

Publicato il 23/03/2024

N. 00878/2024 REG.PROV.COLL.  
N. 02361/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2361 del 2023, proposto da

**Ep Produzione S.p.A.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Matteo Ferrario, Simona Bruno, con domicilio eletto presso lo studio Tommaso Matteo Ferrario in Milano, via Arrigo Boito, n. 8;

*contro*

Arera Autorita' di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Milano, via Freguglia, 1;

*nei confronti*

Snam Rete Gas S.p.A., A2a S.p.A., A2a Energia S.p.A., Italiana Coke S.r.l., non costituiti in giudizio;

*per l'ottemperanza*

alla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. I, 5 gennaio 2021, n. 33, come confermata con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2022, n. 6098, e per la declaratoria di

nullità e/o per l'annullamento della deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente 410/2023/R/gas in data 19 settembre 2023, nonché, ove occorrer possa, della deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente 448/2022/R/GAS e del Documento per la consultazione 41/2023/R/GAS e della delibera ARERA 114/2019/R/GAS per il periodo regolatorio 2020-2023, nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;

e per la nomina

di un commissario ad acta qualora l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente non dovesse provvedere all'ottemperanza della pronuncia nel termine che Codesto Ecc.mo T.A.R. riterrà opportuno assegnare, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. d), c.p.a.

nonché, in via subordinata, per la condanna

dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione, ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arera Autorita' di Regolazione per Energia Reti e Ambiente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2024 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha proposto domanda di ottemperanza alla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 33, come confermata con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2022, n. 6098, e per la declaratoria di nullità e/o per l'annullamento della deliberazione dell'Autorità di Regolazione per Energia

Reti e Ambiente n. 410/2023/R/gas in data 19 settembre 2023 in quanto con la suddetta delibera è stata disposta la conclusione del procedimento avviato con la deliberazione n. 448/2022/R/GAS senza l'adozione di alcuna misura di economicità della tariffa di trasporto del gas per i clienti finali altoconsumanti.

La deliberazione n. 410/2023/R/gas in data 19 settembre 2023 di conclusione del procedimento è motivata con riferimento al fatto che il decreto-legge 69/23, recante “Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano”, convertito in legge 10 agosto 2023, n. 103, all'articolo 22-ter, ha abrogato il comma 2bis dell'articolo 38 del decreto legge 83/2012 che ha introdotto la misura che non risulta ottemperata.

Secondo l'ARERA la ratio dell'abrogazione sta nella volontà di limitare le agevolazioni da riconoscere alle imprese altoconsumanti ai parametri indicati dalla Commissione europea nei suoi orientamenti in materia di “aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia”; tali orientamenti – ossia i nuovi orientamenti adottati con Comunicazione della Commissione Europea 18 febbraio 2022 – prevedono che per le imprese ad alto consumo di gas naturale debba applicarsi il paragrafo relativo agli aiuti sotto forma di sgravi da tasse o prelievi parafiscali ambientali ai sensi del quale gli aiuti sono ammissibili qualora siano dimostrate ambedue le seguenti condizioni: “a. gli sgravi sono destinati alle imprese più colpite dalla tassa o dal prelievo ambientale, che non sarebbero in grado di proseguire le loro attività economiche in materia sostenibile in assenza degli sgravi; b. il livello di tutela ambientale effettivamente raggiunto attraverso l'applicazione degli sgravi è maggiore di quello che sarebbe stato raggiunto se gli sgravi non fossero stati applicati”; in tal modo, con l'abrogazione dell'articolo 38, comma 2bis, del decreto-legge 83/2012, il legislatore nazionale ha inteso rimuovere forme di agevolazione per le imprese altoconsumanti diverse da quelle autorizzate dalla

Commissione in coerenza coi sopra richiamati criteri; e ciò al fine di attuare, quindi, obblighi derivanti atti dell'Unione europea ed evitare un possibile contenzioso con la Commissione, sulle possibili misure agevolative che l'Autorità avrebbe adottato in esecuzione della norma abrogata.

