

DAI 'SERVIZI PUBBLICI' AI 'SERVIZI DI PUBBLICA UTILITÀ':  
EVOLUZIONE DELLA MORFOLOGIA GIURIDICA DELL'INTERESSE PUBBLICO  
E RIFLESSI SULLE SITUAZIONI SOGGETTIVE<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello tradizionale dei 'servizi pubblici' e la corrispondente ricostruzione (morfologica) dell'interesse pubblico e dei suoi rapporti con gli interessi privati. – 3. Segue: spunti per una diversa ricostruzione (e per una valorizzazione degli interessi privati) nell'elaborazione di A. De Valles sui 'pubblici servizi' ed in quella di M. Nigro sull'edilizia popolare come servizio pubblico. – 4. L'assetto attuale dei 'servizi di pubblica utilità': in particolare le situazioni soggettive degli utenti e dei gestori. – 5. Le situazioni soggettive delle Autorità di regolazione. – 6. Segue: in particolare il potere di dirimere controversie tra gestori ed utenti e tra gestori. – 7. Segue: cenni alla questione del regime giuridico. – 8. Segue: alcuni riscontri giurisprudenziali sulla natura giustiziale dei poteri in questione. – 9. Spunti di riflessione sulle ragioni dell'attribuzione in capo alla P.A. (ed alle Autorità indipendenti in particolare) di una funzione giustiziale in materia di servizi di pubblica utilità.

1. *Premessa.*

I fenomeni di privatizzazione e/o liberalizzazione dei 'servizi pubblici' – come si è rilevato in dottrina – hanno determinato un mutamento nel «modo in cui sono configurati i relativi interessi», che «in passato erano concepiti in termini che potrebbero dirsi “aggregati”, nel senso che l'influenza degli utenti sulle condizioni di offerta del servizio si esercitava solo attraverso il circuito politico», osservandosi, altresì, che una delle principali conseguenze della nuova configurazione degli interessi è la «trasformazione dell'azione dei pubblici poteri in campo economico»<sup>2</sup>. Non sembra, tuttavia, che, fino ad ora, le caratteristiche di questo mutamento della configurazione degli interessi coinvolti, e quelle della (ad esso collegata) trasformazione dell'azione cui, talora, è chiamata

---

<sup>1</sup> Il presente contributo costituisce un parziale risultato della ricerca su “*Interesse pubblico e situazioni soggettive nei servizi di pubblica utilità: il potere delle Autorità di regolazione di dirimere controversie tra soggetti privati*”, finanziata dalla Regione Campania ai sensi della L.R. n. 5 del 2002. Presentato come comunicazione al convegno su *La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e “le ragioni” dell'interesse pubblico*, svoltosi a Siena il 12 e 13 giugno 2009 quale VIII edizione delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate a E. Cannada Bartoli e nell'ambito del programma INTERLINK su *Politica e amministrazione*, è in corso di pubblicazione nei relativi atti.

<sup>2</sup> Così G. DELLA CANANEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 737 ss., 738-739, il quale rileva altresì «una riduzione del monopolio assegnato ai giudici professionali [...] attraverso gli istituti dell'arbitrato e della conciliazione [...] oppure tramite l'intervento di [...] istituzioni pubbliche incaricate di dirimere conflitti insorti tra gli interessi ai vari beni della vita». Si v. anche M.P. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, tomo V, Giuffrè, Milano 2003, pp. 4735 ss., che parla di «un nuovo quadro complessivo di rapporti con l'amministrazione» (4754), nonché L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 55 ss.

la P.A., siano state oggetto di specifico approfondimento<sup>3</sup>. Soprattutto appare particolarmente trascurata l'indagine sul mutamento di configurazione della «'morfologia giuridica' dell'interesse pubblico»<sup>4</sup>, configurazione che evidentemente non può essere indifferente quanto alla ricostruzione delle situazioni soggettive, della natura dell'attività amministrativa e (conseguentemente) del suo regime giuridico.

In altre parole, nell'ambito dei 'servizi di pubblica utilità' così come disciplinati a seguito delle privatizzazioni e/o liberalizzazioni, non sembra possibile continuare a qualificare sempre e comunque (quasi per dogma, o quantomeno tralaticciamente) ogni attività svolta dalla P.A. come funzione 'amministrativa in senso proprio', e cioè quella attività caratterizzata – pur nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. – dal fine precipuo della cura in concreto dell'interesse pubblico e consistente nella 'determinazione' (o – nel caso di esercizio di un potere non discrezionale – nella 'affermazione', ma comunque) 'imparziale' (e cioè, per definizione, non neutrale) della 'regola' che esprime, in concreto, un giudizio di valore in ordine all'assetto fra l'interesse pubblico primario (di cui la stessa P.A. è portatrice) e gli altri interessi (pubblici e privati) secondari ad esso contrapposti<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Preziosi spunti, invero, si trovano nell'analisi di L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti* cit., *passim*, nonché, più diffusamente, in ID., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992, pp. 418 ss.

<sup>4</sup> L'espressione è mutuata da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Appunti di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 2005, p. 346, il quale riprende la relativa riflessione in ID., *La morfologia dell'interesse pubblico alla 'tutela della concorrenza' nel campo dei servizi di pubblica utilità*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2009 (nonché in ID., *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 191 ss.). Sull'interesse pubblico – del quale, invero, la dottrina giuridica non s'è occupata spesso *ex professo* – si v.: S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, pp. 696 ss., spec. 740-742; G. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1968, pp. 274 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, 1972, pp. 1 ss., spec. 2-9; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 56 ss.; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. III, pp. 907 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. I, pp. 109-117; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Studi in onore di Pietro Virga*, Giuffrè, Milano, 1994, vol. II, pp. 1303 ss.; M.R. SPASIANO, *Interesse pubblico e interesse privato: verso il declino della "grande dicotomia"*, in *Legalità e giustizia*, 1995, pp. 547 ss.; F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi Ed., Modena, 1996, vol. I, pp. 243 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996; L. ORNAGHI, voce *Interesse*, in *Enc. sc. soc. Treccani*, vol. V, 1996, pp. 38 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico nella prospettiva della revisione costituzionale*, in ID., *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, Cedam, Padova, 1999, pp. 97 ss.; ID., *La persistente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la L. 15/2005 e la sua effettiva consistenza*, in ID. (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 335 ss.; M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in *idem*, pp. 357 ss.

<sup>5</sup> Appare condivisibile, in proposito, l'opinione di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 3 ss., 7-8, per il quale tale «risalente nozione, un tempo largamente condivisa in dottrina, [...] malgrado tutto, sia idonea a definire, in negativo, i confini delle altre due cui ricorrenemente la dottrina fa riferimento nel dibattito sulle Autorità indipendenti: la *funzione regolativa*, rivolta, cioè, a determinare in astratto regole giuridiche, siano esse relative ai rapporti tra Amministrazione e cittadini o a quelli tra cittadini e cittadini, e la *funzione giustiziale*, consistente nello "iuris dicere fra privati, sia pure in ordine ai rispettivi diritti nei confronti degli apparati pubblici"» (l'A. chiarisce, in nt. 5, che la citazione è di G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali* (Atti del Convegno di Sorrento - 30 maggio 1997), Cedam, Padova,

Non sembra possibile, cioè, continuare a prescindere dall'indagare, sulla base del dato normativo obiettivo, le caratteristiche morfologiche dell'interesse pubblico, e conseguentemente le situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento in capo ai privati. Del resto anche la Corte costituzionale, com'è noto, ha avuto modo di chiarire che non è la «pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse», né, men che meno, «il generico coinvolgimento di un pubblico interesse»<sup>6</sup>, a determinare sempre e comunque quella situazione di soggezione dei privati rispetto alla Pubblica Amministrazione che è caratteristica della tradizionale funzione amministrativa, arrivando sino a concludere, proprio con riferimento alla materia dei 'servizi pubblici', per la insufficienza «del normale coinvolgimento [...] di quel generico pubblico interesse che è *naturaliter* presente nel settore»<sup>7</sup>.

Al fine di delineare la natura dei poteri amministrativi rilevanti nei settori dei 'servizi di pubblica utilità' sembra dunque necessario chiedersi innanzitutto quale sia, per un verso, la morfologia giuridica dell'interesse pubblico che giustifica la esistenza di quei poteri e, per un altro, la 'consistenza' dalla legge riconosciuta alle situazioni giuridiche che ne costituiscono l'oggetto<sup>8</sup>.

## 2. Il modello tradizionale dei 'servizi pubblici' e la corrispondente ricostruzione (morfologica) dell'interesse pubblico e dei suoi rapporti con gli interessi privati.

Si può condividere che i «quattro concetti giuridicamente rilevanti» di 'servizio pubblico'<sup>9</sup>, 'privatizzazione'<sup>10</sup>, 'regolazione'<sup>11</sup> ed 'interesse'<sup>12</sup> «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»<sup>13</sup>.

Peraltro, quanto ai 'servizi pubblici', malgrado le incertezze ed i contrasti da sempre esistenti in dottrina in ordine alla nozione ed al modello teorico da assumere come riferimento, su un dato sembra essersi raggiunta una sostanziale concordia: e cioè sul fatto che, sebbene all'origine le elaborazioni tendessero ad assumere un carattere di

---

1999, p. 30, e che lo stesso, invero, utilizza la definizione di «amministrazione 'a fini giustiziali'»).

<sup>6</sup> Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204 (al punto 3.2 del 'considerato in diritto').

<sup>7</sup> Corte costituzionale, sent. n. 204/2004 cit. (al punto 3.4.2 del 'considerato in diritto').

<sup>8</sup> Invero già prima dell'avvento delle privatizzazioni e/o liberalizzazioni un'acuta dottrina (D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Il Foro italiano*, 1988, V, 205 ss.) si interrogava sui rapporti tra interesse pubblico ed interessi privati nell'ambito dei tradizionali 'servizi pubblici'.

<sup>9</sup> Nella sua tradizionale problematica dell'oscillazione, appunto, tra concezioni di tipo soggettivo o oggettivo.

<sup>10</sup> Nelle sue diverse accezioni 'formale', 'sostanziale' e 'reale'.

<sup>11</sup> Con tutta l'equivocità che, sul piano giuridico, non si può non riconoscere a tale espressione.

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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.

astrazione universalizzante, è ormai sufficientemente condiviso – e proprio le più recenti evoluzioni della disciplina normativa hanno contribuito al diffondersi di tale opinione – che le nozioni ed i relativi modelli teorici hanno carattere squisitamente storico, e cioè dipendono in gran parte (anche se non esclusivamente) dalla cornice ordinamentale nell’ambito della quale l’interprete provi a ricostruirle<sup>14</sup>.

Inoltre, come evidenzia chiaramente la stessa storia dell’evoluzione del pensiero giuridico in materia (in particolare ove si considerino le opposte opinioni cui ha dato luogo – e tutt’ora continua a dare luogo, anche per effetto dell’interferenza del diritto comunitario – l’interpretazione dell’art. 43 Cost.), non è solo questione, per così dire, di ‘costituzione formale’, e cioè dell’insieme delle regole giuridiche scritte vigenti in un dato momento storico<sup>15</sup>, ma anche di ‘costituzione materiale’<sup>16</sup>, e cioè dell’insieme dei fini e dei valori che costituiscono l’effettivo principio di unità e di permanenza di un ordinamento, così come interpretati dalle forze politiche e sociali che li esprimono anche al di là o, eventualmente, contro la costituzione formale<sup>17</sup>.

Tali premesse, che invero paiono esser valide per qualsiasi questione interpretativa di carattere giuridico, lo sono particolarmente per quella in esame, poiché, come osservato diffusamente in dottrina, la determinazione della nozione di servizio pubblico e del modello teorico di riferimento «non attiene soltanto all’organizzazione del servizio, ma allo stesso modo di intendere il ruolo dell’amministrazione pubblica ed i suoi rapporti con la società civile, da una parte, e con gli organi politici dall’altra»<sup>18</sup>.

Si è già avuto modo di osservare altrove<sup>19</sup> come, nelle ricostruzioni tradizionali, all’affermazione del primato dei servizi sui diritti non siano state affatto indifferenti l’influenza della teoria di matrice tedesca dei diritti pubblici soggettivi e l’idea organichistica di Stato che ad essa è sottesa<sup>20</sup>, nonché alcuni elementi della concezione contrat-

---

<sup>14</sup> Sul punto è d’uopo rinviare alla magistrale illustrazione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, vol. II, pp. 18 ss.

<sup>15</sup> Intendendo, dunque, il sostantivo ‘costituzione’ in senso ampio, e non in quello, più ristretto, e nell’uso contemporaneo ormai ‘proprio’, di atto normativo fondamentale.

<sup>16</sup> In tale scia interpretativa, con particolare riferimento proprio all’impatto della normativa comunitaria sulla c.d. ‘Costituzione economica’, si pone L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Cedam, Padova, 2001, pp. 316 ss. Analoga appare la lettura del fenomeno offerta, in chiave comparatistica, da M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, pp. 91 ss., *passim*, per il quale «è in atto in via interpretativa un’opera di ‘ibernazione’ del comma 3, e di contemporaneo risveglio del comma 1, dell’art. 41, cioè di quel diritto di iniziativa privata al quale, come è noto, si riaggancia, come testa di capitolo della normativa *antitrust*, l’art. 1 della l. 10 ottobre 1990, n. 287» (pp. 110-111).

<sup>17</sup> Secondo il ben noto autorevole insegnamento di C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940 (rist. 1988).

