



# SAGGI

## Tutele differenziate nei settori regolati

di *Margherita Ramajoli*

### ABSTRACT

*In regulated sectors alternative dispute resolution is entrusted to a number of disparate tools: the remedies introduced in the regulated sectors are many and very different from each other, in terms of structure, form, purpose and degree of effectiveness. ADRs meet instance of differentiation, where the alternative nature is understood as proper for the offered protection. The logic of the ADR well harmonizes with the logic of regulation, contributing both to design a new type of law marked by flexibility and consensual intent, useful to regulate long-term relations. In the case of alternative remedies in the regulated sectors prevails a kind of dialectic facilitative, in analyzing the reasons of the conflict and the results aimed by the parties, in order to find an innovative solution, suitable to meet parties issues in a long-term perspective. In this way the alternative remedies perform such a function which is not fully coincident with that of judicial remedies, since it transcends the individual case. However there is a high risk of losing the advantages inherent in the variety of mechanisms of alternative dispute resolution, if the different forms of protection are not organized in an harmonic system. Both disputes – involving economic operators or between companies and consumers – should be conceived in a real alternative and integrated system of protection, valid for each regulated sector. Fundamentals issues in the discipline of alternative remedies claim uniform solutions, as for the degree of stability of the decision and for the instruments to ensure compliance, or even in point of information of the various remedies available, or for the mechanisms coordinating various forms of protection and the relationship between alternative remedy and traditional judicial remedy.*

**SOMMARIO:** 1. La tutela giurisdizionale come *extrema ratio*. – 2. Logica regolatoria e logica mediatrice. – 3. La concentrazione tra regolazione ed *enforcement*. – 4. Mancata investitura di entrambe le parti in conflitto e soluzione consensuale della controversia. – 5. Rapporti tra tutele alternative e tutela giurisdizionale: a) nel settore delle comunicazioni elettroniche; b) nel settore energetico. – 6. La dialettica tra istanze di differenziazione ed esigenze di uniformità e la dialettica tra ruolo della regolazione e ruolo della legge.

### 1. La tutela giurisdizionale come *extrema ratio*

Tradizionalmente la giustizia amministrativa vede contrapposte una parte privata ricorrente e una parte pubblica resistente nell'ambito di controversie in cui si fronteggiano poteri amministrativi e interessi legittimi in conseguenza dell'emanazione, in sede amministrativa, di un atto autoritativo. Ogni singolo tassello di questa ricostruzione classica entra in crisi nel momento in cui le controversie insorgono nei settori regolati.

Sia le controversie che intercorrono tra soggetti regolati e Autorità di regolazione sia le controversie che coinvolgono unicamente soggetti regolati por-

tano a un'alterazione dei tratti tipici della giustizia amministrativa, ma questo mutamento si produce in maniera differente.

Le controversie che vedono come parte processuale l'Autorità di regolazione saranno oggetto di un successivo studio, stante le loro peculiarità, specie nell'ipotesi in cui sussiste una legittimazione processuale speciale a favore della stessa Autorità di regolazione (art. 36, comma 2, lett. n), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27, con riferimento all'Autorità di regolazione dei trasporti). In queste specifiche controversie cambia la geografia classica del diritto processuale amministrativo, con un giudice amministrativo chiamato a decidere su conflitti non più tra una parte privata ricorrente e una parte pubblica resistente, bensì tra parti processuali esclusivamente pubbliche, con scenari inediti quanto a interessi da proteggere e a letture di tipo oggettivistico della tutela giurisdizionale.

Nelle pagine seguenti invece l'attenzione sarà focalizzata sulle sole controversie tra soggetti regolati. Con riferimento a queste ultime l'impostazione fatta propria dal legislatore concepisce la tutela giurisdizionale come rimedio estremo, attivabile solo una volta che siano stati esperiti tutti i rimedi giudiziali e stragiudiziali di risoluzione della controversia. Ritenere l'investitura del giudice come *extrema ratio* di tutela vale già a differenziare profondamente i settori regolati rispetto a ogni altro campo d'intervento dell'azione amministrativa e, conseguentemente, a connotare la giustizia in tale ambito di caratteri propri.