Il mutato quadro normativo, pertanto, fa venir meno, secondo l'ARERA, il presupposto legale che giustifichi, da parte dell'Autorità, l'introduzione di misure di economicità della tariffa di trasporto a vantaggio dei clienti finali altoconsumanti, ulteriori rispetto a quelle già in vigore per imprese gasivore o clienti termoelettrici, prospettate nel documento per la consultazione 41/2023/R/GAS; diversamente, infatti, l'eventuale adozione di tali misure – anche per il periodo pregresso 2018-2023 – esporrebbe il Paese a un rischio di incoerenza con la normativa europea che il legislatore ha, invece, voluto eliminare con l'articolo 22-ter del decreto-legge 69/23.

Contro il suddetto atto ed i suoi atti preparatori la ricorrente ha proposto i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e/o elusione del giudicato – Violazione e/o falsa applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione del giudicato – Violazione e/o falsa applicazione del principio del legittimo affidamento del privato – Violazione e/o falsa applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale – Violazione e/o falsa applicazione art. 11 delle preleggi al codice civile – Violazione e/o falsa applicazione art. 2909 codice civile – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 97 Cost. e 1 l. 241/1990 – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 septies l. 241/1990 – Violazione e/o falsa applicazione degli art. 3 e 24 Cost. – eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza della motivazione – difetto di istruttoria – travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – sviamento di potere – illegittimità manifesta.

Secondo la ricorrente la decisione di interrompere l'iter di ottemperanza “anche per il periodo pregresso 2018/2023” sarebbe nulla in quanto la norma non ha alcuna portata retroattiva espressa o tacita, non contiene un espresso

divieto di esecuzione della precedente disposizione, né è conseguenza di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, né contiene una norma che disciplina le situazioni pregresse.

A ciò si aggiungerebbe che il diritto di credito sorto dai giudicati in questione sarebbe una situazione giuridica istantanea sulla quale il *ius superveniens* non potrebbe influire.

Neanche la Comunicazione della Commissione europea C 80/2022 del 18 febbraio 2022 appare alla ricorrente in alcuna misura impeditiva dell'attuazione del giudicato in quanto:

- a) ha un ambito di applicazione del tutto distinto rispetto alla fattispecie di cui all'art. 38 d.l. n. 83/2012 ed alle conseguenti misure di tutela dei grandi consumatori di gas, varate nell'ambito degli interventi per il sostegno ai settori industriali maggiormente colpiti dalla crisi industriale, che con il decreto recante "Misure Urgenti per la Crescita del Paese" si intendeva supportare;
- b) "i prelievi in materia di sgravi da prelievi sull'energia elettrica" (lettera l) dell'art. 2.2 della Comunicazione) possono essere limitati solo ove questi possano comportare una delocalizzazione o una de-elettrificazione;
- c) non è possibile desumere dalla Comunicazione in parola che alle imprese ad alto consumo di gas naturale debba applicarsi il paragrafo relativo agli aiuti di stato sotto forma di sgravi da tasse o prelievi parafiscali ambientali", ossia il paragrafo 4.7.1, punti da 293 a 309 della Comunicazione;
- d) poichè la Comunicazione costituisce una linea guida avente quale scopo il mero orientamento degli Stati membri nella definizione di misure qualificabili come aiuti di stato, al fine di indicare i presupposti che, ove ritrovati nelle dette misure, potranno ragionevolmente condurre a un assenso da parte della Commissione, ne consegue che il giudizio verrà in ogni caso espresso solo per il tramite della decisione assunta ai sensi dell'art. 107-108 TFUE. Per tale ragione la Comunicazione in alcun modo potrebbe risultare impeditiva dell'attuazione del giudicato.

La ricorrente ha quindi chiesto la nomina di un Commissario ad acta ed in subordine la condanna dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente al risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione, ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a, nella misura almeno pari ad Euro 2.587.092,00 o in quella che si riterrà in via equitativa.

La difesa dell'ARERA ha chiesto la reiezione del ricorso in quanto, con l'abrogazione dell'articolo 38, comma 2bis, del decreto-legge n. 83/2012, il legislatore nazionale ha inteso rimuovere forme di agevolazione per le imprese altoconsumanti diverse da quelle autorizzate dalla Commissione europea e ciò al fine di attuare, quindi, obblighi derivanti atti dell'Unione europea ed evitare un possibile contenzioso con la Commissione, sulle possibili misure agevolative che l'Autorità avrebbe adottato in esecuzione della norma abrogata.

