



HOME LA RIVISTA OSSERVATORIO NUMERI PRECEDENTI BANCHE DATI PUBBLICAZIONI EVENTI NEWSLETTER PUBBLICITÀ



NUMERO 18 - 01/10/2014

STATO » DOTTRINA - DI SIMONE LUCATTINI

## Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle autorità indipendenti di regolazione



Oggetto delle presenti riflessioni è il rapporto tra certezza e diritto giurisprudenziale inteso, però, in senso lato, che non si esaurisce cioè nelle decisioni giurisdizionali, ma che, secondo autorevole dottrina, comprende anche il "diritto applicato" da organismi statali differenti, quali le autorità amministrative indipendenti. In questa prospettiva, meritevoli di particolare interesse appaiono le decisioni giustiziali dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (AEEGSI) e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) - ossia quelle decisioni amministrati con cui le autorità sono chiamate, sempre più spesso, anche su impulso del diritto comunitario, a risolvere, su istanza di parte e in posizione di terzi, controversie insorte tra operatori economici operanti nei mercati affidati alle loro cure... (segue)

SCARICA IL DOCUMENTO INTEGRALE

NORMATIVA |

GIURISPRUDE

DOCUMENTA

ARTICOLI CORR

ITALIA - DOTTRINA  
Para una teoria in federalismo y la p  
Lucio Pegoraro (

ITALIA - DOTTRINA  
Silenzio assenso t  
Patrizia Marzaro

ITALIA - DOTTRINA  
Il Codice dei contr  
semplificazione cl  
Rosanna De Nict

ITALIA - DOTTRINA  
La riorganizzazio  
government in In  
Roberto Medda (

ITALIA - DOTTRINA  
Ne bis in idem 'eu  
relative a tribut  
Francesco Pepe (

ITALIA - DOTTRINA  
The binding prece  
America  
Eugênio Facchini  
da Silva Cordeiro

ITALIA - DOTTRINA  
Prime riflessioni l  
pre-commerciale  
Andrea Blasini (

ITALIA - DOTTRINA  
Le condizioni econ  
come fattore di m  
sanzioni antitrust  
Marilena Filippel

NUMERO 18 - ALTRI ARTICOLI

ITALIA - DOTTRINA  
Sei tesi in tema di diritti  
fondamentali e della loro  
tutela attraverso il "dialogo"  
tra Corti europee e Corti  
nazionali  
DI ANTONIO RUGGERI

ITALIA - DOTTRINA  
La 'degiurisdizionalizzazione'  
DI MARIO LIBERTINI

ITALIA - DOTTRINA  
Il tempo del processo come  
bene della vita  
DI MARIA ALESSANDRA SANDULLI

ITALIA - DOTTRINA  
La semplificazione  
complicante  
DI MICHELE AINIS

ITALIA - DOTTRINA  
Certezza e nuovo diritto  
giurisprudenziale: il regolare  
giudicando delle autorità  
indipendenti di regolazione  
DI SIMONE LUCATTINI

EUROPA - DOTTRINA  
Dalla Comunità economica  
euroasiatica all'Unione  
economica euroasiatica.  
DI CATERINA FILIPPINI

ITALIA - DOTTRINA  
Il referendum del 18/9/2014:  
Scotland chooses the best of  
both worlds  
DI GIULIA CARVALE

EUROPA - DOTTRINA  
Tendenze della cooperazione  
territoriale in Europa e in  
Italia  
DI SIMON PIETRO ISAZA QUERINI

EUROPA - DOTTRINA  
Note sullo stato del processo  
di adesione del Montenegro  
all'UE  
DI FEDERICO SAVASTANO



Federalismi.it - Rivista Telematica  
Registrazione al Tribunale di Roma numero  
202/2003 del 18.04.2003  
ISSN 1826-3534

La rivista non si impegna a pubblicare interventi non richiesti. I contributi inviati saranno valutati in forma anonima secondo le regole di referaggio della Rivista, dandone riscontro agli autori. Non si pubblicano contributi già apparsi in altre riviste telematiche o ad esse destinati. I contributi devono essere comunque inviati all'indirizzo [redazione@federalismi.it](mailto:redazione@federalismi.it)

Valutazione scientifica dei contributi pubblicati in [federalismi.it](http://federalismi.it)

Tutto il materiale pubblicato è copyright © [federalismi.it](http://federalismi.it).  
È vietata la riproduzione anche parziale. Tutti gli articoli firmati sono protetti dalla legge 633/1941 sul diritto d'autore.

[federalismi.it](http://federalismi.it) non è collegato ai siti recensiti e non è responsabile del loro contenuto. Le foto presenti su [federalismi.it](http://federalismi.it) sono state in larga parte tratte da Internet e, quindi, valutate di pubblico dominio.

Associazione sui processi di governo e sul federalismo  
Via di Porta Pinciana 6, 00187 Roma  
Partita IVA 06196041005

Società editoriale federalismi s.r.l.  
Via di Porta Pinciana, 6 00187 Roma  
Partita IVA 09565351005  
[amministrazione@federalismi.it](mailto:amministrazione@federalismi.it)

**Direttore responsabile**  
Prof. Beniamino Caravita di Toritto

**Comitato di direzione**  
Prof. Luisa Cassetti; Prof. Marcello Cecchetti;  
Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara;  
Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Annamaria Poggi; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Stalano.

**Redazione**  
dott. Federica Fabrizzi (Redattore Capo); dott. Fabio Giglioli; dott. Daniele Porena; dott. Maria Grazia Rodomonte; dott. Alessandro Sterpa; dott. Alfonso Vuolo.

Segreteria di redazione  
dott. Simon Pietro Isaza  
Luciani; dott. Eleonora N  
Ronga; dott. Federico Sa  
Troisi.  
E-mail: [redazione@federalismi.it](mailto:redazione@federalismi.it)

Comitato scientifico ||



Powered by  
 contech

Execution time: 57 ms - Your address is 213.26.32.153



1 OTTOBRE 2014

Certezza e nuovo diritto  
giurisprudenziale: il *regolare giudicando*  
delle autorità indipendenti di  
regolazione

di Simone Lucattini  
Dottore di ricerca in Diritto pubblico  
Università degli Studi di Siena



# Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il *regolare giudicando* delle autorità indipendenti di regolazione\*

di **Simone Lucattini**

Dottore di ricerca in Diritto pubblico  
Università degli Studi di Siena

**Sommario:** 1. Il doppio volto della funzione giustiziale. 2. Effetti di stabilizzazione e di certezza. 2.1. Il problema dell'autotutela. 3. Eccessi del regolare giudicando: le minacce alla certezza. 4. Conclusioni.

## 1. Il doppio volto della funzione giustiziale.

Oggetto delle presenti riflessioni è il rapporto tra certezza e diritto giurisprudenziale inteso, però, in senso lato, che non si esaurisce cioè nelle decisioni giurisdizionali, ma che, secondo autorevole dottrina, comprende anche il “diritto applicato” da organismi statali differenti, quali le autorità amministrative indipendenti<sup>1</sup>.

