

ALBERTO DE CHIARA

SPUNTI DI RIFLESSIONE SULL'INTERESSE PUBBLICO E LE SITUAZIONI SOGGETTIVE
DI UTENTI, GESTORI ED AUTORITÀ DI REGOLAZIONE
DEI SERVIZI DI PUBBLICA UTILITÀ
(NELLA RISOLUZIONE 'PARAGIURISDIZIONALE'
O 'IN FORMA SEMICONTENZIOSA' DELLE CONTROVERSIE)

SOMMARIO: 1. Premessa: l'attività c.d. 'paragiurisdizionale' o 'in forma semicontenziosa' delle Autorità di regolazione tra 'procedimento in senso stretto' e 'processo'. – 2. L'equivocità del ruolo c.d. 'paragiurisdizionale' delle Autorità: in particolare, l'assimilazione tra l'attività di risoluzione di controversie e l'attività di vigilanza sul settore e le cc.dd. attività amministrative 'in forma semicontenziosa'. – 2.1. (Segue:) inidoneità classificatoria del criterio della modalità di svolgimento procedimentale; idoneità del criterio della natura della funzione e modalità della sua applicazione. – 3. L'assimilazione dei procedimenti cc.dd. 'arbitrali' all'arbitrato civilistico. – 3.1. (Segue:) ostacoli all'accoglimento di tale interpretazione. – 4. Storicità delle nozioni e dei modelli teorici dei pubblici servizi ed influenza su di esse (anche) delle premesse relative al rapporto tra Stato ed individuo/società civile assunto come riferimento: in particolare, il tradizionale assetto normativo e le corrispondenti elaborazioni. – 4.1. L'attuale assetto disciplinare del settore dei 'servizi di pubblica utilità': i fattori, la portata ed il significato dell'evoluzione. – 4.1.1. (Segue:) i rapporti tra gestori e utenti: il servizio universale tra interessi della collettività ed interessi individuali degli utenti. – 4.1.2. (Segue:) i rapporti tra gestori: la liberalizzazione concorrenziale e le esigenze di tutela nascenti dall'imperfezione del sistema; l'*essential facilities doctrine*. – 5. Compatibilità dell'attività esaminata con la nozione di funzione giustiziale della P.A. nei rapporti tra privati.

1. *Premessa: l'attività c.d. 'paragiurisdizionale' o 'in forma semicontenziosa' delle Autorità di regolazione tra 'procedimento in senso stretto' e 'processo'.*

Come è noto, la disciplina giuridica dei 'servizi pubblici' è stata da tempo investita da modificazioni a tal punto ampie e radicali che la stessa nozione è ritornata ad essere uno tra i temi di indagine più assiduamente oggetto dell'attenzione della dottrina¹.

Sebbene sia pacifica la rilevazione del fenomeno ed il riconoscimento in esso di un carattere autenticamente 'rivoluzionario', tale cioè da imporre una revisione delle relative nozioni e ricostruzioni teoriche, non vi è, tuttavia, in dottrina, altrettanta concordia nell'individuare la portata e il significato di una siffatta 'rivoluzione', manifestandosi su ciò diversità di opinioni anche assai significative.

Così, ad esempio, con riguardo allo stesso profilo lessicale, per le «attività che si era abituati a ricondurre alla categoria dei (e a nominare come) 'servizi pubblici'»², v'è chi

¹ Ritiene, ad esempio, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 371 ss., 371, che il «mutamento» sia «tale da coinvolgere anche le rappresentazioni giuridiche del fenomeno e le parole che lo designano».

² La circonlocuzione è, significativamente, adottata da D. SORACE, *op.cit.*, p. 371, il quale pre-

sostiene che, quanto meno con riferimento ai servizi pubblici economici – quelli, cioè, che, sulla base della disciplina attualmente vigente, sono «da gestire secondo il modulo giuridico dell’impresa»³ –, il loro regime giuridico sia tale da doversi dubitare che sia giustificato «continuare a definire il fenomeno “servizio pubblico”»⁴. V’è, poi, chi osserva che la locuzione tradizionale sopravvive, seppur con un diverso significato, anche «nel codice linguistico [utilizzato dal diritto] comunitario», ove costituisce, insieme al ‘servizio universale’, una delle due «formule specificative, sul piano contenutistico, dei ‘servizi di interesse generale’»⁵. V’è, infine, chi ritiene, invece, che – pur dovendosene ricostruire diversamente il modello teorico e la nozione – si possa continuare ad utilizzare la consueta locuzione⁶.

Un aspetto che sembra degno di attenzione specifica (e più ampia di quanta finora gliene sia stata riservata dalla dottrina), è quello dell’attribuzione alle Autorità di regolazione di poteri da esercitarsi in ordine alle controversie insorgenti nei settori⁷ dei ‘servizi

cisa che, con riguardo alla stessa tradizionale nozione di ‘servizio pubblico’, «come è ben noto, sul significato giuridico [...] non è che vi fosse in Italia concordia di opinioni, anche a causa delle diverse valenze non giuridiche assunte nel nostro e in altri Paesi europei da quella espressione» (p. 372), ma anche che «ciononostante, in una certa area d’Europa, come ad esempio in Italia e Spagna, era ben possibile intendersi tra operatori giuridici quando si parlava di servizi pubblici cosicché le inquietudini dei giuristi teorici non sembravano preoccupare più di tanto» e che «D’altro canto, [...] la nozione aveva un rilievo costituzionale tutt’altro che secondario, anche se non completamente esplicitato nella lettura delle disposizioni formalmente costituzionali, il cui senso centrale pareva riferirsi a questa sorta di *communis opinio pratica*» (p. 373).

³ Così F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Annuario 2001* (dell’Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), Giuffrè, Milano, pp. 63 ss., 64.

⁴ F. MERUSI, *op. cit.*, p. 65. Nello stesso senso è anche la posizione di F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell’impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, pp. 535 ss., 539, per il quale, sin dall’introduzione dei primi elementi di teoria ‘oggettiva’ del servizio pubblico, «si mettono [...] le basi [...] per un sostanziale avvicinamento del servizio pubblico (continentale) allo schema anglosassone delle *public utilities* (basato essenzialmente sulla *regulation*); e forse anche per il superamento della stessa espressione ‘servizio pubblico’ che, una volta tramontato il criterio soggettivo, dovrebbe [...] essere convertita in quella più neutra di *servizio di pubblica utilità*, onde eliminare ogni residuo dubbio in ordine al soggetto gestore (così infatti ora la legge 14 novembre 1995, n. 481, contenente “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*”)».

⁵ Così D. SORACE, *op. cit.*, p. 393, che rileva il rapporto di genere/specie esistente, al tempo, tra le due formule, essendo il ‘servizio universale’, a sua volta, una ulteriore specificazione contenutistica del ‘Pubblico servizio’.

⁶ Così L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova, 2001, *passim*, e Id. *Servizi pubblici come funzione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, in AA. VV., *Annuario 2001 cit.*, pp. 153 ss., *passim*.

⁷ È opportuno rimarcare la voluta genericità dell’espressione utilizzata. Essa, anzi, è adottata nella sua accezione più generale possibile, proprio allo scopo di evitare sin d’ora (anche solo l’equivoco di) implicite presupposizioni in ordine alla natura di quello che potrebbe essere qualificato, ad esempio, (meramente) un settore economico, ovvero (ancor più genericamente) un settore di attività umane, ovvero ancora (sempre per ipotesi) una parte dell’ordinamento giuridico generale avente un minimo di caratteristiche sufficienti a giustificarne l’inquadramento in una nozione squisitamente giuridica di settore (la quale, evidentemente, non potrebbe non fare i conti, sul piano ‘definitorio’, con la risalente nozione ‘gianniniana’ di ordinamento settoriale). Ma è evidente che

di pubblica utilità' (quelli, cioè, secondo la definizione positiva della L. 14 novembre 1995, n. 481, del gas e dell'energia elettrica, da un lato, e delle comunicazioni, dall'altro)⁸, se è vero, come in dottrina si è esplicitamente sottolineato, che «l'ottica de-

tutto ciò è oggetto di ben più ampie riflessioni: quelle, appunto, sulla stessa attuale nozione di servizi pubblici, che in questa sede non può che essere soltanto sfiorata.

⁸ Segnatamente: (a) l'art. 2, co. 12, lett. m), L. 481/1995, prevede che «Ciascuna Autorità [...] valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio»; (b) gli artt. 2, co. 24, lett. b), e co. 20, lett. e), L. 481/1995 rinviano ad un regolamento governativo per definire «i criteri, le condizioni, i termini e le modalità di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio», stabilendo direttamente che: «fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile»; che «il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo»; e che l'Autorità «può adottare, nell'ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio»; (c) l'art. 5, co. 3, D.Lgs. 79/1999 prevede che l'Autorità per il gas e l'energia elettrica (AEEG) «è competente [...] anche per le controversie in materia di accesso alle reti di interconnessione e di contratti d'importazione ed esportazione» di energia elettrica; (d) gli artt. 6, co. 4, e 35, co. 1, D.Lgs. 164/2000 dispongono che la stessa Autorità «è competente» altresì per «risolvere in sede amministrativa le controversie, anche transfrontaliere, relative all'accesso alle infrastrutture minerarie», nonché «all'accesso al sistema del gas naturale»; (e) gli artt. 8, co. 3, 12, co. 3, e 16, co. 3, D.Lgs. 164/2000, investono l'AEEG del potere di «imporre» alle «imprese che svolgono attività di trasporto e dispacciamento», ovvero ai «titolari di concessioni di stoccaggio», ovvero ancora alle «imprese di distribuzione», di procedere, rispettivamente, «all'allacciamento [alla rete di trasporto e dispacciamento]», ovvero «alla fornitura dei servizi [di stoccaggio]», ed «all'allacciamento [alla rete di distribuzione]», qualora, dopo essere stata informata da un «utente» o «cliente» del rifiuto di allacciamento o di fornitura di servizi di stoccaggio oppostogli, «verifichi» – «sentita l'impresa che ha espresso il rifiuto» – una violazione del «codice di rete», o del «codice di stoccaggio», ovvero dei «criteri» stabiliti per l'allacciamento alla rete di distribuzione; (f) gli artt. 8, co. 2, 16, co. 2, e 25, co. 1 e 2, D.Lgs. 164/2000 assegnano all'Autorità in parola il compito di verificare, nel caso di rifiuto di «accesso al sistema del gas» opposto dalle «imprese di gas naturale» alle altre imprese o ai «clienti idonei», per «mancanza di capacità o di connessione» o perché costituirebbe «impedimento ad assolvere agli obblighi di servizio pubblico», che «le opere necessarie per ovviare a tale mancanza o impedimento non risultino tecnicamente o economicamente fattibili in base ai criteri» da essa stessa [Autorità] stabiliti, unitamente al potere di esprimersi in proposito «con atto motivato entro tre mesi dalla comunicazione» di rifiuto ricevuta; (g) l'art. 1, co. 6, lett. a), n. 9, L. 249/1997, attribuisce all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) il potere, «sentite le parti interessate, [di] dirime[re] le controversie in tema di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazioni entro novanta giorni dalla notifica della controversia»; (h) l'art. 1, co. 6, lett. a), n. 10, L. 249/1997, dispone che l'AGCOM riceva il «ricorso» che «gli utenti interessati possono proporre [...] avverso le interruzioni del servizio, nei casi previsti da apposito regolamento [da essa stessa] definito»; (i) l'art. 1, co. 6, lett. a), n. 14, L. 249/1997, prevede che la stessa Autorità «interviene nelle controversie tra l'ente gestore del servizio di telecomunicazioni e gli utenti privati»; (l) l'art. 1, co. 11, L. 249/1997, rimette all'AGCOM la disciplina delle «modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti e un soggetto autorizzato o

gli strumenti di tutela sia rilevante» nello studio dei cc.dd. pubblici servizi⁹, anche perché «una considerazione delle problematiche dei servizi pubblici sotto il profilo della tutela» mette in evidenza «in maniera decisiva la portata istituzionale delle questioni dei servizi pubblici»¹⁰.

Perlomeno alcuni dei poteri in parola sembrano doversi ricondurre al già ben noto fenomeno dell'attività amministrativa giustiziale¹¹, ed in particolare a quella sua peculiare *species* rappresentata dai ricorsi amministrativi «a carattere non impugnatorio»¹² (categoria abbastanza negletta dalla dottrina, se è vero che di essi è ancor oggi possibile affermare che non abbiano costituito «oggetto di uno studio unitario»¹³).

destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro», aggiungendo che «per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità», e che «A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione»; (m) l'art. 23, co. 1, D.Lgs. 259/2003, ribadisce che «qualora sorga una controversia fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, l'Autorità, a richiesta di una delle parti [...] adotta [...] entro un termine di quattro mesi, una decisione vincolante che risolve la controversia»; (n) l'art. 84, co. 1, D.Lgs. 259/2003, infine, espressamente si richiama, a sua volta, all'art. 1, co. 11, 12 e 13, L. 249/1997, imponendo all'AGCOM di adottare «procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente Capo, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo».

⁹ Così M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Diritto amministrativo*, 2000, pp. 383 ss., 389, richiamandosi all'impostazione di A. DI MAJO, voce *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, 1992, pp. 360 ss.

¹⁰ Così A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 551 ss., 553.

¹¹ Del resto la stessa L. 481/1995 è dichiaratamente ispirata, tra l'altro, alla «finalità» di promuovere «la tutela degli interessi di utenti e consumatori» (art. 1, co. 1).

¹² La nozione si deve ad A.M. SANDULLI, voce *Ricorso amministrativo*, in *Nss. dig. it.*, vol. XV, 1968, pp. 975 ss. (ma già M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953, apriva il campo all'attenzione dottrinale su tali fattispecie). Nella versione più recente che ci è data della sua ricostruzione (*Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, vol. 2), l'illustre A. distingue, appunto, i ricorsi amministrativi «a carattere impugnatorio», relativi a «controversie insorte tra l'autore del reclamo e una Amministrazione, in conseguenza della emanazione, in sede amministrativa, di un atto (generalmente autoritativo) che l'autore del reclamo considera lesivo di suoi interessi», da quelli «a carattere non impugnatorio», riguardanti, invece, «controversie insorte (generalmente in materia di diritti) tra due o più soggetti (di volta in volta tutti privati o tutti pubblici, o in parte privati e in parte pubblici) operanti nell'ambito di un sistema settoriale», ovvero «controversie insorte tra due o più soggetti terzi, contendenti in un campo che tocchi in qualche modo (in via diretta o anche soltanto indiretta) interessi della p.a.» (p. 1203).

¹³ Così, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., p. 1202, il quale aggiunge anche che «generalmente essi non vengono presi in considerazione nel quadro sistematico dei ricorsi amministrativi». Anche A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, 1997, pp. 381 ss., 390, distinguendone la *specie* affermava ancora che «il tema fino ad oggi è stato [...] poco approfondito».

Invero il peculiare carattere giustiziale di alcuni poteri attribuiti alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità sembrerebbe essere stato in qualche modo avvertito dalla dottrina, se è vero che, talora, si è esplicitamente parlato di un loro «ruolo paragiurisdizionale o di arbitro neutrale»¹⁴, ovvero si è definita «paragiurisdizionale» una parte dell'attività da esse svolta¹⁵, e talaltra, sono stati qualificati propriamente «giustiziali» i poteri di risoluzione di controversie¹⁶.

Tuttavia, a ben vedere, malgrado le espressioni utilizzate, le ricostruzioni degli Autori che si sono occupati delle fattispecie normative in esame appaiono spesso non pienamente soddisfacenti.

Sotto un primo profilo, infatti, esse paiono sovente non adeguatamente distinguere (come invece, si vedrà, sembra preferibile ritenere che si debba fare) l'attività di risoluzione delle controversie da quella di vigilanza amministrativa sul settore (che pure è dall'ordinamento attribuita alle Autorità di regolazione). In alcuni casi, inoltre, tale indistinzione si accompagna all'idea (la quale pure, invero, appare in sé non condivisibile) che ai relativi poteri delle Autorità debba riconoscersi comunque il carattere della discrezionalità (generalmente 'tecnica', o talvolta, a seconda dei casi e delle singole opinioni, anche 'amministrativa', ma, in ogni caso), come tale non sindacabile, se non sul piano della assoluta irragionevolezza, da parte del giudice.