<sup>18</sup> Così, ad esempio, A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo*, 1995, pp. 551 ss., 554. Tale impostazione problematica di fondo è comune a buona parte della dottrina. Si v., tra gli altri: L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi cit.*, *passim*; G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in AA. VV., *Annuario 2001* (dell’Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 137 ss., 140, che, a sua volta, cita S. CASSESE, *L’età delle riforme amministrative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, pp. 79 ss.;

<sup>19</sup> A. 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)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), marzo 2009, al quale sia consentito di rinviare.

<sup>20</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, in AA.VV., *Annuario 2001 cit.*, pp. 153 ss., 157, testo e nt. 9, per il

tualistica *rousseauiana*<sup>21</sup>, che largamente hanno influenzato, e tutt'ora in parte influenzano, (non solo e non tanto la 'costituzione formale', quanto soprattutto) la 'costituzione materiale' dell'ordinamento giuridico italiano<sup>22</sup>. Ed in dottrina è abbastanza diffusa l'opinione che siffatta influenza sia riscontrabile non soltanto nelle ricostruzioni ispirate a nozioni cc.dd. 'soggettive' dei servizi pubblici, ma anche in quelle tendenti, invece, ad una loro qualificazione 'oggettiva', sviluppatasi in seguito all'entrata in vigore della costituzione repubblicana<sup>23</sup>.

In tale prospettiva, dunque, si comprende assai bene come, ancora alle soglie degli anni '90, le caratteristiche della disciplina normativa delle attività di 'servizio pubblico' fossero «indicate dalle espressioni "riserva" e "gestione pubblica"»<sup>24</sup>, poiché tale disciplina, formatasi «in Italia, in un periodo relativamente breve (il primo trentennio di questo secolo) e secondo un modello sostanzialmente uniforme, nonostante la diversità

---

quale la «vasta influenza che la teoria dei diritti pubblici soggettivi ha esercitato nel nostro paese all'inizio del XX secolo non ha mancato di produrre effetti sul modello di servizio pubblico, sia per via della teoria dello Stato-persona che propugnava, sia in ragione della configurazione delle posizioni giuridiche soggettive», sebbene, «abituati a pensare all'origine francese della nozione del servizio pubblico», tale «influsso teorico» sia stato «per lo più trascurato perché non esplicitato direttamente nella teorizzazione del servizio pubblico». Più in particolare, «dall'affermarsi della scuola orlandiana [...] le definizioni proposte e le ricostruzioni del 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'espreso riconoscimento legale, l'affermazione della necessaria interposizione pubblica nella garanzia dei diritti e la libertà del legislatore di provvedervi o meno».

<sup>21</sup> 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 organichistiche 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.

<sup>22</sup> 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 – 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 – che 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*», lo Stato essendo soltanto «un concetto di diritto internazionale» (p. 134).

<sup>23</sup> Sul punto l'opinione di L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici* cit., pp. 62-63, appare sostanzialmente condivisa anche da G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 142, il quale 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».

<sup>24</sup> Così S. CASSESE, *La regolamentazione dei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *L'Industria*, 1992, pp. 167 ss., 167.

dei servizi», contemplava la sottoposizione dell'attività considerata a riserva originaria – con il conseguente «effetto puramente negativo, di esclusione dei privati dalla titolarità di impresa nel settore»<sup>25</sup> – ed il suo esercizio da parte di un soggetto pubblico ovvero l'affidamento ad un soggetto privato, ma in regime di concessione<sup>26</sup>, e cioè con atto discrezionale e regolamentando per intero l'attività del concessionario.

Le ragioni di siffatto sviluppo della legislazione italiana, diverso, ad esempio, da quello delle legislazioni inglese o nordamericana, venivano, dalla medesima dottrina, individuate, per un verso, in fattori di carattere storico-sociale – quali, ad esempio, le ben note vicende della crisi economica degli anni '30 e della conseguente azione di salvataggio condotta mediante la costituzione dell'I.R.I, ovvero, ancora, il peculiare rapporto instauratosi «tra interessi pubblici e interessi privati [quelli 'maggiori', della classe imprenditoriale, e quelli 'minori', degli utenti]»<sup>27</sup> –, e, per un altro, in «uno “stile” o una “cultura” nazionale che impronta la disciplina delle *public utility*: la concezione *étatiste*, l'idea che lo Stato debba disporre di poteri “esorbitanti”, la ampia discrezionalità di cui l'amministrazione pubblica deve godere»<sup>28</sup>.

Invero, malgrado l'indubbia rilevanza dei fattori storico-sociali ed ideologici<sup>29</sup>, sembra che l'attenzione del giurista debba focalizzarsi principalmente sulle dottrine teorico-dogmatiche, che senza dubbio costituiscono il contesto culturale nel quale maturano sia la produzione legislativa che la sua interpretazione. Ed allora non può, per un verso, trascurarsi che è stato il «tentativo di salvaguardare gli elementi essenziali della teoria dello Stato amministrativo» a far sì che dalla scuola orlandiana «il pubblico servizio venne descritto come altro dalla funzione pubblica – come attività materiale –, ma pur sempre come funzione riservata al potere pubblico»; né, per un altro, si può sottovalutare «la convinzione [...] che al cittadino spetti, nei confronti dei poteri pubblici, solo lo *status civitatis*, sicché potrà pretendere che gli vengano erogate prestazioni se ciò la

---

<sup>25</sup> S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 169, rimarcando che la «riserva non significa – come spesso si dice – monopolio».

<sup>26</sup> In realtà, come è noto, l'affidamento in concessione si accompagnava spesso alla partecipazione pubblica al capitale del soggetto affidatario, con l'ulteriore circostanza della compresenza in capo allo stesso soggetto – un ente, per un verso, incaricato della gestione dell'intero settore e, per un altro, partecipante 'necessario' al capitale sociale dell'affidatario – dei due distinti ruoli di regolatore e produttore. In proposito S. CASSESE, *op. ult. cit.*, pp. 170–171, classifica, appunto, in tre tipologie i «regimi» che «sulla riserva si innestano»: «quello della gestione pubblica indiretta», «quello della concessione ai privati», e quello «che può dirsi di riserva–concessione a società con partecipazione pubblica necessaria di enti incaricati della gestione di un intero settore».

<sup>27</sup> Così S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 169, il quale osserva che mentre, da un lato, «l'iniziativa privata o è carente, oppure cerca appoggio nello Stato, per assicurarsi “nicchie” protette (è il caso dei gruppi idroelettrici che favoriscono la “nazionalizzazione” delle acque del 1933)», dall'altro, «Il potere pubblico, a sua volta, pur dotandosi di maggiori poteri, non riesce, poi, ad esercitarli, e deve ricorrere all'ausilio del concessionario privato», con la conseguenza che «Gli interessi minori, specialmente quelli degli utenti minori, saranno stritolati dall'abbraccio tra il potere pubblico e gli interessi privati maggiori».

<sup>28</sup> S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 168. Non si può trascurare di considerare, invero, che questo secondo ordine di fattori non è caratteristica peculiare del fenomeno italiano, sembrando, anzi, essere comune, seppur non in identico modo, agli ordinamenti giuridici cc.dd. 'continentali' o di *civil law*.

<sup>29</sup> Anche D. SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001, pp. 385 ss., 403, riconosce che «È [...] innegabile che la prestazione dei servizi pubblici abbia avuto anche in Italia [oltre che in Francia] un ruolo ideologico rilevante quale nuova base di legittimazione dei poteri pubblici e di loro radicamento negli interessi concreti (una legittimazione e un radicamento assicurati certo da meccanismi diversi al livello dell'amministrazione locale, più direttamente soggetta al controllo e al giudizio degli interessi diffusi, e al livello dell'amministrazione centrale, maggiormente esposta alle pressioni delle corporazioni e degli 'interessi forti')».

legge prevede, e quello *activae civitatis*, dal quale potrà al più derivargli la possibilità di ricoprire funzioni e *munera* pubblici», ed è chiaro che una siffatta convinzione conducesse naturalmente alla configurazione del servizio pubblico «come riservato allo Stato»<sup>30</sup>.

La concezione organicistica dello Stato ha influenzato a tal punto la configurazione giuridica del rapporto tra la P.A. e gli individui, tra l'interesse pubblico e quelli privati (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), che morfologicamente l'interesse pubblico è stato ricostruito quasi esclusivamente come un interesse personificato dello (ovvero incorporato dallo) Stato, di fronte al quale gli interessi privati sono destinati (in modo e misura discrezionalmente variabili) a soggiacere, se conflittuali, ovvero comunque ad essere assorbiti, se non conflittuali<sup>31</sup>.

È evidente, peraltro, che siffatta influenza non può certamente svilupparsi 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' – che ben possono fondare una diversa ricostruzione del rapporto tra individuo/società, da un lato, e pubblico potere, dall'altro; valori e principi su cui, in effetti, oggi si fa leva da parte della dottrina impegnata in tale opera di ricostruzione.

### 3. *Segue: spunti per una diversa ricostruzione (e per una valorizzazione degli interessi privati) nell'elaborazione di A. De Valles sui 'pubblici servizi' ed in quella di M. Nigro sull'edilizia popolare come servizio pubblico.*

Sembra interessante notare come, anche nell'ordinamento pre-repubblicano, il dato normativo positivo contenesse spunti che, proprio con riferimento alla materia dei servizi pubblici, avrebbero potuto condurre ad una diversa ricostruzione della relazione tra interesse pubblico ed interesse privato (individuale).

Significative tracce di tale possibilità possono essere ritrovate, in particolare, proprio nell'analisi condotta da De Valles che, negli anni 30 del secolo scorso, elaborò quella che pure è generalmente (e non a torto) ritenuta la prima compiuta ricostruzione in senso soggettivo dei pubblici servizi<sup>32</sup>, e nella quale per prima, sotto altro profilo, si ritiene siano compiutamente riconoscibili le predette influenze della teoria dei diritti pubblici soggettivi<sup>33</sup>.

Innanzitutto è degno di rilievo che l'A. assumesse, metodologicamente, come

---

<sup>30</sup> L.R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti* cit., pp. 157–158.

<sup>31</sup> Cfr. sul punto L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti* cit., pp. 55-56.

<sup>32</sup> Si tratta della ricostruzione 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. Invero il valore 'universale' dell'analisi problematica del chiaro A. è tale che non deve destare meraviglia che da essa, malgrado le conclusioni assunte, si possano cogliere spunti di senso opposto.

<sup>33</sup> Si v., in tal senso, L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi* cit., pp. 151-153.

«punto di partenza per la determinazione del concetto di pubblico servizio [...] la specificazione e contrapposizione tra i concetti di interesse individuale, generale, collettivo, pubblico»<sup>34</sup>. Ma ciò che soprattutto va evidenziato è che Egli, in tale distinzione, prendeva in una certa misura le distanze da una concezione integralmente organicistica, premurandosi di precisare che qualsivoglia forma di coesione sociale non è mai «tanto forte da prospettare ogni società quale un organismo a sé, avente vita fisio-psichica propria, come pretenderebbe la cosiddetta teoria organica: i singoli permangono nella società come elementi, e *ad essi si riferiscono*, come all'unico essere dotato di una psiche, *tutti gli scopi individuali e collettivi*»<sup>35</sup>.

Sotto altro profilo, inoltre, pur assumendo una nozione di interesse pubblico di carattere eminentemente soggettivo ed univocamente correlata allo Stato<sup>36</sup>, quando passava ad esaminare la natura dell'interesse che l'attività pubblica tende a soddisfare coi pubblici servizi, De Valles forniva una configurazione della relazione interesse pubblico-interesse privato che, lungi dal contrapporre e svalutare del tutto il secondo in favore del primo, definiva, anzi, questo in funzione di quello.

Segnatamente l'A. distingueva tre diverse tipologie di situazioni nelle quali gli interessi pubblici si concretano, rispettivamente: 1) in «interessi generali, considerati come tali, senza alcun riguardo agli interessi particolari che vi sono compresi»; 2) in «interessi generali compenetrati con differenti interessi particolari, come tali qualificati»; 3) in «interessi generali che si attuano mediante la soddisfazione degli interessi particolari, che in tale loro veste hanno rilevanza giuridica». A quest'ultimo tipo De Valles riportava l'interesse sotteso all'attività di pubblico servizio, affermando che in essa «l'interesse pubblico senza essere la somma degli interessi individuali corrispondenti, ne è la risultante, perché esso si attua *mediante* la soddisfazione degli interessi privati»<sup>37</sup>.

La ricostruzione, in proposito, è particolarmente chiara e non possono sorgere dubbi stanti le ulteriori affermazioni secondo cui «gli interessi individuali sono come tali qualificati, e come tali sono posti in rilevanza giuridica; anzi, gli interessi individuali sono lo scopo *primario*, gli interessi pubblici lo scopo *secondario* dell'attività pubblica»<sup>38</sup>, sì che «troviamo la nozione di pubblico servizio in quella attività, della quale la soddisfazione dell'interesse privato è scopo diretto o primario», nella quale «acquista vera rilevanza l'interesse privato, perché esso è non più soltanto condizione o presupposto, ma mezzo per la soddisfazione dell'interesse pubblico: la quale si realizza attraverso

---

<sup>34</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 405, distinguendo «accanto agli interessi individuali, propri del singolo», quelli «collettivi, propri del tutto; che non risultano quindi dalla somma degli interessi particolari, ma derivano dalle necessità della vita in comune, e che assumono diversi aspetti, secondo le varie formule della coesione sociale, cosicché vi sono interessi collettivi famigliari, professionali, comunali, regionali, nazionali» (p. 406).

