

Il diritto dell'Unione europea segna il *limes* tra i compiti della politica e i poteri delle Autorità di regolazione

Sveva Troncone (Dott.ssa in Giurisprudenza e Perfezionanda in diritto dell'Unione europea: la Tutela dei diritti, Università degli Studi di Napoli Federico II) – 16 luglio 2023

SOMMARIO: 1. La vicenda dibattuta e il quadro normativo applicabile. – 2. Il confine tracciato dal T.A.R. Lombardia tra attività di regolazione e attività di indirizzo politico. – 3. I rapporti tra il diritto dell'Unione e quello nazionale: il potere-dovere di disapplicazione da parte delle Autorità di regolazione. – 4. Il legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia e in quella nazionale.

1. Con la sentenza del 23 maggio n. 1231, il T.A.R. Lombardia si è pronunciato in ordine al ricorso presentato da Cilento reti gas s.r.l. contro l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (di seguito, ARERA). Segnatamente, la Cilento reti gas s.r.l. ha impugnato i provvedimenti con cui ARERA ha disapplicato l'art 114-*ter* del d.l. 19 maggio 2020 n. 34, dettato in materia di riconoscimento in tariffa degli investimenti effettuati dagli operatori per realizzare la rete di distribuzione del gas metano nelle località di “nuova metanizzazione”, in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione. Il giudice lombardo ha dichiarato l'infondatezza dei motivi oggetto di ricorso.

A questo proposito, è utile ricordare che l'art. 33 del Testo unico della regolazione delle qualità e delle tariffe dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2020-2025 prevede l'applicazione di un tetto ai costi riconosciuti a copertura dei costi di capitale nelle località di avviamento; regola generale che il giudice amministrativo è chiaramente tenuto ad applicare. Una deroga a tale previsione è stata invece riconosciuta nell'art. 114-*ter* del d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020 n. 77, che ha introdotto il comma 4-*bis* nell'art. 23 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164. In particolare, il comma in questione considera efficienti e già valutati positivamente ai fini dell'analisi dei costi e benefici per i consumatori e ammessi dall'Autorità a integrale riconoscimento tariffario: le estensioni e i potenziamenti di reti ed impianti esistenti nei comuni già metanizzati e le nuove costruzioni di reti e di impianti di comuni da metanizzare appartenenti a determinate zone territoriali. Peraltro, la disposizione ha posto in capo all'Autorità l'obbligo di riconoscere un'integrale copertura tariffaria degli investimenti relativi al potenziamento o alla nuova costruzione di reti e impianti in comuni metanizzati o da metanizzare in specifiche località del Paese.

La presunzione assoluta così introdotta risulta in palese contrasto con gli articoli 39, par. 4 e 41, par. 1, lett. a) della direttiva 2009/73/CE. Precisamente, quest'ultimo individua l'ambito della discrezionalità dell'esercizio del potere dell'autorità di regolazione, prevedendo che nei suoi poteri rientra quello "di stabilire o approvare in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o distribuzione o le relative metodologie di calcolo". Tant'è che ARERA, nel pieno esercizio del potere amministrativo, ha ritenuto di dover disapplicare l'art 114-ter, che avrebbe consentito al potere legislativo di sostituirsi ad essa sia nella fase istruttoria, ovvero di valutazione dell'efficienza degli investimenti, sia nella fase decisionale di riconoscimento dei costi, violando i *limes* esistenti tra legislatore nazionale e autorità amministrativa indipendente.

Il giudice amministrativo lombardo ha, dunque, reputato legittima la disapplicazione dell'art. 114-ter da parte di ARERA, con la fissazione da parte di tale autorità del tetto massimo di riconoscimento in tariffa degli investimenti. Tale disapplicazione, peraltro, non dà luogo a vuoti normativi e incertezze interpretative, in quanto ARERA si è prontamente attivata nel manifestare la sua contrarietà alla normativa interna fin dalla sua entrata in vigore, richiedendone l'abrogazione

La pronuncia invita perciò a riflettere sul potere/dovere delle autorità indipendenti di non dare attuazione a una norma nazionale, qualora questa risulti in contrasto con una disposizione dell'Unione europea, segnatamente con una direttiva, ma altresì sul principio del legittimo affidamento che viene in rilievo nel caso in cui l'amministrazione abbia fatto nascere nell'interessato, con il proprio comportamento o addirittura con informazioni, un'aspettativa ragionevolmente fondata. La problematica in esame si caratterizza, peraltro, per i notevoli risvolti pratico-applicativi.