Infatti in via generale nel diritto pubblico è la stessa ammissibilità di rimedi alternativi di risoluzione delle controversie a essere messa in forte dubbio. La negazione dell'ammissibilità dei rimedi alternativi di risoluzione dei conflitti nel caso di rapporti pubblicistici è classicamente fondata sull'inammissibilità di tali rimedi nel caso di controversie relative a diritti indisponibili, prendendo le mosse dall'art. 1966, comma 2, c.c., ai sensi del quale la transazione è possibile solo in relazione ai diritti indisponibili, mentre è nulla nel caso di diritti indisponibili per loro natura o per espressa disposizione di legge. In realtà le varie leggi emanate nel corso del tempo inducono a non attribuire un peso eccessivo al carattere disponibile del diritto quale condizione indispensabile per accedere ai rimedi alternativi; si pensi, ad esempio, alla materia tributaria che da tempo conosce l'utilizzo di strumenti di risoluzione delle controversie in via alternativa. Ma soprattutto il dogma dell'indisponibilità del potere amministrativo è legato a un'idea astratta di interesse pubblico, che porta con sé la convinzione che vi sia una sorta d'assolutezza nell'agire amministrativo, quando invece la cura dell'interesse pubblico non può essere rigidamente predeterminata, perché deve sempre adattarsi al concreto<sup>1</sup>.

Ma al di là di questi rilievi critici nei riguardi della chiusura verso i rimedi alternativi nel caso di controversie pubblicistiche, sta di fatto che fin da subito nei settori regolati diversi strumenti compresi all'interno della grande famiglia delle ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) sono stati ritenuti dal legislatore applicabili per risolvere in via alternativa le controversie ivi sorte.

Da tempo le numerose direttive europee di disciplina dei settori soggetti a regolazione tendono ad affidare la soluzione delle controversie alle Autorità

---

<sup>1</sup> Per una critica all'impostazione tradizionale e per una diversa concezione dei rimedi alternativi come possibili modalità di applicare diversamente le norme rispetto a quanto ritenuto in prima battuta dalla pubblica amministrazione in occasione dell'esercizio del potere e quindi come una *altra* possibile modalità di perseguimento dell'interesse pubblico sia consentito rinviare a M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 1 ss.

nazionali di regolamentazione<sup>2</sup>, il legislatore nazionale, nel dettare i criteri direttivi per l'istituzione delle Autorità di regolazione, ha stabilito che a tali organismi debbano essere attribuite *“funzioni di regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico ... nonché di risoluzione dei conflitti tra soggetto erogatore del servizio e utente, fatto salvo il ricorso all'autorità giudiziaria”* (art. 1, comma 2, lett. m), legge 24 dicembre 1993, n. 537), la legge istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità ha previsto l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio *“presso le Autorità”* nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio (art. 2, comma 24, lett. b), legge 14 novembre 1995, n. 481) e il Consiglio di Stato<sup>3</sup> ha escluso che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico possa spogliarsi, anche solo in prima istanza, di un potere di definizione di procedure contenziose espressamente attribuite dal legislatore<sup>4</sup>, investendo di siffatta competenza altri soggetti.

A testimonianza della ritenuta connaturalità delle ADR alle Autorità di regolazione, quasi che si tratti di un loro dominio, è interessante notare che il legislatore, se originariamente aveva introdotto una riserva di regolamento governativo al fine di stabilire criteri, condizioni, termini e modalità per l'esperimento delle procedure di conciliazione o arbitrato presso le Autorità nei casi di controversie tra utenti ed esercenti il servizio<sup>5</sup>, successivamente, probabilmente anche in ragione della perdurante inerzia del Governo, che mai ha provveduto a emanare il relativo D.P.R.<sup>6</sup>, ha attribuito direttamente alle Autorità il potere di emanare anche la relativa normativa d'attuazione con riferimento a talune tipologie di controversie, ampliando ulteriormente i già tanti poteri a disposizione delle medesime Autorità<sup>7</sup>.

---

2 Cfr., nel settore energetico, da ultimo gli artt. 3 e 37 della direttiva 2009/72/CE e gli artt. 3 e 41 della direttiva 2009/73/CE; nel settore delle comunicazioni elettroniche, gli artt. 9, comma 5, 11, 17 della direttiva 97/33/CE; artt. 10 e 26 della direttiva 98/10/CE; art. 20 della direttiva n. 2002/21/CE, come sostituito dall'art. 1 della direttiva 2009/140/CE. Ma è interessante notare che non sempre il legislatore europeo opta per questa impostazione, come avviene, ad esempio, con la direttiva 2000/31/CE, sul commercio elettronico, che demanda agli Stati membri la scelta sul tipo di *enforcement* da utilizzare in relazione alla tutela del diritto d'autore e a tutte le informazioni illecite che possono circolare in rete. Essa stabilisce, agli artt. 12-14, che la disciplina introdotta dal legislatore europeo e in particolare le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi dal medesimo previste *“lascia(no) impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione”*.

