

“La funzione giustiziale dell’Autorità: un primo bilancio”

Simone Lucattini

Un bilancio della funzione giustiziale svolta dall’Autorità per l’energia elettrica, il gas ed il sistema idrico richiede, già a livello metodologico, un **approccio induttivo**, “dal basso”, attento cioè alla prassi applicativa e al *corpus* di decisioni adottate. Lo studio di questo “materiale” consente, a sua volta, di isolare **tre concetti-chiave**, funzionali all’analisi che ci si accinge ad intraprendere:

- 1) **Consensualità**,
- 2) **Forza coattiva**,
- 3) **Regolare giudicando (o regulation by litigation)**

I) Consensualità

La consensualità presenta **due risvolti**: uno che riguarda la fase genetica della procedura giustiziale; l’altro che attiene, invece, alla sua fase conclusiva.

Fase genetica: l’avvio della procedura giustiziale *ex delibera* 188/2012/E/com prescinde dal previo accordo tra i litiganti (reclamante e gestore di rete): infatti il gestore di rete-“convenuto”, a prescindere dal suo consenso, può essere portato *ex uno latere* di fronte al Regolatore, che diviene così giudice dei suoi comportamenti. In ciò la procedura giustiziale si differenzia, ontologicamente, dall’altro rimedio offerto dall’Autorità per risolvere controversie infrastrutturali, l’arbitrato amministrato previsto dalla delibera n. 42/05.

Come noto, l’arbitrato – ogni arbitrato – consiste nell’affidare la soluzione di una controversia ad un terzo nominato di comune accordo dalle parti, mediante un atto di autonomia negoziale (compromesso o clausola compromissoria): qui risiede la consensualità o, *rectius*, la volontarietà dell’arbitrato. Ma proprio questo fondamento consensuale può costituire un **ostacolo**, in quanto il gestore di rete detiene un potere contrattuale incomparabilmente superiore rispetto all’utente della rete e, quindi, di solito, non ha alcun interesse a portare la controversia di fronte ad un collegio nominato da entrambe le parti, in un contraddittorio tendenzialmente paritario. Ciò spiega anche la diversa fortuna dei due strumenti di giustizia alternativa; si pensi che, dal 2005 ad oggi, l’Autorità

ha celebrato, in qualità di Istituzione arbitrale, un solo arbitrato (lodo n.1/2006), mentre le decisioni giustiziali *ex delibera* 188/2012 sono ormai oltre 40.

Fase conclusiva: la natura stessa delle cose oggetto di controversia – infrastrutture di rete – rende quanto mai convenienti soluzioni di tipo consensuale. Il mantenimento di buoni rapporti tra il gestore dell'*essential facility* e gli utenti risulta infatti fondamentale, trattandosi di rapporti di durata, che non si esauriscono *uno momento*, bensì destinati a protrarsi nel tempo. Nella specie, quanto mai feconda appare dunque la logica della giustizia “**coesistenziale**”, evocata a suo tempo da Mauro Cappelletti¹: una giustizia in grado di “rammendare”, invece che lacerare, le relazioni tra le parti, di non provocare, quindi, brusche rotture, troppo spesso causate dal processo giurisdizionale, strutturalmente retto da una logica binaria (torto/ragione).

In linea con questa generale impostazione, il procedimento prefigurato dalla delibera 188 del 2012 pare poter agevolare esiti transattivi:

- il regolamento (art. 3, comma 1) delinea un **sistema bifasico**, dapprima, il reclamo al gestore, solo dopo, il reclamo all’Autorità ai sensi della delibera 188, che pare in grado di favorire il progressivo stemperamento della controversia attraverso il confronto e interlocuzione tra i litiganti;
- è inoltre prevista (art. 3, comma 6, regolamento) una **modalità semplificata** di risoluzione delle controversie, applicabile qualora “*la problematica oggetto del reclamo risulti di evidente soluzione*” ovvero sia risolvibile “*sulla base di precedenti affini o di orientamenti consolidati dell’Autorità*”. In tali casi, il responsabile del procedimento può proporre alle parti, fin dalla delibera di avvio, un’ipotesi di risoluzione della controversia: l’esito del procedimento non è, dunque, una decisione eteronoma, bensì una proposta destinata, se le parti l’accettano, a trasformarsi in un contratto (*ad finiendas lites*).