2. Prima di passare all'esame di tale specifico profilo, occorre ricordare che la direttiva 2009/73/CE sancisce un principio generale di autonomia e d'indipendenza dell'Autorità rispetto ai poteri politici. L'autonomia e l'indipendenza, che connotano l'attività amministrativa, assumono rilevanza nella fattispecie in commento, in quanto intese come obbligo di perseguire il benessere sociale collettivo, senza operare distinzioni nei confronti di categorie di soggetti sostanzialmente omogenee.

Sul piano funzionale, l'articolo 39, par. 4, lett. a) della direttiva in parola sancisce che gli Stati membri devono garantire che l'Autorità di regolamentazione "sia giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi soggetto pubblico o privato" e, segnatamente, al par. 5, lett. a) che "la stessa possa prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico".

Anche la Corte di giustizia ha confermato tali requisiti, statuendo espressamente "che le ANR devono promuovere gli obiettivi della regolamentazione previsti [dalla normativa comunitaria] nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione specificate nel quadro normativo comune. Di conseguenza, [...] anche il bilanciamento di tali obiettivi, in sede di definizione e di analisi di un mercato rilevante suscettibile di

regolamentazione, spetta alle ANR e non al legislatore nazionale” (sentenza del 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione c. Germania*, punto 91). E, successivamente, il giudice di Lussemburgo ha stabilito che il principio di democrazia non osta all’esistenza di autorità pubbliche situate al di fuori dell’amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal Governo, che spesso esercitano funzioni regolatrici o compiti che devono essere sottratti all’influenza politica, pur restando soggetti al rispetto della legge, sotto il controllo dei giudici competenti. Il fatto di conferire alle ANR uno *status* indipendente dall’amministrazione generale non è di per sé tale da privare dette autorità della loro legittimità democratica, in quanto esse non sono sottratte a ogni influenza parlamentare (sentenza del 2 settembre 2021, causa C-718/18, *Commissione c. Germania () e 2009/73*).

3. Con riguardo alla questione che qui rileva, è ben noto che tra effetto diretto e disapplicazione immediata ricorre un nesso indissolubile (in argomento, D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell’Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2019); ed è pure noto che l’ordine di disapplicazione non vale solo per le autorità giurisdizionali: dunque, anche l’amministrazione dello Stato (centrale e periferica) è, sotto questo punto di vista, equiparata “*mutatis mutandis*” alle Corti nazionali (dello stesso autore, v. *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 101).

Infatti, con riguardo all’ambito del dovere di disapplicazione e, in particolare, se questo gravi su tutti gli organi dello Stato, ivi comprese le pubbliche amministrazioni, rileva la celeberrima sentenza *Fratelli Costanzo s.p.a.* che ha ben chiarito che, “in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale sia che l’abbia recepita in modo inadeguato” (sentenza del 22 giugno 1989, causa C-103/88, punto 29). Ed ha poi affermato che sarebbe “contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l’operato dell’amministrazione, e al contempo ritenere che l’amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell’amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni” (punto 31). Vale a dire che al diritto dell’Unione sarebbe negato ogni tipo di effetto utile, qualora l’amministrazione dovesse sempre e comunque attendere la disapplicazione della normativa nazionale contrastante da parte del giudice interno oppure, ove non possibile, un intervento legislativo di modifica o la dichiarazione di illegittimità costituzionale (quanto alle autorità amministrative, v. anche la

sentenza del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, punti 26 e 30; quanto ai giudici, v- già la sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*, punto 24).

