

Disastri apparentemente ragionevoli della giurisprudenza

Marco Q. Silvi*

Ora, la questione: in quale modo i giudici ragionino nella realtà – [...] tenendo in conto o trascurando le conseguenze prevedibili delle decisioni – è sì una questione psicologica, ma non per questo occorre l'introspezione o la psicoanalisi per rispondervi.
(Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, 1990)

SOMMARIO: 0. Tema, metodo, finalità. – 1. Teoria. – 1.1. Fattori pragmatici dell'interpretazione. – 1.2. Contesti di decisione. – 1.2.1. Regolazione e conformazione di rapporti giuridici. – 1.2.2. Regolazione e sistemazione giuridica. – 2. Fenomenologia. – 2.1. Garanzie del trasporto di energia elettrica e oneri generali di sistema. – 2.1.1. Contesto. – 2.1.2. Pronunce. – 2.1.3. Ricadute. – 2.2. Tariffe di trasporto del gas naturale per i punti di entrata e uscita della rete nazionale di gasdotti. – 2.2.1. Contesto. – 2.2.2. Pronunce. – 2.2.3. Ricadute. – 3. Assiologia. – 3.1. Una direttiva per una dottrina dell'interpretazione. – 3.2. Per il ruolo del giudice.

0. *Tema, metodo, finalità*

Il giudice, si sa, come tutti, può sbagliare: l'errore può riguardare – alternativamente o cumulativamente – la decisione finale e tutte le varie operazioni intellettuali in cui si articolano gli argomenti che giustificano tale decisione, operazioni relative alla ricostruzione sia della situazione di fatto considerata (c.d. *quaestio facti*), sia del quadro normativo rilevante per la qualificazione dei fatti di causa e per la soluzione della controversia (c.d. *quaestio iuris*).

* Le considerazioni espresse sono del tutto personali e non impegnano in alcun modo l'ente di appartenenza.

A volte, però, gli errori del giudice possono generare veri e propri *disastri*. Ed è su quest'ultimo aspetto che è bene porre l'attenzione.

Intendo indagare, qui, un tipo particolare di disastro, la cui fisionomia sarà meglio precisata nel seguito, ma che può, per ora, essere individuato in un *risultato*, ovviamente *non desiderabile* (ossia valutato negativamente alla stregua di uno o più criteri di valore), di tipo *sistemico*, ossia che investe in modo notevole un insieme (tendenzialmente organico e unitario) di relazioni giuridiche che caratterizzano un certo settore della vita regolato dal diritto.

Tali sistemi di relazioni giuridiche (intendo, quindi, per 'sistema' un insieme di elementi strutturato, coordinato in virtù d'uno o più criteri¹) connotano, in modo quasi esemplare, la trama normativa di alcuni settori economici particolari, quali la raccolta del risparmio e i mercati finanziari, l'attività bancaria e assicurativa, l'energia (elettrica e il gas), il servizio idrico integrato, il ciclo dei rifiuti urbani e assimilati, le telecomunicazioni, i trasporti, ecc., la cui disciplina è, per varie ragioni, delegata (dal legislatore) alla competenza normativa di autorità amministrative (normalmente indipendenti²) c.d. di regolamentazione³. Concentrerò la mia analisi su uno di tali settori, quello dell'energia⁴.

Il metodo che intendo seguire nella mia indagine è quello offerto dalla filosofia analitica del diritto, intesa quale meta-giurisprudenza, ossia come analisi

¹ Mutuo, qui, con qualche adattamento l'idea di N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, VIII, che efficacemente definisce per 'sistema normativo' un «insieme strutturato di norme» (cfr. anche R. Guastini, *Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2004, 103 ss.). Più in generale, sulla nozione di sistema, e sull'attività di sistemazione giuridica, mi limito a rinviare a V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002 e a G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008.

² L'indipendenza delle autorità indipendenti è, come noto, duplice: esse sono indipendenti dal Governo (pur essendo amministrazioni pubbliche dello Stato), e sono indipendenti agli interessi economici delle imprese che operano nei settori sottoposti alla loro regolazione (e/o vigilanza). La bibliografia è ormai ampia, e non è utile darne conto. Mi limito a rinviare a F. Merusi e M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011 e, più di recente, a F. Takanen, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2022, nonché a E. Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Vizi e virtù di un modello istituzionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, 51 ss., e Id., *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 1, 285 ss.

³ Come noto, si distingue normalmente tra (i) autorità di regolamentazione (o regolazione), le quali disciplinano, mediante l'adozione di norme generali e astratte, i comportamenti degli operatori economici d'un certo settore; e (ii) autorità di vigilanza (o controllo), le quali vigilano sui comportamenti degli operatori economici, rispetto a determinati ambiti meritevoli di tutela, con (solo) poteri di *enforcement*. In realtà, però, anche le autorità di regolamentazione sono dotate di poteri di *enforcement*, così come anche le autorità di controllo, coi loro provvedimenti sanzionatori (individuali), stabiliscono "precedenti" che, in termini generali, possono influenzare inevitabilmente le successive condotte degli operatori vigilati.

⁴ Si badi: non sostengo che sentenze disastrose, nei termini che ho accennato, si verifichino solo nei settori regolamentati. Mi limito ad affermare che, in tali settori, in particolare in quello dell'energia, il fenomeno su cui intendo porre l'attenzione, quando si verifica, è certamente evidente. Tra i settori regolamentati, ho selezionato quello dell'energia, sia perché a me noto, sia perché sui provvedimenti di Arera si è formata una ricca giurisprudenza, che ha affermato importanti principi valevoli anche per le altre autorità indipendenti.

filosofica della giurisprudenza⁵. Il punto di vista della filosofia analitica mi pare molto utile in questa sede, in quanto consente di sottoporre a un'analisi logica (in senso ampio), tendenzialmente neutra e asettica dal punto di vista valutativo, gli argomenti impiegati dai giudici per giustificare le interpretazioni delle norme scelte per fondare le proprie decisioni, mettendone in luce eventuali carenze, o percorsi apparentemente nascosti, e svelare la natura, interpretativa in senso stretto, oppure costruttiva (nomopoietica)⁶, delle varie operazioni intellettuali compiute nell'ambito dell'iter argomentativo.

In tale prospettiva, in particolare, seguendo una distinzione proposta da Riccardo Guastini, la mia analisi non sarà orientata solo a «stabilire in qual modo la decisione del giudice sia fondata» nei termini sopra chiariti (c.d. *approccio normativo*, o deontologico), ma sarà volta anche a indagare quali effetti detta decisione abbia prodotto, anche al fine di scoprire «a quale interesse o classe di interessi la decisione abbia, di fatto, offerto tutela giurisdizionale (eventualmente in modo inconsapevole)» (c.d. *approccio pragmatico*, o consequenzialista)⁷. La scelta di svolgere, qui, un'analisi meta-giurisprudenziale *integrata* (di tali due approcci: normativo e pragmatico) si giustifica proprio in ragione della rilevanza che assumono gli effetti sistemici di cui sopra ho parlato, e che fanno, d'una cattiva sentenza (d'una sentenza non ben fondata), una sentenza disastrosa.

Tuttavia, il mio *non* è un lavoro di filosofia analitica (anche se non escludo di poter fornire spunti utili per tale campo di ricerca). Sempre per dirla col lessico

⁵ Almeno due sono i modi di intendere la filosofia analitica del diritto: come analisi concettuale, ossia analisi volta a elaborare concetti per comprendere e spiegare i fenomeni giuridici, o come meta-giurisprudenza, ossia come analisi dei discorsi della giurisprudenza (cfr. R. Guastini, *Manifesto per una filosofia analitica del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, I, 1, 51 ss.).

⁶ La distinzione è di Riccardo Guastini (alla cui teoria dell'interpretazione farò principalmente riferimento nel presente lavoro), ed è volta a isolare, all'interno delle attività che, pur normalmente indicate dai giuristi col termine 'interpretazione', quelle che eccedono in realtà i confini di ciò che è genuinamente interpretativo (che consiste nell'ascrivere un certo significato a un testo normativo), trattandosi di attività costitutive di norme nuove, ossia di attività "costruttive" di significati che non trovano referenti in testi normativi già dati. Cfr. ad esempio R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, I, 7 ss.; Id., *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, 927 ss.; Id., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 27-32; Id., *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 379-383. Nel testo, seguendo una distinzione diffusa in teoria dell'interpretazione (propugnata anche da Guastini), impiegherò il termine 'disposizione' per riferirmi al testo normativo interpretando, mentre col termine 'norma' mi riferisco al significato attribuito al testo, o comunque al prodotto dell'attività interpretativa (nel caso di operazioni costruttive, pertanto, alla norma prodotta dal giudice non corrisponde alcuna disposizione).

⁷ Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 159-171. Secondo Guastini, in particolare, con l'approccio d'analisi normativo «si muove dalla decisione e si risale agli argomenti addotti per giustificare tale decisione; si muove cioè dal dispositivo alla motivazione»; mentre, secondo l'approccio pragmatico, «si prendono le mosse dalla decisione non per risalire alla sua fondazione normativa, ma piuttosto per svolgerne le conseguenze (politiche, sociali, economiche), gli esiti pratici. [...] Insomma, l'approccio pragmatico alla giurisprudenza è interessato a scoprire non tanto se e in qual modo una decisione sia normativamente giustificata, ma piuttosto a quale interesse o classe di interessi la decisione abbia, di fatto, offerto tutela giurisdizionale [...]» (Ivi, 160-161).

di Guastini, lo scopo del presente lavoro non è fornire un contributo a una *teoria* dell'interpretazione, consistente in un discorso analitico e descrittivo, assiologicamente neutro, intorno a ciò che l'interpretazione di fatto è. Il mio intento è, piuttosto, fornire un contributo a una *dottrina* dell'interpretazione, volto quindi ad articolare e sviluppare un discorso valutativo, prescrittivo, sull'interpretazione, diretto a stabilire come l'interpretazione debba avvenire⁸.

Sebbene, quindi, farò ricorso a strumenti concettuali offerti dalla filosofia analitica del diritto, il mio scopo non è (tanto) *descrivere*, ma (soprattutto) *valutare* (e, spero, *persuadere*).

Intendo, in particolare, criticare (*ex post*) alcuni tipi di decisioni giudiziarie (che non solo non sono ben fondate, ma che sono anche) caratterizzate da risultati sistemici notevoli e indesiderabili (pur prevedibili dall'interprete); e ciò al fine di tentare di proporre un criterio (normativo) che possa orientare (*ex ante*) l'azione del giudice, almeno del giudice che opera in contesti settoriali caratterizzati dalla presenza di intricate e fitte relazioni giuridiche conformate (e ordinate) da norme adottate da un'autorità di regolamentazione.

Anticipando qui le mie conclusioni, ritengo che il giudice, in tali contesti in cui egli si trova a decidere su una controversia (per brevità parlerò, nel seguito, di 'contesti di decisione'), dovrebbe considerare le (prevedibili) conseguenze della sua eventuale decisione, astenendosi dall'adottare quegli argomenti e quelle interpretazioni che produrranno conseguenze sistemiche notevoli e indesiderabili (nei termini che spero di chiarire meglio nel seguito)⁹.

⁸ Cfr. ad esempio R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., 233-234. Cfr. anche R. Guastini, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 38, 2, 463 ss. Sono esempi di dottrine dell'interpretazione quelle che propugnano, o contrastano, il ricorso alla c.d. etica sociale, anche contro i significati astrattamente attribuibili al testo normativo: cfr. ad esempio, anche per i ricchi riferimenti bibliografici, P.L. Portaluri, *Bannkreise giurisprudenziali. Qualche appunto di metodo*, in *Ordines*, 2022, 2, 211 ss.

⁹ Il riferimento alle "conseguenze" delle decisioni giudiziarie apre certamente le porte a un filone di studi e ricerche, molto ricco e articolato, ben noto agli studiosi di diritto ed economia, che sfocia esemplarmente nella c.d. analisi economica del diritto (nell'ambito della voluminosa letteratura, mi limito a rinviare alla raccolta di saggi curata da P. Cserne e M. Malecka, *Law and Economics as Interdisciplinary Exchange. Philosophical, Methodological and Historical Perspectives*, London, 2019; da un punto di vista più vicino alla teoria dell'argomentazione giuridica, cfr. ad esempio, anche per la bibliografia ivi citata, G. Tuzet, *L'analisi economica come argomentazione giuridica*, in *Teoria jurídica contemporanea*, 2019, 3, 2, 97 ss.; F. Esposito and G. Tuzet, *Economic Consequences for Lawyers Beyond the Jurisprudential Preface*, in *Journal of Argumentation in Context*, 9, 3, 368 ss.). Si tratta, però, quest'ultimo, d'un ambito di ricerche dal quale mi tengo volutamente estraneo: ciò che qui mi interessa, infatti, è, più modestamente, analizzare, usando strumenti concettuali possibilmente neutri quali quelli offerti dalla teoria analitica del diritto, alcuni specifici "contesti di decisione" (quelli che hanno a oggetto giudizi di legittimità sugli atti di regolazione settoriale delle autorità amministrative indipendenti), al fine di *isolare* (e *tematizzare*) alcuni specifici risultati (a mio avviso disastrosi) che, in detti contesti, alcune decisioni giudiziali possono produrre (e hanno prodotto). In tale prospettiva, l'apparato concettuale offerto (principalmente) dalla teoria dell'interpretazione proposta da Riccardo Guastini (e da Alf Ross) mi pare sufficiente allo scopo, anche se non escludo che il mio discorso possa risultare di interesse per gli studi di analisi economica del diritto.

Un'ultima precisazione. Ho detto che la mia indagine si focalizza principalmente sul settore dell'energia – sottoposto alla competenza dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente ('Arera'). Tuttavia, il mio lavoro non mira (tanto) a fornire un contributo allo studio del diritto dell'energia, anche se l'analisi delle pronunce che considero richiederà, da parte mia, un'esposizione di istituti e norme che compongono tale ordinamento settoriale¹⁰. La mia indagine, come detto, è volta (soprattutto) a fornire un contributo a una dottrina dell'interpretazione, adattata a contesti decisionali in cui il giudice decide sulla legittimità d'un provvedimento di regolamentazione settoriale, analogamente a quanto avviene nel settore dell'energia.

A tal fine, procedo come segue. *Sub 1*, cerco di tratteggiare il quadro teorico entro cui si iscrive la mia indagine, richiamando (*sub 1.1*) alcune tesi di teoria dell'interpretazione che assumo ai fini della mia analisi, ed elencando (*sub 1.2*) alcune peculiarità che caratterizzano il c.d. diritto dell'energia e che, a mio avviso, giustificano la perimetrazione dell'ambito della mia indagine.

Successivamente, *sub 2*, analizzo (secondo un approccio normativo e, soprattutto, pragmatico) due vicende giudiziali che hanno determinato, a mio avviso in modo emblematico, quei tipi di disastri di cui tratto. Una tale analisi dovrebbe far emergere gli elementi tipici che caratterizzano il fenomeno da me considerato (risultati sistemici notevoli d'una decisione giudiziale, e loro indesiderabilità), che mi consentiranno, *sub 3*, di formulare alcune valutazioni conclusive sul piano della dottrina dell'interpretazione.

1. Teoria

1.1. Fattori pragmatici dell'interpretazione giuridica

L'attività del giudice è attività eminentemente *normativa* (anche se, ovviamente, non priva di componenti cognitive), e tale normatività non inerisce solamente alla decisione con cui specificamente il giudice pone la norma che regola il caso concreto (il comando rivolto a una delle parti, l'iscrizione d'un diritto, l'annullamento d'un atto, ecc.)¹¹. Normative sono anche le altre attività che (almeno

¹⁰ Anche per lo studio del diritto dell'energia, e la sua sistemazione, la filosofia del diritto può offrire utili strumenti d'analisi: cfr. ad esempio M.Q. Silvi, *Il concetto di dispacciamento nel diritto dell'energia. Un contributo analitico*, in *Notizie di Politeia*, 2010, 97, 35 ss.; Id., *Elementi della regolazione dei mercati dell'energia*, in E. Castorina (a cura di), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 403 ss.; Id., *Abuso della regolazione nel diritto dell'energia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2018, 20, 2, 317 ss.; Id., *DLT e nuove opportunità evolutive per il Sistema Informativo Integrato nei mercati dell'energia*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, Numero Speciale, 2022, 167 ss.