In questa prospettiva, meritevoli di particolare interesse appaiono le decisioni giustiziali dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (AEEGSI) e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) – ossia quelle decisioni amministrative<sup>2</sup> con cui le

\* Articolo sottoposto a referaggio. Le opinioni espresse sono a titolo personale e non impegnano l'Istituzione d'appartenenza (Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico).

<sup>1</sup>Cfr. P.PERLINGIERI, *Il diritto giurisprudenziale e il ruolo della dottrina*, in *Il giusto processo civile*, 2012, p.4, che, rifacendosi a L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, comprende tra le fonti del “diritto giurisprudenziale”, inteso come “diritto applicato” in concreto, anche le decisioni assunte dalle autorità indipendenti.

<sup>2</sup>La dottrina che, per prima, ha tentato l'enucleazione della categoria ha definito le decisioni amministrative “atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo...ad un conflitto d'interessi (giuridicizzati o no) o d'opinioni tra gli amministrati, o fra l'autorità ed uno o più amministrati” (M.NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 812). In argomento, cfr., altresì, M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, c.169 ss.; E.CANNADA BARTOLI, voce *Decisione*

autorità sono chiamate, sempre più spesso<sup>3</sup>, anche su impulso del diritto comunitario<sup>4</sup>, a risolvere, su istanza di parte<sup>5</sup> e in posizione di terzietà<sup>6</sup>, controversie insorte tra operatori economici operanti nei mercati affidati alle loro cure<sup>7</sup>. Si tratta, essenzialmente, di decisioni volte a risolvere controversie per l'accesso/uso di infrastrutture essenziali (ad es. interconnessione fra reti di comunicazione)<sup>8</sup>, fondamentali per garantire l'apertura concorrenziale dei mercati dei servizi pubblici a rete<sup>9</sup>. Tali decisioni, come si vedrà nel prosieguo dell'analisi, possono costituire fonti di certezza ma, talora, anche d'incertezza per gli operatori economici privati e per l'ordinamento

*amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, vol.V, Torino, 1960, p. 268 ss.; F.MERUSI - G.TOSCANO, voce *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol.X, Roma, 1988, p.1 ss.

<sup>3</sup>Negli ultimi tempi la tutela giustiziale offerta dalle autorità indipendenti pare, infatti, uscita dal cono d'ombra in cui è stata finora relegata, come autorevolmente evidenziato da F.P.LUISSO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol.V, Milano, 2011, p.207ss.; ciononostante, il codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104), pur a fronte della generale rinnovata attenzione per le tecniche extragiurisdizionali (in prospettiva comparatistica, vedasi V.VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, nonché N.TROCKER, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E.FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Roma, 2006, p. 439 ss.), non ha affrontato il tema della risoluzione alternativa delle controversie ad opera di autorità indipendenti che, di conseguenza, "resta(no) "off-limits" nel nostro ordinamento", almeno "quando si discuta di vertenze su provvedimenti" (cfr. A.TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir.pubbl.*, 2010, p.596 s., nota 37). La funzione di soluzione dei conflitti da parte delle amministrazioni indipendenti era stata, invece, ampiamente considerata nella proposta di riforma del sistema dei ricorsi amministrativi formulata dalla Commissione di studio nominata dal Ministro Cassese nel 1993 e presieduta dal Prof. Cerulli Irelli, confluita nella pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica, *La riforma della pubblica amministrazione*, vol.V, *La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994, al cui interno si segnalano, in particolare, i contributi di A.Pajno e G.Morbidelli.

<sup>4</sup>Cfr., ad esempio, la direttiva 2009/72/CE, in tema di energia elettrica, secondo cui l'autorità nazionale di regolamentazione deve "disporre...della facoltà di dinimere controversie" (*considerando* 38).

<sup>5</sup>Istanza che pare potersi ricondurre nella *species* dei c.d. ricorsi a-impugnatori, con cui l'amministrazione è chiamata a risolvere, da una posizione di terzietà, controversie (generalmente) su diritti soggettivi, insorte in sistemi settoriali: cfr., al riguardo, A.M.SANDULLI, voce *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol.XV, Torino, 1968, p.976; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 1202.

<sup>6</sup>Restano, dunque, fuori dall'ambito d'indagine i classici ricorsi amministrativi, in cui l'amministrazione non è terza indifferente rispetto agli interessi in conflitto, bensì parte di una controversia che la riguarda direttamente.

<sup>7</sup>Cfr. i regolamenti per la risoluzione delle controversie tra operatori (*business to business*) approvati con delibere AEEGSI, 188/2012/E/com e AGCOM, 352/08/CONS, su cui si vedano F.ASTONE - F.SAITTA, *La giustizia innanzi all'Autorità garante delle comunicazioni*, in G.CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, vol.II, Napoli, 2011, p.247 ss.; F.LIGUORI, *La giustizia innanzi all'AEEG*, *ivi*, p.167 ss.; N.PAOLANTONIO, *La giustizia innanzi all'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, *ivi*, p.179 ss.

<sup>8</sup>Per interconnessione si intende il collegamento delle reti di comunicazione nella titolarità di diversi operatori, al fine di consentire agli utenti di un'impresa di comunicare con quelli di un'altra. In proposito, cfr. V.MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni)*. *Prime riflessioni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 325 ss.

<sup>9</sup>In argomento, vedasi, di recente, G.DELLA CANANEIA, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 2013, p.1 ss.

settoriale nel quale intervengono<sup>10</sup>. Questa potenziale duplicità di effetti deriva dalla doppia attitudine che sembra caratterizzare la giustizia delle autorità: da un lato, elemento di chiusura, ossia di stabilizzazione di rapporti controversi, mediante la forza vincolante della decisione amministrativa; dall'altro, elemento di apertura, cioè di creatività; infatti, con le proprie decisioni giustiziali i Regolatori continuamente colmano lacune del tessuto regolatorio, ovvero chiariscono, limano, correggono le regole che essi stessi hanno creato nell'esercizio del potere normativo<sup>11</sup>. Tale doppia morfologia emerge, ad esempio, chiaramente dall'art.23 del codice delle comunicazioni elettroniche (decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259), ai sensi del quale l'AGCOM, nel risolvere controversie tra operatori sull'accesso e l'interconnessione delle reti, deve, altresì, perseguire gli obiettivi della regolazione di settore come individuati dall'art.13 (significativamente rubricato "Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione")<sup>12</sup>.

All'inestricabile intreccio tra stabilità e creatività, da sempre connaturato al diritto giurisprudenziale<sup>13</sup>, sembra qui aggiungersi, quale ulteriore elemento caratterizzante, una peculiare commistione tra giustizia e regolazione, che sembra invero potersi elevare a profilo tipico della funzione giustiziale svolta dai Regolatori: rendere giustizia – cioè separare, con riferimento ad un

<sup>10</sup> In una prospettiva soggettiva, attenta essenzialmente alla tutela dei privati, si veda L.GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig.Disc.publ.*,II, Torino, 1988, p.275, che definisce la certezza del diritto come prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti necessaria perché gli individui possano fare liberamente i loro piani e le loro scelte di vita; in quest'ottica, mette in correlazione certezza del diritto e affidamento F.MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, p.36, il quale si rifa al significato di *Rechtssicherheit* accolto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, come "effettiva sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini" e, quindi, "tutela dell'affidamento generato dall'ordinamento vigente". Sull'importanza della certezza del diritto in funzione di relazioni economiche stabili, si vedano, invece, in particolare, E.ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1212; N.BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, in E.BRUTI LIBERATI - F.DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p.157 ss.