Sempre guardando a quanto qui interessa, è importate richiamare la sentenza *CIF* (9 settembre 2003, causa C-198/01, spec. punto 22), che ha ricostruito in termini di obbligatorietà la disapplicazione, anche da parte di un'autorità di concorrenza nazionale, di norme nazionali che abbiano imposto o favorito comportamenti d'impresa in contrasto con l'art. 81.1 CE (oggi art. 101 TFUE), ovvero ne abbiano legittimato o rafforzato gli effetti, di fatto eludendo il divieto ivi sancito.

Sulla disapplicazione del diritto nazionale da parte di un organismo non giurisdizionale, la Corte di giustizia si è pronunciata anche nel caso *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, (4 dicembre 2018, causa C-378/17). Specificatamente, alla Corte era stato chiesto se un organismo nazionale non giurisdizionale, istituito dalla legge di uno Stato membro per dare attuazione al diritto dell'Unione in un settore specifico, avesse o meno il potere di disapplicare una norma nazionale contraria al diritto dell'Unione, visto che la Costituzione nazionale riservava questo potere a determinati organi giurisdizionali. Essa, distinguendo tra potere di disapplicazione e potere di decidere sulla validità di un atto normativo, ha stabilito che il principio del primato osta al limite previsto dalla normativa nazionale suddetta, anche se di rango costituzionale.

Assecondando questo profilo la dottrina ha correttamente parlato di “*administrative direct effect*” (P. CRAIG, G. DE BÜRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2015, p. 207). Si è, cioè, osservato che, anche a prescindere dall'esistenza di un obbligo loro imposto da una normativa nazionale che si ponga in contrasto con il diritto UE, le autorità amministrative sono tenute di per sé a un agire provvedimentoale rispettoso delle norme europee e, quindi, ad astenersi dall'attuare il diritto interno contrastante con la normativa UE; non possono, ovvero, “nascondersi” dietro l'inadempienza del legislatore. Ovviamente, onde evitare che un'applicazione a geometria variabile (troppo decentralizzata) del diritto UE crei un'insostenibile incertezza giuridica, quelle stesse amministrazioni nazionali dovranno “*as far as possible*” servirsi delle procedure nazionali, al fine di risolvere l'eventuale conflitto (D. GALLO, *L'efficacia diretta*, cit., p. 101; in questi termini, J. H. JANS, M. VERHOEVEN, *Europeanisation via Consistent Interpretation and Direct Effect*, in J. H. JANS, S. PRECHAL, R. J. G. M. WIDDERSHOVEN (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen, 2015, pp. 126-127).

Da quanto detto è facile cogliere come la disapplicazione sia il meccanismo attraverso il quale si realizza il principio del primato del diritto dell'Unione (anche collegato al principio di leale cooperazione; sul punto, P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e principio di leale collaborazione*, in AA.VV., *Temi e questioni di Diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 5-13) e, quindi, l'inefficacia automatica della norma interna, quand'anche di rango costituzionale (da ultimo, sentenza del 21 dicembre 2021, causa C-497/20,

Randstad Italia, punto 52), che si trova in contrasto con il diritto dell'Unione europea, atteso che un eventuale *modus operandi* contrario spoglierebbe di ogni utilità l'ordinamento europeo, negandone la sua unità ed efficacia e, per l'effetto, la sua stessa ragione d'essere.

Il giudice di Lussemburgo ha finanche affermato l'obbligo dell'amministrazione di non dare seguito a un atto amministrativo, la cui legittimità sia stata riconosciuta con sentenza passata in giudicato, ma la cui incompatibilità con il diritto dell'Unione sia stata successivamente stabilita dalla Corte di giustizia all'esito di un rinvio pregiudiziale (sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne*). Come rilevato in dottrina, in tale pronuncia, l'elemento centrale è quello della possibile revocabilità di una decisione amministrativa definitiva sulla base di quel che prevede il diritto amministrativo nazionale, trovando applicazione in tal caso l'autonomia procedurale degli Stati membri (B. CORTESE, *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri - Il caso Lucchini*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, pp. 36-60, spec. p. 43).