¹¹ Cfr. ad esempio H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966 [1960], 267-273.

logicamente) precedono la decisione, tra le quali, per quel che qui rileva, le attività interpretative (in senso ampio), che si possono declinare in: (i) atti ascrittivi d'un significato a un certo testo normativo (interpretazione in senso stretto), e/o (ii) atti produttivi di norme nuove, ossia di significati che non trovano corrispondenza tra i significati resi possibili dal testo normativo da interpretare (costruzione giuridica), come avviene, ad esempio, in esito alla c.d. interpretazione analogica, alla dissociazione, all'applicazione di principi, alle attività di ricerca della *ratio* della norma, ecc.¹².

L'analisi filosofica (soprattutto la meta-giurisprudenza analitica di stampo realista) ha ben mostrato come ampia sia la discrezionalità del giudice nel compiere le richiamate operazioni interpretative. Come osservato ad esempio da Alf Ross (eminente esponente del realismo scandinavo), essa assicura al giudice un importante ruolo costruttivo «nella determinazione della giustizia definendo o correggendo la direttiva della legge [...]», anche se tale attività creativa «solo di rado è manifesta. Normalmente il giudice non ammetterà che la sua interpretazione abbia carattere costruttivo, ma cercherà, mediante una tecnica di argomentazione, di far apparire che la sua decisione era nata oggettivamente ed è coperta dal “significato della legge” o dalla “intenzione del legislatore”»¹³.

Discrezionalità, tuttavia, non significa (almeno non necessariamente) arbitrarietà, o casualità dell'esito della decisione (come nel caso del giudice Bridoye, nel celebre romanzo di Rabelais¹⁴). Secondo Ross, ad esempio, dovrebbe essere per lo più possibile prevedere, in qualche modo, gli esiti delle decisioni giudiziarie. Ciò è possibile in ragione del fatto che i giudici d'un determinato ordinamento giuridico condividono, o comunque partecipano in qualche modo d'una cultura giuridica¹⁵, in cui circolano una o più ideologie delle fonti e del metodo

¹² Cfr. precedente nota 6. La costitutività d'un atto con cui si ascrive a un testo un significato è ovviamente differente da quella d'un atto che produce una norma nuova. Più in generale, costitutivi sono anche gli atti con cui il giudice decide non solo la *questio iuris*, ma anche la decisione sulla *questio facti*: al riguardo, cfr. ad esempio T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, 57-104, nonché M.Q. Silvi, *Atti ascrittivi e performatività*, in A. Rossetti ed E. Colzani (a cura di), *Mente azione normatività*, Milano, 2014, 29 ss.

¹³ A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino 1965 [1958], 143.

¹⁴ Il giudice Bridoye è il noto personaggio delle avventure di Pantagruel, che compare nei capitoli XXXIX-XLII del *Tiers Livre*, e che decide le cause con un lancio di dadi. Su tale figura cfr. l'acuta analisi di B. Cavallone, *La borsa di miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 170-181.

¹⁵ Cfr. ad esempio A. Ross, *op. cit.*, 71, secondo cui «il processo mentale con il quale il giudice decide di fondare la decisione su una norma piuttosto che su un'altra, non è un capriccio o un atto arbitrario, variabile da un giudice a un altro, ma è un processo determinato da atteggiamenti e da concetti, da una *comune ideologia normativa* presente e attiva nelle menti dei giuridici quando questi agiscono in veste di giudici». E così, prosegue Ross (ivi, 94), «[i]l diritto è legato al linguaggio come mezzo per comunicare significati, e il significato che è connesso alle parole del diritto è condizionato per mille vie da taciti presupposti sotto forma di credenze e di pregiudizi, di aspirazioni, modelli di comportamento e valutazioni, esistenti nella tradizione culturale che è comune al legislatore e al giudice. Il giudice nell'adempimento della sua professione è sottoposto all'influenza della tradizione culturale [...]».

interpretativo. Un'ideologia delle fonti è un insieme di «direttive che non concernono direttamente il modo di risolvere una controversia giuridica, ma indicano il modo secondo il quale il giudice dovrà procedere per scoprire la direttiva o le direttive rilevanti per la controversia di cui si tratta»¹⁶; mentre un'ideologia del metodo interpretativo è un insieme di direttive che indicano il modo in cui il giudice dovrebbe interpretare e applicare le direttive individuate per la soluzione della controversia¹⁷. Come è stato correttamente osservato, peraltro, è improbabile che, in un certo ordinamento, vi sia una sola ideologia delle fonti e del metodo interpretativo, ciò che può portare a risultati interpretativi (e applicativi) anche molto divergenti da parte della giurisprudenza a seconda dell'ideologia che orienta il singolo decidente¹⁸.

Come tali ideologie si configurino, però, è questione che varia a seconda del singolo ordinamento positivo, e non può che essere oggetto d'una analisi empirica (anche se il fenomeno, come visto, è accessibile all'analisi teorica). Esse certamente incidono sul concreto contenuto di quelli che Ross chiama i *fattori pragmatici dell'interpretazione*, i quali «consistono in considerazioni fondate su una valutazione della ragionevolezza pratica del *risultato* [di una norma o di un istituto], giudicato [tale risultato] in relazione a certe fondamentali valutazioni presupposte»¹⁹.

Tra i fattori pragmatici censiti da Ross, ve ne sono almeno due (connessi tra loro) di cui è bene dar qui conto: (i) quello secondo cui il giudice, quando interpreta, normalmente assumerebbe che le norme abbiano uno scopo la cui realizzazione si accorda con gli effetti della norma stessa; e (ii) quello per cui la ricerca dello scopo più adeguato alla norma non prescinderebbe dai valori o dagli interessi che sono presenti al giudice al momento della decisione, con la conseguenza che, nella sua interpretazione, opera un inevitabile «adattamento valutativo delle norme ai valori» che il giudice presuppone²⁰. Un tale «adattamento» dipende quindi dall'ideologia delle fonti e dell'interpretazione cui il giudice aderisce (ad esempio, se si tratta d'una ideologia d'orientamento più sostanzialista, il giudice si sentirà più libero nel compiere un tale «adattamento», andando anche oltre il dato del testo normativo da interpretare; mentre se il suo orientamento ideologi-

¹⁶ A. Ross, *op. cit.*, 72.

¹⁷ A. Ross, *op. cit.*, 103-105. Che le due ideologie (delle fonti e del metodo) siano connesse tra loro è evidente, visto che prima il testo da interpretare deve essere anche individuato nell'ambito del sistema delle fonti. Sui rapporti tra le due ideologie, cfr. Ivi, 146-148.

¹⁸ Così, ad esempio, G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011, 852-853. Giorgio Pino ha approfondito (invero in modo più rigoroso di Ross) il tema del condizionamento delle ideologie delle fonti e del metodo, nell'ambito d'una ricerca teorica dedicata al concetto di applicazione. Cfr. anche G. Pino, *Teoria analitica del diritto. I. La norma giuridica*, Pisa 2016, nonché Id., *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, 2021.

¹⁹ A. Ross, *op. cit.*, 137 (corsivo mio).

²⁰ Cfr. Ivi, 137 e 148. Per un approfondimento, cfr. M.Q. Silvi, *Funzione dell'atto giuridico e interpretazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2018, 369 ss.

co fosse più formalista, allora egli potrebbe essere meno propenso ad adattare la norma oltre i limiti testuali²¹).

Le considerazioni sopra svolte ineriscono alla teoria dell'interpretazione (sono volte a chiarire come l'attività interpretativa di fatto avvenga). Nel seguito, esaminerò alcune pronunce al fine di valutarle (in modo critico) e fare emergere (esplicitandolo), un criterio direttivo il quale, a mio avviso, dovrebbe orientare l'attività interpretativa e argomentativa del giudice, almeno in certi contesti di decisione, con l'auspicio che esso possa essere accolto tra i fattori pragmatici dell'interpretazione.

1.2. *Contesti di decisione*

I contesti di decisione su cui intendo concentrare la mia analisi, come anticipato *sub* 0, sono rappresentati da quelle controversie che riguardano la legittimità di provvedimenti amministrativi con cui le c.d. autorità (indipendenti) di regolamentazione normano vari aspetti del settore alla cui disciplina sono appunto preposte. Come detto, limito la mia analisi al settore dell'energia, anche se non escludo che essa (coi dovuti adattamenti) possa valere anche per gli altri settori regolamentati.

Quali peculiarità presentano tali contesti di decisione che ne giustificano un'analisi specifica? Almeno due sono, a mio avviso, gli aspetti rilevanti, tra loro connessi, i quali possono essere tratteggiati nei termini seguenti: (i) in primo luogo, gli atti di normazione delle autorità di regolamentazione *conformano* una fitta rete di rapporti giuridici tra i diversi soggetti che operano nel settore economico di riferimento, e che, nel loro insieme, concorrono a costruire la trama giuridica in cui quel settore (principalmente) consiste (*sub* 1.2.1); (ii) in secondo luogo, in tale attività conformativa, l'autorità di regolamentazione svolge anche un'attività (logicamente ulteriore e distinta) di *sistemazione giuridica*: essa cioè, nell'adottare una disciplina d'una attività, tenta anche di ricondurre a sistema (tenta di ricostruire una trama sistematica che leghi) l'insieme delle norme da essa prodotte, unitamente a quelle adottate dal legislatore (nazionale/comunitario) e da altre fonti di produzione (delegate) sulla stessa materia (*sub* 1.2.2).

²¹ Sulla differenza tra ideologie formaliste (o legaliste) e ideologie sostanzialiste, cfr. G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, cit., 848-851, nonché Id., *L'interpretazione nel diritto*, cit., cap. IX.

1.2.1. *Regolazione e conformazione di rapporti giuridici*

Quanto al primo aspetto (l'attività normativa di Arera conforma l'insieme dei rapporti giuridici in cui consistono i settori regolati), il settore dell'energia è emblematico: le c.d. filiere dell'elettricità e del gas naturale si articolano in una serie di attività (importazione/produzione, trasporto su reti nazionali, trasporto su reti locali, vendita all'ingrosso e vendita al dettaglio) e di conseguenti rapporti contrattuali, tra i diversi esercenti tali attività e i relativi utenti, i quali rapporti, nel loro assieme, concorrono a costituire i mercati dell'energia (all'ingrosso e al dettaglio). Arera, in quanto competente a disciplinare, in termini generali, le condizioni (in alcuni casi anche economiche) di accesso ed erogazione dei servizi in cui le suddette attività si traducono, conforma, eterointegrandoli, tutti i relativi rapporti, plasmando la morfologia dei relativi tipi contrattuali e dei mercati stessi²².

Ma non solo. L'aspetto più interessante, a mio avviso, consiste nel fatto che la regolazione di Arera non "entra" solo nei singoli contratti, ma costruisce e conforma anche la fisionomia delle *relazioni* che intercorrono tra detti contratti. Si è proposto di parlare, in proposito, di «strutture contrattuali» per riferirsi, appunto, a un «sistema di interazioni tra singoli contratti, ulteriore rispetto a quello di carattere economico e commerciale, all'evidenza apprezzabile, che definisce per l'appunto la filiera» energetica, «interazioni istituite e disciplinate nelle deliberazioni [di Arera]»²³. Si tratterebbe, in altre parole, di forme di collegamento negoziale (necessario), costituite dalla regolazione di Arera, le quali «si fondano sul

²² La letteratura sul rapporto tra regolazione amministrativa indipendente e contratto è ormai molto ampia, specialmente con riferimento ai settori dell'energia e agli interventi di Arera. Non è possibile, né utile, darne qui conto. Mi limito a segnalare che, in linea di massima, la dottrina pubblicistica è principalmente interessata al fondamento di tali interventi da parte del regolatore, rispetto alla compressione dell'autonomia privata che ne consegue, nonché alle possibili "torsioni" che il c.d. principio di legalità ne soffrirebbe (per una panoramica, mi limito a rinviare a D. Simeoli, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. Priv.*, Sez. Civ., Torino, 2014, 91 ss.). Nonostante la varietà delle posizioni in dottrina, univoca e consolidata mi pare, invece, la giurisprudenza formatasi sui provvedimenti di Arera, su cui (oltre a Cass., sez. III, 30 agosto 2011, n. 17786; Cass., sez. IV-3, 31 ottobre 2014, n. 2382, Cass., sez. VI, 2 febbraio 2016, n. 1906), cfr., a mero titolo d'esempio, Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2019, n. 4422; 23 marzo 2019, n. 1958; 24 maggio 2016, n. 2182. Più proficuo e interessante mi pare l'approccio d'una certa dottrina civilistica, che si interroga su come la regolazione operi rispetto ai generali principi e categorie del diritto dei contratti: al riguardo, mi limito a rinviare a G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; Id., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 133 ss.; Id., *Strutture contrattuali nei mercati del gas*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2014, 2, 201 ss.; A. Silipo, *Il pegno irregolare sul gas naturale depositato in stoccaggio*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2014, 2, 249 ss.; C. Ferrari, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018; Id., *Condizioni generali e predisposizione autoritativa del contenuto dei contratti (standard)*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, 1, 103 ss.; M. Angelone e M. Zarro (a cura di), *Diritto civile della regolazione. Conformazione degli atti di autonomia e disciplina dei mercati*, Napoli, 2022.

²³ G. Gitti, *Strutture contrattuali nei mercati del gas*, cit., 202.

presupposto di uno specifico *oggetto*, e non direttamente sui contratti, che rilevano solo in seconda battuta, perché hanno, per l'appunto, quell'*oggetto*»²⁴.

Un tale "oggetto" – è bene chiarirlo anche al fine della successiva analisi (*sub* 2) – è un oggetto complesso, il cui nucleo (procedendo con quale inevitabile semplificazione) può essere scomposto, grosso modo, nei seguenti elementi: (i) la presenza di un insieme di infrastrutture (di rete e non) quale elemento materialmente necessario per chi, operando nei mercati dell'energia (all'ingrosso o al dettaglio), deve assicurare l'esecuzione di contratti di vendita o somministrazione conclusi in tali mercati; (ii) la natura c.d. essenziale di tali infrastrutture, ossia l'essere non duplicabili ed esercitate in condizioni di monopolio legale o di fatto (si tratta di c.d. *essential facilities*²⁵); (iii) la scelta (compiuta dal legislatore italiano su impulso di quello comunitario) di liberalizzare la domanda e l'offerta dell'energia in un contesto in cui, quindi, i nuovi venditori (diversamente dagli ex monopolisti nella vendita) non dispongono delle suddette infrastrutture (né sono in grado di realizzarle agevolmente)²⁶.

La compresenza di tali tre elementi rende necessario, per chi intende operare nei mercati dell'energia, ottenere la cooperazione dei soggetti che gestiscono le infrastrutture di rete, divenendo quindi *utenti* d'un *servizio* che il gestore è tenuto a offrire nei confronti di coloro che lo richiedono (c.d. obbligo di *third party access*²⁷). La dinamica che ne consegue genera una serie di esigenze e di interessi alla cui tutela e promozione dovrebbe provvedere proprio l'autorità di regolamentazione di settore attraverso la disciplina condizioni, anche economiche (c.d. tariffa), di erogazione dei servizi infrastrutturali – soprattutto se si considera il potenziale conflitto di

²⁴ Ivi, 218.

²⁵ La letteratura sulle c.d. *essential facilities doctrine* è praticamente sconfinata. Mi limito a rinviare, tra i tanti e per prime nozioni, a R. Pitofsky, D. Patterson, J. Hook, *The essential Doctrine under U.S. Antitrust Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, 2, 442 ss.; P. Areeda, *Essential Facilities. An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, 3, 841 ss.; A. Cavaliere, *Liberalizzazione e accesso alle essential facilities: regolamentazione e concorrenza nello stoccaggio del gas naturale*, in *Politica economica*, 2007, 1, 59 ss.; Id., *Regolamentazione e concorrenza nello stoccaggio del gas naturale*, in M. Renna (a cura di), *Infrastrutture di stoccaggio e quote di mercato del gas naturale*, Milano, 2011, 59 ss.