<sup>35</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 406 (corsivi di chi scrive).

<sup>36</sup> Ritenendo che «concetti giuridici per determinare i fini individuali e collettivi possono porsi solo con riferimento allo Stato» e che sono «pubblici gli scopi che sono nella sfera propria di questo, perché li ha assunti come propri», non potendo «l'essere o non un fine pubblico, [...] stabilirsi in base a criteri obbiettivi, ma solo in base al criterio subbiettivo, riferito allo Stato: essere pubblici gli scopi che lo Stato ha assunti e riconosce come propri» (p. 407).

<sup>37</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 427.

<sup>38</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, loco ult. cit. L'A. avverte, a proposito delle espressioni *primario* e *secondario*, che le utilizza «non per fare una graduazione di valori e di importanza, ma per indicare che la soddisfazione del secondo è compresa nella soddisfazione del primo, non esiste come funzione a sé» (p. 426).

so ad esso, ed in quanto esso sia attuato: l'uno interesse è compenetrato nell'altro»<sup>39</sup>, e, in definitiva, «non esiste un interesse pubblico separato dall'interesse privato; con l'attuazione di questo si attua quello, e perciò lo scopo dell'attività pubblica, per il raggiungimento del primo, è la soddisfazione del secondo»<sup>40</sup>.

Ma anche sotto altro profilo si rivela l'estrema profondità dell'analisi dottrinale in parola: quello dell'individuazione del carattere per così dire 'strumentale' e non 'finale' dell'utilità prestata dal pubblico servizio.

Già in sede di esame della natura dell'interesse perseguito dalla (ovvero dello scopo della) attività di servizio pubblico, infatti, esemplificando, De Valles affermava che «lo Stato, con la sua attività di assistenza, fornendo a coloro che si trovino in particolari condizioni i mezzi di vita; con la sua attività di coltura, offrendo le condizioni perché l'individuo possa elevarsi intellettualmente; con la sua attività commerciale, mettendo a disposizione dell'uomo le cose che gli sono necessarie per svolgere proficuamente il proprio lavoro; in genere, con ogni forma di attività in cui esso agisca positivamente, per *integrare, aiutare, spingere le energie individuali*, mira ad uno scopo proprio che è comprensivo dello scopo di ogni singolo, e si attua mediante l'attuazione di questo»<sup>41</sup>.

È, però, soprattutto in sede di esame dell'oggetto dell'attività che, più esplicitamente, l'A. affermava: «è caratteristica comune di tutti i pubblici servizi il fatto di una pubblica amministrazione che *pone le condizioni ed offre mezzi* al singolo perché esso possa, e possa utilmente, svolgendo una attività propria, raggiungere il proprio interesse», e che «questa *provvista di mezzi e condizioni* si riscontra in quelle che sono le forme tipiche e più comuni di pubblici servizi: posta, telegrafo, telefono, ferrovie, tramvie, illuminazione, acquedotti, ecc.»<sup>42</sup>.

Rammentando che tale elaborazione si colloca in un contesto ordinamentale caratterizzato da una costituzione flessibile (quale era lo Statuto albertino), e che, pertanto, salvo richiamarsi a fondamenti di tipo giusnaturalistico (certamente banditi già dalla dottrina del tempo), non esistevano ostacoli positivi o dogmatici a ritenere che tanto l'interesse pubblico quanto le situazioni giuridiche soggettive di protezione degli interessi individuali promanassero esclusivamente dalla volontà dello Stato espressa dalla maggioranza parlamentare, non può meravigliare che De Valles affermasse, poi, che «i cittadini come tali, non hanno diritto che lo Stato assuma una determinata funzione o in

---

<sup>39</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 430.

<sup>40</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 431, concludendo che «Il pubblico servizio, adunque, è un attività dello Stato che ha sempre come fine un interesse pubblico; ma, poiché questo interesse consiste nella risultanza della soddisfazione degli interessi individuali, così suo scopo primario, e cioè sua causa, è la soddisfazione di questi interessi, con il cui effettuarsi si realizza, come scopo secondario, la soddisfazione dell'interesse pubblico». L'Autore non è, invero, assolutamente isolato nell'individuazione del rilievo della soddisfazione immediata del bisogno (e, dunque, dell'interesse) individuale. Sul punto, ad esempio, seppur talora con diversità di accenti e sfumature, e comunque mai cogliendo appieno i possibili sviluppi dell'affermazione (soprattutto in epoca post-costituzionale), concordano M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione*, in *Rivista amministrativa*, 1953, pp. 611 ss.; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, UTET, Torino, 1954, I, p. 5; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 18; M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico (considerazioni generali)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, pp. 118 ss., 163; G. SANVITI, *I poteri del soggetto gestore e la natura delle situazioni soggettive dell'utente*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Cedam, Padova, 1998, pp. 91 ss., 93.

<sup>41</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 427. Non è, infine, del tutto priva di rilievo la parte della elaborazione riferita ai destinatari

<sup>42</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 435.

una data misura, perché, come si è detto, è questa “una esigenza soltanto sociale, e può dar luogo ad una questione politica, se lo Stato cioè debba o meno, e in quali limiti e con quali modalità, assumerla”<sup>43</sup>.

Tuttavia, non è privo di rilievo osservare che l’illustre A., con riferimento agli «enti minori», ammetteva che «l’obbligo di istituire un servizio con data modalità ed estensione può risultare dal diritto positivo dello Stato, ed essere quindi *anche* un obbligo giuridico verso gli individui»<sup>44</sup>. Sembra evidente, infatti, che l’impostazione metodologica di fondo che valorizza, in generale e con riferimento ai servizi pubblici particolarmente, l’interesse individuale dell’utente ed i suoi bisogni rispetto all’interesse pubblico, non può essere trascurata, quanto meno nel significato che, sul piano interpretativo, essa è suscettibile di assumere ‘a valle’ della legge.

Infine, ad ulteriore testimonianza di profondità, l’elaborazione in esame non si presenta del tutto priva di interesse anche quanto al profilo degli interessi individuali allo svolgimento delle attività economiche di pubblico servizio.

Si è acutamente osservato, in proposito, come, «contrariamente all’opinione dominante», già in essa «si trovi sostenuta – sia pur in maniera alquanto confusa – una concezione di tipo oggettivo, o forse meglio sarebbe dire “anche” una nozione di tipo oggettivo», individuando l’esistenza di «spunti» in tal senso, tra l’altro, nella delineata «nozione di servizio pubblico “improprio” su basi prettamente oggettivistiche», consistente in «quelle attività di natura privata, ma sottoposte ad una particolare disciplina giuridica in vista dello scopo cui sono indirizzate e del gran numero di persone che vi hanno interesse: attività, cioè, che lo Stato non assume come proprie, ma di cui tuttavia non si disinteressa, curando anzi che la soddisfazione degli interessi dei singoli destinatari venga assicurata attraverso l’esercizio per l’appunto dell’attività privata»<sup>45</sup>.

Altra autorevole dottrina, esaminando le caratteristiche della materia della ‘edilizia popolare’<sup>46</sup>, è pervenuta ad interessanti conclusioni in ordine al concetto di pubblico servizio che qui mette conto, seppur brevemente, di richiamare.

In particolare, quanto al profilo dell’interesse pubblico rilevante nel settore, Nigro, ritenendo che non potesse «essere messo seriamente in dubbio» che «il bisogno all’alloggio sia un bisogno individuale», metteva in evidenza il rapporto di «strumentalità fra soddisfazione (immediata) di una pluralità di interessi individuali e soddisfazione (mediata) di un interesse collettivo»<sup>47</sup>, inscrivendosi nel novero di coloro che hanno fornito storicamente una rappresentazione dell’interesse curato dalla funzione di servizio pubblico che ne valorizza il legame con l’interesse individuale dell’utente.

L’A., inoltre, quanto al profilo dei soggetti coinvolti nelle attività di servizio, rilevata l’esistenza anche di soggetti privati (ad es. le cooperative), affermava, con riguardo al profilo del regime giuridico dell’attività, che «per l’esistenza di un servizio pubblico non è necessario che lo svolgimento dell’attività che lo costituisce sia inte-

---

<sup>43</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 433, citando, a sua volta, Ranelletti.

<sup>44</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, loco ult. cit.

<sup>45</sup> P. CIRIELLO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, 1993, p. 3.

<sup>46</sup> M. NIGRO, *L’edilizia popolare come servizio pubblico* cit., pp. 118 ss.

<sup>47</sup> Così M. NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 163-166. Peraltro, l’A. individua l’interesse collettivo nella «condizione di sicurezza per i lavoratori», con un’operazione che appare di forzatura tanto del dato normativo costituzionale quanto di quello legislativo primario, dai quali, invece, sembra che rilevi, piuttosto, l’interesse dell’individuo in quanto tale, ovvero della ‘persona’, che non quello del lavoratore. È forse possibile ritrovare anche qui l’influenza dei scorie di un impostazione organicistica mai del tutto sconfitta.

gralmente soggetto ad un regime pubblicistico»<sup>48</sup>.

Ancora, quanto alle situazioni soggettive degli utenti e particolarmente a quelle di coloro che instaurano rapporti con le cooperative, appare significativo che Nigro osservasse come «sarebbe interessante stabilire se e (come), in dipendenza dei principî posti sopra e del riconoscimento dell'esistenza di un vero e proprio *diritto astratto* all'alloggio, le situazioni proprie dei singoli rapporti concreti siano state rafforzate»<sup>49</sup>.

Infine rilevano certamente le conclusioni finali del lavoro, in cui si affermava che «è lecito ritenere che la nozione ristretta (sotto il profilo soggettivo) di servizio pubblico sia legata ad una fase di forme organizzatorie pubbliche molto semplici»<sup>50</sup> e che, invece, essa «non può però più reggere oggi che [...] si sono raffinate e complicate le forme in cui l'interessamento si sviluppa: attività pubbliche ed attività private si sono venute intrecciando in guise via via più complesse ed inestricabili; e si è fatto sempre più chiaro che oggi non è pensabile una distinzione fra la sfera giuridica pubblica e quella privata che non prenda in considerazione e non cerchi di qualificare le strutture "miste" in cui si sta lentamente coagulando la tumultuosa attività dello Stato moderno»<sup>51</sup>.

Gli spunti provenienti dalle analisi di De Valles e Nigro paiono particolarmente meritevoli di considerazione dalla prospettiva in cui deve porsi oggi l'interprete, in un contesto ordinamentale nel quale tanto gli interessi individuali degli utenti (rispetto ai quali l'attività di pubblico servizio si pone come strumentale), quanto quelli dei soggetti che aspirano allo svolgimento delle attività economiche di pubblico servizio, hanno trovato formale riconoscimento e protezione nella (fonte sovraordinata alla legge formale della) Carta costituzionale.

Tuttavia, come è noto, per lungo tempo il nuovo quadro costituzionale non ha influito significativamente sull'assetto disciplinare dei pubblici servizi e sulla relativa ricostruzione teorica in termini soggettivi, poiché – si è autorevolmente osservato – le «implicazioni della scuola orlandiana del metodo giuridico», per un verso, hanno fatto sì che si trascurasse sostanzialmente la considerazione della possibilità di esercizio delle attività di servizio da parte dei privati, nonché, per un altro, a causa del «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»<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 176.

<sup>49</sup> Così M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 178 (malgrado concluda, poi (p. 179, e nt. 94), richiamandosi a quanti – Buccellato, Roehrsen e Tracanna – hanno ritenuto di individuare nella «attribuzione degli alloggi cooperativi [...] un complesso *iter*» nel quale «si opera una progressiva alterazione delle dosi di interesse pubblico e di interesse privato compenstrate in tutto il procedimento, per cui da una condizione iniziale di netta prevalenza della tutela dell'interesse pubblico (e, pertanto, di sussistenza di meri interessi legittimi) si perverrebbe, attraverso la progressiva crescita della finalità di tutela dell'interesse privato e di attenuazione della finalità di tutela dell'interesse pubblico, ad una condizione del tutto rovesciata»).

<sup>50</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 183, argomentando che ciò sarebbe dovuto al fatto che «il progressivo *interessamento* dello Stato ad attività e fini diversi da quelli che tradizionalmente gli appartenevano» si sarebbe «svolto dapprima mediante assorbimento della titolarità delle attività stesse e mediante incremento dei propri fini in danno della sfera giuridica dei singoli» sì che «l'utilizzazione dei consueti schemi organizzatori per sistemarvi le nuove attività era naturale e corretta», poiché «era solo modificato l'equilibrio fra sfera giuridica statale e sfera giuridica individuale, ma le due sfere permanevano distaccata ed autonome».

<sup>51</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 184, così esplicitando l'affermazione secondo cui «dalla fase di semplice modifica dell'equilibrio interno dello Stato liberale si è passati ad una fase di profonda e diffusa trasformazione di esso».

<sup>52</sup> D. SORACE, *I servizi pubblici* cit., pp. 386-387. Sotto tale specifico profilo, si può senza

Si è venuta così a determinare l'artificiosa ampia assimilazione delle attività di servizio pubblico alle pubbliche funzioni di cura di «interessi generali, considerati come tali, senza alcun riguardo agli interessi particolari che vi sono compresi», o, tutt'al più, a quelle di cura di «interessi generali compenetrati con differenti interessi particolari, come tali qualificati» (che De Valles, invece, come si è visto, distingueva)<sup>53</sup>. E conseguenza immediata di tale forzata assimilazione è stata 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 autoritativi, piuttosto coerenti, invece, con la differente 'morfologia' degli interessi perseguiti nell'esercizio di quelle funzioni<sup>54</sup>.