Sotto un secondo profilo, poi, coloro che pur individuano un'area di attività 'paragiurisdizionale' distinta da quella amministrativa di 'vigilanza', spesso la riducono alle sole fattispecie in cui la legge prevede procedure di 'conciliazione' e di 'arbitrato'¹⁷, e finiscono con il qualificare quelle specificamente 'arbitrali' come ipotesi speciali dell'arbitrato civilistico. A tal proposito, escludendo la riferibilità delle conciliazioni alla nozione di funzione giustiziale, anche gli 'arbitrati' fuoriuscirebbero dall'ambito dell'indagine ove si ritenga che il legislatore intenda con essi riferirsi a vere e proprie *species* del *genus* definito agli artt. 806 ss. c.p.c. In tal caso, infatti, il potere di dirimere la controversia, trovando fondamento nella comune volontà delle parti, non potrebbe essere configurato quale funzione pubblica autoritativa (la qual cosa è presupposto essen-

¹⁴ Così M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 149 ss., 149.

¹⁵ Si vedano, ad esempio (limitandosi a coloro che fanno esplicito riferimento ad alcune delle fattispecie normative in esame): V. COZZOLI, *Commento all'art. 2, comma 12, lett. m)*, in AA.VV., *Commentario alla l. 14 dicembre 1995, n. 481*, in *Le nuove leggi civili commentate*, nn. 2-3, 1998, pp. 310 ss., 312 (richiamandosi, a sua volta, a G. GENTILE, *Prefazione*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e per il gas - Atti del convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. VII ss., XVI); F. MONTAGUTI, *Commento all'art. 2, comma 20, ivi*, pp. 373 ss., 380; P. CHIRULLI, *Commento agli artt. 2, comma 24, lett. b) e 2, comma 20, lett. e)*, *ivi*, pp. 383 ss., 383.

¹⁶ Così, ad esempio, C. MALINCONICO, *I procedimenti di aggiudicazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti* (ne i Quaderni del Consiglio di Stato), Giappichelli, Torino, 1999, pp. 21 ss., 21 e 26, nonché *ivi* L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, pp. 43 ss., 61.

¹⁷ Di cui agli artt. 2, co. 24, lett. b), L. 481/1995, ed 1, co. 11, L. 249/1997, indicate *sub (b) ed (m)* al par. 1 dell'introduzione.

ziale per la ricostruibilità di una funzione giustiziale della Pubblica Amministrazione). Ma l'assimilazione delle procedure in parola all'arbitrato civilistico, invero, non pare affatto possibile (come si avrà modo di argomentare in prosieguo), sulla base dei pur scarni elementi che è possibile rinvenire nella loro disciplina di fonte primaria.

In definitiva sembra di potersi affermare che attualmente la natura dell'attività cd. 'paragiurisdizionale' o 'in forma semicontenziosa' delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità sia, nelle ricostruzioni della dottrina, ancora incerta, sicché ne risulta conseguentemente incerto il complessivo regime giuridico, ed in particolare, tra l'altro, il modello - 'procedimentale in senso stretto' o 'processuale' - cui, in via generale, è più opportuno che si ispiri l'estrinsecazione della relativa funzione.

Il riferimento è, ovviamente, all'autorevole distinzione secondo la quale, nell'ambito della «figura del procedimento, inteso nel suo aspetto oggettivo, come forma di estrinsecazione della funzione», ove «si guardi il procedimento nel suo aspetto soggettivo, come il rapporto cioè in cui in esso si trovano i soggetti che vi partecipano», è possibile «distinguere [...] due tipi di procedimenti: il procedimento in senso stretto e il processo»¹⁸, laddove nel primo caso «tutti gli atti [...] sono intesi a soddisfare in via principale uno stesso interesse sostanziale, quello di colui che pone in essere l'atto [finale]»¹⁹, mentre nel secondo, invece, si è in presenza di una «forma dell'esplicazione di una funzione pubblica limitata, positivamente o negativamente, nella sua stessa esplicazione da atti posti in essere da e nell'interesse del destinatario dell'atto finale»²⁰. Distinzione che, secondo l'opinione del suo Autore, ha tra le altre conseguenze rilevanti quella che «in mancanza di disposizioni espresse» vale il «principio» che «è alla norma più generale che regola un processo dello stesso tipo e struttura, che occorre fare ricorso»²¹.

2. *L'equivocità del ruolo c.d. 'paragiurisdizionale' delle Autorità: in particolare, l'assimilazione tra l'attività di risoluzione di controversie e l'attività di vigilanza sul settore: le cc.dd. attività amministrative 'in forma semicontenziosa'.*

La tendenza a riportare ogni attività svolta dalle Autorità di regolazione – anche quella avente ad oggetto la risoluzione di conflitti – all'attività di vigilanza amministrativa sul settore è rilevabile sin da una delle prime ricostruzioni formulate in dottrina, cui si richiamano in misura maggiore o minore molti degli Autori che si sono successivamente occupati del tema.

Essa pare svilupparsi partendo dalla considerazione delle 'forme' (*rectius*: delle modalità) di svolgimento procedimentale dell'attività, giacché, individuato un fascio di funzioni attinenti al «ruolo paragiurisdizionale o di arbitro neutrale proprio di molte autorità indipendenti», le classifica in un'ampia categoria di «attività di tipo contenzioso (svolta,

¹⁸ Così F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss., 130.

¹⁹ F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 132.

²⁰ F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 135.

²¹ F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 143, secondo il quale è il principio in parola che «giustifica ad es. il frequente ricorso che si fa al codice di procedura civile, a quello di procedura penale, alle leggi sulla giustizia amministrativa per trarre la disciplina di quei procedimenti amministrativi che sono in realtà dei processi».

cioè, in forme che attuano, al di là di una semplice apertura alla partecipazione degli interessati, una piena garanzia del contraddittorio)²². In proposito sembra che la focalizzazione dell'attenzione sulle modalità di sviluppo procedimentale determini la possibilità che tale dottrina finisca con l'inserire all'interno delle «attività di tipo contenzioso» funzioni che, malgrado abbiano in comune il carattere estrinseco di svolgersi con «una piena garanzia del contraddittorio», possono essere intrinsecamente diverse tra di loro. Ed infatti nell'ampia categoria così definita si ritrovano, pur essendo distinte, le «attività di tipo semicontenzioso (o contenzioso in senso ampio)», da un lato, e le «attività di tipo contenzioso (o contenzioso in senso stretto)», dall'altro, con la precisazione che soltanto nell'ambito delle seconde «il ruolo delle autorità indipendenti assomiglia al massimo grado a quello degli organi propriamente giurisdizionali»²³.

Malgrado l'iniziale comune riferimento al ruolo 'paragiurisdizionale' o di 'arbitro neutrale' svolto dalle Autorità, dunque, soltanto per le attività contenziose 'in senso stretto' viene riconosciuta un'estrema assimilabilità ai caratteri dell'attività giurisdizionale, fondata sul fatto che in tal caso «le autorità indipendenti intervengono in funzione arbitrale (di mediazione o di risoluzione di conflitti) tra soggetti privati collocati sul piano formale in posizione di paritarità»²⁴. Nell'ambito della *sub*-categoria delle attività 'semicontenziose', invece, sono distinte ulteriormente, per un verso, le situazioni in cui l'Autorità indipendente «si contrappone [...] al soggetto destinatario della disciplina amministrativa di settore o, comunque, della disciplina legislativa sostanziale», agendo da «tutore [...] in funzione di cura di un interesse pubblico oggettivo»²⁵, per un altro, le situazioni in cui, invece, l'Autorità «interviene a dirimere un conflitto nella sua veste di ente regolatore e di *vigilanza* sull'attività di apparati che erogano servizi pubblici o che svolgono, a favore di ampie categorie di utenti o clienti, altri tipi di attività sottoposte a regolamentazione amministrativa o che esercitano un qualche potere amministrativo nei confronti di soggetti terzi»²⁶. A quest'ultima tipologia paiono essere ricondotte sostanzialmente le fattispecie normative oggetto delle presenti riflessioni²⁷.

²² M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose* cit., p. 149.

²³ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, loco cit.

²⁴ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 159. Le fattispecie indicate a titolo esemplificativo sono quelle delle funzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato «in materia di pubblicità ingannevole attribuite con il decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74» – allorché, però, «il ricorso venga proposto da un'impresa concorrente», poiché «quando invece la richiesta provenga da un consumatore o da una pubblica amministrazione», il procedimento assumerebbe, invece, «una diversa colorazione» e si avvicinerrebbe «di più alle situazioni del primo tipo considerate in precedenza» (p. 160) – e della «funzione arbitrale tra soggetti posti in posizione paritaria [...] prevista dalla legge 12 giugno 1990, n. 146, sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali» in capo alla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge (p. 161).

²⁵ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, pp. 149-150.

²⁶ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 153 (corsivo di chi scrive).

²⁷ L'Autore, infatti, oltre ad indicare quale esempio di attività 'contenziose in senso stretto' soltanto alcune funzioni dell'*Antitrust* in materia di pubblicità ingannevole, esplicitamente richiama sia i poteri *ex art. 2, co. 12, lett. m)*, che le procedure di conciliazione e di arbitrato *ex art. 2, co. 24, lett. b)*, nell'ambito del paragrafo nel quale illustra le attività 'contenziose in senso ampio' (p. 157). Analoga sembra essere, circa la natura delle procedure di conciliazione e di arbitrato,

Di tale complessa ricostruzione, dunque, ciò che qui mette conto di sottolineare è che tutti i procedimenti di risoluzione di controversie ad opera delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, essendo classificati nell'ambito delle attività 'semicontenziose', non sono ritenuti connotarsi per quella estrema assimilabilità ai caratteri dell'attività giurisdizionale che, invece, è riconosciuta in capo alle attività 'contenziose in senso stretto'.

L'elaborazione in parola è estremamente suggestiva, e conseguentemente (oltre che per l'autorevolezza di chi l'ha sviluppata) ha riscosso un notevole successo, lasciando una traccia che è stata assai battuta dalla dottrina successiva. Molti, infatti, sono gli Autori che nelle proprie ricostruzioni interpretative vi si richiamano espressamente (seppur talora distaccandosene in parte, e cioè collocando le funzioni disciplinate da alcune delle fattispecie normative in esame nell'attività 'contenziosa in senso stretto', anziché in quella 'in senso ampio')²⁸. Tale classificazione trova inoltre sostanziale rispondenza anche nell'opinione di altri Autori che, malgrado non vi si richiamino espressamente, concordano nel qualificare come attività amministrativa 'di vigilanza' sul settore (se non tutte almeno) una significativa parte delle funzioni attribuite alle Autorità di regolazione dalle fattispecie normative in esame²⁹.

Invero, ad un'attenta riflessione, sembra possibile proporre alcune osservazioni in merito al criterio ricostruttivo adottato.

Per un verso, infatti, la ricostruzione in parola si fonda, come si è detto, sull'elemento *estrinseco* della *modalità di svolgimento procedimentale* dell'attività con «piena garanzia del *contraddittorio*» (in ciò non distinguendosi l'attività 'semicontenziosa' da quella 'contenziosa' in senso stretto)³⁰; per un altro, invece, in essa viene in rilievo il ben diverso connotato *intrinseco* del *ruolo svolto* dall'autorità *nell'esercizio della funzione*, sul quale si fonda, appunto, la distinzione tra l'attività 'semicontenziosa' (nella quale il ruolo dell'Autorità non sarebbe perfettamente neutrale³¹) e quella 'contenziosa' in senso proprio (nella quale, invece, il ruolo potrebbe essere ritenuto perfettamente neutrale, di «equidistanza tra le parti», avvicinandosi «al massimo grado a quello degli organi pro-

l'opinione espressa da S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, pp. 316 ss.

²⁸ Cfr., ad esempio, P. CHIRULLI, *Commento agli artt. 2, comma 24, lett. b) e 2, comma 20, lett. e) cit.*, pp. 383-385; G. NAPOLITANO, *Commento all'art. 2, comma 24, lett. b)*, in AA.VV., *Commentario cit.*, pp. 397-399; E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 135-136, 138-139; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in AA.VV., *Annuario 2002* (dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 249 ss., 255-257.

²⁹ Cfr., ad esempio, V. COZZOLI, *Commento all'art. 2, comma 12, lett. m) cit.*, pp. 311-312; F. MONTAGUTI, *Commento all'art. 2, comma 20, cit.*, pp. 376-380; V. PARISIO, *Commento all'art. 2, comma 25*, in AA.VV., *Commentario alla l. 14 dicembre 1995, n. 481 cit.*, pp. 403-412; S. CADEDDU, *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, pp. 679 ss., 687-690.

³⁰ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 149 cit. (corsivo di chi scrive).

³¹ Poiché la situazione sarebbe caratterizzata dalla 'bilateralità' del rapporto esistente con il soggetto esercente il servizio che prevarrebbe sulla relazione trilaterale «originata dal procedimento di reclamo» (p. 158).

priamente giurisdizionali»³²). La causa remota di tale incertezza sembra forse poter essere individuata nella inidoneità, a fini classificatori o ricostruttivi, del criterio formale/estrinseco delle modalità di svolgimento procedimentale.

2.1. (*Segue:*) *inidoneità classificatoria del criterio della modalità di svolgimento procedimentale, idoneità del criterio della natura della funzione e modalità della sua applicazione.*

Sulla base del criterio della modalità di svolgimento procedimentale, la ricostruzione in esame assimila, come *species* di un unico *genus*, fattispecie che in realtà appaiono significativamente diverse, tanto da sembrare preferibile considerarle, piuttosto, distinti *genus* dell'attività delle Autorità. L'artificiosità dell'assimilazione e la inidoneità del criterio classificatorio vengono in evidenza allorché la dottrina in parola è, poi, costretta a complicare la classificazione distinguendo, appunto, tra attività 'semicontenziose' e 'contenziose in senso proprio'. Appare, infatti, estremamente difficile ritenere appartenenti al medesimo *genus* (differenziandosi soltanto quali sue *species*), da un lato, fattispecie in cui «Il rapporto che si instaura [...] è di tipo essenzialmente bilaterale e si sostanzia in una contrapposizione dialettica tra un soggetto privato, portatore di un interesse di tipo per così dire oppositivo, e un soggetto pubblico, l'autorità indipendente, titolare di un potere [...] esercitato in funzione di tutela di un interesse pubblico»³³, e, dall'altro, fattispecie nelle quali, invece, la funzione esercitata si svolge in un 'rapporto a tre' (tra l'Autorità e le due parti in conflitto). Nel primo caso, infatti, sembra doversi escludere, quasi 'per definizione', la possibilità di assimilare tale funzione a quella giurisdizionale³⁴.

Lo sviluppo procedimentale 'in contraddittorio', del resto, non è assolutamente in sé elemento idoneo, sul piano classificatorio, a distinguere, nell'ambito delle funzioni esercitate dalla Pubblica Amministrazione, quelle identificanti un ruolo 'paragiurisdizionale'. Infatti autorevole dottrina ha osservato da tempo ormai risalente che se «è vero che la forma non è mai un elemento così esteriore che non risenta del suo particolare contenuto ed ad esso, [...] spontaneamente non si adegui», è pur vero che «in linea di principio [...] le forme sono, nel diritto, mezzi, strumenti: non la sostanza»³⁵. Dunque il contraddittorio non solo non è elemento caratteristico della funzione giurisdizionale (ciò è stato affermato decisamente in dottrina, proprio con riguardo alle funzioni esercitate dalle Auto-

³² M. CLARICH, *op. ult. cit.*, pp. 161 e 149.

³³ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 150.

³⁴ Lo stesso M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 149, afferma che, in questo «primo tipo di situazioni le autorità indipendenti esercitano la propria attività in forme che si avvicinano ancora, pur con qualche accentuazione delle modalità del contraddittorio e del principio della formalizzazione degli atti, a quelle proprie delle amministrazioni di tipo tradizionale tenuto conto che, con l'introduzione della legge 7 agosto 1990, n. 241, anche queste ultime devono lasciar spazio a momenti partecipativi con i soggetti interessati».

³⁵ Così già F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* cit., p. 137. Ma, come è ovvio, l'acquisizione del principio è ancor più risalente: lo stesso A. cita, a sua volta, G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in ID., *Saggi di diritto processuale*, Società editrice de Il Foro Italiano, Roma, 1930, I, pp. 353 ss., nonché A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 36.

rità indipendenti, ed esplicitamente smentendo le tesi di chi su tale elemento intendeva fondare, invece, la loro natura ‘giudiziaria’ e, dunque, non amministrativa³⁶), ma non è neanche idoneo a identificare una peculiare *species* di funzioni amministrative di tipo ‘giustiziale’, poiché ricorre anche in procedimenti amministrativi sfocianti in atti di amministrazione attiva «in cui si inserisce [...] una fase quasi contenziosa [...] in funzione (garantistica, sì, ma) non giustiziale»³⁷.