<sup>11</sup>In proposito, cfr. la *Presentazione* del Presidente dell'AGCOM, A.M.CARDANI, alla *Relazione annuale 2013*, in *www.agcom.it*, p.17, secondo cui "l'attività di risoluzione delle controversie ... tende a configurarsi come l'esplicitazione *ex post* della funzione di regolazione del mercato (così detta *regulation by litigation*), tipica degli organismi di garanzia nei settori di pubblica utilità". Sul potere normativo delle autorità indipendenti si veda, invece, in generale, F.MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G.GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna 2006, p.45 ss.

<sup>12</sup>Come notato da A.PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S.CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p.108, la funzione giustiziale dell'AGCOM può essere considerata, ad un tempo, "una forma di regolazione diretta dei singoli rapporti intersoggettivi" e "una forma più ampia di regolazione indiretta di un intero settore, attraverso la scelta di modalità e criteri di risoluzione dei conflitti che all'interno dello stesso settore si verificano". In senso analogo, si vedano M.CLARICH - E.CAMILLI, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M.D'ALBERTI - A.PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, p.121.

<sup>13</sup>Cfr., a livello teorico-generale, L.LOMBARDI VALLAURI, *Op.ult.cit.*, p.371 ss.

fatto passato, torto e ragione<sup>14</sup> – e, ad un tempo, regolare – ossia delineare *pro futuro* nuovi assetti di interessi<sup>15</sup>; è in questa ambivalenza di fondo che, a ben vedere, si iscrivono le principali problematiche sollevate dalle decisioni giustiziali di AEEGSI/AGCOM; nel *regolare giudicando* si potrebbe dire, evocando la categoria storica dell'*amministrare giudicando*<sup>16</sup>.

## 2.1. Effetti di stabilizzazione.

Sul versante degli effetti di stabilizzazione e della certezza, il metro di paragone con cui le decisioni giustiziali assunte dalle autorità di regolazione sono chiamate a confrontarsi è la c.d. cosa giudicata sostanziale (art.2909 c.c.)<sup>17</sup>. La sentenza, infatti, è in grado di porre fine in modo irretrattabile alla controversia, facendò venire meno la *res dubia*. Tuttavia questa certezza ha un costo – il “costo della certezza giuridica”<sup>18</sup> –, in termini di tempi, soprattutto, e di risorse impiegate per arrivare alla cosa giudicata, incomparabili rispetto a quelli necessari per ottenere la decisione dei Regolatori, all’esito di procedimenti estremamente rapidi e gratuiti<sup>19</sup>. Per contro, queste decisioni non possiedono naturalmente la stabilità della cosa giudicata sostanziale; esse sono infatti soggette al sindacato pieno del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 133 c.p.a.<sup>20</sup>;

<sup>14</sup>Cfr. P.CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 1939, I, p.105 ss., ove l’esimo Autore individua le similitudini dell’attività del giudice con quella dello storico, anch’esso chiamato a ricostruire, sulla base delle informazioni disponibili, un fatto ormai accaduto.

<sup>15</sup>Così, chiaramente, G.MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, 2011, p.2, secondo cui caratteristica tipica della regolazione è quella di “rivolgersi al futuro”.

<sup>16</sup>In tema, cfr., *amplius*, L.MANNORI - B.SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma - Bari, 2001, p. 36 ss.; P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giurpubblicistica medievale*, Milano, 1969.

<sup>17</sup>L’irretrattabilità di effetti della *res judicata* “si correla alla normatività della sentenza, o meglio dell’*accertamento* in essa contenuto, il quale assume valore di precetto di legge regolatore del caso concreto prima nel mondo sostanziale e poi in quello processuale”: così S.MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig.Disc.priv. sez.civ.*, Torino, vol.XVI, 1997, p. 413, che si rifa alla classica impostazione di F.CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv.dir.proc.civ.*, I, 1935, p. 206 ss.; il rapporto giudicato/certezza è messo altresì in luce, a livello teorico-generale, da A.PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto. Profili applicativi*, in *Enc.giur.Treccani*, vol.VI, Roma, 1988, p.2.

<sup>18</sup>Nell’elegante ed efficace prosa di F.CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in F.LOPEZ de ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968 (nuova edizione a cura di G.ASTUTI), p. 198.

<sup>19</sup>Cfr., rispettivamente, art. 6, comma 1, delibera 352/08/CONS (il termine di quattro mesi ivi previsto per la conclusione della procedura giustiziale, da parte dell’AGCOM, è da ritenersi ordinatorio: in tal senso, si veda la delibera 16/06/CIR, nonché Tar Lazio, sez.III-ter, 14 dicembre 2006, n. 14517) e art.6, commi 1 e 2, delibera 188/2012/E/com, laddove è previsto che la decisione dell’AEEGSI deve giungere entro il termine di due mesi dalla ricezione del reclamo; termine, questo, prorogabile di due mesi, qualora vengano richieste ulteriori informazioni alle parti, e di altri due mesi, per motivate esigenze istruttorie e previo consenso del reclamante.

<sup>20</sup>Per cui “tutti i provvedimenti” delle autorità indipendenti, ivi compresi, quindi, quelli di natura giustiziale, ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il richiamato dato positivo consente di porre definitivamente in non cale le tesi un tempo volte ad accostare le decisioni amministrative ai provvedimenti giurisdizionali, assimilandole, quanto a stabilità, alla cosa giudicata: cfr.

anzi, a ben vedere, ciò costituisce il presupposto costituzionale stesso della funzione giustiziale, altrimenti incompatibile con l'art. 24 della Costituzione che costituisce l'architrave costituzionale del sistema delle tutele, garantendo a tutti la possibilità di adire un giudice a tutela dei propri diritti<sup>21</sup>.

La possibilità di impugnare le decisioni giustiziali prese dai Regolatori dell'energia e delle comunicazioni<sup>22</sup> non appare, tuttavia, decisiva per saggiare gli effetti di certezza che esse possono produrre. Dalla prassi applicativa emerge, infatti, che il sindacato giurisdizionale non è in grado di compromettere la tendenziale stabilità del *decisum*<sup>23</sup>.

Questa stabilità non dipende da ragioni giuridico-formali, quali ad esempio l'*autoritas* della *res judicata* o l'impugnazione per motivi limitati prevista per i lodi arbitrali dall'art.829 c.p.c., ma da fattori di tipo sostanziale, rinvenibili, essenzialmente, nell'autorevolezza tecnica del decisore e nel carattere negoziale del *decisum*. In entrambi i casi, è interessante osservare come forma giuridica ed

---

V.OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 864, che evoca la nozione di decisione amministrativa (*Entscheidung*) elaborata dalla dottrina tedesca, basata sull'idea di trasferire la forza e gli effetti della cosa giudicata al provvedimento amministrativo (sul punto, si veda M.S.GIANNINI, *Op.ult.it.*, cc. 170 s. e, più di recente, D.DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), *Annuario 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, p.297 ss.). Distingue, invece, nettamente le decisioni amministrative dalle sentenze, per l'impossibilità di assurgere alla definitività del giudicato, A.TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, vol. IV, 1989, p. 532, il quale rileva come le similitudini tra decisione amministrativa e sentenza non possano, in ogni caso, avvalorare "alcuna identità di caratteri tra i due ordini di atti". In tema, cfr. altresì E.T.LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, rist., Milano, 1962, p.107, il quale, pur muovendo dal parallelismo tra efficacia dell'atto amministrativo ed efficacia della sentenza, afferma la riferibilità della cosa giudicata alle sole sentenze, con esclusione quindi delle decisioni amministrative.