Nella scia di questo orientamento si pongono anche le giurisdizioni nazionali. Così, di recente, il Consiglio di Stato ha ricordato come esso, sin dalla sentenza sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme dell'Unione europea, non applicando le norme nazionali contrastanti (sentenza dell'Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021, n. 18). Un orientamento minoritario riserva invece la piena competenza a dare applicazione immediata alle norme dell'Unione provviste di efficacia diretta soltanto ai giudici nazionali, precludendo tale potere all'amministrazione (sentenza del TAR Lecce, sez. I, del 27 settembre 2020, n. 895). Tale orientamento non può essere in alcun modo condiviso, in quanto la sua applicazione autorizzerebbe la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto (F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e società*, n. 3, 2021, p. 372).

Non si discosta da tale giurisprudenza la Corte costituzionale che, nella sentenza n. 67 del 2022, ha configurato il principio del primato del diritto dell'Unione e l'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE come "l'architave su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi". Peraltro, già con le sentenze n. 389 del 1989 e n. 168 del 1991, aveva affermato che la normativa UE deve trovare immediata applicazione non solo da parte del giudice nazionale nell'esercizio della sua giurisdizione, ma anche della stessa pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività amministrativa.

L'obbligo di disapplicazione, dunque, ricade in ogni caso anche in capo alle autorità indipendenti. E la *ratio* di tale obbligo è stata evidenziata dalla dottrina, che ne ha ravvisato il fondamento nella necessità di garantire al cittadino una tutela diffusa dei suoi diritti (G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De PASQUALE, F. FERRARO, III ed., Napoli, 2021, p. 246).

4. La sentenza in commento spinge a un'ultima riflessione in tema di legittimo affidamento, giacché il ricorrente ha dedotto la mancata tutela dell'affidamento in capo agli operatori che hanno assunto impegni ed effettuato investimenti per avviare le nuove opere di metanizzazione.

Al riguardo, è utile rammentare che il principio del legittimo affidamento, secondo un costante orientamento giurisprudenziale, rappresenta un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, oltre che del diritto nazionale (tra le varie sentenze: 3 maggio 1978, causa 112/77, *Töpfer*; 21 settembre 1983, cause riunite 205-215/82, *Deutsche Milchkontor*; 9 maggio 1983, causa C-289/81, *Mavridis*; 17 aprile 1997, causa C-90/95, *Henri de Compte/Parlamento*; 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*; 20 giugno 1991, causa C-248/89, *Cargill*).

Difatti, la Corte costituzionale ha indicato, nella sentenza n. 108 del 2019, sulla base di una consolidata giurisprudenza dell'Unione, quali elementi devono essere valutati per comprendere se la disciplina sopravvenuta incida in modo illegittimo sull'affidamento dei destinatari. In particolare, occorrendo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (come da insegnamento della Corte costituzionale: sentenze n. 25 del 2019, n. 58 del 2018; n. 63 del 2016; n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012), la verifica della ragionevolezza del regime giuridico sopravvenuto deve fondarsi per la Corte su tre elementi: la prevedibilità della modifica peggiorativa imposta, la proporzionalità con cui essa incide sulle posizioni giuridiche preesistenti e la previsione di norme transitorie, che rendano meno traumatico il passaggio dalla precedente normativa a quella nuova, così consentendo ai soggetti interessati di adeguarsi allo *ius superveniens* senza subirne un pregiudizio eccessivo.

In tali occasioni viene in rilievo altresì lo stretto legame tra il principio del legittimo affidamento e quello della certezza del diritto. In riferimento a quest'ultimo, ritenuto cardine per ogni moderno Stato di diritto, ne è sottolineata la natura "una e trina".