Sembra, invece, idoneo ad identificare (e, dunque, a classificare) il tipo di funzioni attribuite alle Autorità di regolazione, il criterio del *ruolo svolto nell’esercizio della funzione*, che viene in rilievo, nell’ambito della ricostruzione dottrinale in esame, nella *subdistinzione* tra attività ‘semicontenziose’ e ‘contenziose in senso stretto’. In proposito, però, non lascia del tutto privi di perplessità il modo in cui tale criterio pare essere utilizzato.

La distinzione tra quella parte dell’attività ‘semicontenziosa’ che si esercita in «situazioni» in cui «il rapporto giuridico [...] non è più soltanto bilaterale ma coinvolge necessariamente anche un soggetto terzo»³⁸, da un lato, e l’attività ‘contenziosa in senso stretto’, dall’altro, non sembra, invero, pienamente convincente. La differenza, infatti, dovrebbe consistere, secondo la dottrina in esame, nella ritenuta ‘formale non paritarietà’ delle parti in lite, che si riscontrerebbe (soltanto) nel primo caso; ma tale rilievo, a ben vedere, esaminando le stesse fattispecie portate ad esempio, non sembra poter essere condiviso. In particolare, sono proprio i rapporti tra ‘consumatori’ e/o ‘utenti’, da un lato, e ‘soggetti esercenti i servizi di pubblica utilità’, dall’altro, che non paiono poter essere ritenuti ‘formalmente non paritari’³⁹, e, tuttavia, è sulla base di tale assunto che le funzioni attribuite dalla L. 481/1995 alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità per la risoluzione dei relativi conflitti sono classificate tra le attività ‘semicontenziose’.

La dottrina in parola, in effetti, riferendosi segnatamente alle funzioni di cui agli artt.

³⁶ E. FAZZALARI, *Attività contenziose e garanzie giurisdizionali*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 79 ss., 81, per il quale «lo svolgimento dell’attività secondo lo schema processuale, cioè con la partecipazione in contraddittorio degli “interessati”, è una fondamentale garanzia per così dire interna alla vita dell’Autorità» dalla quale, però, non è possibile arguire «che le Autorità in discorso siano, come da taluni si pretende, “giudiziarie” (o “paragiudiziarie”): illazione che dipende dall’errore di identificare processo e giurisdizione, senza residuo».

³⁷ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., p. 1204. Altrettanto autorevolmente osserva M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. II, p. 172, che il contraddittorio non è caratteristica esclusiva della funzione giustiziale, essendo niente altro che uno dei «tre grandi tipi» nei quali «i procedimenti amministrativi, ai fini dell’istruttoria, si distinguono: [...] istruttoria segreta, [...] istruttoria aperta, [...] istruttoria in contraddittorio». Anche E. CANADA BARTOLI, voce *Decisione amministrativa*, in *Nss. dig. it.*, vol. V, 1964, pp. 268 ss., 270, osservava che «le decisioni possono ritenersi caratterizzate dal riferimento ad un procedimento contenzioso soltanto in senso generico. Concordemente sul punto, espressamente richiamandovisi, si esprime anche A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, 1989, pp. 524 ss., 525.

³⁸ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 153.

³⁹ Come si avrà modo di osservare più approfonditamente in seguito, in sede di ricostruzione dell’attuale assetto disciplinare del settore dei ‘servizi’.

2, co. 12, lett. m) e 2, co. 24, lett. b), L. 481/1995⁴⁰, argomenta che «Non si tratta [...] di un conflitto tra soggetti posti in situazione di paritarietà se non altro perché l'utente in molti casi non ha alcuna scelta in ordine al soggetto erogatore del servizio e comunque l'ente o l'impresa regolata assume di regola la veste di contraente forte»⁴¹. Invero viene di osservare, in proposito, che, mentre il criterio differenziale dichiarato in via generale è quello della *formale* – cioè giuridica – paritarietà/non paritarietà dei rapporti tra le parti in lite, l'«assenza di scelta» e la «veste di contraente forte», richiamate in concreto a giustificazione della classificazione di tali fattispecie, costituiscono piuttosto condizioni di non paritarietà «di fatto». Non si può, inoltre, trascurare che tali condizioni non sono assolutamente necessarie e/o sempre ricorrenti, come la stessa dottrina mostra di ritenere utilizzando le espressioni «in molti casi» e «di regola».

La distinzione tra le attività «semicontenziose» esercitate nell'ambito di rapporti giuridici trilaterali e quelle «contenziose in senso proprio» sembra basarsi, inoltre, secondo la ricostruzione in parola, sul presupposto che nell'esercizio delle prime il rapporto tra autorità indipendente e soggetti coinvolti nel conflitto non sarebbe di assoluta neutralità, poiché, considerando che l'Autorità «svolge nei confronti dell'ente erogatore o dell'impresa regolata funzione di organo di vigilanza con poteri più o meno intensi»⁴², se ne deduce che anche «l'attività di risoluzione del conflitto [...] acquista inevitabilmente un significato ulteriore rispetto a quello di garantire all'utente una tutela efficace e assume rilevanza diretta o indiretta ai fini dell'attività di vigilanza e cioè al rapporto bilaterale che intercorre tra regolatore e regolato»⁴³. La tutela dell'interesse dell'utente o del cliente diventerebbe, quindi, «dal punto di vista dell'autorità indipendente, un modo indiretto e occasionale per tutelare gli interessi generali in relazione ai quali [...] è investita delle funzioni di vigilanza»⁴⁴.

In buona sostanza le Autorità di regolazione vengono ritenute, anche nell'attività di risoluzione delle controversie in materia di servizi di pubblica utilità, comunque portatrici di interessi pubblici che trascendono, non solo gli interessi privati (individuali e collettivi) con essi confliggenti, ma anche quelli (eventualmente) coincidenti, ed è prioritariamente in funzione di siffatti interessi pubblici che i relativi poteri sarebbero loro attribuiti, sì che, in definitiva, si sostiene che «Vi è dunque a monte una relazione bilaterale, che concettualmente può rientrare nel *primo tipo di situazioni analizzate*, sulla quale si innesta la relazione trilaterale originata dal procedimento di reclamo»⁴⁵. Ma poiché nel «primo tipo di situazioni analizzate» l'A. riconosce che «le autorità indipendenti esercitano la propria attività in forme che si avvicinano ancora, pur con qualche accentuazione delle modalità del contraddittorio e del principio della formalizzazione degli atti, a quelle pro-

⁴⁰ Indicate in premessa, alla nt. 8, *sub (a) e (b)*.

⁴¹ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, pp. 157-159, spec. 158.

⁴² M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 158, osservando che «non intrattiene invece alcuna relazione giuridica con l'utente o il cliente al di fuori e a prescindere da quella che sorge in occasione della proposizione del reclamo».

⁴³ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 159.

⁴⁴ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, loco ult. cit.

⁴⁵ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 158 (corsivo di chi scrive).

prie delle amministrazioni di tipo tradizionale»⁴⁶, ecco che tutta l'attività 'semicontenziosa', è riportata, infine, ad un'attività nella sostanza non dissimile (malgrado le 'forme') dalla tradizionale attività amministrativa 'in senso proprio'⁴⁷, rispetto alla quale gli utenti «risultano essere la parte debole del triangolo che si instaura tra Autorità di regolazione, gestore e utenti»⁴⁸.

Sotto tale profilo, la ricostruzione sembra dunque fondarsi su una determinata rappresentazione degli interessi curati dalle Autorità di regolazione (e coerentemente del carattere dei poteri ad esse, allo scopo, attribuite), della quale, però, non sono offerti specifici argomenti di giustificazione fondati sul dato positivo.

3. *L'assimilazione dei procedimenti cc.dd. 'arbitrali' all'arbitrato civilistico.*

Come si è già accennato in premessa, molti Autori, pur riconoscendo l'esistenza di un'area di attività 'paragiurisdizionale' distinta dall'attività 'amministrativa di vigilanza sul settore', spesso ne riducono l'ambito alle sole fattispecie in cui la legge prevede procedure 'di conciliazione' e 'di arbitrato'. Con riferimento ad esse, escludendo le procedure di conciliazione a causa della assenza, per definizione⁴⁹, di un potere imperativo dell'Amministrazione che (seppur in funzione di giustizia) si faccia (comunque) valere sulle parti, l'attenzione deve necessariamente concentrarsi sulle procedure 'arbitrali'.

Anche queste ultime, tuttavia, non sono riconducibili ad una funzione della P.A. ove si concordi con quella dottrina che ritiene trattarsi di vere e proprie *species* del *genus* definito agli artt. 806 ss. c.p.c.⁵⁰. In tal caso, infatti, poiché il potere di dirimere la contro-

⁴⁶ M. CLARICH, *op. cit.*, p. 149, cit.

⁴⁷ È questa la lettura che della costruzione in parola dà anche M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* cit., p. 422, per la quale «In altri termini, l'attribuzione ad un soggetto di governo in senso lato di un settore anche di una funzione arbitrale tra gestori e fruitori del servizio offerto rischierebbe di far attrarre tale funzione nell'orbita pubblicistica volta alla tutela del settore in sé e per sé considerato, comparando e ponderando tutti gli interessi coinvolti, con uno stemperamento dei caratteri privatistici della singola controversia», ritenendo che «Si rinverdirebbe così l'immagine della posizione del privato "strettamente conness(a)" (per taluni, addirittura coincidente) con l'interesse pubblico protetto e protett(a) dall'ordinamento attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo, protett(a) cioè non in via diretta e specifica, ma in via occasionale e indiretta"» (p. 422, nt. 80, citando, a sua volta, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1994, IV ed., p. 88).

⁴⁸ Così M. RAMAJOLI, *op. cit.*, loc. cit., che, peraltro, con riferimento alla «funzione arbitrale e conciliativa dell'Autorità», piuttosto che offrire un'interpretazione in tal senso del dato normativo, paventa un rischio, affermando che «è assai probabile» che essa «venga attratta all'interno della più generale funzione di vigilanza», nella quale «l'utente è solo il termine oggettivo della cura dell'ordinamento, anzi, dovendo l'amministrazione contemperare anche altri interessi oltre quello proprio dell'utente, la sua posizione è globalmente protetta solo nella misura in cui lo sia l'interesse generale» (p. 447).

⁴⁹ Cfr. L. MARUOTTI, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁰ F. MONTAGUTI, *Commento all'art. 2, comma 20*, cit., p. 380; P. CHIRULLI, *Commento agli artt. 2, comma 24, lett. b), e 2, comma 20, lett. e)* cit., pp. 393 e 395; S. CADEDU, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici* cit., p. 732; W. GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti*, in A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 169 ss., 224.

versia troverebbe fondamento esclusivamente nel consenso espresso dalle parti, verrebbe comunque meno la possibilità di ricostruire, nell'ambito di tali procedure, lo svolgersi di una funzione pubblica autoritativa.

Ma, a ben vedere, l'assimilazione, ad opera di parte della dottrina, delle procedure cc.dd. 'di arbitrato' all'arbitrato civilistico appare essere presupposta piuttosto che adeguatamente dimostrata. Anzi, dall'analisi delle disposizioni che le disciplinano emergono significativi elementi che ne evidenziano l'assoluta peculiarità e paiono costituire validi argomenti per escluderne la riferibilità al *genus* dell'arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile.

In dottrina, invero, si è esplicitamente affermato, in senso contrario, che «Deve trattarsi di un arbitrato rituale», argomentando che «se ciò non fosse, non sarebbe configurabile una soggezione al lodo della pubblica amministrazione»⁵¹, ovvero – sottolineando «il richiamo testuale all'istituto dell'arbitrato (anche attraverso il rinvio alle commissioni istituite presso le Camere di Commercio)» – si è sostenuto che «almeno alla luce delle norme di principi[o?] per ora vigenti [...] sembra coerente [...] assimilare le decisioni arbitrali in questione a quelle disciplinate nel c.p.c., con tutto ciò che ne consegue in termini di efficacia giuridica e impugnabilità»⁵².

A tali conclusioni, inoltre, parte della dottrina è pervenuta malgrado abbia rilevato che l'autonoma ed immediata efficacia di titolo esecutivo della decisione arbitrale espressamente statuita dalla legge⁵³ costituisce il «profilo che più si allontana dai modelli processualcivilistici di riferimento»⁵⁴. In buona sostanza, dunque, secondo tali Autori, malgrado la specialità della disciplina relativa all'immediata ed autonoma esecutività della decisione, per ogni altro aspetto le procedure 'di arbitrato' previste dalla L. 481/1995 andrebbero riferite al *genus* dell'arbitrato civilistico, quali espressioni di un modello di soluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione, che si ispira «alla grande tradizione di giustizia privata inaugurata dalla *lex mercatoria* dell'Europa alto-medievale, assai più consona alle esigenze di un regime economico di mercato»⁵⁵, e che, in quanto tale, si contrappone al modello delle «attribuzioni tradizionali dei pubblici poteri dell'antico regime monopolistico», essenzialmente costituite da «poteri istruttori e sanzionatori che possono essere esercitati anche su istanza di singoli o di associazioni di

⁵¹ Così F. MONTAGUTI, *op. cit.*, loc. ult. cit.

⁵² P. CHIRULLI, *op. cit.*, rispettivamente pp. 393, nt. 36, e 395.

⁵³ Art. 2, co. 24, lett. b), L. 481/1995.

⁵⁴ P. CHIRULLI, *op. cit.*, p. 393. In ciò espressamente dissentendo dalla contraria opinione di M. MOLÈ, *La giurisdizione sugli atti e provvedimenti dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas* (atti del Convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996), Giuffrè, Milano, 1996, pp. 100 ss., 108. Anche l'opinione di W. GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti* cit., loc. ult. cit., è dichiaratamente nel senso che, pur differenziandosi quanto alla immediata ed autonoma efficacia di titolo esecutivo, la decisione conclusiva del procedimento 'di arbitrato' segue comunque, per ogni altro aspetto, «dei rispettivi modelli previsti nel codice di rito, [...] il regime in punto di efficacia giuridica e di impugnazione».

⁵⁵ S. CAEDDU, *op. cit.*, p. 732.

categoria»⁵⁶.

3.1. (Segue:) ostacoli all'accoglimento di tale interpretazione.

Come si è già accennato, esistono argomenti interpretativi di diritto positivo che appaiono difficilmente superabili, i quali ostacolano la riconduzione ad un modello di 'giustizia privata' delle procedure 'di arbitrato' previste dalle disposizioni normative in esame.

Con riguardo alle disposizioni di cui alla L. 481/1995 in dottrina, pur rilevandosi che la legge dispone esplicitamente che «la decisione arbitrale» costituisce «titolo esecutivo»⁵⁷, si è sostenuto che «La norma [...] non specifica se l'efficacia esecutiva si acquisti per il solo fatto dell'emissione dell'atto di conciliazione o della decisione arbitrale o se, invece, debba essere dichiarata con decreto dal pretore, come previsto nelle ipotesi speciali di conciliazione disciplinate dal legislatore e nella disciplina generale dell'arbitrato»⁵⁸. Tuttavia tale proposta interpretativa sembra abbastanza faticosa, in quanto contrastante con il canone ermeneutico espresso dall'antico brocardo *in claris non fit interpretatio*, sancito, sul piano della disciplina dell'ordinamento positivo vigente, dall'art. 12, co. 1, disp. prel. C.C. Del resto, non è del tutto privo di significato che la restante parte della dottrina che pur conclude per l'assimilazione delle procedure in parola all'arbitrato civilistico prenda, invece, atto della disposizione secondo il suo tenore letterale, rilevandola quale eccezione alla disciplina 'tipica' di cui agli artt. 806 ss. c.p.c., seppur ritenendo, tuttavia, che essa non costituirebbe argomento sufficiente ad escluderne la riferibilità per ogni altro aspetto.

Ma anche quest'ultima opinione non sembra del tutto esente da fondate obiezioni. Al riguardo, invero, non si può non osservare principalmente che, nel sistema delineato dalla disciplina del codice di procedura civile, l'inidoneità del lodo arbitrale ad essere autonomamente efficace al di fuori della sfera giuridica delle parti è conseguenza specifica della sua natura, che, a sua volta, deve farsi risalire alla natura privatistica della fonte del potere arbitrale⁵⁹. Se ciò è vero, sembra, allora, preferibile ritenere che l'esplicita previsione di una diversa e maggiore efficacia della decisione conclusiva della procedura sia conseguenza della natura pubblicistica della decisione stessa e del titolo su cui si fonda il potere con essa esercitato (ovverosia la legge).