<sup>21</sup>Tuttavia, l'art.24 della Costituzione non impone l'obbligo di agire in giudizio per la tutela della propria posizione giuridica, pertanto l'opzione per rimedi diversi dal processo giurisdizionale risulta perfettamente compatibile col precetto costituzionale. Cfr., al riguardo, P.BARILE, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 230; ID., *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv.arb.*, 1992, p. 21 ss. Il nesso tra diritto d'azione e vie alternative al processo è, altresì, evidente nella fondamentale sentenza della Corte costituzionale, 14 luglio 1977, n. 127 in *Giur.cost.*, 1977, p. 1103, con nota di V.Andrioli, che sottolinea come l'ordinamento riconosca ai privati "un potere di disposizione che è strettamente collegato al potere di azione, seppure non ne è addirittura un'aspetto ed uno svolgimento", che consente, di comune accordo, di deferire una controversia al giudizio di un arbitro o di un collegio arbitrale.

<sup>22</sup>Le decisioni dell'AEEGSI – che, ai sensi dell'art.7, comma 2, della delibera 188/2012/E/com contengono "l'indicazione del termine per ricorrere e dell'autorità cui proporre ricorso" – possono essere impuginate dinanzi al Tar della Lombardia, come gli altri provvedimenti dell'Autorità, ai sensi dell'art. 2, comma 25, legge 14 novembre 1995, n.481; per l'AGCOM, si veda, invece, l'art.11, comma 10, della delibera 352/08/CONS: "Il provvedimento che definisce la controversia è impugnabile dinanzi al TAR del Lazio ai sensi dell'art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249 e dell'art. 9 del Codice [delle comunicazioni elettroniche, ndr]".

<sup>23</sup>Nel caso dell'AEEGSI, su 21 decisioni adottate ex delibera 188 del 2012, soltanto 4 sono state impuginate; ancora inferiore risulta la percentuale di ricorsi proposti avverso le decisioni dell'Autorità per le comunicazioni.

effetti sostanziali dell'atto di risoluzione della controversia non coincidano<sup>24</sup>. Ed invero, la decisione dei Regolatori costituisce, sì, un atto formalmente autoritativo ed unilaterale, ma l'analisi empirica dimostra che il contenuto decisorio spesso sarà, in tutto o in parte, negoziato ovvero "incompleto", con ampi spazi lasciati all'autonomia negoziale<sup>25</sup>. Ciò dipende dalla natura delle cose oggetto della controversia: essenzialmente infrastrutture di rete, ossia gli snodi fondamentali per il corretto funzionamento concorrenziale dei mercati. Infatti, l'utilizzazione di infrastrutture essenziali è un tipico rapporto di durata, caratterizzato da continue interazioni tra i soggetti coinvolti<sup>26</sup>; rapporti, questi, dunque, che difficilmente possono essere definiti, per così dire, "in solitudine" da un soggetto ad essi estraneo, per quanto dotato di elevate competenze specialistiche. Pertanto, qualora nel corso della procedura le parti non raggiungano un accordo transattivo<sup>27</sup>, il Regolatore sarà, comunque, portato ad adottare una decisione, formalmente

<sup>24</sup>Simile divaricazione tra forma giuridica ed effetti pratici riguarda anche l'efficacia coattiva delle decisioni giustiziali dei Regolatori che può risultare, in concreto, anche superiore rispetto a quella della sentenza-titolo esecutivo. In proposito si consideri che, in molti casi, i diritti tutelati dalle autorità indipendenti non possono fruire della tutela esecutiva. Si tratta, per lo più, di obblighi di *facere* infungibili, quale l'obbligo di connessione alla rete; di conseguenza, l'esecuzione forzata, che nel suo schema essenziale presuppone la surrogazione di un terzo al debitore inadempiente, risulta, di fatto, inattuabile: solo il titolare dell'infrastruttura essenziale può, infatti, consentire un durevole accesso alla rete. In tali fattispecie, dunque, la sentenza di condanna ad un *facere* non pare lo strumento più adatto per assicurare la tutela esecutiva. Diversamente, l'esecuzione delle decisioni delle amministrazioni indipendenti è garantita mediante sanzioni, pecuniarie o reputazionali, irrogabili dalle stesse autorità. Il potere sanzionatorio si muove qui nella logica delle misure coercitive e nelle forme dell'esecuzione indiretta: la minaccia di una sanzione può, infatti, servire per provocare l'adempimento delle decisioni che risolvono controversie (cfr. M. CLARICH, *Presentazione*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, p. XXXIII). Si pensi, in tal senso, alla peculiare forza coattiva delle decisioni dell'AEEGSI, assicurata dall'art. 2, comma 20, lett. c, l.n. 481/95, che viene espressamente richiamato dall'art. 7, comma 1, della delibera 188/2012/E/com il quale dispone che "la decisione di accoglimento del reclamo fissa il termine entro il quale il gestore è tenuto a adeguarsi", mentre la "mancata ottemperanza", entro detto termine, "costituisce violazione sanzionabile ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481".

<sup>25</sup>Cfr., ad esempio, la decisione 509/2013/E/eel, con cui l'Autorità per l'energia ha, tra l'altro, evidenziato "l'opportunità che le parti addivengano alla stipula di una convenzione", indicando, altresì, alle parti stesse i contenuti minimi dell'accordo destinato a regolare *pro futuro* i profili economici e tecnici del rapporto. Autoritatività e consensualità si intrecciano, dunque, in una decisione – espressione di supremazia, discendente dall'attribuzione *ex lege* del potere di dirimere controversie mediante atti vincolanti – che lascia, però, ampio spazio all'autonomia contrattuale delle parti.

<sup>26</sup>Si pensi al produttore di energia che, se vuole venderla sul mercato, dovrà, sempre e con continuità, potersi connettere alla rete di distribuzione elettrica per immettere l'energia medesima nel sistema.