²⁶ Mi riferisco, ovviamente, al d.lgs. 79/99 e al d.lgs. 164/00 per i settori, rispettivamente, dell'energia elettrica e del gas naturale (di attuazione delle direttive 92/02/CE e 98/30/CE). È con la liberalizzazione decisa a livello comunitario che la disciplina dei settori elettrico e del gas naturale ha iniziato a "convergere" in un *corpus* di norme che oggi viene designato con l'espressione di "diritto dell'energia". Tipici istituti che caratterizzano un tale diritto, nella prospettiva procompetitiva che lo connotano, sono il c.d. obbligo di accesso (su cui cfr. nota successiva), la segregazione sotto il profilo della gestione e della *governance* delle attività infrastrutturali rispetto a quelle di vendita/produzione (c.d. *unbundling*), nonché la regolazione indipendente: su tali aspetti, cfr. M.Q. Silvi, *Elementi della regolazione dei mercati dell'energia*, cit., 408 ss.

²⁷ Secondo la ricostruzione dogmatica fornita dal giudice amministrativo, l'obbligo di *third party access* consiste, nient'altro, che in un obbligo legale a contrarre, per il gestore dell'infrastruttura, riconducibile allo schema dell'art. 2597 c.c. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5936).

interessi, derivante dall'elemento *sub* (iii), in cui si trova il gestore dell'infrastruttura, qualora abbia rapporti col venditore ex monopolista su quella rete²⁸.

I brevi lineamenti ora tracciati fanno emergere, a mio avviso, un dato interessante: quello delle conseguenze (pratiche e giuridiche) che i singoli provvedimenti regolatori di Arera hanno per il settore regolato (nonché, di riflesso, delle ricadute che possono avere le pronunce dei giudici sulla legittimità di tali provvedimenti). La disciplina (economica e non) d'una certa attività da parte di Arera, infatti, incide su una pluralità di rapporti contrattuali che non coinvolge solo quelli che si instaurano tra esercenti e utenti dei servizi in cui si estrinseca l'attività regolata; ma si riverbera anche tra le controparti dei rapporti giuridici che sono, in vario modo, collegati a quell'attività (anche in tale prospettiva, quindi, ho proposto di parlare di ricadute *sistemiche*: esse sono, normalmente, diffuse, complesse e articolate, in quanto coinvolgono anche rapporti che non sono solo quelli direttamente incisi dal provvedimento di regolazione, ma che sono comunque collegati a quelli su cui la regolazione direttamente ricade).

Due esempi possono essere utili. *Primo esempio*: la disciplina delle condizioni economiche d'un servizio infrastrutturale (c.d. regolazione tariffaria) non incide solamente sui rapporti tra gestore dell'infrastruttura di rete e suoi utenti (integrandone la disciplina dei corrispettivi), ma ricade anche sui rapporti tra gli utenti dell'infrastruttura, ossia venditori di energia (al dettaglio o all'ingrosso), e le proprie controparti acquirenti, alle quali i costi del servizio di trasporto sono ribaltati nell'ambito del relativo contratto di vendita (c.d. fornitura).

Secondo esempio: il venditore al dettaglio che abbia un cliente inadempiente e voglia esercitare l'eccezione d'inadempimento (art. 1460 c.c.), che avviene attraverso la temporanea disalimentazione dell'impianto di consumo del medesimo cliente, necessita della materiale collaborazione del gestore della rete alla quale tale impianto è allacciato. È quindi solo nell'ambito della regolazione di Arera, relativa alle condizioni (non economiche) dei servizi di rete (e quindi nell'ambito del contratto tra gestore di rete e utente, conformato dalla regolazione di Arera), che può trovare disciplina un tale profilo essenziale per le vicende funzionali proprie del differente (ma collegato) contratto di fornitura tra venditore/utente della rete e cliente finale (consumatore di energia fisicamente allacciato alla rete)²⁹.

²⁸ Tale situazione, oggi, può considerarsi superata con riferimento alle reti nazionali di trasporto elettrico e gas, i cui gestori (rispettivamente dalle società Terna S.p.A. e Snam Rete Gas S.p.A.) sono pienamente segregati dalle società di vendita/produzione, anche sotto il profilo proprietario (c.d. *ownership unbundling*).

²⁹ Più in generale, l'effettivo dispiegarsi della fase funzionale dei contratti di somministrazione con clienti finali (consumatori) passa per la disciplina dei servizi delle reti alle quali quei clienti sono allacciati, dall'avvio dell'esecuzione del contratto di fornitura, al suo scioglimento, passando alla gestione della sua esecuzione fisiologica, nonché delle patologie. Per un'analisi dettagliata di tali aspetti, cfr. ad esempio M.Q. Silvi, *DLT e nuove opportunità evolutive per il Sistema Informativo Integrato nei mercati dell'energia*, cit., 173 ss. Con particolare riferimento, poi, all'esercizio dell'eccezione di inadempimento nel settore dell'energia, cfr. A. D'Adda, *L'auto-*

1.2.2. *Regolazione e sistemazione giuridica*

Il secondo aspetto che caratterizza l'attività normativa di Arera consiste nel fatto che essa risulta (tendenzialmente) connessa a un'attività di *sistemazione giuridica* del settore regolato. L'autorità di regolamentazione settoriale, come visto, opera come una sorta di micro-legislatore, delegato a disciplinare le varie attività, in coerenza con alcune disposizioni legislative (nazionali/comunitarie) che hanno (almeno di norma) carattere generale, e si comportano quindi come principi che orientano l'esercizio del potere normativo dell'autorità³⁰. Tuttavia, l'autorità di regolamentazione (in deroga all'art. 3, co. 2, l. 241/90) è tenuta a motivare i suoi atti di normazione³¹, al fine di giustificare la regolazione prodotta rispetto al quadro legislativo (nazionale e comunitario), con la conseguenza che, in tali atti, sono compresenti due diversi tipi di discorsi: (i) sia discorsi normativi in senso stretto, propri d'un organo della produzione giuridica (contenenti le disposizioni vere e proprie), (ii) sia (meta)discorsi e operazioni (di interpretazione e di costruzione giuridica) che vertono sul discorso *sub* (i) e su previgenti disposizioni contenute in documenti legislativi e in altri provvedimenti della stessa Arera.

In altre parole, le norme adottate da Arera – ricavabili dal discorso *sub* (i) – sono (di solito) il risultato d'una attività argomentativa – discorso *sub* (ii) – fatta (anche) di interpretazioni e di sistemazioni del dato normativo (legislativo e regolatorio) entro il quale si iscrivono le nuove disposizioni adottate: ciò significa che il discorso normativo *sub* (i), normalmente, trova già un inquadramento di tipo dogmatico (e sistematico) nell'ambito dei discorsi *sub* (ii) contenuti nella motivazione del provvedimento regolatorio. L'autorità di regolamentazione, insomma, svolgendo un'attività di sistemazione del diritto settoriale, compie (anche) attività dogmatica, al pari di quanto fanno giurisprudenza e dottrina.

Per quanto riguarda Arera, in particolare, essa ha rivendicato, sin dall'inizio della sua operatività, un tale "compito" di «presidiare anche l'esigenza di unità e di unificazione sistematica dell'assetto normativo delle relazioni commerciali nel-

tutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento, in *Contratto e impresa*, 2015, 1, 79 ss.; M.Q. Silvi, *Tipi regolatori. Per la tutela del credito nel diritto dell'energia*, in *Notizie di Politica*, 2014, 116, 36 ss.

³⁰ L'impiego del termine 'principi', per riferirsi alle norme legislative, rispetto alla disciplina di Arera, è qui (seguendo la tassonomia proposta da R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, 125-130) almeno duplice: le norme legislative possono (i) esigere l'adozione di altre norme che diano loro attuazione (e/o possono essere attuate in molti modi diversi); e/o possono (ii) costituire fondamento/giustificazione delle norme adottate da Arera.

³¹ La deroga alla norma di legge è tutta di natura giudiziale: con particolare riferimento ad Arera (che comunque ha sempre seguito la prassi di motivare i propri atti di regolazione), l'orientamento giurisprudenziale si è affermato (e consolidato) con Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, 11 aprile 2006, n. 2021, e 27 dicembre 2006, n. 7972.

le quali si traduce l'esercizio delle diverse attività»³². E ciò non solo mediante gli argomenti svolti (e le tesi affermate) nella motivazione dei suoi provvedimenti di regolazione (motivazione che è stata arricchita anche di appositi documenti che accompagnavano il provvedimento – c.d. relazioni tecniche; e che lo precedono – c.d. documenti per la consultazione), ma anche muovendosi su (almeno) altre tre direttrici: (i) valorizzando le funzioni propositive e di segnalazione assegnate dalla legge – nei confronti di Parlamento, Governo e del Ministro competente al rilascio di autorizzazioni o concessioni³³; (ii) attraverso una consolidata prassi di pubblicare (sul proprio sito internet) una serie di chiarimenti interpretativi e applicativi della propria regolazione, rispetto a casistiche dubbie (o controversie) segnalate dagli operatori settoriali; (iii) infine, tale attività interpretativa e di chiarimento è svolta anche (a volte) nell'ambito dei vari provvedimenti applicativi della sua regolazione generale (si pensi, ad esempio, ai provvedimenti sanzionatori, o a quelli di approvazione delle proposte tariffarie, o, ancora, a quelli di approvazione di determinate clausole contrattuali, ecc.).

Questa attività di sistemazione giuridica (che, a volte, diviene un'attività di vera e propria *sistematizzazione*³⁴), che Arera compie attraverso i suoi atti di regolazione, assume un ruolo notevole per chiarire meglio (e meglio tematizzare) ciò che intendo parlando di ricadute sistemiche (arricchendone il contenuto rispetto a quanto detto *sub* 1.2.1). Un provvedimento regolatorio ha ricadute sistemiche (*anche*) nella misura in cui fornisce contributo a un'attività di sistemazione giuridica del diritto settoriale, o di suoi sottosistemi (o comunque presuppone una

³² Cfr. Relazione Tecnica alla deliberazione 55/04, 3.

³³ Tale riflessione è stata sviluppata in modo rigoroso nell'ambito della Relazione Tecnica alla deliberazione 55/04, in cui Arera ha cercato di sistematizzare le competenze a essa attribuite rispetto a quelle che la legge conferisce, nei settori interessati, al Ministro competente al rilascio degli atti concessori, o comunque abilitanti d'una certa attività in cui si declina la filiera. Cfr. M.Q. Silvi, *Elementi della regolazione dei mercati dell'energia*, cit., 412-416.

³⁴ Seguendo G.B. Ratti, *op. cit.*, 69-75, rispetto a una nozione ampia di sistemazione (che consiste, in generale, nel «complesso delle operazioni necessarie a strutturare sistematicamente un certo insieme di materiali giuridici»), si può distinguere una nozione di (i) sistemazione in senso stretto, intesa come le operazioni mediante le quali si rimuovono le contraddizioni all'interno d'un sistema, e la nozione di (ii) sistematizzazione, intesa nel senso «di sviluppo (*development, desarrollo*) logico di un certo insieme di norme giuridiche». Giambattista Ratti, inoltre, ha distinto diverse attività (e relative caratteristiche) di sistemazione/sistematizzazione, a seconda che esse siano compiute dagli organi della produzione (sistemazioni legislative), o dell'applicazione (sistemazioni giudiziali), o, infine, dalla c.d. scienza giuridica (sistemazione dottrinale). Secondo Ratti, ad esempio, solo raramente il legislatore compie attività di sistematizzazione, diversamente dai giudici o, ancor più dalla dottrina. A me pare, che, nel caso delle autorità di regolamentazione (almeno in quello di Arera), nell'ambito dei discorsi che queste sviluppano nelle motivazioni dei provvedimenti, e nelle attività di chiarimento e di *moral suasion*, siano rintracciabili operazioni di sistematizzazione, ad esempio, (seguendo G.B. Ratti, *op. cit.*, 89) sia di analisi giuridica «che consiste nella scomposizione, per via di successiva astrazioni da casi concreti, dei concetti giuridici fondamentali», sia di contrazione logica, «che consiste nell'inferire dei principi generali dalle disposizioni normative di dettaglio» che può risultare prodromica a una ulteriore attività di «sviluppo delle conseguenze logiche di tali principi».

tale sistemazione già compiuta, alla luce della quale è inquadrato il contenuto delle disposizioni adottate).

Parimenti, anche una sentenza con cui il giudice che si pronuncia sulla legittimità (o sull'illegittimità) d'un provvedimento di regolazione può avere analoghe ricadute sistemiche. Nell'adottare la sua decisione, infatti, il giudice inevitabilmente si confronta anche con le ricostruzioni e le sistemazioni (e le sistematizzazioni) giuridiche compiute dall'autorità di regolamentazione: pertanto, una decisione giudiziale non incide solamente sui (complessi e numerosi) rapporti giuridici conformati dalla regolazione settoriale, e sulla loro disciplina generale; essa può anche andare a toccare alcune delle linee portanti del sistema entro sui si colloca una tale disciplina.

2. *Fenomenologia*

Per dirla con le parole di Guastini prese a motto del presente lavoro, «la questione: in quale modo i giudici ragionino nella realtà – [...] tenendo in conto o trascurando le conseguenze prevedibili delle decisioni – è sì una questione psicologica, ma non per questo occorre l'introspezione o la psicoanalisi per rispondervi». A questa domanda, osserva Guastini, «si può rispondere sperimentalmente, osservando da quali tipi di argomentazioni (deontologiche o teleologiche, formalistiche o utilitaristiche) di fatto i giudici si lascino persuadere»³⁵.

In realtà, non è solo dall'analisi degli argomenti addotti dal giudice nella motivazione della sentenza, che si comprende se egli abbia o meno considerato, ai fini della sua decisione, «le conseguenze prevedibili» della stessa; si può (forse meglio, si *deve* – laddove si assuma un approccio d'analisi pragmatico) confrontare tali argomenti con le conseguenze che, in concreto, la decisione ha prodotto. Ciò soprattutto se si tratta di ricadute sistemiche, ossia ricadute che, in qualche modo, incidono (i) sulla ricca rete di rapporti costituiti o comunque conformati dall'atto di regolamentazione sulla cui legittimità il giudice si esprime, nonché (ii) su aspetti importanti delle relazioni sistematiche che legano l'insieme di norme entro cui si collocano quelle oggetto della pronuncia giudiziale.

In tale caso, infatti, le conseguenze della decisione del giudice possono essere ritenute “prevedibili” (nel senso che il giudice, che dovrebbe conoscere l'atto di regolazione impugnato, e la struttura dei rapporti in cui esso interveniva, dovrebbe essere in grado di prevedere le ricadute sistemiche della sua decisione).

Nel seguito esibirò alcune decisioni nelle quali, a me pare, il giudice si sia pronunciato sulla (il)legittimità della regolazione settoriale di Arera, senza aver,

³⁵ R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 168-169.

però, considerato *adeguatamente* tali prevedibili ricadute sistemiche. Le decisioni che considero afferiscono a due diverse “vicende”, che a me paiono emblematiche. Purtroppo, l’illustrazione di ogni caso richiede un cenno alla regolazione di contesto che, come visto, può risultare complicata, e richiede un minimo di spiegazione.

È bene subito avvertire che, fortunatamente, decisioni disastrose (almeno nel settore dell’energia) sono molto poche³⁶. Ma, ciononostante, dati i loro effetti sistemici importanti, esse risultano comunque altamente problematiche, ed è bene che siano evitate.

2.1. *Garanzie del trasporto di energia elettrica e oneri generali di sistema*

La vicenda più emblematica è, a mio avviso, ravvisabile in quella che attiene alla disciplina delle garanzie del servizio di trasporto dell’energia elettrica, in merito ai c.d. oneri generali di sistema del settore elettrico.