⁵⁶ S. CAEDDU, *op. cit.*, loc. ult. cit.

⁵⁷ Art. 2, co. 24, lett. b), ultimo periodo, L. 481/1995.

⁵⁸ Così G. NAPOLITANO, *Commento all'art. 2, comma 24, lett. b)*, cit., p. 402.

⁵⁹ Sul punto si v. L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 821 ss. e C. PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 10 ss., 32, (citt. dalla stessa P. CHIRULLI, *op. cit.*, p. 393, nt. 36). Per quest'ultimo, in particolare: «coerentemente con la diversità di natura del titolo, rispetto alla pronuncia giurisdizionale, e di fonte del potere degli arbitri, il *dictum* arbitrale, quale manifestazione dell'autonomia dei privati è idoneo a operare immediatamente nella sfera giuridica delle parti, con il correlativo pregiudizio che giustifica l'esperimento di tutti i mezzi accordati dall'ordinamento. Ma, sempre per la congruenza di effetti e fonte del lodo arbitrale, questo non potrà essere utilizzato, senza l'intervento omologatorio dei giudici dello Stato, per conseguire effetti che le sentenze, quali manifestazioni della sovranità dello Stato di cui questi giudici vengono investiti, sono viceversa idonee a determinare».

V'è, infatti, in dottrina chi, con argomentazioni che paiono più puntuali, ha osservato che «non v'è dubbio anzitutto che non si tratta di arbitrato volontario, visto che esso rinvia la sua fonte nella legge e non già nella clausola compromissoria, anche se poi la concreta scelta della via arbitrale o giurisdizionale rimane affidata alla volontà delle parti»; e inoltre, argomentando anche sulla base «della dizione normativa che conferisce espressamente esecutività alla pronunzia arbitrale», ha escluso «che ci si trovi di fronte ad un arbitrato rituale»⁶⁰.

Tali elementi, invero, rimarcano a tal punto la differenza di regime giuridico tra la procedura 'di arbitrato' in esame e l'arbitrato rituale di cui al codice di procedura civile che sembra doversi escludere la possibilità di ritenerli diverse *species* di un medesimo *genus*, prendendo così le distanze anche dall'opinione di chi, evidenziando gli «elementi distintivi in rapporto alle procedure ed ai rispettivi esiti» ed affermando che «è certo che presentano tratti di specie», lascia, tuttavia, «impregiudicata la questione se appartengano ai medesimi generi»⁶¹. È proprio la 'matrice privatistica', infatti, che, alla stregua dei rilevati elementi differenziali, sembra doversi escludere senza alcuna esitazione.

Ma la stessa conclusione appena sostenuta sembra valere anche per le procedure di definizione delle liti di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni previste dalla L. 249/1997, le quali pure, in passato, sulla base di un quadro normativo primario carente e di alcune disposizioni regolamentari adottate dalla stessa Autorità, in dottrina erano state, invece, ritenute espressione del modello 'privatistico' di giustizia arbitrale.

Segnatamente, con riferimento alle controversie tra gestori, quest'ultima ricostruzione era stata fatta propria da chi, in ordine al «potere dell'Autorità di definire [...] il contenzioso mediante un atto vincolante tra le parti»⁶², nel silenzio delle fonti disciplinari statali, aveva sottolineato come la stessa Autorità avesse adottato la soluzione di «subordinare questo potere al "comune accordo delle parti" (art. 10, c. 1, delib. Autorità 28 marzo 2001, n. 148/01/Cons)»⁶³. A tale dottrina, inoltre, siffatta soluzione – configurante un «potere attribuito all'autorità come potere arbitrale, di soluzione della lite e non quale intervento autoritario non giudiziale su una (litigiosa) vicenda contrattuale» – sembrava essere «obbligata», sostenendosi che «in caso diverso non solo è difficile, se non impossibile rappresentare questo potere quale istituto "alternativo" di composizione delle liti, ma verrebbe piuttosto configurato un caso di attribuzione di un potere paragiurisdizionale in capo a un soggetto diverso dal giudice operata attraverso la sottrazione – definita con atto regolamentare – di competenze all'autorità giurisdizionale». Si sosteneva, cioè, che, interpretando altrimenti la norma, si avrebbe «la (incostituzionale) sostituzione del giudice con una "autorità" e il potere attribuito a quest'ultima costituirebbe la sola forma di tutela riconosciuta a una situazione giuridica soggettiva per la quale l'ordinamento co-

⁶⁰ Così M. MOLÈ, *op. cit.*, pp. 107-108. Conforme a tale impostazione è anche l'opinione di V. PARISIO, *op. cit.*, p. 416 (che esplicitamente si richiama alle considerazioni di Molè), nonché quella di L. MARUOTTI, *op. cit.*, p. 70.

⁶¹ Così G. DELLA CANANEA, *Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Annuario 2002*, cit., pp. 269 ss., 275.

⁶² Prevista dall'art. 18 del D.P.R. 318/1997, oggi abrogato dal D.Lgs. 259/2003.

⁶³ Così W. GASPARRI, *op. cit.*, p. 243.

stituzionale riconosce *ex art. 24 Cost.* al soggetto titolare la possibilità di agire in giudizio per la sua tutela»⁶⁴. Anche con riferimento alle controversie tra utenti e gestori, poi, la stessa dottrina, pur in assenza della specifica disciplina regolamentare della stessa Autorità, estendeva l'affermazione della natura privatistica delle procedure 'arbitrali', ritenendo che la prospettazione dell'altra ipotesi interpretativa «costituirebbe non soltanto una ingiustificata compressione del diritto di azione, ma contribuirebbe a stravolgere lo stesso oggetto della possibile controversia davanti all'autorità giurisdizionale costringendo a impugnare l'atto dell'Autorità di fronte al giudice amministrativo e non a sottoporre al giudice ordinario una domanda avente ad oggetto la vicenda contrattuale»⁶⁵.

Invero, con riferimento a quest'ultimo tipo di controversie, già nel relativo regolamento approvato il 19 giugno 2002, l'Autorità riconosceva (per la verità al solo utente) la possibilità di adire unilateralmente la via della procedura arbitrale, smentendo così quel carattere privatistico che le aveva riconosciuto la dottrina⁶⁶. In seguito il recente Codice delle comunicazioni elettroniche, ridisciplinando l'intera materia, ha previsto anche con riferimento alle controversie tra imprese che «qualora sorga una controversia [...] avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, l'Autorità, a richiesta di una delle parti [...] adotta [...] una decisione vincolante che risolve la controversia»⁶⁷.

Allo stato, dunque, non è possibile ritenere che le procedure 'arbitrali' previste per la risoluzione delle controversie nel settore delle 'comunicazioni' integrino ipotesi di arbitrati civilistici, il cui potere risolutorio debba trovare fondamento nel comune consenso della parti in lite.

4. Storicità delle nozioni e dei modelli teorici dei pubblici servizi ed influenza su di

⁶⁴ Così W. GASPARRI, *op. cit.*, loc. ult. cit. Si deve subito osservare che invero, a prescindere dalle considerazioni (implicite) sulla violazione della riserva di legge, non si capisce perché l'A. affermi che la ritenuta illegittima attribuzione di un potere in tal senso all'Autorità configurerebbe «la sola forma di tutela riconosciuta».

⁶⁵ Così W. GASPARRI, *op. cit.*, pp. 243-244. Qui l'A. pare trascurare quel filone dottrinale (ad esempio, A.M. Sandulli) che ritiene possibile, anzi dovuta, la competenza del G.O. a conoscere delle controversie tra privati e in materia di diritti su cui si sia già pronunciata un'Autorità amministrativa in sede di esercizio di ricorso non impugnatorio.

⁶⁶ Il *Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni e utenti*, approvato con deliberazione 182/02, prevede, infatti, all'art. 13, che «Qualora il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo, o per i punti ancora controversi nel caso di soluzione parziale, le parti congiuntamente o anche il solo utente, possono chiedere all'Autorità di definire la controversia ai sensi dell'art. 18, comma 1, del D.P.R. n. 318/1997» e, all'art. 18, espressamente che «l'atto [...] con il quale è definita la controversia» è «vincolante» (corsivi di chi scrive).

⁶⁷ Così l'art. 23, co. 1, D.Lgs. 259/2003. Analogamente, con riferimento alle controversie tra utenti e gestori, il Codice, all'art. 84, prevedendo che l'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici, e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali [...] tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo» (co. 1), dispone altresì che «Restano ferme le disposizioni vigenti in materia di risoluzione giudiziale delle controversie e, fino all'attuazione di quanto previsto dai commi 1 e 2, quelle vigenti in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie alla data di pubblicazione del Codice nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana» (co. 4).

esse (anche) delle premesse relative al rapporto tra Stato ed individuo/società civile assunto come riferimento: in particolare, il tradizionale assetto normativo e le corrispondenti elaborazioni.

In realtà, alle diverse convinzioni espresse in ordine alla natura dell'attività amministrativa in parola corrispondono, verosimilmente, ricostruzioni (almeno parzialmente) diverse della nozione e dei modelli teorici sui quali basarsi per interpretare, più ampiamente, il complessivo regime giuridico dei 'servizi di pubblica utilità'⁶⁸, sicché non sembra possibile, al fine di proporre qualche spunto di riflessione sulla prima (la natura dell'attività amministrativa 'paragiurisdizionale' o svolta 'in forma semicontenziosa'), esimersi dallo sviluppare, seppur brevemente, alcune considerazioni in merito ai secondi (la nozione, i modelli teorici ed il regime giuridico dei 'servizi di pubblica utilità').

In proposito, gli elementi che determinano la complessità del tema dei 'servizi di pubblica utilità' paiono lucidamente evidenziati nell'osservazione che esso si presenta oggi come un «quadilatero, [...] crocicchio o incrocio» di «quattro concetti giuridicamente rilevanti» – 'servizio pubblico'⁶⁹, 'privatizzazione'⁷⁰, 'regolazione'⁷¹ ed 'interesse'⁷² – «che si intersecano e convergono reciprocamente in modo complesso, così da reagire reciprocamente in maniera non facilmente calcolabile e descrivibile», poiché ciascuno di essi «già di per sé origina una serie di problemi di non facile soluzione e di neppure compiuta descrizione», tanto da «apparire in realtà ambiguo, incerto, e tale da implicare alternative più o meno divaricate»⁷³.

Per provare a dipanare questa intricata matassa sembra, dunque, utile partire dall'analisi delle situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento a protezione degli interessi interagenti nel settore, seguendo la strada battuta dalla dottrina che si è accostata al tema proprio dal lato dell' 'interesse', e, quindi, della forma di Stato, osservando che «la protezione dei diritti, da un lato, e l'assegnazione del compito di provvedervi all'area delle libertà dei privati ovvero dell'organizzazione pubblica, dall'altro, sono temi che

⁶⁸ Il valore non meramente nominale assegnato alle locuzioni adottate è esplicitamente rimarcato da F. MERUSI, *op. cit.*, p. 73, per il quale «*Nomina sunt consequentia rerum*», e da D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità* cit., p. 371, nt. 1, il quale rinvia – «Sull'essere e il dover essere del linguaggio giuridico» – a F. LEDDA, *Alla ricerca della lingua perduta del diritto (Divertimento un poco amaro)*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 1 ss. Anche L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 154, richiama il profilo «definitorio» tra le ragioni che spingono ad una «rinovata attenzione» per il tema dei servizi pubblici.

⁶⁹ Nella sua tradizionale problematica dell'oscillazione, appunto, tra concezioni di tipo soggettivo o oggettivo.

⁷⁰ Nelle sue diverse accezioni 'formale', 'sostanziale' e 'reale'.

⁷¹ Con tutta l'equivocità, che sul piano giuridico, non si può non riconoscere a tale espressione.

⁷² Con l'incerto rapporto esistente tra l'interesse superindividuale e quello individuale e tra l'interesse pubblico e quello privato (sia esso individuale o superindividuale).

⁷³ Così S. FOIS, *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in *Diritto e società*, 2000, pp. 13 ss., 13-14, (pubblicato anche in AA.VV., *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli* (Atti del XLV Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna – Villa Monastero – 16-18 Settembre 1999), Giuffrè, Milano, 2000, pp. 29 ss.).

non possono non declinarsi dalla forma di Stato costituzionalmente posta»⁷⁴.

Analizzando l'evoluzione delle tradizionali dottrine del servizio pubblico dall'angolo visuale delle relazioni Stato-individuo/collettività, si è osservato che in esse «la relazione tra pubblici servizi e diritti costituisce l'elemento più critico [...] perché [...] si finisce per affermare il primato dei primi sui secondi»⁷⁵, e ciò essenzialmente per effetto della influenza che, sul complessivo modello teorico di Pubblica amministrazione e di diritto amministrativo assunto a fondamento dell'analisi giuridica, hanno dispiegato, e tutt'ora in parte dispiegano, la teoria di matrice tedesca dei diritti pubblici soggettivi⁷⁶ e l'idea organicistica di Stato che ad essa è sottesa, la quale, a sua volta, ha trovato buon gioco nel saldarsi con alcuni elementi della concezione contrattualistica *rousseauiana*⁷⁷, che pure largamente ha influenzato, e tutt'ora in parte influenza, (non solo e non tanto la 'costituzione formale', quanto soprattutto) la 'costituzione materiale' dell'ordinamento giuridico italiano⁷⁸.

Più in particolare si è sottolineato che, anche in materia di servizi pubblici, «dall'affermarsi della scuola orlandiana [...] le definizioni proposte e le ricostruzioni del

⁷⁴ L.R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione dei diritti* cit., p. 155. Del resto, lo stesso S. FOIS, *op. cit.*, p. 14, che pure, come si è visto, sottolinea l'interrelazione reciproca dei quattro concetti, ritiene che la difficoltà di «non solo districare, ma anche individuare i vari nodi della questione che l'argomento implica [...] potrà essere superata, od almeno ragionevolmente attenuata, solo risalendo e mettendo in luce le opzioni di fondo e di principio che [...] come si vedrà [...] si ritrovano al livello dell'interpretazione dei principi costituzionali e della configurazione della nostra forma di Stato».

⁷⁵ L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici* cit., p. 136.

⁷⁶ L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, *passim*, spec. pp. 133 ss.

⁷⁷ Seppur a margine del discorso che si sta svolgendo, che assolutamente non si vuole deragli dai binari della scienza giuridica, non si può non sottolineare come proprio i germi di esigenze organicistiche presenti nel costituzionalismo di matrice *rousseauiana* rimarchino l'intrinseca ambiguità (o, se si preferisce, la potenziale ambivalenza) che storicamente ha caratterizzato le dottrine del *liberalismo* (nelle sue diverse fasi caratterizzate, rispettivamente, dall'individualismo e dallo statalismo) e quelle, con esse indissolubilmente legate, del *costituzionalismo*. È da tale caratteristica, infatti, che discende la possibilità di conflitto, anche in sistemi costituzionali cc.dd. 'rigidi', tra diverse accezioni che si propongono (e si contrappongono) sul piano della 'costituzione materiale', giungendo, in taluni casi a porre il problema di conflitto con la stessa 'costituzione formale'. Sul punto, per una breve ma efficace esposizione del problema si v. N. ABBAGNANO, voci *Liberalismo*, *Libertà*, *Stato* e *Contrattualismo*, in *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1971, rispettiv. pp. 524 ss., 525 ss., 833 ss., 172 ss.