Alla camera di consiglio del 24 gennaio 2024 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso è fondato in parte.

2.1 Dall'esame degli atti risulta che la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2022, n. 6098 ha confermato la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. I, 5 gennaio 2021, n. 33 stabilendo che *“31.2 Nel caso di specie, pure dovendosi ammettere la discrezionalità dell'Autorità nella disciplina dei criteri di riparto capacity/commodity ed entry/exit - facendosi questione di elementi non predefiniti in maniera vincolante dalla normativa di settore- emerge l'illegittimità del sistema tariffario per cui è causa, complessivamente considerato, in quanto carente di misure idonee ad assicurare in favore degli operatori alto consumanti la maggiore flessibilità ed economicità del servizio di trasporto prescritta dall'art. 38, comma 2-bis, del decreto-legge n. 83 del 2012, cit.; il che determina la conferma del contenuto dispositivo della pronuncia gravata.*

*L'illegittimità riscontrata con la presente sentenza, in particolare, non risiede, di per sé e in maniera atomistica, nelle modalità con cui sono stati definiti i criteri di riparto dei ricavi da*

*recuperare (capacity/commodity e entry/exit), ma nell'approvazione di una complessiva metodologia tariffaria che non prevede speciali misure agevolative per gli operatori alto consumanti.*

*L'Autorità, pure non risultando vincolata ad intervenire sui criteri di riparto esaminati, effettivamente condizionati (come osservato) dalla tipologia dei costi sottesi e dagli obiettivi di interesse generale perseguiti, non avrebbe potuto approvare una metodologia tariffaria carente di temperamenti o correttivi che tenessero conto della finalità indicata al regolatore dal legislatore nel 2012, né avrebbe potuto valorizzare a tali fini il meccanismo dei conferimenti infrannuali di cui alla delibera n. 512 del 2017, per le ragioni svolte insufficiente alla realizzazione delle esigenze di tutela sottese all'art. 38, comma 2-bis, del decreto-legge n. 83 del 2012, cit.*

*Deve, pertanto, confermarsi la sentenza gravata, occorrendo che l'Autorità, nella fase di riedizione del potere, definisca tali temperamenti e correttivi nell'esercizio della propria discrezionalità regolatoria.*

*Come già rilevato dalla Sezione con la sentenza n. 3735/2015, il decreto-legge n. 83 del 2012 si è limitato a prevedere che l'Autorità determinasse criteri, di qualsiasi tipo, purché tali da determinare condizioni di maggiore flessibilità e risparmio a tutela dei soggetti grandi consumatori, con la conseguenza che l'individuazione degli strumenti attraverso i quali darvi attuazione non potrebbe essere operata nella presente sede (altrimenti emergendo un inammissibile sindacato giudiziale di tipo sostitutivo), dovendo essere rimessa, nella fase di riedizione del potere, alla discrezionalità tecnica dell'Autorità appellante”.*

La sentenza ha quindi rilevato la portata precettiva della norma di legge, riconoscendo però l'ampia discrezionalità dell'ARERA nella definizione dei contenuti delle misure da adottare.

2.2 L'amministrazione ha dato avvio al procedimento di esecuzione delle suddette sentenze con la deliberazione 448/2022/R/GAS, con la quale ha predisposto uno schema di intervento assoggettato a consultazione del mercato. Al termine della consultazione ha sottoposto lo schema al Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica con la nota DIEU-MASE prot-2023-00043800, nella quale, dopo aver sollevato dubbi sulla possibilità che le

misure previste integrino un aiuto di Stato, ha invitato il Ministero a sottoporre l'atto alla Commissione europea, per valutarne la compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato, salvo che il Ministero ravvisi ragioni di opportunità per l'adozione di differenti disposizioni normative.