<sup>27</sup>La composizione bonaria è, peraltro, facilitata dalle previsioni contenute nei regolamenti di risoluzione controversie di AEEGSI e AGCOM. In particolare, per favorire soluzioni transattive, il regolamento AGCOM prevede la facoltà del responsabile del procedimento di proporre alle parti "più soluzioni alternative" che, se non accolte, non vincolano l'organo competente a decidere la controversia (art. 9, comma 6); il rinvio dell'udienza, in caso di trattative fra le parti (art. 9, comma 3) e la rinnovazione del tentativo di conciliazione "in qualsiasi fase della procedura" (art. 9, comma 5). Per quanto riguarda la procedura contenziosa gestita dall'AEEGSI, meritevole d'attenzione appare, invece, la previsione di cui

unilaterale, ma almeno parzialmente condivisa nel contenuto, per così dire, ad “imporre un compromesso”<sup>25</sup>. Tensione ossimorica, questa, che pare però destinata a stemperarsi in decisioni negoziate, o anche solo parzialmente condivise, contro cui non conviene ricorrere dinanzi al giudice amministrativo, né al titolare dell’infrastruttura, né a colui che chiede di accedervi; da un lato, per il loro contenuto consensuale, che si rivela quasi sempre preferibile rispetto ad una decisione eteronoma che, per quanto sensibile agli equilibri economici, costituisce pur sempre un intervento *ab estrinseco*, calato “dall’alto”, sulle dinamiche dei mercati; dall’altro, per non rischiare di guastare rapporti economici destinati a durare nel tempo, nell’ottica della giustizia coesistenziale, naturalmente volta ad evitare brusche rotture o insanabili fratture tra le parti in lite<sup>29</sup>.

Con riferimento all’altro fattore di stabilità delle decisioni giurisdizionali – l’autorevolezza tecnica del decisore – si può dire che l’importante non è, qui, la cosa giudicata formale, ma che la decisione, perché tecnicamente coerente, presa in tempi rapidi, in linea con il ritmo veloce dei mercati, sia percepita come stabile dagli agenti economici. Sembra trattarsi, dunque, nella specie, di una “certezza-affidamento”, di tipo sociale- sostanziale, e non di una “certezza-stabilità”, di carattere

---

all’art. 3, comma 6, del regolamento, che introduce una modalità decisoria semplificata, applicabile qualora “la problematica oggetto del reclamo risulti di evidente soluzione” ovvero sia risolvibile “sulla base di precedenti affini o di orientamenti consolidati dell’Autorità”. In tali casi, l’Autorità può proporre alle parti un’ipotesi di risoluzione della controversia; se esse decidono di aderire, il reclamo verrà archiviato; in caso contrario, il procedimento è destinato a concludersi con la decisione del Regolatore dell’energia. Tale disposizione, al fine di non gravare l’Autorità con procedimenti seriali dall’esito scontato, consente, dunque, una possibile “via d’uscita negoziale”, mediante un accordo parti/AEEGSI, realizzabile anche per *facta concludentia*, ossia con lo spontaneo adeguamento alla proposta formulata dall’Autorità. In generale, meritevoli d’interesse appaiono le riflessioni svolte dal Presidente AGCOM, A.M. CARDANI, nella sopracitata *Presentazione alla Relazione annuale 2013*, laddove si afferma che “il dato ragguardevole non è il numero di decisioni di definizione delle controversie, ma quante volte questi contenziosi si sono conclusi mediante conciliazione tra le parti: circa il 60%. Un arbitro imparziale, competente, tempestivo e credibile riesce ad accompagnare i contendenti ad un accordo che accelera molto, nell’interesse di tutti, i tempi del contenzioso” (p.17).

<sup>25</sup>Volgendo lo sguardo oltre i confini nazionali, si può osservare come modalità dialogiche e negoziali caratterizzino, sempre più spesso, l’azione dei regolatori; in tal senso, può leggersi l’*Alberta Energy and Utilities Board Act* del 1995, che attribuisce all’autorità di regolazione energetica il ruolo di “facilitatore” di accordi e soluzioni negoziate (cfr.S.LITTLECHILD, *Regulation, over-regulation and some alternative approaches*, in *European Review of Energy Markets*, 2009, p. 159).

<sup>29</sup>Sulla giustizia coesistenziale, come giustizia che rammenda e ricuce i rapporti, cfr.M.CAPPELLETTI, *Appunti su conciliazione e conciliatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 56; ID., *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 707-709. A livello empirico, una conferma della bontà dell’approccio coesistenziale, specie con riferimento alle controversie insorte sui mercati regolati, si può ricavare dal documento del *Dispute Resolution Service* della *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), *ADR News – 10th Anniversary Edition 2010*, in [www.ferc.gov](http://www.ferc.gov), che sottolinea l’elevato successo dei metodi alternativi nella risoluzione delle controversie energetiche insorte tra imprese e tra imprese ed utenti, dovuto, tra l’altro, proprio alla capacità di preservare relazioni durevoli (“*preserving relationships*”).

giuridico- formale<sup>30</sup>. Una certezza che, quindi, affonda la sua ragion d'essere nella logica delle cose, in cui la superiorità di contenuto prevale, per la sua intrinseca ragionevolezza (tecnica), sul valore formale attribuito all'atto-contenitore<sup>31</sup>. In questo senso, l'abbandono delle certezze assolute<sup>32</sup>, sembra aprire la strada ad una concezione più pragmatica della certezza, legata alla percezione ed ai bisogni dei singoli (agenti economici), quasi che, come rilevato a livello filosofico, "ci si accontent[a]i di gradi di certezza sufficientemente buoni per gli scopi che ci si propone" di perseguire nell'attività d'impresa<sup>33</sup>.

Ebbene, il mercato e i suoi attori hanno, anzitutto, bisogno di soluzioni (anche solo tendenzialmente) stabili, ma rapide e tecnicamente adeguate, che consentano di chiudere col passato e guardare con fiducia al futuro, a prescindere dalle forme giuridiche adoperate<sup>34</sup>.

Tanto più che la certezza frutto delle decisioni giustiziali adottate dai Regolatori produce effetti, non soltanto a livello intersoggettivo, ma anche sistemico. Tali decisioni, a differenza della sentenza i cui effetti non si estendono al di là delle parti in lite e oltre l'oggetto del giudizio<sup>35</sup>, vengono infatti percepite nei mercati come qualcosa di più e di diverso rispetto alla mera risoluzione di una disputa intersoggettiva; come autorevole interpretazione della normativa rilevante, valida anche al di fuori della singola controversia, nelle future interazioni tra i regolati<sup>36</sup>.

<sup>30</sup>Cfr. A.ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in F.FRACCHIA - M.OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006, p. 29 ss.

<sup>31</sup>La razionalità sostanziale del diritto giurisprudenziale, quale fattore di effettività dello stesso, è evidenziata, in particolare, da L.LOMBARDI VALLAURI, *Op.ult.cit.*, p.459 s.

<sup>32</sup>Già a suo tempo lumeggiato da M.S.GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc.dir.*,vol IV, Milano, 1960, p.770.

<sup>33</sup>Cfr. E.AGAZZI, *Verità e conoscenza scientifica*, in M.C.AMORETTI - M.MARSONET (a cura di), *Conoscenza e verità*, Milano, 2007, p.104; ed invero, la certezza appare ormai come "determinazione soggettiva", "stato del pensare", percezione di singoli individui/operatori economici (E.SEVERINO, *Istituzioni di filosofia*, Brescia, 2010, p.9).