⁷⁸ Sulla coesistenza, nella Costituzione repubblicana, di due modelli di costituzionalismo variamente combinati, uno di matrice *rousseauiana* e l'altro di matrice *lockiana*, si v. G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Legge Diritto Giustizia*, in R. ROMANO e C. VIVANTI (coord. da), *Storia d'Italia*, Annali, vol. XIV, Einaudi, Torino, 1998, pp. 367 ss., 381-382. Non è dunque casuale che – come osserva G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, pp. 125 ss., 136 – nell'ordinamento inglese «i rapporti tra il servizio e gli utenti non furono mai concepiti in un quadro di diritto pubblico implicando scopi d'interesse generale al di là della soddisfazione individuale dell'utente», dovendosi verosimilmente ciò, in buona parte, al fatto che «non esiste nessuna teoria giuridica dello Stato nella *Common Law*», essendo lo Stato soltanto, per il diritto inglese, «un concetto di diritto internazionale» (p. 134).

regime operate» sono state «sempre il portato di una data teoria dell'amministrazione pubblica e con essa della relazione tra libertà e autorità» avente «presupposti di teoria generale assai chiari: la negazione di una autonoma soggettività giuridica di diritto pubblico in capo alla società, la negazione della sussistenza di diritti senza l'esplicito riconoscimento legale, l'affermazione della necessaria interposizione pubblica nella garanzia dei diritti e la libertà del legislatore di provvedervi o meno»⁷⁹. Caratteristica, questa, propria non soltanto delle ricostruzioni ispirate a nozioni cc.dd. 'soggettive' dei servizi pubblici, ma anche di quelle tendenti, invece, ad una loro qualificazione 'oggettiva', sviluppatesi in seguito all'entrata in vigore della costituzione repubblicana⁸⁰.

Se è stata la concezione organicistica dello Stato, dunque, ad aver influenzato in maniera determinante la configurazione giuridica del rapporto tra lo Stato e gli individui, tra l'interesse pubblico e quelli privati (individuali o collettivi), e ciò – con particolare riferimento ai servizi pubblici – sia quanto alle relazioni con gli utenti che quanto a quelle con i soggetti interessati allo svolgimento delle attività economiche di prestazione dei servizi, è necessario, tuttavia, rimarcare che tale influenza non si è certamente sviluppata in identico modo nelle diverse situazioni dell'ordinamento pre e post-repubblicano. Non v'è dubbio, infatti, che la Costituzione del 1948, malgrado il compromesso ideologico di cui costituisce espressione, sia portatrice di alcuni valori e principi – ed in primo luogo di quello c.d. 'personalistico' – non facilmente omologabili con la precedente ricostruzione del rapporto tra individuo/società, da un lato, e pubblico potere, dall'altro⁸¹.

4.1. *L'attuale assetto disciplinare del settore dei 'servizi di pubblica utilità': i fattori, la portata ed il significato dell'evoluzione.*

Tuttavia, come è noto, per lungo tempo il nuovo quadro costituzionale non ha prodotto significativi mutamenti sull'assetto disciplinare dei pubblici servizi e sulla relativa – sostanzialmente prevalente – ricostruzione teorica in termini soggettivi, poiché, come si è autorevolmente osservato, le «implicazioni della scuola orlandiana del metodo giuridico», non solo – per un verso –, hanno fatto sì che si trascurasse sostanzialmente di considerare la possibilità di esercizio delle attività di servizio pubblico da parte dei privati, ma soprattutto – per altro verso (essenzialmente dovuto al «rigido imperativo di proscrivere il sociale dal campo giuridico») –, hanno sminuito il rilievo del «profilo determinante» costituito dal «fine che col servizio pubblico deve essere raggiunto»⁸², assimilando arti-

⁷⁹ Così L.R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti* cit., p. 157, testo e nt. 9, riferendosi alla «vasta influenza che la teoria dei diritti pubblici soggettivi ha esercitato nel nostro paese all'inizio del XX secolo».

⁸⁰ Sul punto, l'opinione di L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici* cit., pp. 62-63, è sostanzialmente condivisa anche da G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 142, il quale espressamente cita, in proposito, le affermazioni di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, p. 160, secondo cui «prima del godimento ricavato in concreto dallo svolgimento del servizio, i cosiddetti interessi individuali non ricevono dall'ordinamento alcuna qualificazione e [...] la stessa loro soddisfazione si attua soltanto nella misura in cui coincide col realizzarsi di quel diverso interesse, perseguito dal servizio nel suo complesso».

⁸¹ E su di essi, in effetti, oggi si fa leva, da parte della dottrina impegnata in tale opera di ricostruzione.

⁸² Così D. SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001, pp. 385 ss., 386-387.

ficiosamente le relative funzioni pubbliche a quelle di cura di «interessi generali, considerati come tali, senza alcun riguardo agli interessi particolari che vi sono compresi»⁸³.

Conseguenza immediata di tale forzata assimilazione è stata, come è noto, l'applicazione all'attività amministrativa di prestazione, nell'ambito dei servizi pubblici, di istituti e principi elaborati con riferimento alle funzioni estrinsecanti nell'esercizio di poteri autoritativi⁸⁴.

Sotto tale specifico profilo, è altresì noto che un passo avanti ha rappresentato l'elaborazione concettuale di tipo oggettivo di Pototschnig, che prende le mosse proprio dall'osservazione della inidoneità della concezione puramente giuridica dello Stato di diritto⁸⁵. Tuttavia anch'essa, per un lungo tempo, è riuscita solo in parte ad influire sul diritto vivente nel senso di una differente ricostruzione del concetto di servizio pubblico e del relativo regime giuridico. Ma soprattutto, sotto altro aspetto, anch'essa, come si è già in precedenza osservato⁸⁶, non è del tutto esente dalle influenze della teorica dei diritti pubblici soggettivi, proprio con riguardo al profilo del rilievo assegnato agli interessi individuali degli utenti.

Neanche la giurisprudenza – la quale pure, valorizzando alcuni elementi del dato costituzionale, ha contribuito significativamente ad accrescere la sfera di tutela riconosciuta all'utente nell'ambito sia della organizzazione che della erogazione dei servizi – si è invero discostata dalla ricostruzione tradizionale. È altrettanto noto, infatti, che, nel tempo, si è consolidato un sistema di tutela fondato sul presupposto della pertinenza dei servizi a soggetti pubblici e sulla netta distinzione della fase di organizzazione dalla fase di gestione, con il conseguente tendenziale riconoscimento all'utente di una posizione di interesse legittimo nella prima e di diritto soggettivo nella seconda, che, tuttavia, sotto molti profili si è rivelato non pienamente soddisfacente⁸⁷.

Solo negli ultimi anni, dunque, l'evoluzione dell'assetto disciplinare del settore dei servizi pubblici, ed in special modo di quello dei servizi cc.dd. a carattere (ovvero a rilevanza) imprenditoriale, interessato dai fenomeni di privatizzazione e liberalizzazione, è stata talmente rivoluzionaria da indurre la dottrina a riesaminare approfonditamente le

⁸³ L'espressione è di A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. VI, P. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1930, pp. 379 ss., 427.

⁸⁴ Istituti, principi e poteri che, invece, erano coerenti con la differente 'morfologia' degli interessi perseguiti nell'esercizio delle rispettive funzioni. La rilevazione dell'improprietà della utilizzazione, con riguardo alla 'amministrazione di prestazione', di strumenti giuridici elaborati con riferimento all'amministrazione autoritativa è abbastanza diffusa in dottrina. Cfr., ad esempio, F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti* cit., pp. 25 ss., 26, il quale, premettendo che «in Italia [...] si è distinto tradizionalmente tra amministrazione di regolazione (intesa come amministrazione autoritativa di esercizio di funzioni) e amministrazione di prestazione o erogazione di servizi», osserva che «si sono applicati alla seconda criteri e parametri costruiti, in sede dottrina e giurisprudenziale, con riferimento alla prima».

⁸⁵ Si v., sul punto, D. SORACE, *I servizi pubblici* cit., *passim*, spec. p. 386.

⁸⁶ *Retro*, testo e nt. 80.

⁸⁷ Sul punto è d'obbligo il rinvio alle analisi di A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale* cit., e M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* cit.

tradizionali ricostruzioni teorico-dogmatiche, alla ricerca di nuove formule, più rispondenti alla realtà, sulla base delle quali interpretare, ma soprattutto integrare, ove necessario, il dato normativo nel tentativo di ricostruire il più compiutamente possibile il regime giuridico dei servizi.

I fattori determinanti di tale fenomeno sono tanti e ben noti. I principali di essi vengono comunemente individuati: nella crisi fiscale dello Stato sociale (o piuttosto della sua versione storicamente realizzatasi mediante lo sviluppo dell'Amministrazione di prestazione), che 'ha dato la stura' alla crescente insoddisfazione per l'insufficiente livello di efficienza dei servizi pubblici e di qualità delle prestazioni erogate; nell'evoluzione tecnologica, che ha fatto venir meno alcuni dei monopoli naturali la cui esistenza era all'origine dell'intervento pubblico nella gestione dei cc.dd. 'servizi a rete'; e nell'impatto, sull'ordinamento giuridico nazionale, del diritto comunitario che, anche (ma non solo) a causa dell'originario carattere squisitamente 'economico' della Comunità, è stato portatore di regole e principi ispirati alla tutela degli interessi economici individuali e collettivi nei confronti dell'azione limitativa degli Stati⁸⁸. È sin troppo evidente che tali fattori hanno interagito reciprocamente, e tuttavia, pur senza disconoscere (anche per tale ragione) il rilievo di quelli di carattere socio-economico, sembra, ancora una volta, opportuno che l'attenzione dell'interprete si soffermi particolarmente sui fattori di carattere giuridico.

Si può convenire, in proposito, che – come si è sostenuto con un'efficace metafora – l'adesione alla Comunità economica europea abbia rappresentato l'introduzione «nel “sistema di governo” italiano» di «una bomba ad orologeria che, una volta scoppiata, lo avrebbe radicalmente distrutto e, conseguentemente, costretto a rigenerarsi in maniera diametralmente opposta»⁸⁹, e che sia stata proprio tale «esplosione» a costringere la dottrina «a domandarsi se alcune delle costruzioni [...] faticosamente edificate (e tra queste certamente quelle relative ai servizi pubblici) [...] siano ancora utilizzabili o non richiedano di essere, se non abbandonate e ricostruite, almeno restaurate e dotate di nuove fondamenta»⁹⁰. Non v'è dubbio, infatti, che la spinta decisiva alla rivoluzione normativa in parola l'abbia data il processo di integrazione comunitaria, tuttavia fino a che punto ed in che modo tale elemento esterno sia intervenuto a modificare il sistema ordinamentale italiano non è altrettanto pacifico.

L'impressione è che, contrariamente a quanto sovente si ritiene, l'influenza prodotta dal processo di integrazione comunitaria, per un verso, abbia investito la forma di Stato nella sua interezza, e cioè la complessiva sfera del rapporto pubblico-privato anziché il

⁸⁸ Si v., ad esempio: S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubblica*, 1996, pp. 5 ss., 7-8; M. CLARICH, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, 1996, pp. 568 ss., 570; ID., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pp. 181 ss., 182; ID., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza* cit., p. 105; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 9; E. FERRARI, *Introduzione. La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in ID. (a cura di), *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori a garanzia dei cittadini*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, pp. XI ss., XX-XXI.

⁸⁹ Così, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 14, cit., con particolare riferimento al tema in esame, da D. SORACE, *I servizi pubblici* cit., p. 397.

⁹⁰ D. SORACE, *op. ult. cit.*, loc. cit.

solo spicchio (o settore) relativo al ruolo economico dei pubblici poteri, per un altro, non abbia agito modificando la Costituzione 'formale', quanto piuttosto quella 'materiale'.

Sotto il primo profilo, in particolare, sebbene la Comunità si occupi principalmente (all'origine, quasi esclusivamente) degli interessi qualificati dalle cc.dd. libertà economiche, è fatale che le regole ed i principi affermati in tale ambito influenzino anche gli altri aspetti del rapporto individuo-pubblici poteri (dunque anche a prescindere dalla più recente espansione dell'azione comunitaria con riguardo ad interessi di carattere non squisitamente economico). In proposito si è evidenziato che l'introduzione del principio di concorrenza nell'erogazione dei servizi non può non riflettersi sulla libertà di scelta dell'utente, toccando, dunque, significativamente la sfera del suo interesse alla qualità della prestazione erogata⁹¹, di cui la libertà di scelta costituisce un importante presidio.

Del resto è la stessa liberalizzazione del mercato dei servizi a far sì che di fronte all'utente si trovi un gestore del servizio avente, a sua volta, la natura di soggetto privato, compiendo così un indubbio passo avanti anche nella direzione di quel processo di 'privatizzazione' della fase di gestione del servizio che sino ad ora non è stato così facile a realizzarsi come nelle astratte ricostruzioni dicotomiche di gran parte della dottrina e della giurisprudenza⁹². Non può del tutto sorprendere, dunque, che, pur non trovando esplicito riconoscimento all'interno del Trattato, il profilo degli interessi dell'utente sia entrato nel diritto comunitario derivato mediante i principi e le regole relativi al c.d. 'servizio universale' (di cui ci si occuperà in prosieguo).

Ciò che si vuole mettere in rilievo è che, a ben vedere, tanto i riflessi di regole e principi comunitari in ambiti dell'ordinamento interno diversi da quelli cui erano specificamente destinati, quanto la stessa disciplina del servizio universale di cui si fa portatore il diritto derivato malgrado l'assenza di una esplicita disciplina all'interno del Trattato, paiono testimoniare che l'integrazione tra i due ordinamenti è, di per sé⁹³, portatrice nell'ordinamento nazionale della *Weltanschauung* (relativamente al modo di intendere i rapporti tra poteri pubblici e individuo/società civile⁹⁴) propria dell'ordinamento comu-

⁹¹ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 41 ss., spec. 74-76.

⁹² Così come ben evidenziato da M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici* cit., *passim*.

⁹³ Sul punto S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 3 ss., che evidenzia anche la c.d. «apertura laterale dei diritti amministrativi nazionali».

⁹⁴ Il nesso tra il modo di intendere i servizi pubblici, da un lato, e, più ampiamente, i rapporti tra sfera pubblica e privata, dall'altro, è colto, tra l'altro, da A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale* cit., *passim*, il quale esplicitamente osserva che «dietro un certo modo di intendere i servizi pubblici c'è sempre un certo modo di intendere i rapporti tra poteri pubblici e società civile», riconoscendo che «un mutamento di *Weltanschauung* è certamente presente nel passaggio da una considerazione del servizio pubblico incentrata sulla sua "appartenenza" all'ente pubblico e sul primato di questa, ad una caratterizzazione di essa come attività svolta nell'interesse dei cittadini o, come si direbbe oggi, nell'interesse del pubblico (CASSESE); ed una certa concezione del rapporto tra società civile e poteri pubblici è, obiettivamente, alla base di quel modo di pensare che distingueva l'attività sociale della pubblica amministrazione dalla sua attività giuridica (ORLANDO)» (p. 561-562).

nitario. E non v'è dubbio che l'ordinamento comunitario, almeno fino ad oggi e salvi gli eventuali diversi sviluppi (difficilmente prevedibili) cui l'attuale difficile fase costituente condurrà, sia ispirato, per molteplici ragioni, ad una visione di tali rapporti di tipo più liberale e scevra da quegli elementi di organicismo che, invece, caratterizzano, in misura maggiore o minore, gran parte degli ordinamenti europei continentali che pure contribuiscono a costituirlo⁹⁵.

Quanto all'altro profilo (quello del piano costituzionale – 'formale' o 'materiale' – su cui il processo di integrazione europea ha prodotto la modificazione dell'ordinamento italiano), è noto che il tema è controverso. È dibattuta, in particolare, la questione dell'impatto dell'art. 86, co. 1 e 2, e 87 del Trattato CE⁹⁶, rispettivamente sugli artt. 43 e 41, co. 3, Cost., dividendosi la dottrina sostanzialmente tra chi ritiene che la c.d. 'Costituzione economica' sia stata abrogata e chi, invece, sostiene che semplicemente siano state espunte, da quelle possibili, le interpretazioni che delle due norme costituzionali erano state, fin qui, prevalentemente date⁹⁷.

Di recente il novero delle ricostruzioni che sposano questa seconda opzione si è arricchito dell'elaborazione di chi ha inteso ricostruire la nozione di pubblico servizio sulla

⁹⁵ Tra le molteplici ragioni, che in questa sede certamente non è possibile esaminare compiutamente, non deve essere trascurata la peculiare natura dell'ordinamento comunitario di cui sono soggetti sia gli individui che gli Stati. In tale contesto, impostare sulla base della metafora organicistica i rapporti tra Comunità e soggetti del suo ordinamento sarebbe stato certamente molto difficile (se non proprio impossibile). È inoltre indubbio che il rifiuto dell'organicismo, indipendentemente dalle ragioni ideologiche che lo sorreggono, ha certamente svolto una funzione di protezione della sovranità degli Stati nazionali rispetto alla Comunità. Tuttavia, ove si volesse considerare tale aspetto come almeno una delle ragioni determinanti, non potrebbe comunque non osservarsi che, per l'eterogenesi dei fini che è ontologicamente dei principi giuridici, la conseguente protezione si è fatalmente estesa alla sovranità degli individui nei confronti degli Stati nazionali.