2.1.1. *Contesto*

Gli oneri generali di sistema (nel seguito, anche: ‘OG’) si presentano come una maggiorazione della tariffa di trasporto di energia elettrica, ossia del prezzo (regolamentato da Arera) che chi utilizza le infrastrutture di rete deve corrispondere al gestore (nella specie, al distributore). Gli OG sono quindi oggetto di specifiche “componenti tariffarie”, ma non costituiscono controprestazione economica del servizio di trasporto reso dal gestore di rete, essendo piuttosto volti a finanziare attività di interesse generale individuate dal legislatore (quali le varie forme di incentivo previste dal nostro ordinamento per le c.d. fonti rinnovabili, o le misure solidaristiche per persone in condizione di disagio economico – c.d. *bonus* sociale, o le opere di dismissione delle centrali nucleari realizzate in Italia prima del referendum). Il gettito degli OG, pertanto, non è trattenuto dal gestore di rete, ma versato su appositi conti gestiti da un ente pubblico (la Cassa per i

³⁶ Oltre a quelle esaminate nel presente lavoro, ve ne è (almeno) un’altra che meriterebbe analogo analisi (che però non è possibile qui compiere per ragioni di spazio). Si tratta di una serie di sentenze del 2022 (cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5745, e Cons. Stato, sez. II, 15 novembre 2022, n. 9998, e 18 novembre 2022, n. 10459) con cui il Consiglio di Stato ha disarticolato l’assetto sistematico della disciplina per l’aggiornamento degli incentivi (finanziati con gli OG) spettanti ad alcuni impianti di produzione di energia elettrica (c.d. impianti Cip 6). Pure interessante è una vicenda, occorsa stavolta non nel settore dell’energia, ma in quello dei rifiuti urbani e assimilati (pure sottoposto alla regolazione di Arera), con riferimento ai c.d. sistemi di compliance, su cui cfr. Cons. Stato, sez. II, 24 luglio 2023, n. 7196 (nonché, in sede di prima ottemperanza, la deliberazione 389/23, 19-20, 25-26 – su quest’ultimo provvedimento cfr. Cons. Stato, sez. II, 23 febbraio 2024, n. 1821).

servizi energetici e ambientali – ‘Csea’), che poi li destina ai diversi impieghi previsti dalla legge (secondo varie modalità).

Gergalmente, si parla(va) al riguardo (in modo invero poco chiaro) di “prestazioni patrimoniali imposte” o di “oneri parafiscali”³⁷. Prima della liberalizzazione del settore energetico, gli OG erano applicati dal legalmonopolista nell’ambito della bolletta di fornitura emessa verso il c.d. cliente finale. Con la sopravvenuta liberalizzazione, invece, e con la connessa separazione delle attività infrastrutturali da quelle di vendita, gli OG sono divenuti una maggiorazione dei corrispettivi di accesso alla rete (art. 3, co. 10 e 11, d.lgs. 79/99): essi sono quindi posti in capo ai venditori, che ovviamente sono liberi di ribaltare tale costo ai propri clienti finali, unitamente all’intero corrispettivo di trasporto.

Ad Arera, cui compete la regolazione anche economica del servizio di trasporto, è stato quindi affidato anche il compito di disciplinare le modalità di esazione degli OG (e stabilire il loro dimensionamento, in funzione del reale fabbisogno). In estrema sintesi, le modalità di esazione degli OG sono state definite in modo da lasciare un capo al gestore di rete il rischio dell’inadempimento di controparte, ciò sul presupposto che il gestore ha la piena disponibilità degli strumenti di tutela, tra cui anche la possibilità di richiedere ai venditori il rilascio di adeguate garanzie per l’adempimento degli obblighi di pagamento comprensivi degli OG (analogo ragionamento valeva, a maggior ragione, per il venditore che, pur dovendo corrispondere gli OG fatturati dal gestore di rete indipendentemente dall’effettivo incasso presso i corrispondenti clienti, aveva la possibilità di tutelarsi nell’ambito del proprio rapporto contrattuale, potendo chiedere al proprio cliente di prestare garanzie adeguatamente dimensionate).

³⁷ Tali espressioni ambigue nascondono un problema notevole, circa la natura, tributaria o contrattuale, di tale prestazione patrimoniale. Il problema si è posto in tempi recenti, parallelamente alle pronunce sugli oneri che discuterò qui. Non v’è spazio per affrontare tale (ulteriore) questione: per completezza basti rilevare che la natura fiscale degli OG è stata espressamente asserita dalla stessa Arera, con la Memoria 588/18 (cfr. 9) e, prima di lei, la Corte di giustizia europea, ne aveva riconosciuto (almeno *prima facie*) la qualifica di imposta indiretta ai sensi della direttiva 2003/96/CE (cfr. sent. 18 gennaio 2017, C-189/15, §§ 30-40; per un caso analogo, afferente al sistema francese, cfr. in termini sent. 25 luglio 2018, C-103/17). Il giudice del rinvio, tuttavia, aveva risolto la causa senza fare applicazione di tale pronuncia della Corte, esprimendo, in via incidentale, la propria preferenza sulla natura non tributaria degli OG (Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2018, n. 346/18, § 8.1), preferenza che è stata affermata espressamente dallo stesso Consiglio di Stato nel maggio 2022 (quando quindi si erano dispiegati gli effetti rovinosi delle pronunce che qui si commenteranno – cfr. Cons. Stato, sez. II, 24 maggio 2022, n. 4127, §§ 8.2-8.3). Tuttavia, in tempi recentissimi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel risolvere un problema di giurisdizione nel caso d’impugnazione da parte d’un gestore di rete, degli atti di recupero degli OG messi in atto da Csea, si sono pronunciate sulla questione della natura degli OG, escludendone la natura tributaria, in quanto, pur essendo «senz’altro dovuti *ex lege*», difettano però della natura coattiva, in quanto «la [relativa] decurtazione patrimoniale, rispetto al cliente finale, è definitivamente provocata solo dallo spontaneo pagamento al venditore dell’importo dovuto, al fine di ottenere la fornitura dell’energia elettrica o del gas» (Cass, ss. uu., 18 dicembre 2023, n. 35282, §§ 28-29). Tuttavia, le medesime Sezioni Unite riconoscono la natura non sinallagmatica della prestazione, lasciando, in definitiva, insoluto il problema del “parafiscale”.

Il problema che è emerso riguarda il progressivo aumento delle esigenze di gettito degli OG, e quindi delle relative componenti tariffarie, dovuto soprattutto all'incremento degli incentivi per le fonti rinnovabili previsti dal legislatore nazionale. Tale politica incentivante ha portato a un'esponenziale crescita della "voce" OG «che inizialmente era coerente con la natura di maggiorazione dei corrispettivi di trasporto», ma che poi «è diventata una voce di pari, e addirittura di maggiore, incidenza rispetto ai medesimi corrispettivi» relativi al servizio di trasporto vero e proprio³⁸. Tanto che la stessa Arera, nel 2015, ha segnalato la criticità derivante dalla maggiore incidenza degli OG sulla bolletta (all'epoca più che triplicata rispetto al 2009)³⁹.

L'aumento del peso assunto dagli OG, rispetto alla restante quota dei corrispettivi di trasporto, ha determinato, per quel che qui rileva, alcuni problemi per i venditori (utenti del trasporto) operanti sui mercati *retail*, derivante dai (conseguenti) (i) maggiori inadempimenti dei propri clienti finali (sempre più diffusi), nonché (ii) incrementi delle garanzie richieste dai gestori di rete anche per il pagamento degli OG. L'elemento (i) determina difficoltà nel recuperare dai propri clienti i costi sostenuti per il trasporto (tra cui gli OG fatturati dal gestore di rete); l'elemento (ii) introduce invece ostacoli alla stessa partecipazione al mercato *retail*, dovute all'aumento dei costi di tali garanzie richieste da banche e assicurazioni, e dalla difficoltà di reperirne, dati gli importi divenuti considerevoli⁴⁰ (a quest'ultimo riguardo, deve infatti ricordarsi che la risoluzione del contratto di trasporto da parte del gestore di rete comporta l'impossibilità per il venditore suo utente di dare esecuzione fisica ai propri contratti di vendita verso i clienti allacciati a quella rete; con la conseguente estromissione del venditore dal mercato *retail* – almeno nell'ambito territoriale in cui opera il gestore).

Le suddette esigenze si sono poste nell'ambito d'un procedimento, avviato da Arera nel 2013, per la definizione d'una disciplina dettagliata del servizio di trasporto dell'energia elettrica, con particolare riferimento alle modalità e ai tempi di fatturazione, nonché all'individuazione delle garanzie e alla loro gestione in caso di inadempimento contrattuale da parte dell'utente della rete. Il procedimento – concluso con la deliberazione 268/15 – è stato lungo (quasi due anni) e articolato, a causa della difficoltà di trovare un ragionevole equilibrio tra due principali esigenze confliggenti: (i) quella di contenere il rischio dell'inadempimento

³⁸ Memoria Arera 20 novembre 2018, 588/2018/I/EEL, 7-8. Il gettito annuo degli OG complessivamente raccolto attraverso le "maggiorazioni" ai corrispettivi di trasporto è passato da circa 5 miliardi e mezzo di euro, a più di 14 miliardi.

³⁹ Cfr. Segnalazione 18 giugno 2015, 292/2015/I/EEL, 6-7.

⁴⁰ Cfr. anche Memoria Arera 588/2018/I/EEL, 8-9.

mento degli utenti di rete, e assicurare l'esazione degli OG; e (ii) quella di non ostacolare l'accesso al servizio ai medesimi⁴¹.

Un tale equilibrio è stato trovato da Arera nell'ambito d'una serie di accorgimenti della disciplina delle garanzie⁴², mantenendo però fermo il principio per cui il gestore di rete ha titolo di dimensionare le garanzie che l'utente deve prestare, includendo anche gli importi dovuti a titolo di OG (tale principio era stato mantenuto fermo anche in sede d'avvio nelle more del procedimento – deliberazione 612/13).

Mi pare utile su questo punto sottolineare un aspetto importante. La decisione di Arera di (continuare a) includere gli importi dovuti a titolo di OG del dimensionamento delle garanzie rispecchia due elementi centrali del sistema d'esazione degli OG da essa costruito: da un lato, presuppone che (i) «gli utenti del trasporto non si limitano a svolgere un'operazione di raccolta delle somme relative agli oneri generali di sistema nell'interesse di altri soggetti, ma, ai sensi dell'art.3, co. 11, d.lgs. 79/99, sono proprio i soggetti giuridicamente obbligati a corrispondere maggiorazioni tariffarie funzionali al finanziamento di tali medesimi oneri»⁴³; (ii) dall'altro lato, giustifica (rendendolo proporzionato) l'obbligo del gestore di rete di versare interamente al sistema gli importi fatturati a titolo di OG, indipendentemente dal loro effettivo incasso (obbligo che, come detto, assicura un pronto versamento degli OG nei conti pubblici, rimettendo sul gestore il rischio dell'inadempimento dell'utente).

⁴¹ Si tratta di interessi pubblici sotto plurime prospettive, che assumono rilievo rispetto alle principali finalità che dovrebbero orientare la regolazione di Arera (promozione dell'efficienza dei servizi, tutela del consumatore finale, promozione della concorrenza – art. 1, co. 1, l. 481/95), e che entrano, nel caso di specie, in conflitto tra loro). Il primo interesse (riduzione della morosità dei venditori) coinvolge, oltre alla posizione dei gestori di rete, esercenti un servizio pubblico (rilevante per la finalità di promuovere l'efficienza dei servizi), anche la posizione della generalità dei clienti finali sui quali, di fatto, ricade il costo dei servizi (e assume pertanto rilievo rispetto alle finalità di tutela del consumatore finale), nonché la posizione dei soggetti che beneficiano delle attività che lo Stato ha deciso di finanziare con gli OG (sotto tale profilo, l'interesse rileva per finalità erariali). La seconda esigenza (non ostacolare l'accesso alla rete dei venditori), invece, riguarda la posizione dei venditori che operano nel mercato *retail* (e assume pertanto rilievo rispetto alle finalità procompetitive che Arera deve perseguire).

⁴² In particolare, la deliberazione 268/2015 è intervenuto riducendo l'importo massimo della garanzia, riducendo l'esposizione potenziale dell'utente a 3 mesi (rispetto al potenziale scoperto che la regolazione consente, pari a 5 mesi), e introducendo anche forme alternative (e meno costose) di garanzie per gli utenti c.d. buoni pagatori (unitamente a un sistema di monitoraggio) – cfr. ad esempio deliberazione 268/15, 38-39.

⁴³ Deliberazione 268/15, 39.

2.1.2. *Pronunce*

È quindi sulla scelta di Arera, di continuare a includere gli importi dovuti a titolo di OG nel calcolo delle garanzie di trasporto, che si è generato un contenzioso.

La prima pronuncia del Tar (Lombardia, Sez. II, sent. 854/15), che aveva confermato la legittimità della decisione assunta da Arera, è stata riformata dal Consiglio di Stato (sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182), i cui argomenti sono stati ripresi (e affinati) dalle successive pronunce sia del Tar, sia del Consiglio di Stato (cfr. Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, nn. 237, 238, 243, 244; Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2017, nn. 5619 e 5620).

Il ragionamento sviluppato nelle citate sentenze è abbastanza semplice e (apparentemente) lineare, poiché si fonda su un'interpretazione letterale d'una disposizione tratta da un decreto-legge del 2012 (art. 38, co. 3, d.l. 83/12): in forza di tale interpretazione il giudice ricava la norma che individua il soggetto passivo degli OG – «dal punto di vista giuridico ed economico»⁴⁴ – *non* nell'utente della rete, ma nel cliente finale. È dunque negato uno degli assunti principali del sistema d'esazione degli OG costruito da Arera (e confermato inizialmente dal Tar⁴⁵), e ciò in base a una disposizione legislativa sopravvenuta rispetto all'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 (da cui tale assunto era stato tratto).

Da tale (nuova) premessa, il giudice trae, in sintesi, le seguenti conclusioni⁴⁶: (i) che il potere di regolazione di Arera di eterointegrare il contratto di trasporto mediante l'imposizione di garanzie a carico dell'utente non può fare riferimento a obbligazioni che non sono proprie dell'utente in virtù del contratto o di norme di legge; (ii) che tale potere di eterointegrazione non può spingersi a far gravare sull'utente il rischio dell'inadempimento d'un obbligo di legge che grava non sull'utente, ma sul cliente finale, quale quello relativo agli OG; (iii) che però, con riferimento all'esazione degli OG, resta invece prestazione dovuta dall'utente ai sensi del citato art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 «l'obbligo di versamento ai distributori degli [OG] che [essi utenti] abbiano già effettivamente riscosso presso i clienti finali»⁴⁷. Sulla base di tanto, è stata annullata la disciplina delle garanzie (e della

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, § 7; cfr. ad esempio anche Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, 244, § 10.

⁴⁵ Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 25 marzo 2015, n. 854, §§ 25 e 26: «L'ultima parte del comma 11 dell'art. 3 d.lgs. 79/99 [...] dispone poi che, una volta individuati gli [OG], l'A[re]ra provvede ad adeguare le tariffe per il servizio di trasporto. [...] Da quest'ultima norma si ricava che, sotto il profilo giuridico, l'obbligo di pagamento degli [OG] grava sugli utenti della rete (ed in particolare del servizio di trasporto) i quali, per far fronte ad essi, sono tenuti a corrispondere una maggiorazione tariffaria».

⁴⁶ Cfr. ad esempio Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, n. 244, § 12-14; nonché Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2017, n. 5619, §§ 12, 13.1 e 14.1.

⁴⁷ Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, n. 244/17, § 14.

collegata disciplina sulla risoluzione del contratto per omesso adeguamento delle stesse) nella parte in cui comprende anche gli OG non incassati dagli utenti/venditori presso i rispettivi clienti finali.

Prima di analizzare la decisione da un punto di vista pragmatico (o consequenzialista – *sub* 2.1.3), può essere utile spendere qualche parola sugli argomenti svolti dal giudice (secondo un approccio d'analisi normativo, o deontologico).

Il cuore dell'argomentazione del giudice è quello che sostiene un mutamento del soggetto legalmente obbligato agli OG (dal venditore/utente della rete, al cliente finale), mutamento conseguente a una disciplina legislativa sopravvenuta (l'art. 39, co. 3, d.l. 83/12) che avrebbe inciso l'assetto delineato dall'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 ai sensi del quale, una volta individuati gli OG (primo periodo del co. 11), Arera «provvede al conseguente adeguamento del corrispettivo» per il servizio di trasporto (secondo periodo del co. 11).