<sup>34</sup>In tale prospettiva lodo, contratto o decisione amministrativa sono idonei a produrre effetti vincolanti equivalenti alla sentenza, in termini di giudicato sostanziale (cfr., in proposito, F.P.LUISSO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, in *Riv.arb.*, 2010, p.240 ss.; ID., *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p.227; ID., *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p.325 ss.).Differenti sono, tuttavia, le modalità di produzione della certezza, a seconda dello strumento alternativo prescelto. Nei metodi c.d. autonomi sono le parti stesse ad individuare la soluzione attraverso un atto negoziale: pertanto, la stabilità dell'accertamento è *in re ipsa*, nel contratto (*ad finiendas lites*) che pone fine alla controversia; nei metodi c.d. eteronomi, in cui la soluzione del conflitto è affidata ad un terzo (arbitro o pubblica amministrazione), la stabilità del *decisum* può, invece, dipendere, come si è detto, da ragioni di carattere giuridico-formale (ad es. impugnazione per motivi limitati dei lodi arbitrali *ex art.829 c.p.c.*) o, piuttosto, sostanziali, come nel caso, appunto, delle decisioni giustiziali di AEEGSI e AGCOM.

<sup>35</sup>Al riguardo, vedasi, in termini generali, S.MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p.9 ss..

<sup>36</sup>Simili effetti di regolazione interpretativa caratterizzano anche i pareri precontenziosi dell'Autonità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr., in proposito, M.A.SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, in

## 2.1. Il problema dell'autotutela.

La certezza che deriva dalle decisioni giustiziali delle Autorità, sia per i singoli litiganti che per i mercati di riferimento, potrebbe, però, venire meno se alle autorità fosse consentito di intervenire in autotutela nei confronti dei provvedimenti di natura contenziosa adottati, ri-decidendo quindi la controversia alla luce di sopravvenienze in fatto o in diritto. Per evitare questi inconvenienti, in dottrina si è allora ipotizzato di escludere, o comunque, limitare, l'autotutela nei confronti dei provvedimenti di natura contenziosa adottati dalle autorità indipendenti<sup>37</sup>, ammettendosi tutt'al più la revocazione per i motivi di cui all'art. 395 c.p.c.<sup>38</sup>. A tali conclusioni si è giunti sull'assunto per cui il potere di autotutela presuppone sempre una valutazione discrezionale che, invece, sarebbe assente nell'attività giustiziale, finalizzata alla risoluzione di controversie intersoggettive.

Considerato l'evidenziato intreccio tra tutela e regolazione che caratterizza la giustizia dei Regulatori è evidente che si viene qui a toccare un punto particolarmente problematico.

Comunque, anche a voler ritenere assolutamente prevalente la finalità di tutela dei diritti, alla risoluzione amministrativa delle controversie non pare potersi applicare *tout court* il principio, proprio del processo giurisdizionale, dell'intangibilità del giudicato da parte dello *ius superveniens*<sup>39</sup>. Ed invero, non sono automaticamente trasferibili nel procedimento amministrativo, quand'anche diretto alla risoluzione di controversie, i principi propri del processo giurisdizionale, come ha esattamente rilevato l'Autorità per l'energia, sulla base dell'assunto per cui le proprie decisioni, "pur definendo controversie", "non assumono natura giurisdizionale, ma piuttosto giustiziale: sicché esse costituiscono provvedimenti amministrativi a tutti gli effetti, non definitivi, come tali sottoponibili per il riesame, ai fini dell'annullamento e/o della riforma, alla medesima autorità amministrativa che tali provvedimenti ha adottato"<sup>40</sup>.

*www.federalismi.it*, n.13/2013, p.6 ss.), nonché quelli resi dall'Arbitro Bancario Finanziario istituito presso la Banca d'Italia (cfr. C. CONSOLO - M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflativo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr.giur.*, 2011, p.1653 ss.).

<sup>37</sup> Cfr. C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p.48 s.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p.171, nonché, da ultimo, F.P. LUISSO, *Op.ult.cit.*, p.227, secondo cui un'autorità indipendente "non può revocare o modificare il provvedimento, non può ridecidere ciò che ha già deciso e, se il processo prosegue dinanzi a lei, rimane vincolata al suo precedente provvedimento".

<sup>38</sup>In tal senso, si vedano C. MALINCONICO, *Op.loc.ult.cit.* e, soprattutto, F.P. LUISSO, *Op.ult.cit.*, p.228, secondo cui le decisioni giustiziali delle autorità indipendenti sarebbero suscettibili di revocazione straordinaria per i motivi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art.395 c.p.c., in analogia con quanto dispone l'art.15 d.p.r. 24 novembre 1971, n.1199 in materia di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

<sup>39</sup>In argomento, si veda l'ampio studio di R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, p.219. ss.

<sup>40</sup>Cfr. la delibera 565/2013/E/eel.

D'altro canto, non può neppure essere presa in considerazione l'idea di ritenere *potiore* la finalità di regolazione – l'interesse pubblicistico al corretto funzionamento del mercato –, che porterebbe ad affermare la modificabilità delle decisioni sulla base di ogni sopravvenuta esigenza regolatoria. Una possibile via d'uscita pare, dunque, rinvenibile nel principio dell'affidamento<sup>41</sup>, in base al quale il Regolatore può servirsi dell'attività giustiziale per chiarire o specificare regole generali da esso poste, ma non può prendere spunto dalla disciplina sopravvenuta, o da nuove situazioni di fatto, per modificare una decisione giustiziale presa facendo coerente applicazione delle regole previgenti. Nell'ipotesi in cui ciò accadesse, si porrebbe, infatti, in essere un atto illegittimo, in quanto lesivo dell'affidamento<sup>42</sup>, nonché della certezza del diritto, subiettivamente intesa, quale effettiva sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive dei privati<sup>43</sup>.

### 3. Eccessi del *regolare giudicando*: le minacce alla certezza.

La risoluzione di controversie da parte delle Autorità di regolazione può anche costituire una minaccia per la certezza del diritto e l'affidamento dei privati. Minacce, queste, che derivano, essenzialmente, dalla veduta commistione tra giustizia e regolazione che si manifesta nelle forme, cangianti e molteplici, del *regolare giudicando*. Se, infatti, il Regolatore si limita a chiarire, interpretare, specificare regole generali da esso stesso create, l'affidamento non è in discussione; anzi, una disciplina chiara e precisa garantisce sicurezza e stabilità ai rapporti economici<sup>44</sup>. Se, invece, il regolatore trae spunto dalla risoluzione di controversie intersoggettive per introdurre nuove regole, allora l'affidamento è a rischio. In quest'ottica, ha probabilmente ragionato il Consiglio di Stato che, con riferimento all'AGCOM, ha evidenziato come il "ruolo principale" dell'Autorità sia "di intervenire in via regolatoria *ex ante* in modo da dare certezza sulle regole a tutti gli operatori", e non "*ex post*", nell'esercizio della funzione contenziosa, di cui dunque non si

<sup>41</sup>In merito, si vedano i fondamentali studi di F.MERUSI, *L'affidamento del cittadino*. Milano, 1970, p.48 ss.; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p.257 ss.

<sup>42</sup>Sui limiti dell'autotutela, alla luce dei principi di buona fede e affidamento, cfr. le riflessioni svolte da F.MERUSI, *Op.ult.cit.*, p.142 ss.

<sup>43</sup>L'aspetto soggettivo della certezza del diritto è stato suggestivamente colto anche da S.SATTA, *L'apporto di Ascarelli alla scienza del processo*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p.498, secondo cui la certezza del diritto "è quella sola che è compatibile con l'umanità del diritto stesso, frutto storico che storicamente si svolge *dagli uomini e per gli uomini*" (corsivo aggiunto).