Secondo l'analisi di De Valles, infatti, nelle funzioni finalizzate alla cura di '*interessi generali considerati come tali (senza alcun riguardo agli interessi particolari che vi sono compresi)*' rientrano quelle attività che perseguono interessi collettivi esclusivi della generalità che non possono essere individualizzati (come per es. la difesa nazionale) ovvero quelle che perseguono interessi che sono anche individuali ma dei quali l'ordinamento (per De Valles 'lo Stato') «non qualifica però il rispettivo interesse privato come tale, e lo tutela soltanto implicitamente, per riflesso di quello pubblico». Nelle funzioni finalizzate alla cura di '*interessi generali compenetrati con differenti interessi particolari (come tali qualificati)*', invece, rientrano quelle attività che, pur avendo di mira anche un interesse individuale, sono tali in quanto, e nella misura in cui, la soddisfazione dell'interesse individuale rileva, quale condizione o presupposto, per la soddisfazione del differente interesse pubblico, sì che «non è nei fini dello Stato lo spingere al massimo la soddisfazione degli interessi privati, quando il suo scopo possa altrimenti essere raggiunto [...]; e d'altra parte la sua attività normalmente si ferma, senza più considerare gli interessi privati, ove venga a mancare la soddisfazione dell'interesse pubbli-

---

dubbio concordare 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 diritto (si v., sul punto, D. SORACE, *op. ult. cit., passim*, spec. p. 386). 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 non è del tutto esente dalle influenze della teoria dei diritti pubblici soggettivi, e, in definitiva, con riguardo al profilo degli interessi individuali degli utenti, finisce con il rovesciare il senso della relazione interesse pubblico-interesse individuale puntualizzato da De Valles.

<sup>53</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, p. 427, cit. *retro*.

<sup>54</sup> La rilevazione dell'improprietà della utilizzazione, con riguardo alla 'amministrazione di prestazione', di strumenti giuridici elaborati con riferimento all'amministrazione autoritativa è abbastanza diffusa. Così, ad esempio, F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole* cit., pp. 25 ss., 26, 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». Neanche la giurisprudenza, invero, si è discostata dalla ricostruzione tradizionale, sebbene, valorizzando alcuni elementi del dato costituzionale, abbia contribuito significativamente ad accrescere la sfera di tutela riconosciuta all'utente nell'ambito sia della organizzazione che della erogazione dei servizi. È 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 soddisfacente. Cfr., sul punto, le analisi di A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale* cit., e M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Diritto amministrativo*, 2000, pp. 383 ss.

co»<sup>55</sup>.

Tuttavia, 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, interessati negli ultimi anni dai fenomeni di privatizzazione e liberalizzazione (in gran parte determinati dal processo di integrazione comunitaria)<sup>56</sup>, è stata talmente rivoluzionaria da imporre un riesame approfondito della persistente validità delle tradizionali ricostruzioni teorico-dogmatiche.

Privatizzazioni e liberalizzazioni, infatti, hanno fatto sì, per un verso, che di fronte all'utente si trovi un gestore del servizio avente, a sua volta, la natura di soggetto privato, e, per un altro, che emerga la rilevanza delle relazioni giuridiche tra gli stessi gestori privati.

Appare allora quanto mai attuale l'analisi della 'morfologia giuridica' dell'interesse pubblico sotteso alle attività di pubblico servizio già compiuta (pur in un diverso contesto ordinamentale) da De Valles, che, anzi, costituisce una preziosa chiave di lettura nel diverso contesto dell'ordinamento repubblicano, ove, da un canto, gli interessi individuali che costituiscono il fine delle funzioni di pubblico servizio sono divenuti diritti costituzionalmente riconosciuti e tutelati (come tali almeno in una certa misura sottratti persino alla 'signoria' della legge<sup>57</sup>), e, dall'altro, anche gli interessi dei gestori privati si confrontano tra di loro radicandosi nel diritto costituzionalmente riconosciuto di libera iniziativa economica<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> A. DE VALLES, *op. cit.*, pp. 427-430.

<sup>56</sup> Sui fattori che hanno determinato i fenomeni di privatizzazione e liberalizzazione sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in A. DE CHIARA, *Spunti di riflessione* cit., limitandosi a richiamare, nel presente scritto, solo alcune delle (pur provvisorie e parziali) conclusioni cui si è ritenuto di poter pervenire. In particolare, sembra opportuno sottolineare come il processo di integrazione europea abbia verosimilmente portato con sé nell'ordinamento nazionale la *Weltanschauung* (relativamente al modo di intendere i rapporti tra poteri pubblici e individuo/società civile) propria dell'ordinamento comunitario. E non v'è dubbio che quest'ultimo, almeno fino ad oggi e salvi gli eventuali diversi sviluppi (difficilmente prevedibili) dell'attuale difficile fase costituente, sia ispirato 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 costituirlo.

<sup>57</sup> 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 tempo 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». Tuttavia essa non è sufficiente a fondare una nozione autenticamente oggettiva dei pubblici servizi finché, liberandosi dalle scorie della metafora organicistica, non si passi a considerare – come si è autorevolmente suggerito – 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» (G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti Ottaviano*, vol. I, Milano, 1993, pp. 1082 ss., 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 vigenti. Sul punto si v. E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 499 ss.

<sup>58</sup> Anche per l'analisi delle situazioni soggettive di utenti e gestori nei servizi di pubblica utilità

#### 4. L'assetto attuale dei 'servizi di pubblica utilità': in particolare le situazioni soggettive degli utenti e dei gestori.

Malgrado le dispute esistenti sul concetto di 'servizio universale' e sui suoi rapporti con quello di 'servizio pubblico', non sembra che si possa mettere in discussione il fatto 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»<sup>59</sup> e, in particolare, che in capo agli utenti vi sono «situazioni giuridiche soggettive immediatamente e adeguatamente tutelate nei confronti dei gestori»<sup>60</sup>. 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 dottrina<sup>61</sup>.

Anche per effetto della separazione tra regolazione e gestione imposta dal diritto comunitario e realizzatasi mediante la privatizzazione sostanziale (ed a maggior ragione nei contesti in cui sono già realizzate vere e proprie liberalizzazioni)<sup>62</sup>, negli attuali servizi di pubblica utilità si riscontra un'alterazione significativa del modello tradizionale del servizio pubblico, nel quale, invece, la natura (pur assunta come) privata e paritaria del rapporto instaurantesi nella fase di gestione era significativamente compromessa dalla sostanziale (o, addirittura, in taluni casi anche formale) identità del soggetto gestore e di quello regolatore<sup>63</sup>.

La dottrina ha ben evidenziato come l'identità di regolatore e gestore 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»<sup>64</sup>. Conviene sottolineare come siffatta prevalenza dell'interesse pubblico risultasse viepiù dannosa per l'utente in quanto realizzantesi ad ogni livello istituzionale, non solo quello 'politico' della legislazione, ma anche quello 'discrezionale' della Amministrazione, dal momento che a causa del prevalere della metafora organicistica era completamente svanita la percezione della centralità dell'interesse individuale dell'utente nella identificazione

---

sia consentito di rinviare alle più ampie considerazioni sviluppate in A. DE CHIARA, *Spunti di riflessione* cit., le principali conclusioni relative alle quali vengono sinteticamente riprese *infra*, nei successivi parr. 4 e 5.

<sup>59</sup> G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza* cit., pp. 142 e 143.

<sup>60</sup> G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, pp. 429 ss., 450.

<sup>61</sup> M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto Pubblico*, 1998, pp. 181 ss., 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».

<sup>62</sup> G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza* cit., p. 142.

<sup>63</sup> Sul punto si v. M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale* cit., *passim*.

<sup>64</sup> G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 141.

stessa dell'interesse pubblico perseguito dalle attività di pubblico servizio (ben evidenziata da De Valles)<sup>65</sup>.

Quanto alle situazioni soggettive dei gestori allorquando si fronteggiano l'un l'altro sul mercato dei servizi, rilevano particolarmente il diritto di accesso alle reti ed agli altri beni indispensabili per poter prestare i servizi nonché il diritto di interconnessione tra reti e servizi, in ordine ai quali, in dottrina, non v'è dubbio alcuno che si tratti di veri e propri diritti (ai quali corrispondono specifici obblighi *di contrattare* ovvero *di contrarre*, a seconda del tipo di disciplina di volta in volta considerata<sup>66</sup>), che trovano 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 diritti<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> In proposito è stato ben evidenziato che, fino agli anni '80 del secolo scorso, 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 economica. 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.

<sup>66</sup> Nel primo caso, ad esempio, quando una richiesta non può essere rifiutata senza il previo consenso dell'Autorità di regolazione, nel secondo, invece, quando la posizione del soggetto passivo si caratterizza per specifici vincoli in ordine alle condizioni alle quali deve essere accolta la richiesta. Cfr. sul punto N. RANGONE, *I servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 1999, pp. 202-203. L'A. illustra, in particolare, che «il diritto di accesso alle reti si traduce, nel settore delle telecomunicazioni [...] nell'affitto di una parte della rete, mentre nel settore dell'energia elettrica e del gas naturale il carattere omogeneo del prodotto movimentato determina un obbligo di vettoriamento in capo al gestore della rete» (p. 246).

<sup>67</sup> Richiamando le decisioni della Corte di giustizia CE, 6 aprile 1995, *Magill TvGuide Ltd*, in cause riunite C-241 e 242/91, in Racc. I-743, e del Tribunale di I grado CE, 10 luglio 1991, *ITP, RTE, BBC/Commissione*, in cause riunite T-76/89, 69/89 e 70/89, in Racc. II-485, osserva N. RANGONE, *op. cit.*, pp. 254-255, che «il diritto di libera iniziativa economica esercitato attraverso il diritto di accesso prevale sul diritto di proprietà intellettuale riconosciuto dall'ordinamento interno (che, per sua natura, crea esclusive in capo al titolare) nella misura in cui il rifiuto di accesso a una *essential facility* ostacola la produzione e commercializzazione di un prodotto nuovo e dunque oltrepassa quanto risulta indispensabile alla realizzazione della funzione essenziale del diritto di proprietà intellettuale» e che i vincoli derivanti dal diritto di accesso (del *new entrant*) al diritto di libera iniziativa economica (dell'*incumbent*) «si giustificano solo se necessari a consentire agli altri operatori l'esercizio del diritto di libera iniziativa economica». Particolarmente interessante è la prospettiva evidenziata da G. HERMES, *Fondamenti e strutture giuridiche della responsabilità pubblica per le infrastrutture*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, pp. 75 ss., il quale sottolinea come vi possa essere conflitto anche con «il diritto fondamentale alla proprietà privata dell'espropriato», dovendo «lo Stato [...] garantire che le reti siano al servizio dell'interesse generale» e, in particolare, che «sia assicurato l'accesso generale alla rete, che le reti si estendano a tutto il territorio e che le reti parziali di diversi titolari siano tra loro interoperabili», poiché «soltanto a queste condizioni l'espropriazione [necessaria alla costituzione delle reti] serve all'interesse della generalità», laddove, invece, «se queste condizioni non sussistessero, si tratterebbe di un'espropriazione inammissibile a favore di privati» (pp. 87-89). Secondo l'A., inoltre, il profilo in questione costituisce anche un criterio di orientamento nella risoluzione del dilemma tra la costituzione di reti alternative ed il completamento delle

## 5. Le situazioni soggettive delle Autorità di regolazione.

Le privatizzazioni e le liberalizzazioni, dunque, hanno influito profondamente sulle situazioni soggettive degli utenti e dei gestori, ma la configurazione di queste ultime in termini di diritti ed obblighi o doveri non significa, necessariamente, che siano venuti meno gli interessi pubblici<sup>68</sup>, né che non sia più necessaria la loro cura da parte di

---

reti esistenti. Egli, infatti, sostiene che «le linee parallele vengono in questione solo in situazioni eccezionali assai rare, nelle quali le reti esistenti non possono far fronte alla domanda di capacità di trasporto e devono per questo essere comunque ampliate», poiché «dove non esistono tali situazioni eccezionali l'autorizzazione di reti parallele non è adeguata alla *responsabilità pubblica per le infrastrutture*», in quanto «se le capacità esistono, le linee parallele non giustificano dal punto di vista della pianificazione in rapporto al contrapposto interesse pubblico e quindi il diritto di proprietà sulle aree coinvolte non può essere superato» (G. HERMES, *Problemi dell'accesso alla rete*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa* cit., pp. 97 ss., 111-112). Dunque, per l'A. «l'istituzione e l'esercizio della proprietà della rete non cadono nell'area di protezione della garanzia della proprietà», poiché «la proprietà di diritto privato di strade, binari, vie d'acqua ovvero linee non è né di interesse privato né sottoposta all'«autonoma» disponibilità del suo proprietario. Diversamente l'espropriazione di immobili allo scopo di realizzare reti di infrastrutture non potrebbe avere luogo» (p. 117) (Con espressione propria della dottrina italiana – G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Jovene, Napoli, 1971 – si direbbe che, in tal caso, si è in presenza di «beni privati di interesse pubblico»). L'esposizione del pensiero dell'A. in parola non sarebbe esauriente (né del tutto chiara) se non si precisasse cosa intende per «responsabilità pubblica per le infrastrutture». Egli ritiene, infatti, che sebbene «in Germania i compiti assegnati allo Stato nei settori del trasporto pubblico, delle poste ovvero della fornitura di energia» vengano «tradizionalmente concepiti come esigenze dello stato sociale, che troverebbero il loro fondamento costituzionale nel principio dello stato sociale di diritto della legge fondamentale», in realtà «la responsabilità per le infrastrutture tanto nel suo sviluppo storico quanto dal punto di vista del diritto costituzionale precede il principio dello stato di diritto, il principio dello stato sociale come anche il più recente principio dello stato ambientale», in quanto «come logica premessa della costruzione dell'unità dello Stato, esso è infatti elemento fondamentale non scritto della Costituzione». Strettamente connessa a tale esigenza logica è, poi, l'ulteriore ragione che «anche la garanzia di molti diritti fondamentali senza il presupposto infrastrutturale sarebbe priva della base senza la quale non si potrebbe svolgere il libero esercizio degli stessi diritti fondamentali» (G. HERMES, *Fondamenti e strutture giuridiche della responsabilità pubblica per le infrastrutture* cit., p. 82).