L'art. 39, co. 3, d.l. 83/12, infatti, recita che «[i] corrispettivi a copertura degli [OG] e i criteri di ripartizione dei medesimi oneri a carico dei clienti finali sono rideterminati da [Arera]» secondo alcuni criteri ivi indicati. La norma che il giudice ricava da tale testo, attraverso un'interpretazione letterale dell'inciso 'a carico dei clienti finali', è che i corrispettivi a copertura degli OG gravino, appunto, sui clienti finali, e siano quindi loro i soggetti passivi di tale prestazione patrimoniale⁴⁸. Tutto il resto segue da sé. La decisione appare quindi ben fondata (poggia su una solida interpretazione letterale d'una disposizione legislativa sopravvenuta) e (tutto sommato) ragionevole: riconosce tutela all'interesse all'esazione degli OG entro i limiti degli importi riscossi dal venditore presso il cliente finale.

Sulla ragionevolezza, tornerò meglio *sub* 2.1.3. Sulla fondatezza, qualche dubbio può essere sollevato ora. Al fine della sua interpretazione, infatti, il giudice ha selezionato, come base enunciativa un solo segmento del testo del comma 3 dell'art. 39 d.l. 83/12 (sopra riportato). Può valere però la pena riportare il comma per intero:

I corrispettivi a copertura degli [OG] e i criteri di ripartizione dei medesimi oneri a carico dei clienti finali sono rideterminati da [Arera] entro [...], in modo da tener conto della definizione di imprese a forte di energia contenuta nei decreti di cui al comma 1 e nel rispetto dei vincoli di cui al comma 2, secondo indirizzi del Ministro dello sviluppo economico. Dalla data di entrata in vigore della rideterminazione è conseguentemente abrogato l'ultimo periodo del comma 11 dell'articolo 3 del [d.lgs. 79/99].

⁴⁸ Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, § 7 (in part. cpv 4°-8°); Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, n. 244, § 10; Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2017, n. 5619, §§ 10.1-10.4.

Per quel che qui rileva, basti sapere che i commi 1 e 2 dell'art. 39 sopra citati riguardano specifiche agevolazioni da introdurre a beneficio dei c.d. clienti energivori (si tratta di aiuti di Stato volti a mitigare il peso degli OG su imprese che richiedono elevati consumi di energia per la loro attività). Più attenzione è bene invece porre sul finale sull'ultimo periodo del comma in esame (mai citato dal giudice nelle sue pronunce). L'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99, ivi richiamato, infatti, all'epoca, (dopo i due primi periodi con cui si disponeva sull'individuazione degli OG, e si delegava Arera ad adeguare conseguentemente il corrispettivo di trasporto) recava un terzo periodo (oggetto quindi d'abrogazione) ai sensi del quale «[I] a quota parte del corrispettivo a copertura dei suddetti [OG] a carico dei clienti finali, in particolare per le attività ad alto consumo di energia, è definita in misura decrescente in rapporto ai consumi maggiori» (*corsivi miei*).

Come si nota, rispetto a tale ultima disposizione, presente nella versione originaria del d.lgs. 79/99, il testo dell'art. 39, co. 3, d.l. 83/12 non apporta reali elementi di novità testuale (se non con riferimento ai criteri che Arera deve seguire nella determinazione delle componenti relative agli OG); ciò soprattutto per quanto riguarda l'espressione 'oneri a carico dei clienti finali', presente in ambedue i testi (del 1999 e del 2012). Ma allora, data una tale continuità testuale tra l'abrogato terzo periodo dell'originario art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 e il sopravvenuto art. 39, co. 3, d.l. 83/12, è sbagliato affermare che sia quest'ultima disposizione ad aver individuato nel cliente finale il soggetto giuridicamente obbligato a farsi carico degli OG.

In altre parole, l'art. 39, co. 3, d.l. 83/12 non ha introdotto alcuna innovazione – rispetto all'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 – circa il soggetto passivo degli OG: pertanto, se ai sensi dell'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 il soggetto passivo degli OG è l'utente del trasporto (e non il cliente finale), allora esso dovrebbe continuare a esserlo anche dopo l'adozione del d.l. 83/12.

L'unica alternativa possibile a quest'ultima conclusione sarebbe quella di sostenere che anche l'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99, proprio in ragione del dato testuale del suo (abrogato) terzo periodo, avrebbe dovuto, da sempre, essere interpretato nel senso che il soggetto giuridicamente obbligato a farsi carico degli OG dovesse essere individuato nel cliente finale e non nell'utente della rete. A quest'ultima conclusione, però, non può pervenirsi solo sulla base d'una interpretazione letterale della disposizione in esame, in quanto la disposizione contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 è contestuale – e co-stestuale – a quella del secondo periodo del medesimo comma, ai sensi della quale, come visto, gli OG si configurano come *maggiorazioni* della tariffa di trasporto, posta a carico del venditore (e non del cliente).

A ben vedere, infatti, l'argomento interpretativo del Consiglio di Stato ha una sua apparente plausibilità solo in quanto la disposizione interpretata (art. 39, co. 3, d.l. 83/12) è *successiva* al d.lgs. 79/99, potendo solo così risolversi i problemi di coordinamento col secondo periodo dell'art. 3, co. 11, attraverso il principio della *lex posterior*. Ma, come visto, per quanto riguarda il riferimento ai clienti finali, non v'è alcuna reale successione temporale: il riferimento è contenuto anche nell'originario terzo periodo dell'art. 3, co. 11, che quindi deve essere interpretato in modo da non entrare in conflitto con l'interpretazione della disposizione di cui al secondo periodo.

A questo punto, il dato letterale, evidentemente, non basta più. Il dato che consente, a mio avviso, di spiegare il richiamo alla clientela finale che si fa carico degli OG, contenuto nell'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 (e replicato nell'art. 39, co. 3, d.l. 83/12), consiste nel fatto (storico) che, nel settore elettrico, le tariffe (anche prima della liberalizzazione) sono sempre state dimensionate e calibrate in ragione della tipologia dell'impianto di consumo allacciato alla rete, ossia alle caratteristiche del cliente finale che di tale impianto è titolare⁴⁹. Ciò non implica, però, che il cliente finale, per dirla con le parole della sentenza n. 2182, sia anche il soggetto "giuridicamente" obbligato a farsi carico degli OG: egli lo è solo "economicamente"; ma proprio per questo la disciplina dei corrispettivi tiene conto delle esigenze della clientela finale. Del resto, da un punto di vista logico, se gli OG sono configurati dalla legge (secondo periodo dell'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99) come una *maggiorazione* della tariffa di trasporto, non si vede come sia possibile che al pagamento d'una tale quota parte della tariffa debbano essere tenuti soggetti diversi da coloro che sono tenuti al pagamento della tariffa stessa⁵⁰.

2.1.3. *Ricadute*

Se assumiamo ora un approccio pragmatico d'analisi delle pronunce giudiziali, appare chiaro che – sul piano politico – il giudice abbia inteso privilegiare l'interesse delle imprese di vendita, o almeno (in una prospettiva più "nobile") l'interesse della promozione della concorrenza tra venditori, riducendo i costi per l'accesso a tale mercato. Non senza però cercare una qualche soluzione di equilibrio rispetto agli altri interessi in gioco, quale quello dell'efficienza dei servizi e

⁴⁹ Tale diversa disciplina, in base alle caratteristiche del cliente finale (e del suo impianto di consumo) è una costante, non solo della regolazione tariffaria di Arera, ma anche della disciplina delle tariffe anteriore alla liberalizzazione del settore elettrico.

⁵⁰ Anche l'IVA, ad esempio, funziona (più o meno) così.

dell'esazione del gettito relativo agli OG (il sistema di garanzie è stato ammesso con riferimento agli OG incassati dal venditore).

Le decisioni potrebbero, quindi, risultare apparentemente ragionevoli. A me pare, però, che non sia così, se si considerano le loro (principali) ricadute, i risultati che esse hanno prodotto. Le pronunce sopra esaminate, infatti, hanno prodotto una disarticolazione del sistema della (meglio, della sistemazione attribuita alla) intera disciplina degli OG, con conseguenze che si dispiegano su almeno tre livelli.

Una prima conseguenza delle decisioni giudiziali, immediata (verrebbe da dire, quasi banale), consiste nel venir meno delle forme di tutela che garantivano l'esazione degli OG, e che giustificavano il versamento degli importi a Csea da parte del gestore di rete, non appena questi li fatturava (indipendentemente da quanto effettivamente incassato). Venendo quindi meno lo strumento delle garanzie, che giustificava il trasferimento del rischio dell'inadempimento sul gestore, tale rischio non può che ricadere sul sistema (non risultando più ragionevole, e quindi proporzionato, pretendere dal gestore il versamento della totalità degli OG fatturati).

In altre parole, per richiamare quanto riportato nella deliberazione 109/17 – con cui Arera ha avviato il procedimento d'ottemperanza alle pronunce d'annullamento – per effetto di queste ultime, la regolazione non è (più) «in grado di contrastare il danno erariale relativo ai corrispettivi per le prestazioni parafiscali dovute (in quanto fatturate) ma non effettivamente incassate»⁵¹. E infatti ne è conseguito un incremento (notevole) della morosità, generato anche da comportamenti opportunistici di alcuni venditori che, pur avendo incassato gli OG dai propri clienti (fatto non accertabile dal gestore di rete), avevano omesso di versarli⁵².

Un secondo aspetto rilevante è la necessità di (ri)costruire, sistematizzandola, una nuova regolazione del servizio di trasporto e dei relativi strumenti di garanzia, a tutela dell'esazione degli OG, nel rispetto dei nuovi principi fissati dal giudice amministrativo. Si tratta d'una operazione, com'è facile intuire, non semplice in quanto, da un lato, Arera non ha strumenti per incidere direttamente sull'omesso pagamento dei clienti finali (Arera regola i servizi in cui si realizzano le attività della filiera, potendo arrivare a regolare i contratti di somministrazione tra venditori e clienti finali; non ha titolo a imporre obblighi diretti sui clienti), dall'altro lato, però, nell'esercizio dei suoi poteri di regolazione del servizio di trasporto, Arera è tenuta a perseguire due diversi obiettivi difficilmente conciliabili: quello già previsto «dalla legge (garantire la copertura degli [OG]) e [quello nuo-

⁵¹ Deliberazione 109/17, 4.

⁵² Tale circostanza è stata segnalata da Arera nella Memoria 588/2018, 4-5. La memoria quantifica l'ammontare degli inadempimenti dei venditori sugli OG, per il periodo 1 gennaio 2016 - 30 giugno 2017, in circa 191.000.000 di euro.

vo, imposto] dal giudice amministrativo (imputare al cliente finale, e non ai venditori, né alle imprese distributrici, i costi degli [OG]»⁵³.

Non a caso, il procedimento avviato da Arera nel 2017 (deliberazione 109/17) per adottare una nuova regolazione (in ottemperanza alle sentenze), si è concluso solo nel 2021 (con due provvedimenti: le deliberazioni 50/18 e 32/21), e passando per diversi snodi (tre documenti per la consultazione – DCO 597/17, 58/18, 445/20; una segnalazione a Governo e Parlamento – la citata Memoria 588/18; un atto di estensione e rinnovo del procedimento – la deliberazione 430/18), da cui è emersa un'elevata conflittualità dei diversi soggetti intervenuti (venditori, gestori di rete e clienti finali e associazioni dei consumatori e di piccole e medie imprese)⁵⁴.

La soluzione individuata a livello sistematico da Arera è quella per cui, in realtà, una reale soluzione non v'è. O meglio, la soluzione ottimale (a fronte dei nuovi vincoli risultanti dalle pronunce del giudice) dovrebbe essere quella d'una complessiva riforma legislativa che reinquadri gli OG riconoscendone formalmente la natura tributaria e li ricollochi nell'ambito della «fiscalità generale, provvedendo al relativo finanziamento tramite l'istituzione di un apposito Fondo da gestire secondo le regole di finanza pubblica e, pertanto, escludendo tale importi dalle bollette»⁵⁵.

Nelle more di tale riforma organica e complessiva a livello legislativo (che però pare ancora ben lungi dall'essere attuata), Arera è comunque pervenuta a definire una nuova disciplina (che si presenta quindi come “transitoria”), che può, in estrema sintesi, essere così tratteggiata: (i) i venditori continuano a essere obbligati a versare la totalità degli OG fatturati loro dal gestore di rete⁵⁶; (ii) ma le garanzie relative agli OG da essi prestate (e la conseguente disciplina che prevede la risoluzione del contratto in caso di incapienza delle stesse) sono ridimensionate non più in ragione degli importi fatturati, ma a un valore che rappresenta la miglior stima degli importi normalmente riscossi dal venditore presso i clienti finali⁵⁷; (iii) al

⁵³ Deliberazione 430/2018, 18.

⁵⁴ Cfr. ad esempio deliberazione 430/2018, 18, in cui Arera evidenzia che «gli esiti della consultazione e dei confronti svolti mettono in luce, nel complesso, un quadro di interessi altamente conflittuale e una preoccupazione diffusa da parte dei portatori di tali interessi per le possibili conseguenze degli interventi [di Arera] a riguardo (una tale preoccupazione si [è riflessa] con particolare evidenza nella trasmissione di osservazioni da parte di singoli clienti finali)».

⁵⁵ Memoria 588/2018, 10, in cui si rappresenta anche l'urgenza d'una tale riforma legislativa, auspicandone almeno una riforma per gradi tramite il trasferimento alla fiscalità generale di alcune voci degli OG, quali quelli «non direttamente connessi a obiettivi di sviluppo ambientale sostenibile o a obiettivi di contrasto alla povertà energetica» (solo tale trasferimento avrebbe consentito di ridurre il peso complessivo degli OG in bolletta di circa 2.200.000.000 di euro all'anno – cfr. 11).

⁵⁶ Tali norme erano già previste dalla deliberazione 268/2015, nonché dalla regolazione tariffaria, e non hanno costituito oggetto delle pronunce sopra richiamate.

⁵⁷ Cfr. deliberazione 32/2021, punti 2 e 3 (e cfr. anche 19 della motivazione). Analoga disposizione era stata anche introdotta, con efficacia provvisoria per la durata del procedimento, dalla deliberazione 109/2017.

gestore di rete e all'utente che versano, rispettivamente a Csea e al gestore di rete, la totalità degli OG fatturati è garantita una compensazione per la quota parte di OG versati ma non riscossi, rispettivamente, dai venditori e dai clienti finali (secondo criteri volti comunque a incentivare una gestione efficiente del credito relativo ai suddetti OG) – i costi della compensazione sono coperti da ulteriori componenti tariffarie, e scaricate, quindi, sulla generalità della clientela finale⁵⁸.

Si tratta quindi d'un sistema caratterizzato da una operatività più complessa, e che – in linea col nuovo assunto statuito dal Consiglio di Stato – sostanzialmente ribalta gli inadempimenti dei clienti finali (e dei venditori) in capo alla generalità dei medesimi clienti non inadempienti. Sono infatti i due sistemi di compensazione della morosità – *sub* (iii) – che (nel nuovo sistema) giustificano l'obbligo posto su gestori di rete e venditori di anticipare la totalità degli OG fatturati – *sub* (i).

Come si può notare, anche la definizione di tale nuova disciplina, è stata accompagnata da un'attività di sistemazione della stessa, che Arera ha basato, questa volta, su due assunti principali – sostanzialmente confermati dal Consiglio di Stato (sez. II, 24 maggio 2022, n. 4126, resa su un ricorso contro la stessa deliberazione 109/17), che vanno a integrare il (nuovo) principio sancito dal giudice amministrativo, e che il regolatore ha ricavato interpretando l'art. 3, co. 11, d.lgs. 79/99 e le pronunce giudiziali sopra richiamate: (i) da un lato, il fatto che il venditore, pur non essendo tenuto a farsi carico dei costi per il mancato versamento degli OG da parte del cliente finale, resta comunque tenuto a versare al gestore della rete la totalità degli OG fatturati (atteso che, gli OG continuano a essere configurati come maggiorazioni alle tariffe dovute dagli utenti al gestore di rete)⁵⁹; (ii) dall'altro lato, il fatto che Arera ha comunque titolo per dimensionare le garanzie del trasporto agli OG che l'utente incasserà effettivamente⁶⁰.