In sostanziale risposta a tale richiesta il Governo ha inserito nel D.L. 13 giugno 2023, n. 69 l'art. 22-ter, rubricato "Disposizioni per l'adeguamento alla comunicazione della Commissione europea 2022/C 80/01, del 18 febbraio 2022, recante la disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022", con il quale ha abrogato l'articolo 38 comma 2-bis del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

2.3 Venendo alle questioni sollevate nel ricorso, occorre in primo luogo escludere che la situazione giuridica della ricorrente sia di natura istantanea e quindi insensibile al *ius superveniens*, in quanto non solo il diritto di credito non è ancora sorto, non essendo stato ancora definito il contenuto della misura agevolativa prevista dalla norma oggetto di ottemperanza, ma la norma abrogata prevedeva un incentivo che dovesse permanere nel tempo. Il comma 2-bis infatti prevedeva che «2-bis. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, provvede ad adeguare il sistema delle tariffe di trasporto del gas naturale secondo criteri che rendano più flessibile ed economico il servizio di trasporto a vantaggio dei soggetti con maggiore consumo di gas naturale». Si tratta di una misura che doveva accompagnare le campagne tariffarie dell'ARERA nei vari periodi di vigenza, con effetti chiaramente durevoli.

2.4 Occorre poi rammentare, con riferimento alle situazioni durevoli, che in materia di sopravvenienze di diritto al giudicato, cioè quelle che derivano dall'emanazione di una normativa successiva al giudicato, che disciplina la fattispecie in maniera diversa da quella vigente al momento dell'emanazione del provvedimento impugnato e, quindi, in maniera diversa dalla regola giudiziale posta dal giudicato che abbia annullato quel provvedimento, la

giurisprudenza ha scelto, tra le due tesi estreme una via di compromesso e ritiene che debba trovare applicazione la normativa vigente al momento della notificazione della sentenza definitiva, dal momento che la notificazione ha l'effetto di "cristallizzare" la situazione di fatto e di diritto (Cons. St., Ad. plen., 21 febbraio 1994, n. 4; Cons. St., Ad. plen., 8 gennaio 1986 n. 1).

Nel caso in giudizio, poiché successivamente alla formazione del giudicato l'ARERA ha provveduto all'avvio del procedimento di esecuzione delle suddette pronunce, deve ritenersi che la sopravvenienza normativa dell'art. 22-ter D.L. 13 giugno 2023, n. 69 non sia di per sé preclusiva dell'esecuzione medesima, ponendosi a valle della formazione del giudicato, operando secondo una successione cronologica su quelle situazioni giuridiche durevoli per quel tratto dell'interesse che si svolge successivamente rispetto al giudicato.

2.5 Occorre poi domandarsi se la norma sopravvenuta sia o meno retroattiva, dovendosi ritenere che la norma retroattiva possa incidere in senso modificativo o preclusivo sull'accertamento della situazione soggettiva cristallizzata in sentenza con una azione retrospettiva, sia pur con il limite che essa non abbia inciso in maniera diretta e immediata sul giudicato, impedendone l'esecuzione.

In caso contrario, cioè se non è retroattiva, invece, si deve applicare la regola giurisprudenziale secondo la quale nel caso in cui il giudicato abbia ad oggetto situazioni giuridiche durevoli l'accertamento copre il tratto delle relazioni giuridiche tra le parti che si è svolto nel passato, non gli effetti giuridici successivi al tempo del processo, né i fatti futuri, che tornano ad essere disciplinati dalle fonti normative astratte (Cons. St., Ad. plen., 11 maggio 1998, n. 2).

In merito occorre rilevare che l'art. 22-ter D.L. 13 giugno 2023, n. 69 non prevede espressamente la sua retroattività né è evidentemente una norma interpretativa.

Assume invece rilievo il fatto che l'articolo sia rubricato "*Disposizioni per l'adeguamento alla comunicazione della Commissione europea 2022/C 80/01, del 18 febbraio 2022, recante la disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*". Infatti la rubrica di un articolo di legge è parte integrante dell'atto normativo e può quindi essere utilizzata per interpretare la norma stessa.