<sup>68</sup> Osserva G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, pp. 629 ss., che spesso «deregolazione, [...] liberalizzazione, privatizzazione [...] nel dibattito politico e nelle scelte normative [...] sono associati», come «se si trattasse di aspetti diversi di una stessa realtà», mentre, invece, ciò è solo «in parte vero», poiché se «la deregolazione comporta di solito la privatizzazione, ossia la fuoriuscita del potere pubblico da settori della vita economica e sociale», e «la liberalizzazione coincide, almeno in certi casi, con la privatizzazione e con la deregolazione, o meglio è un effetto della soppressione di regole che sottopongono l'attività privata a poteri amministrativi», non è vero, invece, «che i fenomeni siano sempre connessi e che fra di essi vi sia sempre un rapporto di causalità». Persino «la stessa liberalizzazione [...] non implica di per sé la soppressione della regola, ma solo la modificazione del suo contenuto» (pp. 630-631), la «sostituzione con altre regole di diritto pubblico» (p. 632), intendendosi come norme di diritto pubblico anche quelle norme «di diritto privato speciale [...] qualificate [...], rispetto alle ordinarie norme di diritto privato contenute nei codici civili e commerciali, da una correzione autoritativa del contenuto del rapporto contrattuale» (p. 634). Anzi, in un siffatto contesto, non è necessario escludere «che alla *deregulation* subentri, come è stato autorevolmente più volte segnalato, un *ri-regulation*», purché si tratti, «appunto, di «altre» regole [...] che ricordano più quelle del codice civile [...] che non quelle della tradizionale legislazione amministrativa» (p. 641). In dottrina è assai diffusa l'osservazione che la c.d. «liberalizzazione» (o «privatizzazione») dei servizi di pubblica utilità non impone necessariamente l'eliminazione delle norme, quanto piuttosto la diversità del loro contenuto. Si veda, ad esempio, 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* cit., pp. XI ss., XII, il quale osserva che

una Pubblica Amministrazione<sup>69</sup>. Gli interessi pubblici assumono, piuttosto, una nuova configurazione morfologica e conseguentemente, almeno talora, muta la natura delle situazioni soggettive che (per la cura di quegli interessi) sono attribuite dalla legge alla P.A.: i poteri<sup>70</sup>.

In particolare, malgrado la sua «affrettata e approssimativa formulazione»<sup>71</sup>, la L. 481/1995 disciplina il quadro delle finalità generali delle Autorità di regolazione dei

---

«la privatizzazione non ha, dunque, eliminato norme, e tanto meno il bisogno di norme, al contrario ha notevolmente aumentato ambedue», ma non si tratta «di norme dello stesso tipo di quelle che disciplinavano queste materie in passato», bensì di «norme di un genere nuovo», sia «per la fonte dalla quale derivano: infatti si tratta meno di norme emanate dal Parlamento e dal Governo, quanto piuttosto [...] da organismi generalmente non elettivi e qualificati [...] da una speciale competenza tecnica». Sul punto cfr. anche, con riferimento alle politiche regolative «nei Paesi come l'Italia nei quali l'impresa pubblica ha avuto un ruolo preponderante all'interno del sistema economico», M. CLARICH, voce *Privatizzazioni*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. XI, 1996, pp. 568 ss., 570, nonché già G. MAJONE e A. LA SPINA, «Deregulation» e privatizzazione: differenze e convergenze, in *Stato e mercato*, 1992, pp. 249 ss., 272, per i quali «una privatizzazione senza concorrenza e senza regolazione non migliora lo *status quo*, e può anzi addirittura peggiorarlo. Ecco dunque che la convergenza fra *deregulation* e privatizzazione non si verifica sul tema del “ritiro dello Stato”, bensì, contrariamente alle apparenze e alle volgarizzazioni del dibattito, nel bisogno di una regolazione, sia pure di tipo nuovo». Ma il fenomeno – come osserva F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti* cit., p. 26 – è comune anche alle situazioni in cui tradizionalmente «le attività di erogazione di servizi sono in linea di principio svolte da soggetti privati o comunque in regime di diritto comune».

<sup>69</sup> Secondo A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, pp. 645 ss., «nei casi di liberalizzazione l'affermazione di una libertà di accesso a un'attività (libertà di accesso perché non è più previsto un provvedimento che ne costituisce il titolo di legittimazione)» non comporta l'eliminazione «della disciplina anche amministrativa di quell'attività [...] perché quella stessa attività rimane rilevante in quanto tale per la funzione amministrativa, per esempio nel quadro della vigilanza», ovvero ai fini «di una disciplina delle condizioni generali di esercizio, ecc.» (p. 647). Tuttavia «rimane spazio per un potere amministrativo 'rilevante' [...] non [...] solo nella introduzione, attraverso atti generali, di regole sostanziali per lo svolgimento dell'attività liberalizzata», ma «anche nella possibilità per l'amministrazione di intervenire per assicurare l'osservanza di quelle stesse regole e delle altre fissate eventualmente già dal legislatore» (p. 650). Osserva N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1997, pp. 330 ss., 331, che «le ricorrenti invocazioni da un lato alla funzione palinognetica di una malintesa *deregulation* e dall'altro all'incidenza precettiva della *lex mercatoria*, come prassi contrattuale delle grandi imprese capace di assumere valore di disciplina generale, se da un lato segnano il massimo momento di crisi del principio di legalità, dall'altro sollecitano una nuova domanda di regole, che siano in grado di imporsi all'un tempo sia alla prassi politica che al mercato». L'A. sottolinea che «ciò accade *significativamente* proprio nel momento in cui si avverte e si teorizza (da taluno con timore, da altri con malcelata compiacenza) la 'crisi della legge', il progressivo esaurimento della regola come presupposto direttivo di comportamenti di fronte all'affermarsi di una prassi, politica ed economica, che pretende di diventare regola nel momento stesso in cui si afferma secondo la logica di un potere misurato dalla forza e renitente a qualsiasi meccanismo di controllo». Lo stesso A. TRAVI, *La liberalizzazione* cit., p. 653, sottolinea che «ha senso procedere alla liberalizzazione di un'attività solo se per quell'attività vi è una normativa che assicuri chiarezza, certezza e organicità. Altrimenti, quasi paradossalmente, il risultato della riforma è opposto rispetto a quello voluto. Non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell'attività, perché si introducono fattori nuovi di incertezza, di rischio, di responsabilità».

<sup>70</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., vol. II, pp. 68-74.

<sup>71</sup> L'osservazione è di G. DE VERGOTTINI, *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, 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 - nei Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica), Giuffrè, Milano, 1996, pp. 3 ss., 3. Essa, peraltro, è largamente diffusa nella dottrina che si è occupata del tema. Si v., ad esempio, nell'ambito dello stesso volume, G. ALPA, *L'Autorità per i servizi pubblici e i consumatori*, pp. 25 ss., 27.

servizi di pubblica utilità, individuandole, all'art. 1, nella promozione della concorrenza, efficienza e qualità dei servizi, e nella tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti<sup>72</sup>.

La promozione della concorrenza e l'efficienza del settore potrebbero sembrare obiettivi (almeno potenzialmente) conflittuali con la qualità dei servizi e la tutela degli interessi di consumatori e utenti, ma in dottrina prevalgono letture che smentiscono tale possibilità.

Si è osservato, infatti, che «con l'introduzione del principio della concorrenza in mercati finora fortemente regolamentati e prevalentemente monopolistici [...] si punta a conseguire il massimo grado di efficienza possibile in settori i cui risultati a volte sono stati insoddisfacenti tanto sotto il profilo dell'economicità della gestione quanto dal punto di vista delle *aspettative dell'utenza*»<sup>73</sup>. Per un verso, dunque, ogni concretizzazione della finalità della concorrenza non può essere valida se non soddisfa anche il fine dell'efficienza, per un altro, di entrambe non si possono comunque accogliere accezioni che collidano con le restanti finalità e, in particolare, tanto con la qualità dei servizi quanto con la tutela degli interessi degli utenti.

In merito alla concorrenza, del resto, si è affermato che essa, anche nel Trattato CE, non costituisce un obiettivo fine a se stesso ma piuttosto uno strumento per il perseguimento degli interessi della Comunità<sup>74</sup>, mentre dall'analisi del diritto derivato emerge il collegamento tra concorrenza ed interessi dei consumatori (e, dunque, sotto tale profilo, degli utenti) e da esso si è desunto che «la tutela degli utenti è configurabile nella maggior parte dei casi come un portato, ma al tempo stesso, come il fine ultimo dell'affermazione della concorrenza»<sup>75</sup>. Quanto, poi, al diritto nazionale, si è sostenuto

---

<sup>72</sup> Cfr. G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, loco ult. cit. L'articolo recita: «Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la *promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore* dei servizi di pubblica utilità [...] nonché adeguati livelli di *qualità* nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la *tutela degli interessi degli utenti e consumatori*, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse» (corsivo di chi scrive).

<sup>73</sup> Così G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e diritti degli utenti*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti* cit., pp. 172 ss., 175 (corsivo di chi scrive).

<sup>74</sup> In tal senso, tra gli altri, R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 2, la quale osserva che «nel Trattato la concorrenza possiede una connotazione particolare, in quanto non costituisce un fine, bensì *un mezzo o un criterio* di condotta per realizzare, ai sensi dell'art. 2 (ex art. 2), uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile, non inflazionistica, rispettosa dell'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, il miglioramento del tenore e della qualità della vita», e che «in base agli artt. 2 e 3 (ex artt. 2 e 3), in materia di concorrenza va applicato il principio di protezione sociale, dell'ambiente e *del consumatore*», poiché «pur se la concorrenza costituisce in sé un "bene sociale", deve tenere conto di altri "beni sociali" che spesso la limitano». Anche per G. PERICU e M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI e G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, t. II, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 751 ss., 757, «la tutela della competizione economica non assurge, nell'ordinamento comunitario, a valore assoluto».

<sup>75</sup> In tal senso sempre R. PEREZ, *op. cit.*, p. 4, citando, in particolare le Direttiva 97/33/CE (considerando nn. 1, 5 e 12) e la Direttiva 97/13/CE, «poiché la tutela dei consumatori (o utenti) rappresenta un'esigenza sulla quale si fonda l'intera disciplina comunitaria della concorrenza nella misura in cui introduce efficienza, migliora la qualità del servizio, consente innovazioni e porta ad una riduzione dei costi». Invero, più in generale, è la stessa Comunità europea che – mediante il percorso evolutivo di cui

che proprio nell'art. 1, co. 1, L. 481/1995, «la concorrenza non ha un carattere strumentale e si configura come uno dei fini da raggiungere nel mercato dei servizi, [ma pur sempre] accanto alla qualità ed alla economicità della gestione»<sup>76</sup>.

In sintesi, si è osservato che «in base alla normativa comunitaria e nazionale la concorrenza non rappresenta sempre l'obiettivo ultimo da raggiungere, ma un obiettivo, a volte intermedio, da perseguire o un criterio di condotta per raggiungere una pluralità di fini»<sup>77</sup>.

Considerando, dunque, concorrenza ed efficienza dei servizi secondo una siffatta prospettiva, dall'insieme dei fini sanciti dalla L. 481/1995 si stagliano particolarmente la *qualità dei servizi* e la *tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti*, che sono tra loro strettamente connessi. Risalta, dunque, nuovamente l'attualità dell'analisi morfologica di De Valles sull'interesse pubblico ed i suoi possibili rapporti con gli interessi privati.