Un risultato conseguente alla necessità di ricostruire (e ricomporre) un nuovo sistema d'esazione degli OG è, ovviamente, la situazione di profonda *incertezza* cui è stato esposto il settore e i soggetti controparti dei vari rapporti giuridici interessati (gestore di rete *vs.* utente; venditore *vs.* cliente finale; Csea *vs.* gestore di rete); periodo che, come visto, si è protratto per almeno sei anni, ossia fino all'adozione della citata sentenza n. 4126 che ha dato sostanziale conferma ai nuovi principi posti da Arera a base del nuovo sistema ultimato con la deliberazione 32/21.

A ben vedere, l'incertezza tuttora perdura, in quanto il legislatore nazionale, nel 2021, ha incaricato Arera di proporre ai Ministri dell'Economia e delle finanze e della Transizione ecologica una nuova disciplina sulle «modalità di riscos-

⁵⁸ Cfr. rispettivamente la deliberazione 50/2018 e l'Allegato A alla deliberazione 32/2021.

⁵⁹ Cfr. ad esempio deliberazione 32/2021, 17-19, nonché deliberazione 109/2017, 5.

⁶⁰ Cfr. ad esempio deliberazione 109/2017, 6.

sione degli [OG] prevedendo che, anche avvalendosi di un soggetto terzo che possenga caratteristiche terzietà e indipendenza, le partite finanziarie relative agli [OG] possano essere destinate a Csea senza entrare nella disponibilità dei venditori» (art. 33-ter d.l. 77/21).

Un tale intervento legislativo si inquadra nel nuovo contesto ricostruito da Arera sull'assunto sancito dal giudice amministrativo (secondo cui il soggetto passivo degli OG è il cliente finale), introducendo un principio nuovo: quello di prevedere che gli OG siano versati direttamente a Csea. Tuttavia, come segnalato da Arera nella sua proposta (cfr. deliberazione 216/22), l'attuazione d'un tale principio – che ad avviso di Arera può essere realizzata attraverso il ricorso ad appositi meccanismi di *split payment* (senza quindi “passare” più attraverso il contratto di trasporto)⁶¹ – richiede, sotto il profilo sistematico, una riconfigurazione (a livello legislativo) degli OG come componenti dei corrispettivi di vendita (nei contratti di somministrazione al dettaglio), e non più come maggiorazioni delle tariffe di trasporto⁶².

Solo in tempi recentissimi (in seguito all'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza), il legislatore ha avviato un percorso di graduale trasferimento degli OG sulla fiscalità generale, trasferendo quelli volti a finanziare lo smantellamento delle attività nucleari (art. 1, co. 29, l. 197/22), e incaricando Arera di formulare nuove proposte per il trasferimento di altre tipologie di oneri – cfr. art. 1, co. 23 e deliberazione 432/23). Come si nota, quindi, la vicenda non può dirsi ancora conclusa.

2.2. *Tariffe di trasporto del gas naturale per i punti di entrata e uscita della rete nazionale di gasdotti*

Passando dal settore dell'energia elettrica a quello del gas naturale, un'altra emblematica vicenda mi pare quella che ha interessato, più di recente, la regolazione delle tariffe di trasporto del gas naturale, con particolare riferimento ai criteri di fissazione dei corrispettivi applicabili ai c.d. punti di entrata e di uscita della c.d. rete nazionale di gasdotti.

2.2.1. *Contesto*

In termini generali, Arera definisce la regolazione economica dei servizi infrastrutturali per un periodo di tempo predeterminato (c.d. periodo regolatorio), al fine di garantire certezza al settore sulla disciplina applicabile, ma anche per poterle modificare (anche radicalmente) all'inizio d'un nuovo periodo regolatorio.

⁶¹ Cfr. Allegato A alla deliberazione 216/22, § 3 e 4.

⁶² Cfr. Allegato A alla deliberazione 216/22, §§ 5.3.

Per il trasporto del gas, la regolazione prevede che le tariffe, che il gestore di rete (in particolare della c.d. rete nazionale di gasdotti – ‘RNG’) ha diritto di richiedere ai propri utenti per il servizio reso, siano determinate in modo differenziato rispetto ai singoli punti di entrata o di uscita della rete, presso i quali gli utenti/venditori hanno acquisito diritto a immettere/prelevare gas (i punti di entrata della RNG corrispondono, tendenzialmente, ai punti in cui il gas è immesso nel sistema nazionale dall'estero; i punti di uscita, invece, corrispondono ai punti in cui il gas è prelevato dalla RNG per fluire nelle infrastrutture locali, fino agli impianti di consumo dei clienti finali). Se, da un lato, quindi, le tariffe di trasporto devono essere dimensionate al fine di assicurare al gestore della RNG la copertura dei costi e una congrua remunerazione dell'attività svolta, dall'altro lato, tuttavia, la regolazione differenzia tale dimensionamento in ragione dei diversi punti di entrata/uscita secondo vari criteri (c.d. modello *entry-exit*).

Tale impostazione, per quel che qui rileva, si è mantenuta sostanzialmente costante nei suoi principi dalla prima regolazione (deliberazione 120/01) sino al 2020, subendo alcuni affinamenti e migliorie che, però, non hanno accontentato tutti i venditori; in particolare uno, che importa gas principalmente da Paesi posti a Sud dell'Italia, e che ha visto progressivamente incrementare i valori dei corrispettivi di entrata ivi applicati.

L'operatore in questione ha, pertanto, impugnato la disciplina tariffaria prevista per il c.d. terzo periodo di regolazione (2010-2013 – deliberazione 184/09) che è stata ritenuta illegittima dal giudice amministrativo (cfr. Tar Lombardia, sez. III, 19 aprile 2013, n. 995; e Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2015, n. 2888) per aver determinato un immotivato incremento tariffario che avrebbe penalizzato gli utenti del servizio che hanno accesso presso i punti di entrata della RNG ubicati nel Sud del Paese. Il Consiglio di Stato, per quel che qui rileva, aveva precisato che i vizi riscontrati si risolvevano in una carenza motivazionale rispetto agli elementi innovativi della disciplina tariffaria, ciò che ha portato Arera ad avviare un procedimento d'ottemperanza che, dopo ampia consultazione (con la pubblicazione di due documenti – DCO 607/15 e 321/16), si è concluso, su tale profilo di censura, con la conferma della regolazione tariffaria annullata, a fronte d'una integrazione della relativa motivazione (deliberazione 550/16).

La motivazione adottata da Arera, per quel che qui rileva, precisa due profili che giustificerebbero il maggior valore delle tariffe di *entry* da Sud. Il primo, di tipo fattuale, si basa sulla rilevanza (ai fini dell'algoritmo di calcolo dei corrispettivi di entrata) del c.d. baricentro del mercato che «identifica il luogo fisico in cui, di fatto, si concentrano i prelievi di gas dal sistema nazionale di trasporto»: ciò comporta che «i corrispettivi ai punti di *entry* siano più elevati tanto maggiore è la distanza che separa il punto dal baricentro», e che, «essendo il baricentro [del

sistema italiano] ubicato nella Pianura padana, i corrispettivi di *entry* ubicati nel Sud Italia saranno maggiori»⁶³.

Il secondo profilo è, invece, di tipo normativo, e si basa sulla *irrilevanza* dell'art. 23, co. 3, primo periodo, d.lgs. 164/00 (invocato in giudizio) ai sensi del quale le tariffe di trasporto (come pure quelle di stoccaggio) «tengono conto della necessità di non penalizzare le aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali, e in particolare le aree del Mezzogiorno». Arera, che ha sempre interpretato tale disposizione come una norma che la obbliga a tutelare i clienti finali ubicati in quelle zone del Paese, ha concluso che tale obiettivo può essere realizzato solo mediante un «correttivo tariffario che preveda una riduzione dei corrispettivi presso i punti di *exit* ubicati in tali aree», in quanto l'eventuale riduzione dei corrispettivi di *entry* non assicura il rispetto del criterio di non penalizzazione: non è detto, infatti, che un utente che importi da Sud serva il mercato ubicato nella medesima zona» (potendo servire anche clienti concentrati nel Nord)⁶⁴.

Tali argomenti di Arera, in sede di giudizio d'ottemperanza, sono stati ritenuti sufficienti a colmare la lacuna motivazionale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1840). Nel frattempo, però, lo stesso operatore, aveva impugnato anche la (simile) disciplina tariffaria per il nuovo periodo regolatorio (2014-2017 – deliberazione 514/13), e per gli anni 2018-2019 (c.d. periodo transitorio, adottata con deliberazione 575/17, nelle more della riforma del sistema tariffario subentrato nel 2020)⁶⁵.

2.2.2. *Pronunce*

I contenziosi promossi verso il nuovo periodo regolatorio 2014-2017 e il c.d. periodo transitorio, sebbene basati su censure tutto sommato simili (per quel che qui rileva) a quelle relative al periodo 2010-2013, hanno avuto, però, esiti

⁶³ Deliberazione 550/16, 5-7. Cfr. anche DCO 321/16, §§ 27-28: «[I]l baricentro costituisce il luogo fisico verso il quale il gas viene immesso nella rete nazionale di gasdotti (ai punti di *entry*) deve essere fisicamente vettoriato, e in funzione di tale vettoriamento è dimensionata la capacità di trasporto dell'infrastruttura. All'utente che ottiene il conferimento presso un punto di entrata [il gestore della RNG] non consente solamente l'immissione di gas in rete, ma garantisce anche la possibilità di utilizzare la complessiva capacità delle infrastrutture funzionali a vettoriare il gas sino al baricentro. E ciò indipendentemente da quale sia l'effettiva uscita che l'utente decide, in concreto, di utilizzare, eventualmente ubicata anche prima del baricentro. Per questo motivo, e detto altrimenti, a parità di capacità conferita su diversi *entry points*, quella relativa al punto più distante dal baricentro attribuisce all'utente il diritto di utilizzare una maggiore porzione dell'infrastruttura e una corrispondente maggiore capacità complessiva della rete».

⁶⁴ Cfr. deliberazione 550/16, 7. Cfr. anche DCO 607/15, §§ 26-27; nonché DCO 321/16, § 30-32, in cui si chiarisce che, in tal modo (ossia mediante la riduzione dei corrispettivi dei punti di *exit* ubicati al Sud), «è certo che la riduzione tariffaria sarà ribaltata sui clienti finali sottesi».

⁶⁵ L'operatore risulta avere anche riassunto di fronte al giudice di primo grado il giudizio di impugnazione della regolazione tariffaria del periodo 2010-2013 (giudizio ancora pendente).

diversi. In sintesi, il Consiglio di Stato (sez. II), con una prima pronuncia (5 ottobre 2022, n. 8523), ha ritenuto illegittima la regolazione tariffaria per il periodo regolatorio 2014-2017 per l'assorbente ragione che non risulta chiaro se sia stato rispettato il divieto di penalizzazione delle aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali di cui al richiamato art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00.

Arera ha evidentemente interpretato la sentenza d'annullamento nei termini d'un giudizio di carenza motivazionale, in quanto, al fine di ottemperarvi, ha avviato un procedimento (deliberazione 70/23, cfr. punto 1) volto a verificare se la regolazione annullata «tenesse effettivamente in adeguata considerazione la finalità» di cui al citato art. 23, co. 1, e colmare l'eventuale lacuna regolatoria, qualora accertata. È appena il caso di osservare che, dopo quanto precisato e chiarito con la deliberazione 550/16 sulla portata di tale disposizione, l'esito potrebbe apparire scontato, nel senso che le verifiche si sarebbero concentrate sui corrispettivi di *exit* (e non quelli di *entry*).

È, poi, però, intervenuta una seconda pronuncia dello stesso Consiglio di Stato (sez. II), che ha annullato anche il c.d. periodo transitorio (27 luglio 2023, n. 7386), e che, a tal fine, nel dichiarato intento di «ribadire» i medesimi principi espressi nella prima pronuncia, ne ha, in realtà, precisato (e forse corretto) il significato. In particolare, per quel che qui rileva, il Consiglio di Stato ha interpretato l'art. 23, co. 3, primo periodo, d.lgs. 164/00 nel senso che esso detterebbe (in modo «chiaro e inequivoco») la «inderogabile esigenza di non caricare di maggiori oneri i punti di *entry* del Sud Italia». Da tale finalità il Consiglio di Stato fa, quindi, discendere l'illegittimità della regolazione tariffaria di Arera, che l'avrebbe non solo vanificata, ma addirittura sovvertita (cfr. sentenza n. 7386, § 13.4.5)⁶⁶.

Anche qui, come nella vicenda esaminata *sub* 2.1, il ragionamento del giudice è chiaro. Esso non si basa, però, su un'interpretazione letterale d'una disposizione di legge, ma opera un'interpretazione teleologica, che muove appunto dall'individuazione della sua *ratio* (cfr. sentenza n. 7386, § 13.4.4). Secondo Arera, come visto, lo scopo della norma è quello di tutelare i clienti finali i cui impianti di consumo sono ubicati nel Mezzogiorno e non i venditori che importano gas dal Nord Africa. Il giudice amministrativo, invece, dissente e individua la *ratio* della norma proprio nella tutela degli operatori di mercato che immetto-

⁶⁶ A onor del vero, nella prima sentenza (5 ottobre 2022, n. 8523), il Consiglio di Stato non aveva accolto in modo chiaro la tesi della ricorrente (secondo cui l'art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00 tutelerebbe gli importatori da Sud). Solo in un passaggio finale della sentenza, dopo aver concluso l'iter degli argomenti e deciso sull'infondatezza dell'appello di Arera, aveva osservato, in modo quasi parentetico, che «del resto, l'introduzione di temperamenti tariffari capaci di contrastare i rilevanti svantaggi gravanti sugli *shippers* che immettono il gas nella rete dai punti di *entry* collocati nel Sud Italia, risulta anche funzionale ad assicurare l'efficace ed equilibrato approvvigionamento energetico da Parsi diversi, collocate in aree geografiche anche opposte». Tale inciso, che Arera ha qualificato come *obiter dictum* (DCO 424/23, § 1.17), è stato invece valorizzato dalla successiva sentenza 27 luglio 2023, n. 7386, come vera *ratio decidendi*.

no gas nei punti della RNG ubicati nel Sud Italia. Del resto, verrebbe da dire, la lettera della disposizione è ambigua, limitandosi a imporre ad Arera l'obiettivo di «non penalizzare [alcune] aree del Paese», senza chiarire se tale principio debba attuarsi in una disposizione che tuteli i venditori che immettono gas in quelle aree, oppure i clienti finali che prelevano gas in quelle aree, oppure, ancora, ambedue tali categorie di soggetti.

Verrebbe da concludere, dunque, che è la disposizione di legge che sembra lasciare ampio margine di manovra alla discrezionalità dell'interprete. E in tale spazio, la scelta è stata quella di tutelare (almeno anche) i venditori che importano gas dai punti di *entry* ubicati dal Sud Italia, punti che, del resto, «hanno assunto un ruolo strategico negli ultimi tempi maggiore a seguito del conflitto russo-ucraino» (§ 13.1). Queste considerazioni aprono la via per un'analisi pragmatica, che svolgerò *sub* 2.2.3.

Tuttavia, a ben vedere, la decisione del giudice non pare così ben fondata. Innanzi tutto, occorre ricordare che la stessa lettera dell'art. 23, co. 3, primo periodo, d.lgs. 164/00 non fa riferimento al solo Sud Italia, ma alle «aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali», tra cui vi sono anche («in particolare») quelle del Mezzogiorno.

Il sintagma 'dotazioni infrastrutturali' nel contesto dell'enunciato in esame, a me pare faccia evidentemente riferimento ad aree del paese sottodimensionate sotto il profilo delle infrastrutture che dovrebbero consentire uno sviluppo di attività economiche *in* quelle zone territoriali. Ma allora, francamente, appare difficile far rientrare nell'obiettivo della norma anche quello della tutela di venditori di gas che importano dal Sud Italia, visto che la RNG – come detto – è funzionale al trasporto del gas verso qualunque punto d'uscita ubicato nel territorio nazionale e, soprattutto, verso il Nord, dove è situato, come visto, il baricentro, ossia dove sono concentrati i prelievi dalla RNG. Le importazioni da Sud, in altre parole, non sono finalizzate ad approvvigionare i mercati locali del gas ubicati a Sud, ma partecipano al mercato nazionale, in quanto tale gas è utilizzato per l'esecuzione fisica di contratti di somministrazione conclusi con clienti finali ubicati sull'intero territorio nazionale (l'operatore interessato in questione, infatti, è un venditore che opera in tutte le aree del Paese).