<sup>44</sup>Cfr., in tal senso, le delibere 26/11/CIR e 17/11/CIR, nelle quali l'AGCOM, al fine di non generare equivoci o affidamenti, ha opportunamente precisato che "la valutazione svolta è strettamente attinente al caso di specie e non generalizzabile".

deve abusare al punto da dare vita ad una sorta di regolazione a formazione progressiva (*ex ante/ex post*) foriera di incertezza<sup>45</sup>.

Incertezza peraltro inevitabile nel caso in cui la regolazione scaturisca direttamente, ed *ex abrupto*, dalla soluzione di dispute intersoggettive, senza, dunque, una previa ampia consultazione dei soggetti interessati (*notice and comment*)<sup>46</sup>, bensì all'esito di un contraddittorio ristretto (triadico: le parti e l'Autorità-risolutrice dei conflitti)<sup>47</sup>, qual è quello tipico delle procedure giustiziali. Ditalchè le imprese regolate si troverebbero a non poter disporre, di fatto, del tempo necessario per programmare la propria attività, adeguandosi alle nuove regole, il che potrebbe, altresì, portarle a desistere da iniziative intraprese ovvero a rimodulare i propri investimenti, quale effetto della violazione dell'affidamento da esse riposto nella prevedibilità e nella coerenza della regolazione<sup>48</sup>.

Un argine a simili eccessi del *regolare giudicando*, ossia al prevalere delle logiche sistemiche ed oggettive della regolazione rispetto alle esigenze individuali di tutela e di certezza, pare poter essere rinvenuto nel principio della domanda – essenziale sia nel processo giurisdizionale che nel sistema dei ricorsi amministrativi<sup>49</sup> –, che consente di mettere al centro i bisogni di tutela dei privati. In questo senso, può leggersi una recente pronuncia del Tar del Lazio secondo cui

<sup>45</sup>Cfr. Cons. Stato, Sez.VI, 21 settembre 2007, n. 4888, che stigmatizza gli “inconvenienti” derivanti dal “prolungarsi di una fase di incertezza su regole e condizioni applicabili”, dovuta al fatto che l'AGCOM avrebbe scorrettamente esercitato “la propria funzione regolatoria (*ex ante*), impropriamente rinviata alla successiva fase di definizione del contenzioso” dinanzi all'Autorità stessa.

<sup>46</sup>Sulla consultazione avente ad oggetto gli atti generali di regolazione, possono leggersi E.CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2004, p. 694 ss.; M.RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E.BRUTI LIBERATI - F.DONATI (a cura di), *Op.uli.cit.*, p.195 ss.

<sup>47</sup>Sulle varie tipologie di contraddittorio procedimentale, si veda l'ampia analisi di M.CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.

<sup>48</sup>Cfr., al riguardo, Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenze 17 luglio 2008, C-374/06 e 10 settembre 2009, C- 201/08, dove si evidenzia l'esigenza di prevedibilità delle regole succedentesi nel tempo, in funzione di certezza del diritto, al fine di garantire un armonioso sviluppo economico.

<sup>49</sup>Cfr., rispettivamente, A.PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allonio, I, 2, Torino, 1973, p.1046 ss.; A.TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Dig.Disc.pubbl.*, Torino, vol.XIII, 1997, p.386. Con riferimento alla risoluzione in via amministrativa di controversie intersoggettive, si veda A.SCOGNAMIGLIO, voce *Istanze alla pubblica amministrazione*, in S.CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol.IV, p.3286: “Il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato vige, probabilmente negli stessi termini in cui vige nel processo, quando la domanda del privato è rivolta ad ottenere dall'amministrazione una decisione di tipo giustiziale”; invero, l'Aurice si riferisce, in particolare, alle “procedure di conciliazione e di arbitrato dinanzi alle amministrazioni indipendenti per la risoluzione di controversie tra utenti e soggetti esercenti un servizio pubblico o tra soggetti esercenti il servizio, secondo quanto previsto dagli art.2, co.24, l.14 novembre 1995, n.481 e 3,co. 11, l.31 luglio 1997, n.249”. Al riguardo, pare opportuno precisare che, mentre non sussistono dubbi sull'applicazione del principio della domanda agli arbitrati amministrati dai Regolatori (cfr., ad esempio, l'arbitrato amministrato dall'Autorità per l'energia *ex delibera n.42/05*), nelle procedure amministrative contenziose la corrispondenza tra chiesto e pronunciato sembra, invece, assumere configurazioni più elastiche rispetto al processo; pertanto, il contenuto della decisione, determinato all'esito di più o meno ampie valutazioni discrezionali, pare poter essere variamente modulato dalle autorità di regolazione.

l'AGCOM, nel dirimere una lite tra operatori di comunicazioni, ha correttamente “preso in considerazione i prezzi del servizio di terminazione vigenti al momento della controversia”, cristallizzati, quindi, nella domanda di parte, e non quelli “vigenti in futuro”, definiti in successivi atti di regolazione generale<sup>50</sup>.

L'applicazione del principio dispositivo, peraltro, diversamente da un ipotetico autovincolo alla funzione giustiziale<sup>51</sup>, non implica assenza di creatività, bensì attenzione ai casi e alle pretese concrete e, quindi, in ultimo, anche soluzioni tendenzialmente più stabili, giacché decisioni soddisfattive delle pretese individuali hanno, di fatto, minori possibilità di essere impugnate dai loro destinatari.

#### 4. Conclusioni.

L'analisi che precede, incentrata sul *regolare giudicando* di AEEGSI e AGCOM, ha consentito di gettare nuova luce sul tema classico del nesso tra giustizia (alternativa) e certezza<sup>52</sup>. La “sintesi di tali due opposti” si è tradizionalmente<sup>53</sup> inverata nell'*auctoritas iudicati*<sup>54</sup>. E, tuttavia, rispetto alla complessità e al ritmo veloce dei mercati, la giurisdizione – strumento giuridico di tutela dei diritti per eccellenza – appare spesso inadeguata, perché essenzialmente statica: un “giudice-

<sup>50</sup>Cfr. Tar Lazio, sez.I, 21 giugno 2013, n.6259, il quale ha altresì affermato che “la soluzione di una controversia non può che avere effetti limitati alle parti e con riguardo alle specifiche circostanze del caso concreto e non nei confronti della pluralità degli operatori”.

<sup>51</sup>Nella logica dell'autovincolo, le autorità, nel risolvere controversie, dovrebbero rimanere aderenti alle regole da esse stesse create dalle autorità nell'esercizio del potere normativo. Nondimeno, un simile vincolo rischia di svuotare la funzione dell'attività giustiziale, esautorandone la capacità di chiarire e specificare le regole, nonché di eliminare lacune e incertezze della regolazione.

<sup>52</sup>“il profilo della giustizia non si disegna nettamente se non sullo sfondo della certezza”, osserva F.CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, p.177 s.