In giurisprudenza l'evoluzione morfologica in parola appare ben percepita nell'affermazione secondo cui «alla luce degli scopi in vista dei quali la L. n. 481/95 ha istituito le Autorità per i servizi di pubblica utilità (tra i quali [...] quello di promuovere la concorrenza e l'efficienza di tali servizi, nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, e di promuovere la tutela degli interessi di consumatori ed utenti), i poteri [...] di cui le stesse sono titolari *non devono essere concepiti [...] nell'ambito della tradizionale contrapposizione fra potestà e soggezione*; essi, cioè, *non tendono alla definizione autoritativa del rapporto, secondo la tradizionale teoria dell'affievolimento del diritto soggettivo ad interesse legittimo*, in quanto l'interesse perseguito dalle Autorità assume una dimensione collettiva, rappresentando la sintesi degli interessi di tutti i singoli operatori del settore in cui esse operano. I poteri in questione, quindi, salvo ipotesi particolari, [...] *non vengono esercitati*

---

costituiscono tappe fondamentali l'Atto unico europeo del 1986, il Trattato di Maastricht del 1992 ed il Trattato di Amsterdam del 1997 – vede la 'caduta' dell'aggettivo 'economica' e l'allargamento dell'orizzonte (non più soltanto economico) dei suoi obiettivi, con l'introduzione, tra l'altro, di riferimenti alla «protezione» ed al «miglioramento» dell'«ambiente», alla «protezione sociale», al «miglioramento del tenore e della qualità della vita», ed alla «coesione economica e sociale» (art. 2 Trattato CE). In proposito M.A. CABIDDU, *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore: i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999, pp. 919 ss., 924-925, osserva che «L'affermazione, ormai consueta dopo Maastricht e Amsterdam, del nuovo corso del processo di integrazione europea, che investirebbe anche la dimensione sociale e politica dell'Europa, trova [...] una importante occasione di verifica» nel «riconoscimento della fundamentalità dei diritti sociali», che, «oltre da aprire interessanti squarci sullo sforzo progettuale dell'ordinamento comunitario, sottintende e suggerisce un importante *criterio ermeneutico*, quello per cui progresso economico e progresso sociale non possono andare disgiunti, sicché la *tutela e la promozione del mercato* concorrenziale dev'essere posta *in equilibrio* con le *altre esigenze di interesse generale*» (corsivi di chi scrive). Con particolare riferimento alla «politica comunitaria in ordine alla creazione di un mercato del gas naturale», affermano G. CAIA e S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2000, pp. 339 ss., 340, che essa «sembra ispirarsi alla considerazione secondo la quale il principio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza è uno degli strumenti per raggiungere gli obiettivi di fondo indicati dal Trattato CE al relativo art. 2», osservando che «in effetti l'art. 4 del Trattato istitutivo della Comunità europea indica l'economia di mercato aperta e in libera concorrenza come un principio della politica economica comunitaria, ma "Ai fini enunciati all'articolo 2"» (pp. 340-341, nt. 6).

<sup>76</sup> R. PEREZ, *op. cit.*, pp. 6. L'A. sottolinea, inoltre, che «in base alla legge 287/90, l'affermazione della concorrenza è strumentale alla tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» (p. 66).

<sup>77</sup> R. PEREZ, *op. cit.*, p. 65.

per la cura di un interesse pubblico di parte, ma al fine di realizzare un contemperamento delle posizioni soggettive sociali ed individuali, su un piano di tendenziale parità, per cui il sacrificio eventualmente imposto al soggetto trova, di norma, ragione nella tutela degli interessi, di pari contenuto e natura, di altri soggetti»<sup>78</sup>.

6. *Segue: in particolare il potere di dirimere controversie tra gestori ed utenti e tra gestori.*

Con riguardo ai riflessi della nuova configurazione morfologica dell'interesse pubblico sulle situazioni soggettive delle Autorità di regolazione, appare particolarmente significativo l'esempio dei poteri di dirimere le controversie insorgenti tra gestori ed utenti, da un lato, ovvero tra i gestori, dall'altro, e segnatamente di quelli assegnati da numerose disposizioni normative all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni<sup>79</sup>.

In proposito – è opportuno osservarlo – non sembra che queste ultime debbano essere interpretate come individuanti ciascuna un distinto potere, poiché, come è facilmente rilevabile, alcune di esse costituiscono integrazioni e/o specificazioni della disciplina dettata con riferimento a poteri individuati da altre. Si può fare, piuttosto, una fondamentale distinzione tra il potere di dirimere le controversie coinvolgenti i gestori e gli utenti, da un lato, e quello di definire i conflitti insorti tra i gestori, dall'altro; distinzione che si fonda sulla diversità delle situazioni connotanti i rispettivi rapporti giuridici, e che pare, del resto, confermata dalle stesse modalità con le quali, per un verso, i due profili sono disciplinati nel recente Codice delle comunicazioni elettroniche<sup>80</sup> e, per un altro, la medesima Autorità ha proceduto a disciplinare le rispettive procedure<sup>81</sup>.

Ad ogni modo, il potere di dirimere le controversie in questione, diversamente da quanto si è sostenuto in dottrina, non sembra poter essere ricondotto (né assimilato)

---

<sup>78</sup> Così TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 13 aprile 2001, n. 3116, in *T.A.R.*, 2001, I, p. 480 (corsivi di chi scrive). Nello stesso senso anche TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 27 gennaio 2003, n. 171, in *T.A.R.*, 2002, I, pp. 4203 ss.

<sup>79</sup> E cioè, segnatamente, i poteri: *a*) di dirimere «sentite le parti interessate, [...] le controversie in tema di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazioni entro novanta giorni dalla notifica della controversia» (art. 1, co. 6, lett. *a*), n. 9), L. 249/1997); *b*) di decidere il «ricorso» che «Gli utenti interessati possono proporre [...] avverso le interruzioni del servizio, nei casi previsti da apposito regolamento [da essa stessa] definito» (art. 1, co. 6, lett. *a*), n. 10), L. 249/1997); *c*) di risolvere le «controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti e un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro» (art. 1, co. 11, L. 249/1997); *d*) di risolvere le controversie «fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice» (art. 23, co. 1, D.Lgs. 259/2003); *e*) di risolvere, «ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249», con «procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose [...] tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione», le «controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente Capo, [...] prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo» (art. 84, co. 1, D.Lgs. 259/2003).

<sup>80</sup> Che ne tratta, infatti, nel Titolo dedicato alle *reti e servizi di comunicazione elettronica*, nei distinti Capi dedicati, rispettivamente, agli *obblighi di servizio universale*, da un lato, ed alle *disposizioni comuni*, ma sotto la rubrica *risoluzione delle controversie tra imprese*, dall'altro.

<sup>81</sup> L'Autorità, infatti, ha disciplinato con distinti regolamenti le «controversie tra organismi di telecomunicazioni e utenti» (delibere nn. 182/02/CONS e 173/07/CONS) e quelle «tra organismi di telecomunicazioni» (delibere nn. 148/01/CONS, 334/03/CONS e 352/08/CONS). È significativo che l'Autorità abbia disciplinato con distinti regolamenti le «procedure sanzionatorie» (delibere nn. 425/01/CONS, 136/06/CONS, 173/07/CONS, 130/08/CONS e 131/08/CONS).

alla funzione amministrativa in senso proprio<sup>82</sup>.

Dall'analisi dell'attuale assetto disciplinare del settore dei servizi di pubblica utilità e delle norme che disciplinano i poteri in parola è emerso segnatamente: da un canto, che il loro oggetto 'ultimo' (e cioè l'oggetto delle controversie che, a loro volta, costituiscono propriamente l'oggetto dell'azione dell'Autorità nell'esercizio delle funzioni in esame) consiste in situazioni soggettive di diritto e correlativi doveri ed obblighi; da un altro, che l'azione dell'Autorità, in generale – e, dunque, a maggior ragione quella specificamente rivolta alla risoluzione di controversie –, appare orientata ad un atteggiamento neutrale, di garanzia, di tali situazioni soggettive.

La evidente finalità di tutela (in primo luogo e direttamente) delle situazioni giuridiche private dei contendenti, in coerenza, del resto, con la morfologia giuridica dell'interesse pubblico la cui cura costituisce causa e fine (dell'azione) delle *Authorities*, sembrano piuttosto giustificare la riconduzione del potere in parola alla funzione giustiziale della P.A., e segnatamente a quella sua peculiare *species* caratterizzante i ccdd. 'ricorsi amministrativi non impugnatori' relativi a controversie tra amministrati<sup>83</sup>, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano del regime giuridico. La finalità immediatamente giustiziale dei ricorsi amministrativi (e solo mediamente di soddisfazione dell'interesse pubblico), infatti, ne impronta, com'è noto, in maniera significativa il relativo regime giuridico, viepiù nell'ipotesi dei ricorsi non impugnatori relativi a controversie tra privati.

In proposito paiono significative le risalenti affermazioni di autorevole dottrina, la quale osservava che «vi sono [...] nel nostro ordinamento dei procedimenti contenziosi o giustiziali che sono destinati a sfociare in vere e 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»<sup>84</sup>. Secondo tale dottrina, 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»<sup>85</sup>. 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 [de]i fattori per la ricostruzione di una *amministrazione giustiziale corrispondente a quella amministrazione di servizi* che si dimostra or-

---

<sup>82</sup> Si v. sul punto, più diffusamente, le argomentazioni già sviluppate in A. DE CHIARA, *Spunti di rilessione* cit., *passim*.

<sup>83</sup> Nello stesso senso si v. anche G. CAIA e S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale* cit., p. 352, i quali esplicitamente affermano che le fattispecie di cui agli artt. 8, co. 3, 12, co. 3, 16, co. 3, e 24, co. 3, D.Lgs. 164/2000, «sembrano delineare fattispecie di ricorsi c.d. non aventi carattere impugnatorio e, cioè, di ricorsi proposti in occasione di controversie in materia di diritti tra due o più soggetti operanti nell'ambito di un sistema settoriale».

<sup>84</sup> 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., 496-497.

<sup>85</sup> G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 498.

mai come il tipo prevalente dell'amministrazione pubblica»<sup>86</sup>.

### 7. Segue: cenni alla questione del regime giuridico.

Tradizionalmente si ritiene che la funzione giustiziale della P.A. debba avviarsi ad iniziativa di un soggetto privato che assume la lesione di una propria situazione giuridica soggettiva ed il suo esercizio è condizionato dal contenuto dell'atto di iniziativa, dal momento che nel suo fine è (anche ed, anzi, prevalentemente) la «tutela degli interessi del privato»<sup>87</sup>. Essa segue, dunque, il regime giuridico della giurisdizione quanto al principio espresso dall'antico brocardo *ne procedat iudex ex officio*.

Inoltre, per i ricorsi amministrativi vale anche la regola del *principio dispositivo* e quella della '*corrispondenza tra chiesto e pronunciato*', che costituiscono «indubbia peculiarità del procedimento di riesame giudiziale» nonché «deroga al principio per cui è competenza primaria del decidente l'introduzione degli interessi nel procedimento amministrativo», deroga che – è stato autorevolmente osservato – «non trova alcuna spiegazione in termini strutturali», ma soltanto «in termini funzionali»<sup>88</sup>.

Sotto il profilo del principio dispositivo, in particolare, si è osservato che «il cosiddetto pubblico interesse non è un elemento di per sé rilevante: è rilevante solo nei termini e nei limiti in cui sia stato introdotto come motivo di ricorso»<sup>89</sup>. Spetta dunque, alla parte «non solo individuare il “petitum”, ma anche identificare l'oggetto del procedimento e perciò definire l'ambito dei poteri dell'amministrazione decidente»<sup>90</sup>. Anche se «ciò non [...] vuol dire che l'Amministrazione non abbia poteri autonomi d'indagine sui fatti, ai fini della decisione», rilevando piuttosto, anche in tale ambito, «la distinzione tra fatti principali e fatti secondari, prospettata nell'ambito processuale»<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 501.

<sup>87</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, vol II, p. 589. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, vol. 2, p. 1205

<sup>88</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 585. Anche per A.M. SANDULLI, *op cit.*, p. 1240, «al carattere giustiziale dei ricorsi amministrativi inerisce che ad essi va applicata rigorosamente la regola della rispondenza della pronuncia alla domanda: la pronuncia non può andare *ultra petita* e deve attenersi (tanto per il *petitum*, come per la *causa petendi*, e quindi per i motivi), alle istanze delle parti». Entrambi gli Autori si riferiscono ai ricorsi avverso provvedimenti amministrativi; tuttavia, Sandulli chiarisce che «il discorso vale, in buona parte, anche per i ricorsi di tipo non impugnatorio» (p. 1242), e Giannini, dal canto suo, osserva che «vi sono molti altri ricorsi amministrativi, diversi da questi del riesame giudiziale» e che, comunque, «si tratta di casi in cui le norme prevedono soluzioni di controversie ad opera di organi amministrativi» (p. 592).

<sup>89</sup> A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, vol. XIII, 1997, pp. 381 ss., 387.

<sup>90</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, loco ult. cit., il quale sottolinea che «i ricorsi amministrativi certamente hanno un carattere meno “formale” dei ricorsi giurisdizionali, come è evidenziato dalla circostanza che non richiedono l'assistenza tecnica di un legale e che non si esige [...] quella puntualità di contenuti e di motivi che invece è prescritta per i ricorsi giurisdizionali», e «tuttavia anche il ricorso amministrativo deve avere un contenuto specifico».

<sup>91</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, loc ult. cit., il quale argomenta anche «dalla legge (cfr. art. 4, 3° co. del d.p.r. m. 1199 del 1971) [ove] tali poteri sono pienamente riconosciuti». L'A. osserva che il limite comunque derivante in ordine ai poteri della P.A. «può apparire negativo, perché comporta un certo squilibrio fra la posizione del ricorrente e le posizioni degli altri soggetti coinvolti dal ricorso (amministrazione che ha emanato l'atto di primo grado e, soprattutto, controinteressati)», poiché mentre «il ricorrente, a proprio favore [...] può introdurre nel suo ricorso anche profili di interesse ulteriori rispetto a quelli considerati nel provvedimento di primo grado, e l'autorità competente è tenuta a prenderli in considerazione ai

Altro aspetto peculiare del regime giuridico dei ricorsi amministrativi è «la garanzia del contraddittorio»<sup>92</sup>. Esso, infatti, «è garantito, ed è garantito nei confronti di tutti i soggetti istituzionalmente interessati»<sup>93</sup> (a differenza che nella funzione amministrativa in senso proprio, nella quale è talora riscontrabile, in misura più o meno intensa, ma non è garantito) in quanto «riflette un'esigenza di parità di posizione fra le varie parti» e, in particolare, anche con riguardo ai controinteressati<sup>94</sup>.