Inoltre, è lo stesso Consiglio di Stato (sez. VI) che, in precedente pronuncia (7 marzo 2019, n. 1578), aveva già interpretato il primo periodo dell'art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00 in termini coerenti con quelli seguiti da Arera nella sua regolazione tariffaria. È la stessa Arera che lo denuncia nel documento di consultazione pubblicato nel procedimento d'ottemperanza alle due sentenze (DCO 424/23), evidenziando che, anche secondo tale (precedente) pronuncia «la tutela apprestata dalla

norma legislativa in esame, quindi, deve intendersi orientata a quei segmenti territoriali del mercato *retail* del gas naturale localizzati nelle aree del Sud del Paese»⁶⁷.

Infine, la norma che il Consiglio di Stato ricava dalla disposizione in esame si sostanzia in un vero e proprio indirizzo di politica energetica, rientrante in scelte strategiche di geopolitica, che – come ha sempre evidenziato anche la stessa Arera (sia nel DCO 321/16, § 31, sia nell'ultimo DCO 424/23, § 2.15) – non spettano certamente al giudice, ma rientrano nelle prerogative del Governo. Il giudice, infatti, come visto, in un passaggio della sentenza n. 7386, enfatizza l'importanza che hanno assunto le importazioni dall'Africa, rispetto a quelle dalla Russia: tuttavia, il d.lgs. 164/00 è stato adottato ben prima del conflitto russo-ucraino, e anche il periodo regolatorio 2014-2017, e quello transitorio precedono detto conflitto; come poteva, non solo Arera (ma in generale il mercato nazionale del gas), sapere quanto fosse strategica l'importazione di gas dal meridione? E poi: perché le importazioni dall'Africa dovrebbero essere così preferite rispetto alle altre immissioni al Nord? Nel Nord Italia non è immesso solo gas russo: al punto di *entry* presso Passo Gries è immesso gas proveniente da Olanda e Norvegia; perché a tali importazioni dovrebbero essere preferite quelle africane?

2.2.3. *Ricadute*

Sotto il profilo pragmatico, come visto, con la sentenza 5 ottobre 2022, n. 8523 e (soprattutto) con la sentenza 27 luglio 2023, n. 7386, il Consiglio di Stato ha inteso tutelare l'interesse dell'operatore del mercato (venditore) a non essere penalizzato rispetto agli altri venditori, suoi concorrenti, che immettono gas presso altri punti di *entry* presso i quali versano corrispettivi di trasporto più bassi.

Apparentemente, le decisioni perseguono commendevoli finalità procompetitive, rimuovendo una disparità di trattamento tra operatori di mercato (peraltro in coerenza coi valori che dovrebbero governare la stessa regolazione di Arera *ex art.1, co. 1, l. 481/95*).

Ma è proprio così? In realtà, se ben si osserva, le ricadute delle due sentenze mi paiono tutt'altro che orientate al buon funzionamento dei mercati.

Tali ricadute, peraltro, sono facilmente prevedibili, e sono in parte già chiarite dal citato DCO 424/23: in sintesi, e a prescindere dai criteri che sono stati

⁶⁷ DCO 424/23, § 2.11. Cfr. più in generale §§ 2.9-2.16. Come sottolinea Arera, con la sentenza 7 marzo 2019, n. 1578, che riguardava la regolazione tariffaria del servizio di stoccaggio, avrebbe chiarito che l'art. 23, co. 3, primo periodo, d.lgs 164/00 non trova applicazione quando le prestazioni offerte da un'infrastruttura (di stoccaggio o di trasporto) «sono rese disponibili per l'intero sistema nazionale, senza alcuna distinzione territoriale», ciò che avviene certamente per i punti di entrata alla RNG – mentre non avviene per i punti di uscita, che veicolano il gas verso impianti di consumo ubicati entro determinate zone territoriali sottostanti.

concretamente posti in consultazione, poiché la decisione del giudice obbliga Arera a rideterminare le modalità di calcolo, in riduzione, dei corrispettivi applicabili ai punti di *entry* ubicati nel Mezzogiorno, nei periodi considerati (2014-2019), ciò comporta la necessità di rideterminare, in aumento, anche i corrispettivi di trasporto applicabili nei restanti punti di *entry*. Infatti, ai fini della regolazione tariffaria, il dimensionamento dei vari corrispettivi applicati dal gestore di rete ai propri utenti è funzionale, prima di tutto, ad assicurare al gestore il gettito necessario per coprire i propri costi e conseguire un'adeguata remunerazione del servizio svolto; pertanto, ogni modifica della regolazione tariffaria, fatta ora per allora da Arera, dovrà comunque assicurare al gestore della RNG il medesimo flusso di ricavi⁶⁸.

La necessità di modificare in tal senso l'algoritmo di calcolo dei corrispettivi di *entry* della RNG ha, per effetto, la necessità di rideterminare le partite economiche fatturate dal gestore della rete nell'intero periodo considerato, con la conseguente attività di conguaglio tra medesimo gestore e i propri utenti (conguaglio che sarà a favore dell'utente che immette gas a Sud; sarà invece a sfavore degli utenti che immettono gas a Nord).

Ora, in disparte la complessità che caratterizza ogni attività di conguaglio, che può coinvolgere un gestore di rete e la generalità dei suoi utenti (i quali dovranno rimettere mano a contratti di trasporto eseguiti durante sei annualità già concluse, dopo quattro anni dall'ultima di esse), l'aspetto che, qui, risulta più problematico consiste nel fatto che i conguagli interesseranno proprio i corrispettivi di *entry*. Il problema che si pone, infatti, non investe il gestore di rete (che, come detto, dai conguagli avrà diritto all'invarianza nei flussi di ricavi⁶⁹), ma i venditori utenti del trasporto, che si trovano a versare somme al gestore di rete, e che hanno l'esigenza di recuperare tali costi.

In linea generale, la possibilità che un venditore ha di ribaltare sui propri clienti (controparti acquirenti dei suoi contratti di fornitura all'ingrosso o al dettaglio) dipende, ovviamente, dal contenuto dei relativi contratti (non regolati sul punto da Arera). Certo è che, mentre i corrispettivi di trasporto applicabili ai punti di uscita della rete sono normalmente ribaltati nell'ambito delle varie componenti a copertura dei costi che il venditore sostiene per il vettoriamento del gas da riconsegnare ai clienti (e ciò è possibile anche in ragione del fatto che i pun-

⁶⁸ Cfr. anche DCO 424/23, §§ 2.5-2.8, in cui Arera motiva l'impossibilità di procedere – come invece auspicato dall'operatore di mercato che ha vinto il contenzioso – attraverso l'introduzione d'un meccanismo di compensazione *ad hoc* per gli utenti che importano da Sud Italia, mantenendo invariato il valore degli altri corrispettivi di *entry*. Un tale meccanismo compensativo, infatti, poiché dovrebbe essere finanziato non dagli altri operatori di mercato, ma attraverso apposite componenti tariffarie da applicare e "scaricare" infine sulla clientela finale, «andrebbe a incrementare la dimensione del gettito tariffario a beneficio di specifici utenti, operatori della vendita all'ingrosso: si avrebbe, in tal modo, uno stravolgimento della finalità della metodologia tariffaria, con un incremento dell'onere sopportato dalla generalità dei clienti finali».

⁶⁹ Tale aspetto è esplicitamente garantito anche dal DCO 424/23 (§ 4.4).

ti d'uscita sottendono determinati impianti di consumo ubicati nelle corrispondenti aree territoriali⁷⁰), non così è per i costi sostenuti dal venditore nei punti di *entry*. Nei punti di entrata alla RNG, infatti, è immesso gas importato dall'estero. Si tratta di pochi punti fisici in cui gli utenti interessati immettono il gas di cui si approvvigionano all'estero e che poi rivendono alla totalità della propria clientela: normalmente, i costi sostenuti nei punti di *entry* sono trattati dai venditori (utenti del trasporto) come costi di approvvigionamento, assieme quindi agli altri costi sostenuti per l'acquisto della materia prima e del trasporto internazionale.

È verosimile attendersi, quindi, che i venditori che, in ottemperanza alle decisioni del Consiglio di Stato, dovranno operare conguagli a favore del gestore di rete non riusciranno a riallocare i costi nell'ambito dei propri contratti di vendita.

Inoltre, nei casi in cui i contratti di fornitura consentano ai venditori di recuperare eventuali costi per il trasporto che siano sorti successivamente alla scadenza dello stesso contratto, resta ovviamente a loro carico il rischio di inadempimento della controparte acquirente, rischio che aumenta con l'aumentare del tempo in cui si chiede un conguaglio (come visto, nel caso di specie sono passati ben quattro anni dall'ultimo anno del periodo, di sei anni, oggetto di detti conguagli).

Come si nota, quindi, il risultato della rideterminazione – ora per allora – della metodologia tariffaria relativa ai corrispettivi di *entry* non apporta alcun giovamento alla promozione della concorrenza, né al buon funzionamento del mercato. La ricaduta immediata delle pronunce, infatti, è quella di porre in capo ai venditori utenti, che dovranno versare al gestore di rete importi a conguaglio, un (nuovo) costo che non sarà, probabilmente, recuperabile presso i propri clienti serviti in quel periodo. Si tratta, in altre parole, d'un onere economico che viene semplicemente posto in capo ai concorrenti di coloro che avevano importato gas nel Sud Italia, senza che vi siano reali benefici per le dinamiche concorrenziali dal periodo considerato, né per il futuro (atteso che a essere oggetto di annullamento sono periodi regolatori ormai conclusi da più di quattro anni).

Ma non solo. L'onere economico che viene in tal modo posto in capo a detti utenti – a ben vedere – non era, neppure, *prevedibile* da questi ultimi, visto che – come ricordato dall'Autorità – la regolazione tariffaria ha sempre interpretato (dal 2000 in poi) l'art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00 come un criterio applicabile ai soli punti d'uscita.

Ne segue, inevitabilmente, un grave problema di *incertezza* delle relazioni giuridiche anche per il futuro, in quanto non è chiaro se e come dovrà essere attuato un tale criterio nell'ambito delle regolazioni tariffarie che saranno adottate nei successivi periodi regolatori. Come visto *sub* 2.2.2, infatti, l'orientamento

⁷⁰ Ciò trova conferma, ad esempio, nella regolazione che Arera ha definito dei contratti di fornitura per clienti di piccole dimensioni (cfr. in tal senso DCO 424/23, § 4.5, lett. b)).

del Consiglio di Stato non è univoco in quanto, mentre con le recenti pronunce del 2022 e 2023, la *ratio* individuata salvaguardava le esigenze degli importatori dal Sud del Paese, nella precedente pronuncia del 2015 (non commentata dal Consiglio di Stato), la tutela prevista dall'art. 23, co. 3, d.lgs. 164/00, era stata circoscritta a quelle sole prestazioni dell'infrastruttura di rete che impattavano sulle sole aree del Mezzogiorno.

Non è dato quindi sapere, a oggi, come potrà essere interpretata la medesima disposizione rispetto a nuovi contenziosi, che potrebbero insorgere contro metodologie adottate per nuovi periodi regolatori.

Come si nota, anche qui, come nella vicenda degli OG, le pronunce del giudice amministrativo producono notevoli ricadute *sistemiche*, sia con riferimento al sistema delle relazioni contrattuali che sono direttamente incise dalla pronuncia (come visto, si tratta, non solo – non tanto – dei rapporti tra gestore di rete e suoi utenti, ma anche – soprattutto – tra venditori utenti di rete e i relativi clienti rispetto a rapporti pregressi), ma anche sui criteri di sistemazione di tali tipologie di rapporti giuridici che potranno essere adottate in futuro.

Peraltro, anche qui, la vicenda non si è conclusa ancora. Ciò non solo in quanto non si è concluso il procedimento d'ottemperanza, ma anche in quanto potrebbe accadere che il provvedimento che Arera adotterà infine, potrebbe esporsi a nuovi e ulteriori contenziosi, potenzialmente promossi sia dall'operatore che importa da Sud (che, almeno dalla lettura del DCO 424/23, non pare che dovrebbe conseguire il beneficio economico che lo stesso ha rappresentato nel corso del procedimento⁷¹), sia dagli importatori presso altri punti (atteso che, almeno dai calcoli prospettati nel medesimo documento, dovrebbero subire un incremento dei corrispettivi di *entry* cui sono interessati pari circa a il 11,3%⁷²).

Da ultimo, non si deve neppure dimenticare che l'operatore in questione ha, nel frattempo, impugnato in riassunzione la regolazione tariffaria del periodo 2010-2013, confermata (con nuova motivazione) con la deliberazione 550/16: non è chiaro quale sarà l'esito di tale contenzioso, ben potendo il giudice seguire gli ultimi orientamenti della sentenza 27 luglio 2023, n. 7386.

⁷¹ Cfr. DCO 424/23, § 1.11 (in cui si apprende anche che l'operatore auspica di incassare, per il solo periodo di regolazione 2014-2017 circa 90 milioni di euro).

⁷² Mentre il presente lavoro è in fase di pubblicazione, Arera ha adottato un nuovo documento per la consultazione – il DCO 103/24, nell'ambito del quale, a fronte del generale dissenso e delle serie preoccupazioni rappresentate dai vari utenti del trasporto, ha prospettato l'intenzione di introdurre, in via del tutto eccezionale, un meccanismo di socializzazione sulla clientela finale, da applicare a valere sulle future tariffe di trasporto, al fine di compensare i soli importatori da Sud. Al riguardo, Arera ha peraltro ammesso che una tale soluzione costituisce una forzatura del sistema tariffario. Tuttavia, ne ha prospettato l'introduzione, proprio al fine di ridurre le incertezze per il sistema, e quindi, in parte, a tutela della stessa clientela finale, sulla quale, però, la misura andrà a impattare generando oneri che non sarebbero dovuti (cfr. §§ 4.12-4.16).

3. *Assiologia*

3.1. *Una direttiva per una dottrina dell'interpretazione*

Adducere inconueniens non est solvere argumentum. A ricordarlo è il Consiglio di Stato, in una delle pronunce adottate sulla vicenda degli OG, in replica alle considerazioni svolte da Arera sugli inconvenienti applicativi conseguenti alle sentenze del Tar Lombardia che si erano uniformate alla sentenza 24 maggio 2016, n. 2182⁷³.

Non è però mio interesse, qui, svolgere argomenti, almeno non argomenti giuridici a sostegno d'una tesi o d'una impostazione dogmatica. Il mio intento, come chiarito *sub 0*, è quello di fare emergere, dall'analisi compiuta *sub 2*, un *valore* che dovrebbe, in particolari *contesti* di decisione, orientare in una certa direzione (e non in altre) l'attività decisionale del giudice (e le connesse attività interpretative e argomentative).

I *contesti* di decisione che ho considerato sono costituiti da controversie che si collocano nell'ambito di ordinamenti economici settoriali, quali quello dell'energia, sottoposti alla disciplina d'una autorità di regolamentazione indipendente (come Arera), la quale conforma – con una disciplina tendenzialmente con pretese di sistematicità – una pluralità, ricca e variegata, di rapporti giuridici tra i vari operatori, interconnessi tra loro.

Un aspetto rilevante, che mi pare emerga bene dall'esame svolto *sub 2*, è che le predette controversie, che il giudice è chiamato a decidere, non sono di univoca e immediata risoluzione, nel senso che le attività di individuazione delle disposizioni rilevanti, e di loro interpretazione (in senso ampio), che, in concreto, risultano possibili (e relativamente *plausibili*) sono più d'una. Nelle vicende esaminate, anzi, si è visto (da una prospettiva d'analisi deontologica) che le decisioni del giudice non sono affatto ben fondate, o (almeno) sono criticabili ed è possibile costruire un percorso argomentativo più solido che conduca a soluzioni differenti.