3 Cons. Stato, atti norm., 3 agosto 2012, n. 3497.

4 In particolare, dall'art. 44, comma 1, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, di attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, ai sensi del quale *“l'Autorità per l'energia elettrica e il gas decide sui reclami presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale”*; su questa disposizione cfr. *infra*.

5 Così l'art. 2, comma 24, lett. b), legge n. 481/1995, il quale disponeva che suddetto regolamento governativo avrebbe dovuto prevedere, tra l'altro, i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato *“possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura”*.

6 Il che ha fatto dire alla giurisprudenza che *“nella situazione di mancata emanazione nella forma prevista della norma di attuazione”* le controversie fra l'utente e l'esercente il servizio non sono soggette alla condizione di procedibilità dell'esperimento di un tentativo di conciliazione obbligatorio avanti alle commissioni di conciliazione istituite presso le Camere di Commercio (Cass. civ., Sez. III, 17 maggio 2007, n. 11452).

7 In particolare, l'art. 1, comma 11, legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Agcom, ha

L'apertura legislativa nei riguardi dell'impiego di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nei settori di pubblica utilità è facilmente comprensibile, una volta distinti i conflitti tra Autorità e soggetti regolati dai conflitti tra i soli soggetti regolati. Infatti per le controversie tra soggetti terzi non hanno ragione d'essere le tradizionali perplessità che si nutrono nei riguardi dell'applicabilità dei rimedi alternativi nei confronti delle liti che vedono la presenza di un'Autorità pubblica. In tali controversie manca, per lo meno nella fase originaria del conflitto, una parte processuale pubblica, la quale è destinata ad emergere anche nel caso di conflitti originariamente tra terzi solo qualora una delle parti private intenda impugnare l'atto con cui l'Autorità di regolazione ha risolto in via amministrativa la controversia. Infatti l'impugnativa in questione, nonostante in dottrina esistano voci contrarie sul punto<sup>8</sup>, deve essere proposta al giudice amministrativo. Questo perché sino a che nel nostro ordinamento rimarrà vigente l'art. 133, lett. l), c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva di tale giudice le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalle Autorità di regolazione, non è possibile risolvere in maniera differente il problema della competenza giurisdizionale<sup>9</sup>.

Sta di fatto che nel loro stadio iniziale queste controversie si svolgono integralmente tra soggetti privati e vedono fronteggiarsi operatori economici e utenti oppure operatori economici tra loro, che sono tutti titolari di situazioni giuridiche soggettive connotate da disponibilità. Si rientra dunque in pieno e pacificamente nel paradigma classico dei rimedi alternativi, aventi ad oggetto diritti disponibili. Tant'è che nei settori regolati i rimedi in questione risultano alternativi alla tutela offerta non dal giudice amministrativo, bensì dal giudice ordinario.

Vi è però una peculiarità in materia, che, come si avrà modo di constatare, condiziona in varia maniera la tematica delle tutele differenziate nei settori regolati, e cioè l'esistenza di relazioni di tipo triangolare tra utenti, soggetti destinatari di licenze e regolatore, oppure tra produttore, gestore dell'infrastruttura e regolatore, che, a loro volta, poggiano su rapporti bilaterali tra regolatore e

---

stabilito che sia non il Governo, bensì la relativa Autorità a disciplinare con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze, oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro e analogamente ha disposto l'art. 44, comma 3, d.lgs. n. 93/2011, demandando all'Aeegsi la disciplina della procedura davanti alla medesima Autorità volta alla risoluzione dei conflitti contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione relativamente agli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale. Infatti il Consiglio di Stato ha affermato che *"la riserva regolamentare di cui all'art. 2, comma 24, lett. b, l. 14 novembre 1995, n. 481, va riferita esclusivamente alle suddette procedure conciliative ed arbitrali e non alle controversie oggetto delle direttive da adottarsi ai sensi dell'art. 44, comma 3, d.lg. 1 giugno 2011, n. 93, dovendosi ritenere che il potere di disciplinare queste ultime procedure sia riconosciuto all'Autorità indipendentemente dall'emanazione dei regolamenti governativi di cui all'art. 2, comma 24, lett. b"*.