Quanto, poi, ai cc.dd. 'ricorsi non impugnatori', la loro peculiarità è costituita dal fatto che essi non hanno ad oggetto l'impugnazione di un atto amministrativo ma «un rapporto»<sup>95</sup>, per cui presuppongono – e ciò rileva segnatamente anche sul piano dell'«interesse a ricorrere» – «la violazione di una pretesa sostanziale»<sup>96</sup>. La principale conseguenza di ciò è che per essi si rileva «generalmente la mancanza di un termine di decadenza per la loro proposizione»<sup>97</sup>.

Altra conseguenza della natura non impugnatoria dei ricorsi in parola è, secondo la dottrina e parte della giurisprudenza, che per essi sarebbe (quantomeno) dubbia l'integrale applicabilità della disciplina dettata, per i ricorsi amministrativi in generale, dal D.P.R. 1199/1971<sup>98</sup>. Sul punto, invero, orientamenti più puntuali si hanno soltanto con riferimento alla questione dell'applicabilità, in particolare, dell'art. 6, sulla disciplina del c.d. *silenzio rigetto*, con riferimento alla quale anche la giurisprudenza si è pronunciata più volte in senso contrario<sup>99</sup>, sebbene per lo più argomentando sulla base di elementi meramente formali, e cioè erroneamente assimilando, sotto tale profilo, i ricor-

---

fini della decisione del ricorso; invece, con riferimento agli altri soggetti, si ritiene che non possa introdurre d'ufficio profili di interesse ulteriori e che sia limitata a quelli già acquisiti nel procedimento di primo grado» (p. 378).

<sup>92</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 378, sottolinea che essa «può ovviare, in concreto», al «limite nei poteri di cognizione dell'autorità competente» (di cui alla nt. precedente).

<sup>93</sup> Così A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, vol. IV, 1989, pp. 524 ss., 528, argomentando, quanto ai contro interessati, dagli artt. 4 e 9 del D.P.R. 1199/1971 e dalla sentenza della Corte costituzionale 29 luglio 1982, n. 148 (nella quale, sempre con riferimento al ricorso straordinario al capo dello Stato, si è riconosciuto il contraddittorio anche per l'autorità che ha emanato l'atto, quando non sia un'amministrazione statale).

<sup>94</sup> A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi* cit., p. 388, richiamando la giurisprudenza che estende anche al ricorso gerarchico le previsioni dettate dal D.P.R. 1199/1971 per il ricorso straordinario al Capo dello Stato (TAR Sicilia, 21 novembre 1981, n. 602, in *T.A.R.*, 1982, I, p. 322). Conforme è l'opinione di A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., p. 1232.

<sup>95</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, vol. 2, p. 1220.

<sup>96</sup> A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi* cit., p. 385.

<sup>97</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 1259. Nello stesso senso A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 390.

<sup>98</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, loco ult. cit.

<sup>99</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 1234 e nt. 83 e 1237, nt. 94, per il quale, più specificamente, «al silenzio serbato oltre i novanta giorni, non può essere dato altro significato, se non quello di mero inadempimento, dato che i ricorsi stessi non hanno per oggetto un atto amministrativo. Onde non può considerarsi in simili casi aperta la via all'impugnativa di un atto amministrativo, ma semplicemente la possibilità di chiedere direttamente al giudice la risoluzione della controversia che si era prima chiesta all'autorità amministrativa». Nello stesso senso, anche A. TRAVI, *op. ult. cit.*, loco ult. cit. In giurisprudenza si v.: TAR Lazio, sez. I, 18 giugno 1980, n. 711, in *T.A.R.*, 1980, I, p. 2212, nonché in *Le regioni*, 1981, pp. 492 ss. (con nota di G. BERTI, *Amministrazione 'giustiziale'* cit.); Cons. Stato, Com. Spec., 26 maggio 1975, n. 7/75; A.P., 11 luglio 1983, n. 11; A.P., 28 settembre 1987, n. 23, rispettivamente in *C. di St.*, 1976, I, pp. 1509 ss.; 1983, I, pp. 627 ss.; 1987, I, pp. 1198 ss. Per un'iniziale orientamento di segno contrario, si v.: Cons. Stato, sez. IV, 21 marzo 1978, n. 226; sez. IV, 24 aprile 1979, n. 298, *ivi*, 1978, I, p. 377 e 1979, I, p. 538.

si non impugnatori a quelli *gerarchici impropri*<sup>100</sup>.

Circa l'erroneità di tale assimilazione (viepiù con riguardo ai ricorsi non impugnatori che decidono su controversie tra soggetti privati), in dottrina si è osservato criticamente che «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», laddove si tratta, invece, di procedimenti che «hanno solo una parentela alla lontana con i ricorsi gerarchici propri e impropri»<sup>101</sup>.

Quanto al contenuto della decisione nella quale si esprime l'esercizio della funzione giustiziale sulle controversie che riguardano rapporti giuridici, la dottrina ha puntualizzato che le pronunce di accoglimento, poiché non colpiscono precedenti atti amministrativi, «di volta in volta in volta possono avere o contenuto dichiarativo (per es. dichiarazione del soggetto su cui grava l'onere di certe spese) o contenuto costitutivo (per es., pronuncia della decadenza di un consigliere comunale), ma generalmente non contenuto eliminatorio di atti amministrativi»<sup>102</sup>. Inoltre, «nei casi in cui non possono avere se non contenuto dichiarativo, il giudizio, che si svolge davanti al giudice amministrativo dopo la loro emanazione e sul presupposto di esse, non ha poi, nella sostanza, carattere impugnatorio, e investe non tanto la decisione del ricorso amministrativo, quanto il rapporto pel regolamento del quale essa venne posta in essere»<sup>103</sup>.

A questo punto vengono in gioco le peculiarità dei ricorsi che hanno ad oggetto controversie relative a rapporti tra soggetti privati. Per essi, infatti, si deve osservare che loro caratteristica (riscontrata anche nel caso dei procedimenti oggetto della presente indagine) è che le relative controversie hanno necessariamente ad oggetto situazioni giuridiche qualificate dall'ordinamento come diritti soggettivi (mentre negli altri casi di ricorsi amministrativi non impugnatori ciò non è affatto scontato<sup>104</sup>). Da ciò discende la

---

<sup>100</sup> Così, con riferimento ai ricorsi alle Commissioni regionali e centrale per l'edilizia economica e popolare, TAR Lazio, sez. I, 18 giugno 1980, n. 711 cit.

<sup>101</sup> Così G. BERTI, *Amministrazione 'giustiziale'* cit., pp. 495-496, commentando la sentenza TAR Lazio, sez. I, 18 giugno 1980, n. 711 cit., criticandola non nella parte conclusiva ma in quella argomentativa. L'A. parte dal presupposto che «quella del silenzio-rigetto» sia «una problematica falsa», esempio di come «alcune tematiche, restando attaccate al nostro sistema di diritto e di giustizia amministrativa, lo appesantiscono inutilmente negli aspetti formali e al di fuori di ogni istanza di garanzia, quasi a costituire schemi che tolgono orizzonte e mettono in ombra i problemi reali» (p. 493), concludendo, in proposito, che «la sanzione dell'inerzia nel caso di procedimenti giustiziali è da valutarsi interamente in termini processuali», per cui «l'organo di giustizia, che ha un termine per decidere, quando non rispetta questo termine e decide ugualmente dopo la scadenza, non può ricondurre la questione, già avviata davanti al Giudice, nell'alveo degli effetti degli atti sostanziali». L'Amministrazione in funzione giustiziale, infatti, «se decide fuori tempo emana un atto che, essendo sguarnito del potere di decidere, è come se non fosse (stato emanato)» (p. 498). In definitiva, a giudizio della dottrina in parola, «la differenza fra il procedimento da ricorso gerarchico e il procedimento da amministrazione giustiziale (ricorsi speciali non gravati da rapporto di gerarchia propria o impropria) si rivela [...] in questi termini: la decisione del ricorso gerarchico è provvedimento a tal punto che anche l'inerzia viene alla fine configurata come provvedimento», mentre «al contrario i procedimenti condotti da organi di amministrazione giustiziale sono risolutori di una controversia e, quando essi stessi si concludono con un nulla di fatto, la loro inerzia non è qualificabile in una direzione o nell'altra e non è quindi rappresentativa di un potere persistente» (p. 499).

<sup>102</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, pp. 1242-1243, osservando, però, che proprio le decisioni delle commissioni di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica possono «colpire atti – di diritto privato – posti in essere da cooperative edilizie».

<sup>103</sup> A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, loco ult. cit.

<sup>104</sup> La dottrina, infatti, afferma, con riferimento ai ricorsi non impugnatori in generale, che le relative controversie sono (soltanto) «*generalmente in materia di diritti*». Così, ad es., A.M. SANDULLI,

conseguenza che poiché «vengono proposti per la risoluzione di controversie relative a diritti soggettivi, in mancanza di diverse disposizioni le controversie debbono essere portate successivamente, di norma, davanti al giudice ordinario»<sup>105</sup>.

Tale profilo del regime giuridico dei ricorsi non impugnatori riguardanti controversie in materia di rapporti privati rinvia a quello che, allo stato, è uno dei problemi interpretativi più spinosi dell'attuale assetto disciplinare dei servizi pubblici e che riguarda da vicino anche il regime giuridico delle decisioni che concludono i procedimenti oggetto della presente indagine.

Il problema, segnatamente, è quello dell'interpretazione dell'art. 33, co. 1 e 2, lett. e), del D.Lgs. 80/1998 che, come è noto, statuisce, per quanto qui interessa, la «giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» per «tutte le controversie in materia di pubblici servizi», ivi comprese, in particolare, le controversie «tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi», nonché quelle «riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi», ma «con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati»<sup>106</sup>.

Dunque i principi tradizionalmente affermati dalla dottrina in materia di ricorsi amministrativi non impugnatori aventi ad oggetto controversie tra privati non fanno altro che rimarcare i profili problematici della questione, poiché – come si è visto – la natura di diritti soggettivi (e correlativi obblighi e doveri) delle situazioni giuridiche che caratterizzano i rapporti giuridici di utenza dovrebbe radicare la giurisdizione in capo al G.O.

Non è chiaro, dunque, se l'assegnazione al G.A., in sede di giurisdizione esclusiva, delle controversie riguardanti gli atti delle Autorità di regolazione possa attrarre anche le controversie relative agli atti giustiziali ovvero una siffatta interpretazione confligga con dettami costituzionali della giurisdizione esclusiva ricostruiti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004<sup>107</sup>.

Emerge comunque l'esigenza che l'attività giustiziale delle Autorità di regolazione, neutrale anziché discrezionale, sia pienamente sindacabile da parte del giudice. Ragionando altrimenti, infatti, si finisce, per un verso, con il determinare la possibilità che la tutela dei diritti coinvolti nelle controversie in questione si trovi sottratta, di fatto, alla giurisdizione, e, per un altro, con l'assegnare sostanzialmente alle Autorità – che, giova ricordarlo, hanno notevoli caratteristiche di neutralità ma non sono legittimate democraticamente<sup>108</sup> – un ampio potere discrezionale (dal momento che ad esso si rico-

---

*op. ult. cit.*, p. 1202 (corsivo di chi scrive), ed analogamente A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 390.

<sup>105</sup> Così A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 1202.

<sup>106</sup> Il corsivo è di chi scrive. Sul punto si v. la lucida esposizione problematica di A. SANDULLI, *La tutela giurisdizionale nelle «controversie in materia di servizi pubblici»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, pp. 789 ss.

<sup>107</sup> La questione, tuttavia, stante anche la scarsezza di pronunce (cfr. *infra* il par. successivo), non è emersa, fino ad ora, in giurisprudenza.

<sup>108</sup> Osserva M. D'ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali* cit., pp. 158 ss., 170, che «è noto che se c'è giusta diffidenza per la politica, vi sono anche fondati timori verso i cc.dd. poteri tecnici, neutrali, o indipendenti» e che se «il rischio principale della politica è l'interesse elettorale, il pericolo maggiore delle autorità indipendenti, ce lo insegnano gli Stati Uniti d'America, è la loro cattura da parte dei potentati soggetti al loro controllo», opportunamente richiamando l'attenzione sugli strumenti di difesa da un tale pericolo: «Ai responsabili della autorità indipendenti, a coloro che hanno il potere di nominarli, ai giudici che controllano le autorità, a tutti gli operatori che agiscono nei settori da esse vigilati, spetta il compito di supe-

nosce il regime giuridico che avrebbe se lo fosse)<sup>109</sup>.

8. *Segue: alcuni riscontri giurisprudenziali sulla natura giustiziale dei poteri in questione.*

Sono poche le pronunce giurisprudenziali riguardanti l'esercizio dei poteri giustiziali delle Autorità di regolazione (ovvero comunque controversie che ne abbiano visto l'esercizio). La peculiare natura dei poteri in parola, tuttavia, è stata focalizzata dalla giurisprudenza, riconoscendosi, in capo alle Autorità, «l'attribuzione [...] di funzioni "contenziose", comportanti un potere decisorio su diritti soggettivi, basato cioè sulla i-

---

rare i pericoli e i limiti che si possono presentare».