⁹⁶ Nella versione consolidata (*ex art. 90*, nella versione originaria).

⁹⁷ La divisione, evidentemente, si articola intorno all'interpretazione che viene data alla c.d. 'Costituzione economica'. Come è noto, da un lato, si pongono coloro i quali ritengono, che «l'originalità della Costituzione italiana» stia, in proposito, «nell'*ineguale bilanciamento fra le ragioni del calcolo economico e quelle* (connesse ma [...] talora confliggenti) *dello sviluppo sociale*», che risulterebbe sancito a favore di queste ultime in forza della «norma guida dettata dal 2° co. dell'art. 3 Cost., vero e proprio token caratterizzante della [...] Carta fondamentale» (così, ad esempio, M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, 1990, pp. 373 ss., 378), dall'altro, invece, chi ritiene che sia individuabile, nel testo costituzionale, l'affermazione del valore del mercato, osservando che «se il sistema costituzionale avesse inteso conferire la preminenza alla disciplina pubblicistica volta al perseguimento degli scopi pubblici, si sarebbe dovuto enunciare in modo espresso il principio della chiusura del sistema, che è la misura istituzionalmente necessaria per l'introduzione e la sopravvivenza di un sistema amministrativo» (Così, ad es., G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 21 ss., 39 s.). Nel mezzo si pone chi ritiene che la Costituzione, in forza del suo ampiamente riconosciuto carattere 'compromissorio', anche in materia economica, sia «un contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori» (così, ad es., G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 7 ss., 17; nello stesso senso cfr. anche R. CARANTA, voce *Intervento pubblico nell'economia*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. Agg. *, 2000, pp. 371 ss., 374).

base del dato costituzionale non limitandosi alla esclusiva considerazione degli artt. 41 e 43, bensì inserendo tali disposizioni nel contesto delle (e fondando, dunque, la nozione sulle) «libertà e diritti che [...] rientrano nelle disposizioni che recano principi fondamentali»⁹⁸. Tale prospettiva appare viepiù convincente in quanto rappresenta il più coerente sviluppo della premessa – come si è visto diffusamente condivisa in dottrina – relativa alla c.d. «portata istituzionale» delle questioni dei servizi pubblici.

L'osservazione del nesso esistente tra il godimento di diritti fondamentali ed i pubblici servizi, come attività strumentali alla reale possibilità di tale godimento, è invero risalente nel tempo⁹⁹, e tuttavia non è sufficiente a fondare una nozione autenticamente oggettiva dei pubblici servizi finché non si passa, liberandosi dalle scorie della metafora organicistica, a considerare anche i diritti cc.dd. 'sociali' «non più in termini di diritti a prestazioni, né in termini di pretese organizzate (il che in entrambi i casi ne postula sempre la natura di pretese creditizie, di diritti relativi), bensì in termini di vere e proprie libertà sociali, recuperando il fondamento unitario che questi diritti condividono con le altre libertà, come espressione entrambi del principio basilare della tutela della dignità e dello sviluppo della persona»¹⁰⁰.

Poste alcune premesse in ordine ai fattori, alla portata ed all'intrinseco significato del processo evolutivo della disciplina dei servizi di pubblica utilità, è possibile ora procedere, seppur a grandi linee, all'esame del suo assetto odierno, focalizzando l'attenzione sulle situazioni giuridiche soggettive che caratterizzano i rapporti tra gestori ed utenti dei servizi, da un lato, e quelli tra gestori, dall'altro, situazioni che costituiscono l'oggetto del potere esercitato nei procedimenti di risoluzione delle controversie della cui natura si

⁹⁸ L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi* cit., p. 310, la cui impostazione problematica prende spunto dalle illuminanti riflessioni di G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 1081 ss. Una lettura degli artt. 41 e 43 Cost., per un verso non antinamica, ed anzi in armonia, con la disciplina comunitaria, per un altro calata nel più ampio contesto dell'intero sistema costituzionale, sembra offerta anche da G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in AA. VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione* (Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione – Varenna – Villa Monastero – 21-23 Settembre 1995), Giuffrè, Milano, 1997, pp. 21 ss., spec. 28-36 e 44-48. Un'opposta prospettiva, tuttavia, sembra emergere in ID., *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 629 ss., 638-641, ed ID., *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)* cit., pp. 987-997.

⁹⁹ Almeno all'analisi di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi* cit., p. 221, che, per l'appunto, già sottolineava la «connessione sempre più stretta che si stabilisce oggi tra il godimento di taluni diritti fondamentali di libertà e la disciplina dell'attività strumentale che quel godimento rende possibile».

¹⁰⁰ G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale* cit., p. 1090. In tal senso, senza dubbio, pur senza trascurare l'opera della dottrina che da tempo ha avviato un processo di revisione critica delle concezioni tradizionali (in particolar modo A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, 1989; e ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997), una spinta è venuta, tra l'altro, anche dall'influenza 'culturale' dell'ordinamento comunitario, la cui impostazione maggiormente 'liberale' ben si riflette, ad esempio, nella diversa dogmatica delle situazioni giuridiche soggettive in esso vigente. Sul punto cfr. E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo* cit., pp. 499 ss.

è in cerca di definizione. Si deve comunque tenere presente che il settore è in continua evoluzione e che alcune delle difficoltà interpretative attuali dipendono proprio dalle incertezze di una 'materia' in costante modificazione ed il cui procedere non è sempre particolarmente lineare e coerente.

4.1.1. (*Segue:*) *i rapporti tra gestori e utenti: il servizio universale tra interessi della collettività ed interessi individuali degli utenti.*

Nel contesto dell'attuale assetto disciplinare il tema del rapporto tra gestori ed utenti ruota intorno a quello del c.d. 'servizio universale'.

Come è noto, a proposito di tale nozione – identificante, secondo una recente definizione fornita dal diritto nazionale, «un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile»¹⁰¹ – è in corso un vivo dibattito in ordine ai suoi rapporti con quella di 'servizio pubblico'¹⁰², nonché alla sua dannosità o utilità¹⁰³.

In tali dispute non è possibile, né, invero, necessario, entrare espressamente in questa sede¹⁰⁴, essendo sufficiente limitarsi a rilevare un dato formale che, malgrado tutto, non sembra oggetto di discussione, e cioè che, «per effetto delle privatizzazioni e liberalizzazioni imposte dal diritto comunitario, quelli che eravamo tradizionalmente abituati a chiamare servizi pubblici diventano in realtà attività private soggette a *regole e obblighi speciali*» e che i relativi rapporti racchiudono «una pluralità di diritti e di obblighi corrispettivi»¹⁰⁵ e, in particolare, in capo agli utenti, «situazioni giuridiche soggettive im-

¹⁰¹ Così l'art. 1, co. 1, lett. *ll*), del D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, recante il «Codice delle comunicazioni elettroniche».

¹⁰² Sotto tale profilo il fronte di discussione divide coloro che ritengono sostanzialmente o, quanto meno, largamente coincidenti le due nozioni (in tal senso, ad esempio, con diversità di accenti, S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia* cit., p. 14; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi* cit., p. 187; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità* cit., pp. 393-394; N. RANGONE, *I servizi pubblici* cit., p. 322) e coloro che, invece, ne evidenziano profili di differenziazione ritenuti significativi (G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Merc., conc., reg.*, 2000, pp. 429 ss., *passim*, *Id.*, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive* cit., p. 143; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*, *Id.*, *Il servizio universale*, in *AA.VV.*, *Annuario 2001* cit., pp. 109 ss., pp. 109 e 117, nonché la stessa N. RANGONE, voce *Servizi universali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Agg. 1998, p. 7).

¹⁰³ Sotto tale profilo, invece, i 'detrattori' della figura, come rileva G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti* cit., p. 430, ne evidenziano la 'minacciosità' sotto la «duplice, e per certi versi opposta, prospettiva» di «ostacolo alla effettiva liberalizzazione dei servizi pubblici» e di «affermazione [...] insufficiente a garantire i valori tradizionalmente salvaguardati dai principi del servizio pubblico», mentre i suoi 'difensori' cercano di metterne in luce gli aspetti di potenziale o attuale maggiore utilità per la tutela degli interessi dell'utente.

¹⁰⁴ Ci si può limitare ad osservare che appare condivisibile l'affermazione di G.F. CARTEI, *op. cit.*, p. 117, secondo cui «dietro l'incertezza della prospettiva d'analisi [...] si celano elementi diversi: l'ambiguità del processo storico, l'eterogeneità metodologica delle tradizioni giuridiche, la fragilità del diritto positivo, le inclinazioni politiche».

¹⁰⁵ G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza* cit., pp. 142 e 143.

diatamente e adeguatamente tutelate nei confronti dei gestori»¹⁰⁶.

La natura di diritti soggettivi (e correlativi obblighi o doveri) delle situazioni giuridiche connotanti i rapporti tra gestori del servizio ed utenti, infatti, non è posta in discussione da alcuno in dottrina¹⁰⁷. Essa, stante (quanto meno) la separazione tra regolazione e gestione imposta dal diritto comunitario e realizzatasi mediante la privatizzazione sostanziale della gestione (ed a maggior ragione nei contesti in cui sono già realizzate vere e proprie liberalizzazioni)¹⁰⁸, costituisce senza dubbio un'alterazione significativa del modello tradizionale nel quale, invece, la (pur assunta) natura privata e paritaria del rapporto instaurantesi nella fase di gestione del servizio pubblico era significativamente compromessa dalla sostanziale (o, addirittura, in taluni casi anche formale) identità del soggetto gestore e di quello regolatore¹⁰⁹, identità che faceva sì che «il momento organizzativo del servizio, orientato al perseguimento dell'interesse pubblico, prevalesse su quello erogativo del rapporto di utenza, volto, invece, alla soddisfazione dell'interesse individuale di ciascun fruitore delle prestazioni»¹¹⁰.

Conviene rammentare, a questo punto, che tale prevalenza dell'interesse pubblico risultava tanto più dannosa per l'utente in quanto la percezione della centralità dell'interesse individuale dell'utente nella identificazione dell'interesse pubblico perseguito dalle funzioni di pubblico servizio era completamente svanita a causa del prevalere della metafora organicistica ad ogni livello istituzionale (non solo quello 'politico' della legislazione, ma anche quello 'discrezionale' della Amministrazione). In proposito, infatti, è stato ben evidenziato che, «dall'unificazione agli anni '80 del secolo XX», l'interesse dell'utente ad una adeguata soddisfazione dei propri bisogni è sempre rimasto ai margini della legislazione e tutt'al più ha trovato, di fatto, una (soltanto) parziale tutela sul piano della regolamentazione amministrativa, ove, però, è rimasto notevolmente compresso dagli obiettivi di politica economica¹¹¹.

Sull'esatta portata di tale progresso di tutela degli interessi degli utenti, tuttavia, è possibile rilevare una sostanziale diversità di vedute.

¹⁰⁶ G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti* cit., p. 450.

¹⁰⁷ Lo stesso M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale* cit., p. 190, espressamente afferma che «da destinatari passivi di prestazioni erogate dai gestori dei servizi pubblici, gli utenti si presentano [...] sempre più come titolari di 'diritti' che trovano particolari forme di tutela» e che, nell'ambito del rapporto con i gestori, in capo ad essi «possono sorgere veri e propri diritti, tutelabili innanzi a organi di tipo giurisdizionale o paragiurisdizionale e che trovano soddisfazione anche sotto forma di indennizzo o risarcimento» (p. 196). L'A. fa, inoltre, più volte riferimento alla sussistenza in capo ai gestori di veri e propri «obblighi».

¹⁰⁸ G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza*, p. 142.

¹⁰⁹ Sul punto si v. M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* cit., *passim*.

¹¹⁰ Così G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 141.

¹¹¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, pp. 11-220. Da ciò l'A. argomenta per sostenere che l'universalità della nozione di 'servizio pubblico' aveva il carattere di un attributo oggettivo – eventuale e implicito – di un'attività organizzata dai pubblici poteri, laddove in quella di 'servizio universale', invece, diviene attributo di una pretesa dell'utente giuridicamente tutelata mediante il riconoscimento di una situazione giuridica di diritto soggettivo.

In particolare, da un lato, vi è chi ritiene che una reale difesa di tali interessi, che non sia relegata nell'asfittico ambito del rapporto di cittadinanza, richieda due condizioni: «che l'organizzazione e la definizione delle modalità di fornitura dei servizi *non spettino più esclusivamente agli organi di indirizzo politico*, ma siano anche il risultato del confronto tra la libertà e l'autonomia degli erogatori, le pretese degli utenti e le funzioni regolative dei pubblici poteri»; e «che ai singoli siano conferiti determinati diritti nei confronti dei gestori, in ordine alla costituzione, al contenuto e all'esecuzione dei rapporti, *che prescindono da apprezzamenti discrezionali dell'amministrazione*»¹¹². Di conseguenza la determinazione del contenuto del rapporto di utenza deve essere attribuito ad «un'autorità terza appositamente istituita e indipendente dagli organi di indirizzo politico», dinanzi alla quale «si confrontano la pretesa degli esercenti al rispetto della propria *libertà di iniziativa* e l'aspirazione degli utenti al pieno riconoscimento dei propri *diritti sociali ed economici*», diritti rispetto ai quali essa è chiamata «a garantire l'equilibrio [...] e a risolverne i conflitti, ispirandosi ai principi di *proporzionalità, imparzialità e neutralità*»¹¹³.

Dall'altro, invece, sembra porsi su un'opposta posizione chi ritiene che ogni aspetto della definizione dell'universalità del servizio «sia l'individuazione delle prestazioni che devono essere assicurate a tutti, sia la definizione dei livelli delle prestazioni (in termini quantitativi, qualitativi, di capillarità, di costo)», abbia il carattere «di una valutazione essenzialmente politica che solo il Parlamento (o direttamente la Costituzione) può assumere»¹¹⁴; ciò anche in base al presupposto che il sistema di regolazione sarebbe «volto ad assicurare al massimo grado il perseguimento dell'obiettivo dell'universalità, nell'interesse della collettività e solo di riflesso a tutela del singolo utente»¹¹⁵.

Coerentemente a siffatta diversità di premesse divergono anche le rispettive qualificazioni degli interessi degli utenti nella fase di definizione delle condizioni di erogazione del servizio. Da un lato, infatti, si ritiene che essi costituiscano «il parametro esplicito

¹¹² G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza* cit., p. 141 (corsivi di chi scrive).

¹¹³ G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, pp. 143-144 (corsivi di chi scrive). È opportuno rilevare sin d'ora che l'A. sembra collocare nella «funzione regolativa delle autorità indipendenti» anche l'attività di risoluzione delle controversie.

¹¹⁴ M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale* cit., p. 194. È qui, dunque, la radice dell'opinione secondo cui la nozione di servizio universale «non aggiunge nulla di significativo» a quella di servizio pubblico. L'A., peraltro, qui sembra non cogliere la differenza che passa tra la predeterminazione costituzionale della valutazione e la sua rimessione alla libera volontà politica del Parlamento.

¹¹⁵ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 196, riconfermando la costruzione elaborata tempo addietro trattando delle «attività semicontenziose» delle Autorità di regolazione (su cui v. *retro* il Cap. precedente). *Contra* G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, p. 446, per il quale, «con l'apprensione della materia dei servizi pubblici da parte del diritto comunitario [...] la soddisfazione dell'interesse del cittadino utente è posta al centro della disciplina dei servizi», e, dunque, «principi tradizionali del servizio pubblico, come quelli di uguaglianza e continuità, e interventi regolativi consolidati, come quelli sulla dimensione, sul ritmo e sul prezzo dell'offerta, in passato orientati soprattutto a indicare modalità di offerta dei servizi conformi all'interesse generale e agli obiettivi macroeconomici, sono ora primariamente finalizzati allo scopo di garantire a ciascun cittadino l'accesso ai servizi» (p. 449).

dell'intervento regolativo dei pubblici poteri e, più in generale, dell'organizzazione dell'attività erogativa», sicché «gli utenti, attraverso le loro organizzazioni rappresentative sono spesso legittimati a partecipare ai procedimenti regolativi innanzi alle autorità pubbliche e a impugnare le relative deliberazioni, qualora il loro interesse giuridicamente protetto alla fruizione dei servizi (che la disciplina positiva [...] a volte definisce espressamente come diritto) non sia stato adeguatamente preso in considerazione e tutelato»¹¹⁶. Dall'altro, invece, si riduce il valore della pretesa, in questa fase, ad una «doverosità» che «ha natura per così dire di obbligazione politica» e che consiste in «un impegno assunto dai pubblici poteri, essenzialmente di fronte ai cittadini-elettori» e che troverebbe, invece, «una connotazione più propriamente giuridica» soltanto «negli obblighi posti in capo al gestore del servizio e assunti nei confronti dell'autorità pubblica (ministero o autorità di regolazione) di erogare il servizio a certe condizioni e con certe modalità (obblighi e doveri di servizio)»¹¹⁷.