Così, nel caso degli OG, le decisioni esaminate si basavano su un'interpretazione letterale d'un testo che solo apparentemente poteva risultare corretta, in quanto, se si considera il testo dell'*intera* disposizione interpretanda, e (soprattutto) gli altri enunciati normativi ai quali rinviavano i brani di testo omessi, allora la stessa interpretazione letterale offerta dal giudice non sta più in piedi.

Nel caso del trasporto del gas naturale, poi, la decisione del giudice è costruita su un'interpretazione teleologica, che muove da un atto di individuazione della *ratio* d'un obbligo di legge, che risulta però poco accettabile, sia rispetto alla lettera della disposizione (che dà rilievo al Mezzogiorno in quanto area

⁷³ Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2017, n. 5619/17, § 13.1.

carente sotto il profilo infrastrutturale, di sviluppo del territorio considerato), sia rispetto ad altre norme dell'ordinamento (che attribuiscono specificamente al Governo le competenze in tema di strategia politica internazionale)⁷⁴.

In tali contesti, quindi, il giudice, nel momento in cui si trova a dover scegliere tra una pluralità di percorsi argomentativi (possibili) – o comunque a riflettere sul percorso che egli intende seguire (rispetto ad altri possibili) – non può non considerare le probabili ricadute che potranno avere le sue decisioni e (soprattutto) i relativi argomenti, dovendo astenersi dall'adottare quelli che determinano il prodursi di ricadute sistemiche indesiderabili, quali quelle che connotano i disastri esibiti *sub 2*.

Parlando di *ricadute sistemiche*, come detto, intendo (i) una "alterazione" d'una rete d'una pluralità di (concreti) rapporti giuridici, intercorrenti tra un numero rilevante di soggetti diversi, e interconnessi tra loro; e/o (ii) una "disarticolazione" delle connessioni sistematiche dell'insieme dei predetti rapporti definiti dalla regolazione settoriale adottata dall'autorità di regolamentazione.

Così, nel caso degli OG, le pronunce del giudice non hanno solo un impatto sulla generalità dei rapporti contrattuali che intercorrono tra venditori e distributori, e i collegati rapporti tra venditori e clienti finali; esse incidono anche sull'assetto organico della disciplina complessiva di tali rapporti, modificandone alcuni dei principi fondanti. Analogamente, anche nel caso delle tariffe di *entry* della RNG, le pronunce del Consiglio di Stato esaminate non avranno un impatto solamente sulla generalità dei rapporti tra il gestore della rete e i soggetti che sono stati suoi utenti negli anni considerati, ma hanno anche alterato, sovvertendolo, uno dei principi da sempre assunti nella regolazione tariffaria dei contratti di trasporto (in generale).

È qui il caso di osservare che è proprio la modifica, da parte del giudice, di tali principi cardine, assunti dall'autorità di regolazione nella costruzione (e sistemazione) della disciplina considerata, che rende facilmente prevedibili le ricadute sistemiche della sua decisione. Se rimuovo, e modifico, uno dei postulati – o delle assunzioni – d'un sistema non posso ragionevolmente attendermi che i corollari e i teoremi di quel sistema restino necessariamente invariati.

⁷⁴ In via generale, è bene ricordare che, come ha ben mostrato Riccardo Guastini (*Produzione di norme a mezzo di norme*, cit.), ogni argomento giuridico basato sull'attività di individuazione della *ratio* d'una norma è attività (non interpretativa in senso stretto), ma genuinamente nomopoietica, attesa l'ampia discrezionalità che il giudice ha nell'attribuire a un certo testo un certo scopo. Peraltro, d'accordo con V. Velluzzi, *Analogia giuridica e razionalità dell'ordinamento. Note a margine*, in Id., *Tra teoria e dogmatica. Studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012, 85 ss., l'individuazione d'una *ratio*, ancorché discrezionale, non è un'attività completamente arbitraria, potendo essere individuati criteri (pragmatici) di accettabilità: ad esempio, commenta Velluzzi (Ivi, 92-93) «uno scopo potrà dirsi plausibilmente lo scopo o uno degli scopi di una data norma se: è compatibile con la formulazione letterale della norma; se non è incompatibile con la finalità di altre norme [...]; se non è uno scopo assurdo». È proprio in base a tali criteri che a me pare non sia accettabile l'interpretazione del giudice nella vicenda *sub 2.2*.

Ma perché dette ricadute sistemiche sono *indesiderabili*? Anche questo aspetto mi pare chiarito dall'esame delle due vicende considerate.

Ora, in disparte il "costo" (economico) che tali decisioni hanno generato (la generalità dei clienti finali "buoni pagatori" su cui è ribaltato il rischio della morosità degli OG di venditori e di altri clienti finali inadempienti; gli altri venditori che importano gas da punti di *entry* diversi da quelli meridionali), l'aspetto problematico che maggiormente viene in rilievo è quello dell'*incertezza* che quelle ricadute sistemiche portano con sé.

È vero, infatti, che l'alterazione dei rapporti giuridici e la disarticolazione della sistematicità della loro disciplina è un fatto rimediabile, anzi: i procedimenti d'ottemperanza perseguono proprio questo scopo (e, infatti, nel caso degli OG, Arera è riuscita ad adottare una nuova disciplina coerente coi nuovi principi giurisprudenziali, e una disciplina coerente coi nuovi principi adottati dal giudice in tema di corrispettivi di *entry* della RNG sarà, alla fine, adottata).

Tuttavia, l'incertezza che accompagna le ricadute sistemiche delle pronunce esaminate è un'incertezza che, in primo luogo, si è protratta per (o ha comunque interessato) un periodo di tempo notevole. Nel caso degli OG, ad esempio, la nuova regolazione è stata completata dopo circa sei anni, e il percorso di riforma previsto dal legislatore (che andrà a incidere sulla regolazione adottata nel 2021) non si è ancora concluso. Nel caso del trasporto, come visto, è possibile che si dovrà attendere un po' di tempo prima che la nuova regolazione si stabilizzerà, e comunque essa avrà a oggetto una serie di rapporti che si sono dispiegati per un periodo di (almeno) sei anni, intervenendo a più di quattro anni di distanza.

In secondo luogo, l'incertezza che accompagna gli effetti sistemici delle pronunce in esame investe principi importanti attorno ai quali era stata sistematizzata da Arera la materia regolata. È quindi, in qualche modo, stata messa in crisi la certezza che un assetto con pretese di sistematicità normalmente conferisce a una disciplina, e, quindi, ai rapporti che ne conseguono.

Così, nel caso degli OG, si è visto che il sistema regolatorio era stato costruito da sempre (dall'avvio della liberalizzazione) sull'assunto per cui il rischio morosità fosse a carico dei venditori, e l'intero mercato si era conformato a tale impostazione; e allo stesso modo la regolazione tariffaria del trasporto aveva da sempre (anche qui dall'avvio della liberalizzazione) curato le esigenze della clientela finale ubicata nelle aree del Mezzogiorno. L'impianto regolatorio e la sua sistemazione sono stati travolti all'improvviso da una decisione giudiziale, senza che però né l'autorità di regolazione, né il mercato (inteso come insieme dei soggetti che esprimono domanda e offerta) avesse avuto tempo e modo per prepararsi a una conseguente riforma organica della materia.

È, insomma, il valore della *certezza* a essere vulnerato dalle ricadute sistemiche delle pronunce considerate. E la *certezza*, come noto, non è solo un valore che tipicamente interessa il diritto in generale, ma è anche un valore importante, in particolare, per i mercati e per il loro buon funzionamento⁷⁵. Certamente, le decisioni esaminate *sub* 2, ancorché apparentemente ragionevoli, non hanno certamente prodotto buoni effetti sulla *certezza* e sulla stabilità dei mercati – e quindi sul loro buon funzionamento.

3.2. *Per il ruolo del giudice*

Quanto sin qui detto non significa, però, che il giudice deve appiattirsi e prendere per buona (acriticamente) la sistemazione che l'autorità di regolamentazione conferisce (meglio, tenta di conferire) alla disciplina settoriale.

Le autorità di regolamentazione, come anche emerge in filigrana dall'analisi qui compiuta, hanno un grande potere (che, come visto, le rende simili a un legislatore); e un tale potere non può che trovare un necessario contrappeso nel sindacato del giudice.

Di ciò pare consapevole la stessa giurisprudenza che, innanzi tutto, come visto *sub* 1.2, ha imposto alle autorità di regolamentazione (ai fini della legittimità delle proprie regole) di motivare i provvedimenti a contenuto generale, facendoli precedere da una consultazione dei soggetti interessati⁷⁶; in secondo luogo, si è anche riservata un sindacato più penetrante nell'esercizio della discrezionalità tecnica delle autorità di regolazione, sindacato che, senza sovrapporsi alle scelte dell'amministrazione, può spingersi a valutare la ragionevolezza dei vari passaggi dell'iter logico che l'amministrazione ha scelto di seguire⁷⁷.

⁷⁵ Sul tema della *certezza* quale valore specifico per il diritto (così, ad esempio, G. Radbruch, *Filosofia del diritto*, Milano, 2021 [1932], 81-85), la letteratura giuristica è sconfinata. In Italia, oltre a N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 1, e a C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, mi limito a rinviare a G. Gometz, *La certezza come prevedibilità*, Torino, 2005 e Id., *Indici di certezza del diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2012, 12, 309 ss. (cfr. anche A. Schiavello, *L'avvocato Hercules tra certezza e flessibilità del diritto*, in *Ordines*, 2021, 2, 350 ss.). Sugli aspetti economici dell'incertezza giuridica, invece, più di recente, cfr. M. Giraud, *Incertezza giuridica e instabilità economica*, in *Sistemi intelligenti*, 2023, 35, 1, 179 ss. (anche per i ricchi riferimenti bibliografici).

⁷⁶ Cfr. precedente nota 29.

⁷⁷ Tale giurisprudenza è richiamata, ad esempio, anche dalla prima sentenza del Consiglio di Stato sulle tariffe di trasporto (5 ottobre 2022, n. 8523), afferma, in sintesi che, «pur non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione in ciò che a essa è riservato, il merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi a un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma deve estendersi, invece, all'esatta rappresentazione dei fatti e all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante».

Ma se così è, allora il giudice non può esimersi dal tener conto dell'attività di sistemazione (e di sistematizzazione) compiuta dalle autorità di regolamentazione, e delle conseguenze prevedibili che le sue decisioni possono avere su tale attività e sulle sottostanti dinamiche che governano i rapporti giuridici che ne sono disciplinati.

Anche il giudice, ovviamente, con le sue decisioni, partecipa e interviene sull'attività di sistemazione (e di sistematizzazione) delle autorità di regolamentazione, confermandola o correggendola: non solo, quindi, in termini generali, di principi dell'azione amministrativa e di coerenza/incoerenza con le norme di legge e di attribuzione di poteri, ma anche sulle modalità con cui un certo assetto di rapporti giuridici (in cui consistono i mercati regolati, o porzioni di essi) sono disciplinati e ordinati.

La numerosa giurisprudenza prodotta proprio con riferimento al settore dell'energia offre un panorama ricco (ed encomiabile) di decisioni giudiziali in tale prospettiva: (i) sia in termini di conferma della ricostruzione sistematica di Arera (basti pensare, a mero titolo di esempio, alla giurisprudenza prodotta in tema di codici di rete ed eterointegrazione dei contratti da parte del regolatore)⁷⁸; (ii) ma anche in termini di correzione della ricostruzione sistematica di Arera (si pensi, a mero titolo d'esempio, al modo d'intendere l'obbligo di *third party access*, alla stregua di obbligo legale, con le conseguenti eccezioni che possono essere opposte dal gestore di rete⁷⁹; o, più di recente, all'intervento di Arera di ordinare a numerosi utenti del dispacciamento di restituire al sistema parte di quanto conseguito da strategie di programmazione non diligenti – su cui il giudice è intervenuto a integrare i criteri che Arera avrebbe dovuto considerare a tal fine, proprio alla luce della disciplina da questa definita⁸⁰).

In tale contesto, pertanto, il penetrante potere di controllo che il giudice esercita sugli atti generali delle autorità di regolamentazione comporta, per il medesimo giudice, una correlativa *responsabilità* delle sue decisioni⁸¹. E una tale

⁷⁸ Cfr. precedente nota 20, e giurisprudenza ivi richiamata.

⁷⁹ Cfr. precedente nota 25. Dalla riconduzione dell'obbligo di *third party access* alla fattispecie dell'obbligo legale del legalmonopolista, il giudice ha tratto la conseguenza (negata inizialmente da Arera) che il gestore di rete può esercitare la c.d. eccezione di inadempimento per negare l'accesso a un utente che era stato in passato inadempiente, fintanto che non fosse disponibile a versare quanto dovuto. A tale principio, Arera ha poi conformato l'intera sua regolazione della tutela del credito per tutti i servizi il cui esercente è tenuto a offrire il servizio a chi lo richiede.

⁸⁰ Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2023, n. 6541. La vicenda è troppo complessa per poterne dare conto qui, ma è interessante solo evidenziare il fatto che il giudice, nel concordare con lo sviluppo svolto da Arera a partire dalla sistemazione del servizio di dispacciamento, ha però tratto da tale sistema alcune conseguenze non considerate da Arera che però essa avrebbe dovuto considerare, ai fini dei recuperi (ciò che ha consentito di rettificare i contenuti provvedimenti originariamente impugnati, in coerenza col sistema definito da Arera).

⁸¹ Uso qui il termine 'responsabilità' per indicare ciò che, ad esempio, Hebert L.A. Hart, nel *Postscriptum a Responsabilità e pena*, Milano, 1981 [1968] ha chiamato responsabilità per ruolo.

responsabilità non può non riguardare anche le conseguenze, le ricadute, delle decisioni sull'insieme di relazioni giuridiche sottostante e sul sistema che regge la relativa disciplina: il giudice, in altre parole, nel momento in cui partecipa all'attività di sistemazione delle autorità di regolamentazioni con penetranti poteri, non può esimersi dall'interrogarsi se, e in quale misura, le sue decisioni possano produrre ricadute sistemiche per il settore, e quali "costi" per il sistema esse possano produrre, non solo in termini economici, ma anche in termini di (in)certezza per i mercati. Si tratta, insomma, (anche) del dovere di evitare disastri.

Disastri apparentemente ragionevoli della giurisprudenza

Assumendo una prospettiva d'analisi meta-giurisprudenziale, il presente lavoro è volto a tematizzare alcune pronunce giudiziali, adottate in settori economici disciplinati dalle autorità indipendenti di regolamentazione, le quali pronunce hanno prodotto risultati indesiderabili di tipo sistemico sulle relazioni giuridiche che connotano detti settori. In particolare, il metodo d'analisi e le categorie impiegate sono quelle offerte dalla filosofia analitica del diritto, assumendo in particolare una teoria realista dell'interpretazione, volta a valutare non solo come le decisioni sono fondate (approccio deontologico), ma anche quali ripercussioni esse hanno in termini di interessi cui prestano tutela (approccio consequenzialista). L'ambito fenomenico selezionato è quello della regolazione dei mercati dell'energia, di cui saranno presi in considerazione due casi emblematici. Lo scopo dell'analisi è quella di fornire un contributo a una dottrina dell'interpretazione, ossia di proporre alcuni criteri che possono guidare (per il futuro) le attività interpretative dei giudici che operano in settori simili a quello considerato.

Seemingly reasonable disasters of judicial decisions

Assuming a meta-jurisprudential perspective, present work aims to thematize certain judicial pronouncements, adopted in economic sectors regulated by independent regulatory authorities, which have produced undesirable systemic results on the legal relations characterizing that sector. In particular, the analysis is conducted according to the method and categories offered by the analytical philosophy of law, assuming a realist theory of interpretation, oriented towards establishing not only how decisions are grounded (deontological approach), but also what repercussions they have in terms of protected interests (consequentialist approach). The phenomenal field selected is that of the regulation of energy markets, of which two highly controversial case law cases will be analyzed and highlighted. The purpose of the investigation is to provide a contribution to a doctrine of interpretation, i.e. to propose some criteria that can guide (future) interpretative actions of judges operating in sectors similar to the one considered.