In ogni caso, l’**esistenza stessa** della procedura pare poter favorire l’autocomposizione delle controversie, mediante soluzioni negoziali. Difatti, il gestore di rete, sapendo che l’operatore *new comer* può autonomamente rivolgersi all’Autorità, potrebbe essere portato a valutare tutte le possibilità di accordo per evitare una soluzione imposta “dall’alto” dal Regolatore. Tale effetto deterrente pare poter essere rafforzato dalla pubblicazione delle decisioni sul sito *internet* dell’Autorità, prevista dall’art. 7, comma 3, del regolamento, e dalla pubblicazione del massimario: strumenti questi idonei a portare a conoscenza dell’intero settore il *case law* dell’Autorità.

¹M.CAPPELLETTI, *Appunti su conciliazione e conciliatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 56.

II) Forza coattiva

Punto di partenza per ogni ragionamento sulla coercibilità delle decisioni giustiziali dell'Autorità è la loro natura di provvedimenti amministrativi che, quindi, diversamente dalle sentenze, non possono costituire titoli esecutivi *ex art. 474 c.p.c.* Tanto premesso, si tratta di verificare empiricamente l'effettività di queste decisioni, ossia la loro capacità di incidere nella realtà effettuale.

L'Autorità monitora attentamente l'esecuzione delle proprie decisioni di risoluzione delle controversie; peraltro, nel "deliberato" viene solitamente fissato un termine alle parti entro cui adeguarsi (delibera 522/2013/E/eel) o, addirittura, viene chiesto di trasmettere dettagliate relazioni attestanti l'ottemperanza (delibera 480/2014/E/eel).

Nella pratica, non si rilevano casi di mancato adeguamento alle decisioni dell'Autorità.

Ciò sembra dovuto a **due essenziali ragioni**: l'**autorevolezza del Regolatore** e il **timore di sanzioni** da parte dell'Autorità:

- sul primo versante, all'autorevolezza tecnica del Regolatore pare potersi aggiungere il **discredito** che potrebbe ricadere sulle imprese inadempienti. Aspetto questo non trascurabile, se si pensa, ad esempio, che l'Arbitro Bancario finanziario, istituito presso la Banca d'Italia per risolvere le controversie tra banche e clienti, fa registrare altissimi tassi di adeguamento alle proprie decisioni – in realtà, dei pareri, come tali, privi di forza vincolante – anche per il fatto che la notizia dell'eventuale inadempienza è pubblicata sul sito dell'ABF e, a spese dell'intermediario, su due quotidiani a diffusione nazionale;
- ma soprattutto, la forza coattiva delle decisioni giustiziali pare assicurata dal potere sanzionatorio dell'Autorità² che costituisce strumento di **esecuzione indiretta**, nel senso che la minaccia della sanzione pecuniaria può servire per indurre all'adempimento.

III) *Regolare giudicando (o regulation by litigation)*

Connotato tipico della funzione giustiziale svolta dall'Autorità per l'energia (e in generale dalle autorità indipendenti) è l'intrinseca **commistione tra "giustizia" e "regolazione"**. Infatti, l'Autorità, anche quando decide liti tra privati, resta tale: non si spoglia (non può spogliarsi) del proprio ruolo di Regolatore di settore. Dunque, il **rischio** è che le finalità sistemiche della regolazione assorbano o, addirittura, prevalgano sulle esigenze di tutela individuale dei diritti.

²Infatti, il regolamento (art.7, comma 1) prevede, espressamente, che la "mancata ottemperanza" "costituisce violazione sanzionabile ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n.481".

Due sembrano essere i **principi in grado di porre un argine** a questi possibili inconvenienti del *regolare giudicando*:

- il **principio della domanda**, idoneo a evitare decisioni avulse dalle istanze del reclamante e, quindi, in ogni caso non soddisfattive delle sue pretese;
- il **principio di affidamento**, in ossequio al quale il Regolatore, nell'esercizio della funzione giustiziale, dovrebbe limitarsi all'interpretazione/chiarimento delle regole, essendogli invece precluso di introdurre *ex novo* obblighi e prescrizioni non previsti dalla regolazione *ex ante*.

In tale prospettiva, il **Tar Lombardia, sez. II, 3 marzo 2015, n. 618** ha riconosciuto la legittimità della decisione (delibera 114/2014/E/eel) dell'Autorità, in quanto con essa il Regolatore “*non ha introdotto una regolazione innovativa retroattiva della singola fattispecie concreta ... ma ha fatto unicamente applicazione della disciplina relativa al sistema incentivante CIP 6/1992*”.