<sup>8</sup> Ritiene che sussista in materia la giurisdizione del giudice ordinario, non potendo né il giudice amministrativo avere giurisdizione nelle controversie di diritto privato, né la scelta unilaterale di una delle parti sottrarre l'altra al suo giudice naturale precostituito per legge F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2013, VII ed., p. 239 ss.

<sup>9</sup> Si ricordi che la Corte costituzionale, con le sentenze 27 giugno 2012, n. 162 e 15 aprile 2014 n. 94, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 133 c.p.a. nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di sanzioni irrogate rispettivamente dalla Consob e dalla Banca d'Italia. Con riferimento specifico al settore delle comunicazioni elettroniche sono gli art. 1, comma 26, legge 31 luglio 1997, n. 249 e l'art. 9 del Cce a disporre che i provvedimenti adottati dall'Agcom, e quindi anche quelli di definizione delle controversie, siano impugnabili dinanzi al TAR del Lazio in sede di giurisdizione esclusiva.

regolato, destinatario della disciplina di settore dettata e applicata dall'Autorità indipendente<sup>10</sup>. In altri termini, se è vero che i rapporti tra soggetti terzi sono disciplinati da contratti di diritto privato, è altresì evidente che essi siano conformati da una fonte normativa eteronoma<sup>11</sup>.

Alla luce di queste ultime considerazioni emerge quanto la dinamica relazionale in questione riecheggi quella in passato individuata da Sandulli a proposito dei ricorsi amministrativi non impugnatori, strumenti di giustizia eccezionali e atipici, alternativi rispetto alla tutela elargita dal giudice ordinario. Secondo Sandulli i ricorsi amministrativi non impugnatori sarebbero chiamati a risolvere controversie del tutto particolari per quanto riguarda sia i soggetti coinvolti, sia il legame con i pubblici poteri, sia, infine, le misure di tutela. Si tratta di controversie relative essenzialmente a diritti soggettivi insorte tra due o più soggetti. Questi ultimi, che possono avere natura indifferentemente pubblica o privata, sono qualificati dall'operare "nell'ambito di un sistema settoriale" che "tocchi in qualche modo (in via diretta o anche soltanto indiretta) interessi della p.A." e i relativi ricorsi non consistono nell'impugnativa di un provvedimento amministrativo, ma sfociano, in caso di accoglimento, in una pronuncia dichiarativa da parte di un'autorità che si trova in posizione di terzietà<sup>12</sup>.

Anche i settori regolati sono tipici sistemi settoriali a contatto con interessi generali o (se si preferisce utilizzare la teorica originariamente elaborata da Giannini, criticata ma profondamente evocativa del fenomeno) sono ordinamenti sezionali<sup>13</sup>. Anche i soggetti regolati, che possono essere sicuramente privati oppure esserlo solo dal punto di vista formale e non sostanziale<sup>14</sup>, vantano gli uni nei confronti degli altri situazioni giuridiche di diritto soggettivo. Infine, anche l'Autorità di regolazione in sede di rimedio alternativo non è chiamata all'annullamento di un previo provvedimento amministrativo, bensì a una pronuncia tipicamente d'accertamento.

Nei settori di pubblica utilità le ragioni tradizionalmente adotte a favore

---

10 In tema, sia pure con qualche diversità d'accenti, cfr. M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 149 ss.; ID., *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, p. 18 ss., che parla, a proposito delle relazioni tra regolatore e regolati, come di un "gioco ripetuto".

11 Il punto sarà poi ripreso *infra*, par. 3.

12 A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Jovene, Napoli, 1984, vol. II, pp. 1150-51, che annovera, tra i ricorsi amministrativi non impugnatori, i ricorsi decisi dalle Commissioni di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica in ordine alle controversie insorte tra soci di cooperative edilizie, o tra soci e cooperative, riguardanti l'assegnazione di alloggi, nonché gli abusi e le irregolarità commessi nell'ambito della cooperativa in relazione a tali alloggi oppure i ricorsi sulle controversie riguardanti contestazioni di confini comunali risolte con un provvedimento della Regione. In tema cfr. altresì S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2013, nonché G. MORBIDELLI, *Sugli "strumenti di amministrazione giustiziale"*, in PRESIDENZA DEL CONSIGLIO, *La riforma della pubblica amministrazione*, vol. V, *La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994, p. 17 ss.

13 M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 105 ss., e, più di recente, sempre dello stesso AUTORE, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1991. Per una critica cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 49 ss.