<sup>53</sup>Ossia prima della avvenuta rottura del monopolio giurisdizionale statale (sui cui si veda G.VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv.dir.proc.* 2003, p.371 ss.), che segna la comparsa di un più articolato e flessibile sistema di rimedi che consente a cittadini ed imprese di scegliere il meccanismo migliore per ottenere una tutela effettiva, nell'ottica del principio di sussidiarietà delle tutele, per cui, ferma restando la garanzia costituzionale del diritto alla tutela giurisdizionale (art.24 Cost.), la giurisdizione sembra divenire una sorta di *extrema ratio* cui si ricorre soltanto quando i metodi stragiudiziali – fondati su opzioni volontarie e libere – hanno fallito (in questi termini, cfr. F.P.LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2004, p.1205; in generale, sul ruolo della giustizia alternativa nel nuovo quadro costituzionale ispirato al principio di sussidiarietà, si vedano, invece, T.E.FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *Anal.giur.econ.*, 2011, p.47 ss.;

L.R.PERFETTI, *Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici*, in *Riv.arb.*, 2009, p.604).

<sup>54</sup>Lo ricorda lo stesso F.CARNELUTTI, *Op.loc.cit.*, mettendo però a nudo tutta la problematicità di tale “compromesso”, per cui “se ... al rischio in linea di certezza non corrisponde una garanzia di giustizia o al rischio in linea di giustizia una garanzia di certezza, allora si esce dalla fisiologia per entrare nella patologia del diritto. Allora è crisi”.

sfinge”, alieno dai concreti rapporti di vita economica<sup>55</sup>, e, quindi, difficilmente in grado di ricomporre relazioni incrinata<sup>56</sup>, e una sentenza che, per quanto irrettrabile, rischia però di essere avulsa dalla incessante mutevolezza dei mercati<sup>57</sup>.

Mentre il processo cristallizza il “dramma”<sup>55</sup> della frattura, le decisioni giustiziali dei Regolatori possono, invece, nell’ottica della giustizia coesistenziale, ricomporre la continuità di relazioni economiche durevoli che si ha interesse a proseguire in futuro. La risoluzione dell’incertezza non deriva qui dalla fissità della *res iudicata*, bensì, come visto, dal carattere (anche solo parzialmente) consensuale del *decisum* e dall’autorevolezza tecnica del decisore, in grado di produrre effetti di stabilizzazione analoghi a quelli della cosa giudicata sostanziale.

Nella segnata sovrapposizione tra tutela e regolazione si annida, però, come si è visto, il rischio che le logiche oggettive della regolazione settoriale prevalgano sui bisogni individuali di tutela. Invero, il punto di equilibrio fra tutela delle situazioni soggettive dei privati, attuazione della regolazione nel caso concreto e certezza/affidamento non è facile da rinvenire; ad un dipresso, esso sembra, comunque, poter essere individuato nella capacità rimediale degli strumenti di giustizia alternativa offerti dalle Autorità: decisioni soddisfattive delle pretese fatte valere dalle parti, aderenti alle loro aspettative di tutela, in quanto rispettose, almeno tendenzialmente, del principio della domanda, da un lato, sembrano infatti idonee a garantire una tutela effettiva; dall’altro,

<sup>55</sup>Si riprende qui la suggestiva immagine di E.ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Jus*, 1950, p. 49 s.

<sup>56</sup>Il Regolatore, quando è chiamato a risolvere controversie, a differenza del giudice, sta non soltanto *sopra* i contendenti ma anche *con* loro (simile raffigurazione è utilizzata da N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma - Bari, 2011, p.65): sopra di loro, perché, comunque, anch’egli ha l’autorità di decidere o suggerire alle parti una via d’uscita conveniente; con loro, perché il problema delle parti si fa problema del Regolatore nella misura in cui tocca gli equilibri di mercato.

<sup>57</sup>Il problema non è soltanto quello dell’eccessiva durata del processo (su cui cfr., *ex plurimis*, M. BOVE, *Evitare il processo?*, in *Il giust.proc.civ.*, 2008, p.61), ma riguarda anche la sfasatura tra tempo del processo e tempo dell’economia. Ed invero, la proposizione della domanda giurisdizionale può provocare una sorta di cristallizzazione della fattispecie dedotta in giudizio, una sospensione della “vita intorno” che rende il processo impermeabile al fluire delle circostanze concrete. Paradigmatica, in tal senso, appare la decisione del Consiglio di Stato (sez.VI, 22 maggio 2006, n. 2972, in *Giust.civ.*, 2007, p.1735) che ha riportato in vita la delibera 20/04 con cui l’Autorità per l’energia aveva modificato il prezzo all’ingrosso dell’energia elettrica destinata al mercato c.d. vincolato, ossia non ancora liberalizzato. Tale pronuncia è intervenuta in un mercato “vivo”, che ha continuato a funzionare durante i due gradi di giudizio. Pertanto, l’effetto ripristinatorio della sentenza non ha potuto, in concreto, realizzarsi, poiché era ormai impossibile “ricostruire a tavolino” le transazioni nel frattempo avvenute ed eliminare, quindi, il pregiudizio economico subito dagli utenti. La sentenza resa dal Consiglio di Stato risulta, dunque, quanto al passato, del tutto priva di effettività, inidonea ad operare mutamenti della realtà materiale corrispondenti al *dictum*. Casi come questo dimostrano che i rapporti economici si sviluppano in un tempo “alieno” rispetto a quello del processo, sorretti da una intrinseca razionalità economica, indifferente al lento fluire del processo e insensibile alla forza coercitiva del *dictum* giurisdizionale.

<sup>58</sup>Cfr. F.CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p.401: “Quando ha scorticato fino all’osso la fattispecie, quando ha ricostruito il fatto fino a vederlo vivo, il giudice o, in genere, il valutatore si trova davanti non alla soluzione del *dramma*, ma alla sua stretta” (corsivo aggiunto).



risultano anche più stabili e, quindi, in grado di assicurare certezza degli assetti di mercato. In quest'ottica, si può quindi giungere ad affermare che l'applicazione del principio della domanda alla risoluzione in via amministrativa delle controversie, ad opera di AEEGSI ed AGCOM, si traduce anche in una forma di tutela dell'affidamento dei privati che, a sua volta, costituisce presupposto essenziale per il buon funzionamento dei mercati.

Nel prisma dei principi dell'effettività e dell'affidamento, il doppio volto – arbitrale e regolatorio<sup>59</sup> – della funzione giustiziale sembra, dunque, poter acquistare una propria armonia.

---

<sup>59</sup>Cfr. M.DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Un'analisi comparatistica*, trad.it. di A.Giussani e F.Rota, Bologna, 1991, p.161, che descrive la giustizia, in generale, come una sorta di "Giano bifronte", da un lato "risoluzione dei conflitti", dall'altro "attuazione delle scelte politiche dello Stato". Si vedano, inoltre, M.DAN-COHEN, *Bureaucratic Organisations and the Theory of Adjudication*, in *Columbia Law Review*, 1985, p.1; K.E.SCOTT, *Two Models of the Civil Process*, in *Stanford Law Review*, 1975, p.938, i quali parlano, con riferimento ai diversi modelli di processo civile, di *arbitration* e *regulation model* oppure di *conflict resolution* e *behavior modification model* (in Italia, tale distinzione è stata ripresa e utilizzata da S.CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 270).