Poiché la rubrica dell'articolo fa evidente riferimento ad un atto comunitario del 2022 che funge da ragione giustificativa dell'intervento normativo, si deve ritenere che il legislatore abbia ritenuto di ancorare all'atto comunitario e quindi alla data della sua entrata in vigore l'incompatibilità della misura di favore nella definizione delle tariffe di trasporto di cui la ricorrente invoca l'applicazione.

Ne consegue che fino alla data di pubblicazione (o di entrata in vigore se successiva) della Comunicazione della Commissione europea 2022/C 80/01 del 18 febbraio 2022 non vi sono impedimenti normativi all'esecuzione della sentenza.

3. Occorre ora affrontare le questioni sollevate nel ricorso relative al presunto contrasto della misura applicativa che l'ARERA stava predisponendo con la Comunicazione della Commissione europea 2022/C 80/01, del 18 febbraio 2022. Il ricorso sul punto è infondato.

3.1 In merito occorre rilevare che la valutazione del contrasto con il diritto comunitario è da far risalire non tanto all'interpretazione di ARERA del Dossier del Senato in merito al significato della legge abrogativa, od alla motivazione contenuta nella deliberazione n. 410/2023/R/gas in data 19 settembre 2023 di conclusione del procedimento, ma direttamente alla legge abrogativa.

L'ARERA fa riferimento, in tale ultimo atto, alla "*finalità perseguita dal legislatore con tale abrogazione*" e pur esprimendo un giudizio adesivo in merito ai profili di possibile illegittimità comunitaria, è chiaro che è all'atto legislativo nazionale

che collega il giudizio di contrasto con i nuovi orientamenti adottati con Comunicazione della Commissione Europea 18 febbraio 2022.

Ne consegue che, poiché il ricorso non ha inteso impugnare per illegittimità costituzionale né chiedere la disapplicazione dell'art. 22-ter D.L. 13 giugno 2023, n. 69, è precluso al giudice qualsiasi valutazione in materia in ossequio al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

3.2 Ad analoga conclusione deve giungersi con riferimento alla contestazione, tra l'altro appena accennata, in merito alla natura normativa o meno della Comunicazione della Commissione Europea 18 febbraio 2022, in quanto erroneamente diretta nei confronti dell'atto impugnato e non della legge.

4. A ciò si aggiunge che, poiché l'abrogazione disposta dall'art. 22-ter D.L. 13 giugno 2023, n. 69 è una sopravvenienza di diritto successiva alla notifica della sentenza, e la sua retroattività non si estende al periodo anteriore alla notificazione della sentenza, essa non costituisce un ostacolo ed un limite all'esecuzione del giudicato ma rientra negli ordinari poteri del legislatore, il cui esercizio non è stato oggetto di contestazione. Ne consegue che l'abrogazione produce sicuramente effetti per il futuro.

5. Al riconoscimento dell'obbligo di ottemperare al giudicato fino alla data di pubblicazione (o di entrata in vigore se successiva) della Comunicazione della Commissione europea 2022/C 80/01 del 18 febbraio 2022 l'ARERA provvederà nel termine di sei mesi dalla ricezione della presente sentenza. Il termine, nella sua brevità tiene conto del fatto che l'amministrazione ha già predisposto uno schema di attuazione e non deve sottoporlo a procedura di verifica di aiuto di Stato, non ostando a tal fine la normativa sopravvenuta.

5.1 Non si ritiene opportuna la nomina di un Commissario ad acta giudiziale in considerazione del fatto che il decreto-legge n. 83 del 2012 attribuiva direttamente all'ARERA il compito di definire le misura in oggetto. Chiaramente il superamento del termine assegnato per l'ottemperanza legittima la ricorrente a riproporre la domanda di nomina del commissario ad acta giudiziale.

6. La domanda risarcitoria va respinta in quanto il procedimento non si è interrotto per scelta di ARERA ma del legislatore, e quindi non sussiste alcuna colpa dell'amministrazione in merito.

7. La complessità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l'effetto dispone che sia data esecuzione alla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 33, come confermata con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2022, n. 6098, nei limiti di cui in motivazione, entro il termine di sei mesi dal ricevimento della presente sentenza. Lo respinge per il resto.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Alberto Di Mario**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonio Vinciguerra**

IL SEGRETARIO