<sup>109</sup> Secondo S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 265 ss., 268, «dove vi sono autorità indipendenti e procedimenti di regolazione "contenziosi", vi sono giudici, che portano la loro attenzione sul rispetto del contraddittorio e delle altre regole del gioco (*ragionevolezza, proporzionalità, motivazione, ecc.*). La presenza dei giudici nel processo regolativo è percepita come un'invasione, ma per un difetto di ottica. Essi erano in precedenza meno presenti per rispetto verso le decisioni politico-governative, o verso la discrezionalità delle amministrazioni [...]. Quando le decisioni sono prese secondo il principio del giusto procedimento e da autorità [...] che non debbono [...] esercitare una discrezionalità-ponderazione tra interessi pubblici diversi, entrano in ballo i giudici [...]. Semplificando, si può dire che il rafforzamento delle *garanzie dello Stato di diritto* serve anche a compensare il *difetto di legittimazione che deriva dalla sottrazione* delle autorità indipendenti e della loro attività ai controlli propri del circuito democratico» (corsivi di chi scrive). Anche M. CLARICH, *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Diritto amministrativo*, 1999, pp. 181 ss., 191, diversamente da quanto sostenuto in precedenti contributi, afferma che «il problema di come conciliare indipendenza e legittimazione democratica (accountability) [...] forse non va sopravvalutato, almeno fin tanto che siano mantenuti due presupposti: che i poteri esercitati dalle autorità siano assoggettati a un *controllo pieno da parte di un giudice* (ordinario o amministrativo); che sia *ridotto al minimo l'ambito dei poteri propriamente discrezionali* ad esse attribuiti», poiché «le *scelte discrezionali* operate sulla base di una valutazione di interessi, per quanto effettuate attraverso procedure trasparenti e aperte alla partecipazione e per quanto siano assoggettate all'obbligo di motivazione volto a far emergere la ragionevolezza della decisione, conservano un elemento di *politicità intrinseca che richiede un collegamento diretto al circuito della legittimazione democratica*». È evidente che il discorso cambia qualora si voglia ritenere, invece, «che non sia possibile tracciare una linea di confine chiara tra decisioni tecniche, che possono essere delegate a commissioni di esperti, e decisioni politiche» (Così, sempre M. CLARICH, *op. cit.*, loco ult. cit., rinviando – in nt. 14 – all'opinione espressa, «in senso dubitativo», da M. SHAPIRO, *Independent Agencies: US and EU*, in *European University Institute – Jean Monnet Chair Papers*, 1996, n. 34). Non è, dunque, possibile non dissentire dall'opinione di C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI, *I garanti delle regole* cit., pp. 37 ss., 50, il quale ritiene che «il sindacato del giudice amministrativo debba limitarsi alla verifica della eventuale manifesta illogicità o ingiustizia dell'atto, dell'incoerenza interna o con atti adottati in altri casi identici, senza scendere al merito dell'atto» poiché «la competenza tecnica delle autorità e la loro indipendenza si giustificano proprio nella prospettiva di affidare tale rilevante funzione di merito ad organi capaci di esprimere un alto tasso di competenza, esercitato con un accentuato contraddittorio a tutela delle parti coinvolte» sicché «l'autorità, proprio per queste caratteristiche, dovrebbe assumere il ruolo di *peritus peritorum*, senza potere essere sottoposta a sindacato di merito, ad esempio con riformulazione del giudizio da parte del consulente tecnico nominato dal giudice ordinario», altrimenti si finirebbe «con il trasferire a quest'ultimo la funzione essenziale delle autorità». Sembra, dunque, che si voglia estendere l'insindacabilità a tutte le decisioni connotate dell'esercizio di discrezionalità tecnica, anche quelle che non riguardano interessi legittimi ma diritti soggettivi. Ciò sarebbe contraddittorio, tra l'altro, con quanto osservato dallo stesso A., ad esempio, con riferimento ai poteri dell'*Antitrust*, in merito alla «diretta derivazione dalla legge della tutela della posizione di colui che è leso dall'intesa, e [al]la nullità per contrasto con una norma imperativa a fattispecie conclusa [che] impongono di ritenere che di null'altro il giudice adito per la declaratoria di nullità del contratto abbisogni» (p. 51).

identificazione di posizioni giuridiche tutelate e non di valutazioni semplicemente discrezionali circa la sussistenza di un interesse pubblico»<sup>110</sup>.

In qualche misura sembra che se ne siano anche percepite le conseguenze in termini di regime giuridico dell'attività esercitata.

Il giudice amministrativo, infatti, ha avuto modo di riconoscere che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, intervenendo «come giudice di una controversia» insorta tra Telecom Italia s.p.a. e Fastweb s.p.a., non esercita «funzioni amministrative ma paragiurisdizionali [...], con la conseguenza che l'intero procedimento [...] davanti ad essa [...] segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo»<sup>111</sup>.

In particolare, con riferimento alla impossibilità di avere accesso alla documentazione riservata prodotta dalle rispettive controparti, si è ritenuto che «non è in discussione l'esercizio del diritto di accesso ex art. 23 e ss. L. 7 agosto 1990, n. 241, quanto, piuttosto, l'acquisizione, da parte di Consulenti tecnici di parte, di atti di soggetti privati, con la conseguenza che è del tutto inconferente il richiamo ai principi, elaborati dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, in tema di accesso alla documentazione [...] dalla stessa detenuta»<sup>112</sup>, e segnatamente «ai limiti [...] all'ostensione di documenti che potrebbero essere coperti da riservatezza», trovando applicazione, invece, il «principio di *par condicio* tra le parti che relazionano con l'Autorità nello stesso procedimento paragiurisdizionale, regolato dalla regola del contraddittorio e di identità di diritti ed obblighi tra le parti del giudizio»<sup>113</sup>.

È interessante notare come il giudice amministrativo abbia argomentato siffatta conclusione non solo su «criteri di logica», ma altresì con la considerazione che «Solo a queste condizioni si può concludere che l'art. 23 del Codice, che conferisce all'Autorità poteri giudiziali per la risoluzione delle controversie tra operatori, è conforme all'art. 23 [sic!] Cost.»<sup>114</sup>.

Non è mancato, infine, il riconoscimento della necessità del sindacato giurisdizionale sull'esercizio dei poteri giustiziali delle Autorità di regolazione, affermandosi che «non conoscendo il nostro ordinamento giuridico un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli art. 111 e 97», ne discende la «necessaria soggezione di ogni atto delle Autorità ad un controllo giudiziario», poiché «alcun tipo di definizione delle controversie da parte dell'Autorità

---

<sup>110</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 21 settembre 2007, n. 4888, in *Giurisdizione amministrativa*, 2007, I, pp. 1293 ss. (al punto 5 della motivazione).

<sup>111</sup> Così TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 14 dicembre 2006, n. 14517, in *Il Foro amministrativo - TAR*, 2006, pp. 3894 ss. (al punto 4 della motivazione).

<sup>112</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 14 dicembre 2006, n. 14517 cit., al punto 2 della motivazione.

<sup>113</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 14 dicembre 2006, n. 14517 cit., al punto 9 della motivazione.

<sup>114</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 14 dicembre 2006, n. 14517 cit., loco ult. cit. È significativo, altresì, che il giudice, rigettando un censura relativa al fatto che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nella fattispecie avrebbe adottato la decisione oltre il termine di quattro mesi previsto dall'art. 23 del D.Lgs. n. 259/2003, motivi ancora una volta osservando che «l'Autorità svolge una funzione paragiurisdizionale ed è noto che nel caso in cui il giudice depositi una decisione [...] oltre i termini previsti dalla legge, non per questo perde il potere di deliberare, ma al più incorre in sanzioni disciplinari. Ciò in quanto il termine per detto deposito non è qualificato come perentorio dalla norma che lo introduce, cosicché la sua violazione non può incidere sulla titolarità del potere di decidere o sulla validità della statuzione adottata dopo che è scaduto» (al punto 7 della motivazione).

potrà mai limitare la possibilità per le parti di rivolgersi al giudice, tale non essendo certo l’Autorità»<sup>115</sup>.

9. *Spunti di riflessione sulle ragioni dell’attribuzione in capo alla P.A. (ed alle Autorità indipendenti in particolare) di una funzione giustiziale in materia di servizi di pubblica utilità.*

Le possibili ragioni sottese all’introduzione di poteri giustiziali della P.A. nei settori dei ‘servizi di pubblica utilità’ paiono ben individuate da chi, da tempo, ha osservato come i «problemi di efficienza dei servizi non possono essere risolti con la semplice privatizzazione degli strumenti di esercizio dell’attività o con la privatizzazione della titolarità», senza procedere, cioè, anche ad «una riconsiderazione del momento pubblicistico *inesorabilmente* connesso a tale privatizzazione», sottolineando altresì come tale ‘momento’ non possa consistere soltanto nella «funzione di regolazione dell’attività», ma richieda anche «strumenti, solo in ultima istanza di natura giurisdizionale, per la risoluzione di conflitti, oltre che tra autorità e “regolati”, tra esercenti il servizio e utenti stessi»<sup>116</sup>.

Ciò, in particolare, per quanto riguarda i rapporti tra gestori ed utenti, poiché «la questione di fondo posta dall’applicazione del principio *rolling back the State* al settore dei servizi di interesse della collettività» appare «quella di assicurare rilevanza giuridica esterna ai rapporti – altrimenti relegati nell’ambito del contratto – tra utenza e gestori, attraendoli nell’orbita del pubblico», dal momento che i relativi interessi non trovano adeguata tutela «né in una sregolata concorrenza – che può facilmente trovare sbocco in logiche di cartello – né con la tutela contrattuale, inadeguata a reprimere quelle episodiche e quotidiane forme di scorrettezza che il gestore di un servizio pubblico può porre in essere avvalendosi della forza che gli deriva dalla posizione di mercato e dalla indispensabilità del servizio che gestisce»<sup>117</sup>.

Quanto, poi, alle presumibili ragioni della scelta delle Autorità indipendenti quali figure soggettive cui affidare i poteri giustiziali in questione, si possono richiamare le osservazioni di autorevole dottrina che, inquadrando in via generale il tema delle *Authorities*: ha evidenziato come «dagli archetipi possibili, dai modelli storici di riferimento, emerge un primo elemento caratteristico delle autorità indipendenti: la loro missione ‘giustiziale’, consistente nell’assicurare garanzie a interessi collettivi e diffusi, a libertà e diritti costituzionalmente protetti, che siano ‘minacciati’ dagli abusi dei poteri forti, pubblici o privati»<sup>118</sup>; ed ha altresì sottolineato che «i vari tratti peculiari delle autorità indipendenti, e specialmente la loro missione ‘giustiziale’ che chiede indipendenza, tro-

---

<sup>115</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 21 settembre 2007, n. 4888 cit.

<sup>116</sup> F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 27.

<sup>117</sup> Così F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>118</sup> M. D’ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* cit., p. 161, per il quale «le autorità indipendenti si fondano su un’idea di democrazia diffidente verso le eccessive dilatazioni della politica. Quando l’ordinamento individua *domaines sensibles*, settori nei quali i diritti e gli interessi di individui, di imprese, di associazioni, sono sotto grave minaccia di poteri pubblici o privati, allora le autorità indipendenti, in funzione giustiziale, sono dal medesimo ordinamento legittimate a prendere il posto – o almeno da attenuare il ruolo – degli organi politici. Per quei settori vale con particolare forza la lezione del costituzionalismo liberale inglese e americano, sintetizzata nella frase di James Madison contenuta nel cinquantunesimo del *Federalist Papers*: “Justice is the End of Government”» (pp. 167-168).

vano giustificazione anche nelle norme costituzionali che assicurano tutela nelle diverse materie delle quali di occupano le autorità medesime»<sup>119</sup>.

Con riferimento alle tutela sia degli utenti (nelle controversie con i gestori) che dei gestori (nelle controversie tra di loro), poi, la dottrina in parola sottolinea come le Autorità indipendenti possano, per un verso, «portare con sé un rafforzamento, sotto vari profili, delle garanzie soggettive rispetto a quel che offrono i rimedi giurisdizionali e, in particolare, i mezzi del processo amministrativo»<sup>120</sup>, per un altro, «fornire un'integrazione significativa delle tradizionali garanzie civilistiche contro le insidie dei mercati: il codice civile non basta più per arginare monopoli e oligopoli, per raddrizzare altre forme di distorsione della concorrenza, per prevenire o reprimere frodi finanziarie; occorrono le ampie potestà attribuite alle autorità indipendenti, la loro qualificata autonomia, la loro *expertise*»<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 167.

<sup>120</sup> M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 169. In particolare, si è osservato che: a) «in primo luogo, la protezione resa ai diritti e agli interessi della autorità indipendenti presenta una maggiore continuità rispetto ai modi della tutela giurisdizionale: le autorità indipendenti vigilano sistematicamente sui settori di propria competenza e possono intervenire anche d'ufficio, non venendo a dipendere dall'iniziativa di parte. È questo un aspetto di fondamentale importanza, sottolineato con forza dalla dottrina americana, a partire dagli anni Trenta»; b) «in secondo luogo, si va affermando presso le autorità indipendenti una tendenza chiara verso una protezione degli interessi collettivi e diffusi ben maggiore di quella che può ottenersi nelle aule giudiziario» (p. 169); e, infine, c) «in terzo luogo, le garanzie di protezione delle situazioni soggettive fornite dalle autorità indipendenti non valgono soltanto nei confronti dei poteri pubblici, nel che sta l'essenza e il limite della giurisdizione amministrativa, ma anche verso gli abusi dei poteri privati, talora ben più minacciosi degli apparati pubblici, soprattutto in fasi di liberalizzazione e privatizzazione dei mercati» (p. 170).

<sup>121</sup> M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 170.