Ad un attenta riflessione sembra potersi evidenziare che entrambe le prospettive rischiano di peccare per eccesso nelle rispettive posizioni, e, dunque, ciascuna abbia in sé elementi utili per correggere gli eccessi dell'altra.

Sulla questione della titolarità del potere di definizione del contenuto del servizio universale, infatti, si è giustamente osservato che, in realtà, se «spetta agli apparati politici, comunitari e nazionali, [...] stabilire in quali prestazioni debbano consistere i servizi pubblici», è pur vero che «il diritto comunitario richiede» che le «funzioni regolatorie (cioè conformative) siano svolte da autorità indipendenti», riconoscendosi, poi, che «una tale ripartizione di competenze di per sé chiara, non può risolversi in concreto in una netta separazione delle attività degli organismi dei due diversi tipi giacché, da un lato, la complessità tecnico-economica delle attività in questione richiede agli apparati politici un'assai difficile consapevolezza degli aspetti tecnico-economici e non rende sempre agevole, d'altro lato, isolare in modo assoluto gli interventi tecnico economici dalle scelte politiche»¹¹⁸. Particolarmente significativo, in proposito, appare l'esempio della «difficoltà di distinguere in concreto tra regolazione della qualità delle prestazioni e determinazione delle prestazioni ritenute necessarie per soddisfare i bisogni pubblici»¹¹⁹, soprattutto ove si rifletta che la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» costituisce, nel nuovo testo costituzionale, materia riservata alla competenza legislativa esclusiva statale¹²⁰.

L'apparente criticità ed i conseguenti pericoli di tale ambigua ripartizione possono in parte essere ridimensionati considerando che, in realtà, nel contesto ordinamentale comunitario (e, dunque, oramai, giocoforza anche in quello interno) non ha più 'cittadinanza' l'idea della «esclusiva politicità della decisione di considerare servizio pubblico

¹¹⁶ Così G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 450.

¹¹⁷ Così, invece, M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 195.

¹¹⁸ Così D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità* cit., pp. 417-418. portando quale esempio quello, particolarmente significativo, della «difficoltà di distinguere in concreto tra regolazione della qualità delle prestazioni.

¹¹⁹ D. SORACE, *op.ult. cit.*, p. 417.

¹²⁰ Art. 117, co. 2, lett. m), Cost., come modificato dalla L. cost. 3/2001.

un'attività economica», poiché la Corte di giustizia ha da tempo affermato la propria possibilità di «arrivare fino alla verifica dell'effettiva esistenza dell'asserito specifico interesse generale» che giustificerebbe, ai sensi dell'art. 86, co. 2, le deroghe alla disciplina del Trattato¹²¹.

È pur vero che la norma in questione non riguarda la disciplina del servizio universale, ma tuttavia l'affermazione giurisprudenziale della Corte – che, giova ricordarlo, è 'creatrice' di diritto obiettivo – sembra confermare l'osservazione, in precedenza proposta, sulla ispirazione 'liberale' propria del rapporto intercorrente tra i pubblici poteri ed i soggetti dell'ordinamento comunitario, ispirazione che, stante la pari dignità soggettiva degli individui e degli Stati membri, è idonea a fornire protezione anche ai primi nei confronti dei secondi. In tale prospettiva, inoltre, anche ove si voglia ritenere che il diritto comunitario derivato in materia di servizio universale non offra alcun parametro adeguato a garantire, avverso le decisioni di organi politici, la tutela di un contenuto minimo delle pretese degli utenti alla soddisfazione dei propri bisogni essenziali¹²², non sembra si possa ad ogni modo trascurare di considerare il rilievo dei diritti cc.dd. sociali che le norme costituzionali nazionali riconoscono e garantiscono quali diritti fondamentali, inviolabili, della persona¹²³.

In definitiva sembra si possa concordare sulle seguenti affermazioni: che l'oggetto delle funzioni di risoluzione delle controversie tra gestori ed utenti è costituito da situazioni giuridiche soggettive di diritti e corrispettivi obblighi o doveri; che tali situazioni giuridiche sono conformate da una funzione regolatoria ripartita tra Autorità indipendenti ed organi politici secondo un criterio di competenza che, per sua natura, non si risolve in una netta separazione delle attività¹²⁴, ma si fonda sull'attribuzione della competenza a definire le prestazioni di servizio pubblico agli organi politici (sebbene le relative valutazioni non abbiano carattere esclusivamente politico e dunque completamente insindacabile) e della competenza all'esercizio delle ulteriori funzioni regolatorie, invece, ad Autorità indipendenti.

4.1.2. (Segue:) i rapporti tra gestori: la liberalizzazione concorrenziale e le esigenze

¹²¹ Si v. D. SORACE, *op. ult. cit.*, pp. 390-391 e la giurisprudenza ivi citata.

¹²² Si consideri, peraltro, che l'interpretazione secondo la quale la nozione comunitaria di servizio universale sarebbe rivolta ad offrire una tutela immediata ad interessi della collettività e riguarderebbe solo 'di riflesso' il singolo utente, pare trovare smentita nel testo delle *Comunicazioni della Commissione Europea su I servizi di interesse generale in Europa* che tanto nel 1996 (GU C. 281 del 26 settembre 1996, pp. 3 ss.) quanto nel 2001 (GU C.17 del 19 gennaio 2001, pp. 4 ss.) fanno più volte riferimento all'«interesse del cittadino», affermando, ad esempio, che «al centro di tutte queste considerazioni figura l'interesse del cittadino» (punto 8 Com. 1996), che «Sono quindi gli utenti e le loro necessità ad essere al centro dell'azione pubblica in questo settore» (punto 8 com. 2001).

¹²³ In tal senso sembra di potersi condividere l'affermazione di G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 453, secondo cui «il passaggio dall'universalità del servizio pubblico al "diritto universale" alla fruizione di prestazioni essenziali, per molti versi, è assimilabile ai processi di conversione di entità oggettive (beni, fini, compiti, istituti) in situazioni giuridiche soggettive di diritto sociale, studiate dalla scienza giuspubblicistica». Nuovamente, sul punto, è d'obbligo il rinvio a G. PASTORI, *Diritti e servizi* cit., ed alla dottrina citata *retro*.

¹²⁴ D. SORACE, *op. ult. cit.*, p. 417.

di tutela nascenti dall'imperfezione del sistema; l'essential facilities doctrine.

Le incertezze che caratterizzano il sistema dei rapporti tra gestori ed utenti, dovute essenzialmente all'asimmetria rilevabile tra il livello di sviluppo della disciplina comunitaria derivata in materia di servizio universale e l'assenza di esplicite norme nei Trattati, non paiono riscontrarsi, invece, con riguardo al profilo dei rapporti tra gestori.

Infatti, mentre, come si è osservato, le difficoltà, nel caso del rapporto tra gestori ed utenti, nascono dal fatto che la parte 'debole' del rapporto, alla cui tutela rinviano le norme sulla disciplina del servizio universale, non ha uno 'statuto' saldamente consolidato nell'ambito del Trattato, ciò non vale, invece, per la parte 'debole' nei rapporti tra gestori, e cioè per il gestore che – per ipotesi, e a seconda dei casi – subisca le limitazioni alla concorrenza (oltre i limiti di legittimità di cui al Trattato) esistenti in un mercato non completamente liberalizzato, ovvero, pur in un contesto di completa liberalizzazione, si veda (di fatto) danneggiato nella piena possibilità di competere dal gestore della rete che gli neghi indebitamente l'accesso oppure da altro gestore di servizio (magari avente notevole forza di mercato) che gli neghi l'interconnessione alla propria rete.

Siamo, dunque, nell'ambito del tema dei cc.dd. diritti di accesso ed interconnessione alle infrastrutture essenziali e della relativa dottrina dell'*essential facilities*¹²⁵, che, come è noto, si fondano sulla considerazione dal fatto che «la liberalizzazione sarebbe vanificata se non affiancata dal riconoscimento di un *diritto di accesso alle reti e ai beni essenziali alla prestazioni di servizi liberalizzati* [...] e di un *diritto di interconnessione* tra reti e servizi»¹²⁶. In proposito sembra abbastanza pacificamente condiviso che le pretese in parola consistano in veri e propri diritti, ai quali corrispondono specifici obblighi (*di contrattare* ovvero *di contrarre*, a seconda del tipo di disciplina di volta in volta considerata¹²⁷).

La situazione fatta valere, infatti, pare trovare solido fondamento nella libertà di prestazione dei servizi riconosciuta, come regola generale, dal Trattato. Del resto anche i possibili (ed in una certa misura necessari) limiti dei diritti di accesso ed interconnessione trovano il loro fondamento nel medesimo diritto di libera iniziativa economica – dal quale discende altresì, in via generale, la libertà di scelta del contraente da parte del gestore o proprietario della rete – ovvero nel diritto, del pari costituzionalmente riconosciuto, di proprietà. Si tratta, dunque, di una questione di bilanciamento tra diritti¹²⁸.

Al di là dei vari e numerosi aspetti problematici che coinvolgono il tema in parola, ciò che preme di mettere in rilievo è che non vi sono in proposito, per il diritto comunitario, possibilità di valutazioni di merito, da parte dei pubblici poteri, che abbiano carattere discrezionale (né tanto meno, dunque, squisitamente politico, ed in ogni caso) insindaca-

¹²⁵ Il noto principio giurisprudenziale del diritto *antitrust* nordamericano risalente alla decisione della Corte suprema degli Stati Uniti nella controversia U.S. v. *Terminal Railroad Association*.

¹²⁶ Così N. RANGONE, *I servizi pubblici* cit., p. 202.

¹²⁷ Cfr., sul punto, N. RANGONE, *op. ult. cit.*, pp. 202-203.

¹²⁸ Cfr. N. RANGONE, *op. ult. cit.*, p. 254-255, e le decisioni della Corte di giustizia CE ivi richiamate, nonché G. HERMES, *Fondamenti e strutture giuridiche della responsabilità pubblica per le infrastrutture*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa* cit., pp. 75 ss., spec. 87-89, ed ID., *Problemi dell'accesso alla rete*, in *idem*, pp. 97 ss., spec. 111-112.

bile da parte del giudice¹²⁹.

Emblematica di tale assetto disciplinare è proprio la già richiamata¹³⁰ giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla sindacabilità delle valutazioni di interesse generale che, ai sensi dell'art. 86, co. 2, del Trattato CE, possono stare a fondamento delle eccezioni alle regole generali del mercato concorrenziale, sulla base della quale, appunto, si è affermato che «la locuzione ‘servizio pubblico’, sia pure, per questo aspetto, in una nuova prospettiva, è una clausola generale soggetta in definitiva all’interpretazione di un giudice»¹³¹.

La disciplina comunitaria esplicitamente prevede che le funzioni in materia di interconnessione o di accesso alle reti debbano essere esercitate da «organismi giuridicamente distinti e funzionalmente indipendenti» dagli operatori ovvero da «autorità indipendenti dalle parti»¹³². Ad essa si è adeguata la legislazione nazionale che affida tali funzioni, e particolarmente quelle di risoluzione delle relative controversie alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

In dottrina si è osservato, in proposito, che i caratteri di indipendenza richiesti sono da ritenersi «impliciti nelle funzioni indicate», poiché, da un lato, le imprese interessate «sono in molti Stati membri in mano dei pubblici poteri e quindi per questa specifica circostanza l’indipendenza deve essere assicurata anche *nei confronti degli apparati dei pubblici poteri* che esercitano i poteri proprietari», dall’altro, le funzioni di cui è richiesto l’esercizio, per loro stessa natura, «esigono [...] *neutralità politica*», poiché si tratta di «svolgere un ruolo di tipo arbitrale, che per di più presuppone un’alta qualificazione tecnico-economica: si tratta di elaborare regole ed emanare provvedimenti che debbono avere tendenzialmente effetti analoghi a quelli che si avrebbero in una situazione di mercato concorrenziale in relazione ad attività connotate da tecnologie complesse e soggette a rapida evoluzione»¹³³.

Anche con riferimento ai rapporti tra gestori, dunque, si può in definitiva affermare: che l’oggetto delle funzioni di risoluzione delle relative controversie è costituito da situazioni giuridiche soggettive di diritti e corrispettivi obblighi o doveri¹³⁴; che tali situa-

¹²⁹ Nel contesto comunitario, infatti, la dottrina dell’*essential facilities* viene considerata, come è noto, un’applicazione della disciplina di cui all’art. 82 del Trattato CE (*ex art.* 86).

¹³⁰ Al precedente paragrafo.

¹³¹ Così D. SORACE, *op. ult. cit.*, p. 424.

¹³² Così, ad esempio, rispettivamente l’art. 2.1.b della Direttiva CE 97/13, in materia di telecomunicazioni, e gli artt. 20 della Direttiva CE 96/92, in materia di energia elettrica, e 21.2 e 23.3 della Direttiva CE 98/30, in materia di gas naturale.

¹³³ Così D. SORACE, *op. ult. cit.*, p. 399. Concorde, sul punto, R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 45, per la quale «la nuova regolazione, a differenza di quella che la ha preceduta, è in funzione [...] dell’attuazione della libera concorrenza», ed «in un settore ad alta complessità tecnica [...] la regolazione non può che essere minuziosa, altrimenti lascerebbe troppa discrezionalità, soprattutto ai vecchi monopolisti». Essa «è garantita e controllata da soggetti *ad hoc*, costituiti in modo da svolgere la loro funzione in posizione neutrale» (p. 48).

¹³⁴ Lo stesso M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza* cit., p. 122, riconosce senza eccezioni che «i rapporti orizzontali tra imprese concorrenti» sono costituiti esclusivamente «dal complesso dei diritti ed obblighi, talora reciproci e talora imposti solo agli operatori dominanti a favore delle imprese nuove entranti (accesso alla rete, interconnessione, condivisio-

zioni giuridiche interagiscono con regole della disciplina comunitaria ovvero, in parte, derivanti dalla funzione regolatoria attribuita ad Autorità indipendenti; che è quanto meno dubbio che la Corte di Giustizia UE riconosca al diritto comunitario derivato (come alla eventuale disciplina attuativa degli organi politici nazionali) il carattere squisitamente politico (ed in quanto tale insindacabile da parte del giudice); che la regolazione delle Autorità indipendenti assume necessariamente il carattere di neutralità politica e di *expertise* tecnica.

5. *Compatibilità dell'attività esaminata con la nozione di funzione giustiziale della P.A. nei rapporti tra privati.*

Sulla base dei risultati dell'analisi dell'attuale assetto disciplinare del settore dei servizi di pubblica utilità non sembra del tutto infondato sostenere che ricondurre alla nozione di funzione giustiziale della P.A. l'attività svolta dalle Autorità di regolazione nel dirimere controversie sia ben più che una mera ipotesi intuitivamente formulabile, trovando adeguati e puntuali elementi di riscontro nell'analisi del diritto positivo. In particolare l'attività in parola, stante la natura di soggetti privati delle parti in lite, sembra possa rientrare nell'alveo dei cc.dd. 'ricorsi amministrativi non impugnatori' relativi a controversie tra amministrati.

Come già anticipato in premessa, il riferimento va, in particolare, alla autorevole ricostruzione di A.M. Sandulli, il quale individua l'esistenza di tale categoria nell'ambito dei ricorsi amministrativi – intesi quali «mezzi predisposti a tutela dei singoli e non esclusivamente nell'interesse dell'ordinamento generale o di quello particolare della pubblica amministrazione»¹³⁵ –, il cui «obiettivo istituzionale è, dunque, sicuramente un obiettivo di giustizia: quello della eliminazione dei torti (e perciò delle lesioni di interessi) eventualmente subiti o temuti dai soggetti che le promuovono», conseguendone che «ciò accosta palesemente le procedure stesse a quelle giurisdizionali»¹³⁶.

ne dei siti, regolazione asimmetrica, ecc.)). La qualificazione come veri e propri diritti (e corrispettivi obblighi) delle situazioni soggettive controverse nelle fattispecie di cui agli artt. 8, co. 3, 12, co. 3, 16, co. 3 e 24, co. 3, D.Lgs. 164/2000, in materia di gas naturale, è implicitamente riconosciuta da G. CAIA e S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, in *Rass. giur. en. el.*, 2000, pp. 339 ss., 352.

