazione delle ragioni che le hanno, in ipotesi, impedito di applicare la sanzione in contiguità temporale con l'accertamento dell'illecito.
29. Si veda anche M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995, 176, per il quale «una volta chiarito che l'atto emanato fuori termine, nullo o annullabile che sia, determina l'impossibilità per l'amministrazione di operare la sanatoria o di esercitare nuovamente il potere sulla base degli stessi elementi posti alla base del

*provvedimento tardivamente emanato, diventa un problema semplicemente terminologico e non di sostanziare una espressione anziché l'altra» (ovvero nullità o annullabilità). L'Autore afferma di preferire tra le due soluzioni prospettate quella che qualifica il provvedimento emanato fuori termine come nullo per carezza sopravvenuta di potere perché il termine rappresenta un limite esterno del potere avendo «la funzione di delimitare nel tempo la situazione di incertezza e di sospensione dell'assetto dei rapporti che si determinano nel periodo intercorrente tra l'avvio del procedimento e la sua conclusione con l'emanazione del provvedimento». Sull'argomento, si veda anche A. Scognamiglio, *I termini del procedimento (sanzionatorio) presi sul serio (nota a Cons Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584)*, in *Giustizia Insieme*, 2021.*

30. Pur non volendo attribuire valenza perentoria al termine, poi, giova comunque evidenziare che detti provvedimenti sanzionatori sarebbero comunque illegittimi per la violazione del principio di buona amministrazione, essendo stato adottato eccessivamente e ingiustificatamente oltre un più che ragionevole lasso temporale. L'inerzia infraprocedimentale determina infatti, a ben vedere, un procedimento *sine die* (al di là dei termini prestabiliti e in assenza di provvedimenti di rideterminazione degli stessi), passibile di esporre gli interessati «ad un più difficile esercizio del loro diritto di difesa, essendo un dato comune di esperienza quello secondo cui la difesa è tanto più efficace quanto più la stessa ha modo di esercitarsi in un arco temporale il più possibile ravvicinato rispetto alla commissione dell'illecito» v. T.A.R. Lombardia (sezione II), sentenza del 31 ottobre 2018, n. 2456; Cons. St., 20 dicembre 2011, n. 582.