Secondo la dottrina, il principio della certezza del diritto si componerebbe infatti di tre sotto principi: l'irretroattività degli atti normativi, la tutela del legittimo affidamento e la protezione dei diritti quesiti (S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, p. 52). Invero, "in forza della tutela del legittimo affidamento, quale corollario della certezza, il diritto di far valere una determinata tutela spetta a qualsiasi soggetto dell'ordinamento, in capo al quale un'istituzione dell'Unione abbia ingenerato fondate aspettative, fornendogli puntuali assicurazioni, mediante informazioni precise, categoriche e concordanti, a

prescindere dalla forma in cui queste vengono comunicate. In caso contrario, non è possibile invocare una violazione del principio in questione” (P. DE PASQUALE, *Il principio della certezza del diritto nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2023, p. 413; v., in tal senso, la sentenza del 13 settembre 2017, causa C-350/16, *Pappalardo e a./Commissione*, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

Vale a dire che il legittimo affidamento, nell’Unione europea, ha carattere oggettivo, potendo sorgere solo se ricorrono alcune condizioni, quali le assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, che siano state fornite all’interessato dall’amministrazione. Non è possibile, ad esempio, invocare il legittimo affidamento rispetto ad una prassi nazionale non conforme al diritto dell’Unione (G. TESAURO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, cit., p. 172, nonché sentenza della Corte del 1° aprile 1993, cause C-31-44/91, *Lageder*). E, comunque, tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui sono rivolte ed è necessario che esse siano conformi alle norme applicabili.

In termini più generali, si è affermato altresì che, “qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l’adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato” (sentenza del 16 ottobre 2019, causa C-490/18, *SD*, punto 36). Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell’ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali (v., segnatamente, sentenze del 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol*, punto 53; e del 10 dicembre 2015, causa C-427/14, *Valsts ieņēmumu dienests*, punto 39).

Pure, in ambito nazionale, secondo la giurisprudenza amministrativa, la tutela da parte dell’ordinamento dell’affidamento nella stabilità dei rapporti giuridici posti in essere dalla P.A, nell’esercizio del potere, è soggetta ad alcuni requisiti, necessari affinché l’affidamento alla stabilità del privato possa avere tutela. È necessaria, dunque, la sussistenza di un comportamento colpevole da parte dell’amministrazione e, in questo caso specifico, da parte di ARERA. Tale circostanza non è, però, riscontrabile nel caso di specie, dal momento che ARERA si è limitata a esercitare pienamente il suo legittimo potere discrezionale.

Cosicché, anche con riguardo al legittimo affidamento, ulteriore *ratio decidendi* della pronuncia, si rileva una sincronia di opinioni fra la giurisprudenza europea e quella amministrativa interna. Invero, il T.A.R. Lombardia ha convenuto, nell’ultimo capoverso della sentenza in commento, che, “qualora un operatore economico di media diligenza sia in grado di prevedere l’adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, non si può invocare tale principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato”. Ed ha aggiunto che “non è possibile fondare una pretesa di conservazione della situazione esistente che può essere modificata nell’ambito del legittimo

esercizio del potere discrezionale da parte delle autorità nazionali, in quanto “il comportamento di un’ autorità nazionale incaricata di applicare il diritto dell’Unione che sia in contrasto con quest’ultimo, non può legittimare, in capo ad un operatore economico, un legittimo affidamento a beneficiare di un trattamento contrario al diritto dell’Unione” (in tal senso si veda la sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-516/16, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen*, punto 69).

Nel suo complesso, la sentenza in esame non può che essere giudicata positivamente, in quanto rappresenta una dimostrazione tangibile del progressivo allineamento della giurisprudenza amministrativa nazionale ai principi ricavabili dal diritto dell’Unione in tema di efficacia diretta e legittimo affidamento. Essa, cioè, offre l’opportunità di fare chiarezza, una volta in più, in merito alla questione “inerente all’effetto diretto in modo da evitare che vengano messi in discussione principi ormai consolidati della giurisprudenza della Corte di giustizia, ma che stentano, ancora oggi, ad essere del tutto metabolizzati da alcuni organi giurisdizionali nazionali, come nel caso del TAR Lecce” (F. FERRARO, *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali*, cit., p. 372).