¹³⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 1187-1188.

¹³⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 1205. Quanto, poi, alla distinzione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, l'A. ritiene che «esiste [...] un netto tratto di differenziazione rappresentato dal fatto che, mentre il protagonista di queste ultime è un giudice – organo assolutamente estraneo alle parti in causa e neutrale rispetto agli interessi in contesa –, e le relative procedure si svolgono e si risolvono nel quadro dell'ordinamento generale, e perciò in funzione di interessi obiettivi (e superiori) della comunità generale (Stato-comunità), le procedure di cui ci occupiamo hanno per protagonista un'autorità amministrativa – organo perciò appunto, non assolutamente estraneo e neutrale (persino in quei casi, che pure non sono rari, in cui si trovi in posizione di terzietà) –, e si svolgono in seno a un ordine particolare (di volta in volta quello dell'Amministrazione intesa unitariamente, oppure l'ordine di questa o di quella Amministrazione di settore), e in funzione di un interesse (sia pure "giustiziale") proprio (e specifico) di quell'ordine». Interesse che, «nella più gran parte dei casi, e comunque in tutti quelli in cui si discute di questioni di legittimità, è volto a che le controversie insorgenti nel seno di un sistema amministrativo vengano risolte (attraverso l'applicazione, è vero, anche e prima di tutto, delle re-

Il rilievo significativo del fine di giustizia¹³⁷, dunque, caratterizza i ricorsi amministrativi (secondo la nozione preferita da alcuni) o la funzione amministrativa ‘giustiziale’ (secondo quella adottata da altri) a tal punto che l’interesse dei soggetti privati coinvolti assume un diverso e più pregnante rilievo che nell’ambito della tradizionale funzione amministrativa¹³⁸. Nell’individuare la funzione amministrativa giustiziale e nel distinguere da quella amministrativa in senso proprio, allora, l’attenzione va focalizzata sull’elemento del fine, laddove, invece, il regime giuridico del procedimento e degli atti conclusivi di esso ne costituisce solo una conseguenza e comunque un elemento in sé non decisivo a fini ricostruttivi. Si è già osservato in precedenza, infatti, che neanche il contraddittorio può ritenersi elemento caratterizzante la funzione giustiziale, essendosi autorevolmente chiarito come esso non sia niente altro che uno dei «tre grandi tipi» nei quali «i procedimenti amministrativi, ai fini dell’istruttoria, si distinguono: [...] *istruttoria segreta*, [...] *istruttoria aperta*, [...] *istruttoria in contraddittorio*»¹³⁹.

Lo svolgimento procedimentale ‘in contraddittorio’, del resto, è proprio anche del potere sanzionatorio di illeciti amministrativi (che è finalizzato esclusivamente alla cura dell’interesse pubblico, e che si colloca, pertanto, nella tradizionale funzione amministrativa¹⁴⁰), nel cui esercizio, però, esso non è previsto a fini di giustizia, potendone conseguire, secondo la giurisprudenza, un limitato rilievo dell’interesse del soggetto che ha eventualmente dato luogo all’avvio del procedimento amministrativo¹⁴¹. L’attività giustiziale della P.A. e quella c.d. ‘sanzionatoria’ o di ‘polizia amministrativa’ si assomigliano quanto alle modalità ‘contenziose’ di svolgimento procedimentale¹⁴², ma in realtà

gole dell’ordinamento generale e in vista di una obbiettiva ponderazione delle ragioni e degli interessi dei singoli) nell’ambito del ricordato ordine particolare». Secondo l’insegnamento della dottrina in parola, da tale distinzione discende, poi, sul piano del regime giuridico, che, sebbene «le procedure instaurate mediante i ricorsi amministrativi» abbiano «carattere contenzioso – in quanto traggono necessariamente origine da una istanza privata e si svolgono in contraddittorio con le parti interessate –», i relativi *atti* hanno «forza e valore di *atti amministrativi* (e non di atti giurisdizionali)», con la conseguente possibilità, per un verso, «che essi vengano caducati e corretti (oltre che in sede giurisdizionale, anche) nelle sedi amministrative qualificate» (pp. 1205-1206).

¹³⁷ L’essere, cioè, secondo A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 1203, ordinati «a risolvere una controversia in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto».

¹³⁸ Sul punto cfr. A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi* cit., p. 385, il quale sottolinea che «non sono assimilabili ai ricorsi amministrativi [...] gli strumenti specifici di tutela “endoprocedimentali”, previsti oggi con maggiore ampiezza nel nostro ordinamento».

¹³⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., vol. II, p. 172, cit *retro*.

¹⁴⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 630. Cfr. anche F. BENVENUTI, voce *Autotutela*. b) *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, p. 540.

¹⁴¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 182. Sulla distinzione tra funzione giustiziale e sanzionatoria e la diversa ricostruzione giurisprudenziale dei rispettivi regimi giuridici elaborata dalla giurisprudenza con particolare riferimento all’attività dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Appunti di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 327-329.

¹⁴² Di qui l’equivoco in cui è incorsa, in passato, parte della dottrina che si è occupata delle cc.dd. ‘decisioni amministrative’ ed in cui sembra incorrere, tutt’ora, la dottrina che riporta le procedure oggetto di indagini all’ambigua nozione di ‘attività amministrativa svolta in forme semi-contenziose’.

sono radicalmente diverse per natura, e conseguentemente vanno tenute distinte quanto al rispettivo regime giuridico. Nell'ambito della prima, la finalità di giustizia specificamente rilevante fa sì che non solo l'Amministrazione debba procedere e provvedere, ma anche che l'istante, il reclamante o ricorrente¹⁴³, a tutela del cui interesse si svolge la funzione, sia legittimato a reagire (sempre in sede amministrativa giustiziale ovvero direttamente in sede giurisdizionale) avverso la decisione finale di cui, per ipotesi, si lamenti insoddisfatto. Tale carattere della funzione giustiziale della P.A. e la sua conseguenza sul piano del regime giuridico ne marcano significativamente la differenza con la funzione 'sanzionatoria' o di 'polizia amministrativa'.

Sono, dunque, il peculiare fine della funzione ed il conseguente rilievo dell'interesse individuale, e non le modalità di svolgimento dell'attività¹⁴⁴, che valgono a distinguere la funzione giustiziale dalla funzione amministrativa in senso proprio.

Nell'ambito dell'attività giustiziale della P.A. così individuata, quella in esame delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblicità pare assimilabile, come si è accennato, ai ccdd. 'ricorsi amministrativi non impugnatori', categoria che la dottrina individua a partire dalle fattispecie in cui l'istanza del ricorrente non consiste «nell'impugnativa di un atto amministrativo»¹⁴⁵, ed i cui procedimenti sono finalizzati, alla risoluzione delle

¹⁴³ Indipendentemente, cioè, da come sia, più o meno propriamente, definito dalla legge, purché, però, essa individui una autentica funzione giustiziale mediante il rilievo attribuito, appunto, al fine di giustizia.

¹⁴⁴ Si v. A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa* cit., p. 525-528. Si deve, tuttavia, segnalare che ancora oggi, se, per un verso, si può dire che vi sia sostanziale concordia sul fatto che, anche nell'ambito della c.d. amministrazione attiva, «non può esistere alcuna contraddizione reale fra attività amministrativa e attività di ricerca di una 'giusta' definizione di un conflitto fra l'amministrazione e il cittadino», per un altro, non è possibile affermare che esista perfetta identità di opinioni sulla intrinseca natura dei ricorsi amministrativi. Pur essendo da tutti riconosciuto, infatti, che in essi rileva significativamente la finalità della tutela del cittadino, non è pacifico quanto intensamente essa impronti la relativa funzione, poiché, a seconda delle opinioni, le si assegna rilievo esclusivo o soltanto prevalentemente ovvero, ancora, neanche prevalente, seppure significativo. Da un lato, infatti vi è chi ritiene che tale preordinazione sia esclusiva e che, conseguentemente, essa «non si risolve mai nell'amministrazione attiva» (lo stesso A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 527). Dall'altro, invece, diversa appare l'opinione di chi afferma che, «mentre per il processo amministrativo non si vede come possa oggi essere negata (soprattutto a seguito della vigente Costituzione) quanto meno la preminenza della sua funzione di strumento di tutela di situazioni soggettive», i ricorsi amministrativi, invece, «per ciò che essi sono, non possono sottrarsi a quanto vale a caratterizzare la funzione – quella amministrativa – di cui costituiscono espressione», per cui «non è [...] che le decisioni della p.a. nei confronti dei ricorsi amministrativi esprimano un'attività amministrativa sostanzialmente diversa dalle altre che la p.a. pone in essere: è che in quella si palesano con maggiore evidenza delle proprietà che dovrebbero qualificare l'Amministrazione in generale, cioè l'agire nel rispetto della legge e secondo giustizia», risultando in tal modo – quanto meno in astratto – sempre compatibile lo scopo di tutela di un proprio interesse, che chi si rivolge alla p.a. con un ricorso amministrativo indubbiamente persegue, e quella che non può non essere, anche nell'ipotesi considerata, la funzione amministrativa, cioè la cura del pubblico interesse» (L. MAZZAROLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, vol. II, pp. 1715 ss., 1734-1736).

¹⁴⁵ Così, A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 1202. Cfr. anche ID., voce *Ricorso amministrativo*,

«controversie insorte (generalmente in materia di diritti) tra due o più soggetti (di volta in volta tutti privati o tutti pubblici, o in parte privati e in parte pubblici) operanti nell'ambito di un sistema settoriale», ovvero delle «controversie insorte tra due o più soggetti terzi, contendenti in un campo che tocchi in qualche modo (in via diretta o anche soltanto indiretta) interessi della p.A.»¹⁴⁶. Caratteristica di tali ricorsi è che «vengono generalmente decisi da un'autorità che si trova in posizione di terzietà»¹⁴⁷ e, data l'assenza di un atto amministrativo impugnato, «rispondono a logiche del tutto peculiari»¹⁴⁸.

La peculiarità è ancor più spiccata per i ricorsi non impugnatori che riguardano controversie tra due o più soggetti privati (alle quali, dunque, l'amministrazione è estranea e che, già a prima vista, si avvicinano, dunque, assai alle procedure di risoluzione delle controversie oggetto della presente indagine) con riferimento ai quali sembra di potersi affermare che, quasi 'per definizione', riguardano controversie in materia di diritti soggettivi (o meglio non in materia di interessi legittimi). Dato il carattere 'interpretato' dei rapporti giuridici che costituiscono oggetto delle controversie, la possibilità di assimilazione della funzione giustiziale della P.A. alla funzione giurisdizionale civile appare ancor maggiore, e correlativamente dovrebbe avere rilievo minimo, nella tensione problematica che caratterizza il rapporto tra Amministrazione e giustizia, il profilo della posizione 'autoritaria' o 'imperativa' dell'Amministrazione giudicante¹⁴⁹.

in *Novissimo digesto italiano*, vol. XV, 1968, pp. 975 ss.; A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa* cit., p. 529, nt. 14; ID., voce *Ricorsi amministrativi* cit., pp. 385 e 390; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 924.

¹⁴⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., loc. ult. cit.

¹⁴⁷ A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, loc. ult. cit.

¹⁴⁸ A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi* cit., p. 385.

¹⁴⁹ Tuttavia, esaminando, seppur rapidamente, le vicende interpretative che hanno caratterizzato le ipotesi storicamente realizzatesi di tali tipologie di ricorsi non impugnatori, ci si accorge che anch'esse hanno subito l'influsso della metafora organicistica, risultando in parte attratte nelle problematiche interpretative che, invece, avrebbero dovuto caratterizzare soltanto le ipotesi di ricorsi cc.dd. 'impugnatori' ovvero anche quelle di ricorsi 'non impugnatori', ma coinvolgenti comunque l'Amministrazione come parte della lite. Guardando agli esempi di ricorsi amministrativi non impugnatori storicamente conosciuti dal nostro ordinamento (l'elencazione più aggiornata è quella di A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi* cit., pp. 390-391, nt. 25. Si v., però, anche A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, pp. 1202-1203, e ID., voce *Ricorso amministrativo* cit., p. 976), emerge uno speciale interesse per quelli previsti dal D.P.R. 23 maggio 1964, n. 655 – recante « Norme concernenti la disciplina delle assegnazioni degli alloggi economici e popolari » – e segnatamente dagli artt. 19 e da 21 a 30, che sono rivolti alle Commissioni regionali ed alla Commissione centrale per l'edilizia economica e popolare, in materia di assegnazione di alloggi realizzati da cooperative (soggetti privati) fruanti di contributo erariale. Con riferimento a queste fattispecie, appare particolarmente significativa l'opinione espressa da autorevole dottrina (G. BERTI, *Amministrazione 'giustiziale' e inerzia dell'organo decidente* (Commento a TAR Lazio, 18 giugno 1980, n. 711), in *Le regioni*, 1981, pp. 493 ss., 493), in sede di commento ad una sentenza del giudice amministrativo che si pronunciava sulla riferibilità ad esse della disciplina dettata (con specifico riguardo ai ricorsi amministrativi 'impugnatori' e 'gerarchici') dal D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199. Criticando la decisione non quanto agli esiti, ma quanto piuttosto all'«ordine delle argomentazioni» ed allo «svolgimento di alcune di esse» (p. 493), la dottrina in parola osservava che «vi sono [...] nel nostro ordinamento dei procedimenti contenziosi o giustiziali che sono destinati a sfociare in vere e

Quanto appena osservato sembra pienamente riferibile anche all'attività cd. 'paragiurisdizionale' o 'in forma semicontenziosa' delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità che, secondo quanto è parso di poter ricavare dall'analisi del dato positivo, consiste nel dirimere controversie tra soggetti privati che non possono avere ad oggetto se non diritti ed obblighi corrispettivi. In altre parole, sembra possibile affermare che siffatta attività debba qualificarsi come funzione giustiziale e che il suo svolgimento debba essere ricondotto al modello 'processuale' piuttosto che a quello 'procedimentale in senso stretto'. Si palesa evidente, allora, l'esigenza di provare a ricostruzione il regime giuridico della funzione in parola ricorrendo «in mancanza di disposizioni espresse [...] alla norma più generale che regola un processo dello stesso tipo e struttura», e cioè al codice di procedura civile. Ma è altrettanto evidente che non può essere questa la sede idonea per provarci.

proprie decisioni» e che «hanno solo una parentela lontana con i ricorsi gerarchici propri e impropri», poiché, a differenza di questi, nei primi «manca [...] quel connubio tra imparzialità e interesse che caratterizza i ricorsi gerarchici, la cui decisione è adottata di solito facendo prevalere l'interesse soggettivo dell'autorità su quello obiettivo insito nell'imparzialità», in quanto in tal caso «l'amministrazione [...] assume il compito di operatore di giustizia nei confronti di rapporti intersoggettivi che nascono per così dire contenziosi» (pp. 496-497). Secondo tale impostazione, infatti, nell'esercizio di «azione di giustizia [...] l'amministrazione non può mai inserire un proprio interesse e deve invece porsi come organo imparziale» sì che «non si può [...] ricongiungere o confondere giustizia e interesse, così come avviene nella parte tradizionale dell'amministrazione, quella cioè che si esprime con provvedimenti autoritari» (p. 498). Particolarmente significativa, inoltre, appare l'affermazione conclusiva, nella quale si auspica la predisposizione, da parte dell'interprete, «utilizzando tutto ciò che le disparate leggi offrono», degli «elementi e [...] fattori per la ricostruzione di una *amministrazione giustiziale corrispondente a quella amministrazione di servizi* che si dimostra ormai come il tipo prevalente dell'amministrazione pubblica» (p. 501). Dal complesso di tali argomentazioni l'A. in parola traeva, appunto, le conclusioni che, pur condividendo il *decisum* della sentenza, questa andasse, invece, criticata nelle motivazioni, in quanto in essa «un procedimento evidentemente ispirato alla revisione giustiziale d'un atto (oltretutto di soggetto privato), viene ricondotto immediatamente all'area dei ricorsi gerarchici, così da confondere giustizia e amministrazione e togliere alla fine ragione d'essere a quella stessa procedura» (p. 495).