14 Si pensi alle imprese ex monopoliste legali, spesso soggetti pubblici, se non dal punto di vista formale, almeno dal punto di vista sostanziale. Sulla necessità di distinguere una privatizzazione formale da una sostanziale cfr., per tutti, M. CLARICH-A. PISANESCHI, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Agg.*, vol. IV, Torino, 2000, p. 432 ss.

dell'impiego di strumenti di risoluzione dei conflitti in via alternativa assumono una particolare pregnanza. Dal momento che il contenzioso nei mercati regolati ha assunto dimensioni sempre più cospicue, sorge prepotente un'istanza di deflazione del contenzioso stesso. L'aumento delle controversie è dovuto a una pluralità di ragioni, tra le quali almeno due meritano di essere evidenziate. Se in passato i conflitti nelle relazioni tra operatori economici (generalmente monopolisti pubblici) e poteri pubblici erano risolti prevalentemente dal decisore politico, prima di tramutarsi in una lite davanti a un organo giurisdizionale, ora l'effettiva apertura dei mercati di pubblica utilità a una pluralità d'impresa ha creato nuove, articolate e complesse relazioni tra molteplici operatori economici e pubblici poteri, le quali sono fortemente giuridicizzate e, come tali, sempre più contestate; come è stato efficacemente detto, alla "giuridificazione" delle relazioni giuridiche ha fatto seguito inevitabilmente la giurisdizionalizzazione dei conflitti<sup>15</sup>.

In secondo luogo, la diffusione anche nel nostro ordinamento della cultura consumeristica ha portato un accrescimento in capo agli utenti della consapevolezza delle proprie pretese, che, se non soddisfatte in via primaria, lo possono divenire in via giustiziale<sup>16</sup>. La normativa europea più recente rilevante a tal riguardo è la direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, la quale, disciplinando trasversalmente tutti i settori di consumo, prevede che gli Stati membri debbano garantire ai consumatori procedure di ADR che assicurino la trattazione efficace, equa, indipendente e trasparente delle controversie per la fornitura di servizi e beni con il proprio venditore.

Il disallineamento tra tempo dell'economia e tempo della giustizia<sup>17</sup> non è generato dal processo amministrativo, perché, come è stato acutamente osservato, la ragione dell'elevata conflittualità è dovuta in via principale alla presenza di troppe norme, non sempre immediatamente comprensibili<sup>18</sup>. A questa crisi può porsi rimedio con diversi strumenti giuridici, fra i quali rientrano vuoi l'apposito rapido rito speciale davanti al giudice amministrativo disegnato dall'art. 119 c.p.a., vuoi proprio i rimedi alternativi, caratterizzati, oltre che da tecnicità, anche da brevità nella risposta di giustizia e da un tipo di tutela modulata sulle specificità delle situazioni giuridiche soggettive su cui intervenire.

Sia per le controversie tra operatori sia per le controversie tra operatori e utenti giocano a favore dell'impiego di ADR tempi più rapidi e costi più contenuti, che sono esigenze universali per il soggetto richiedente tutela. Se si considera poi che le controversie relative all'utenza sono per lo più bagatellari la funzione assolta dai rimedi alternativi è molto simile a quella propria delle azioni di classe, ossia far emergere un contenzioso latente, che altrimenti non avrebbe modo di manifestarsi a causa della sproporzione tra il modico valore della singola controversia e le spese per adire la tutela giurisdizionale, anche

---

15 M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm. Tar*, 2003, p. 3133 ss.; G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 677 ss.

16 G. NAPOLITANO, *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 7 ss.; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

17 Così si esprime S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia*, cit., p. 56.

18 L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 337 ss., 337-338.

se le azioni di classe presidiano interessi strettamente seriali<sup>19</sup>. Infine, un ruolo importante riveste anche l'esigenza di disporre di un quadro di disciplina certo e prevedibile, a tutela dell'affidamento dei soggetti regolati, e questo risultato è ottenibile, come si avrà modo di verificare ai paragrafi successivi, grazie al principio di concentrazione dell'attività di regolazione e dell'attività di risoluzione alternativa delle controversie in capo al medesimo soggetto.

In definitiva, i rimedi alternativi, da un lato, offrono una strada alla deflazione del contenzioso, consentendo di evitare gli alti costi, i ritardi e i formalismi processuali, dall'altra, consentono una differenziazione nella risposta di tutela, all'insegna della specificità, della proporzionalità e dell'appropriatezza. Non a caso l'acronimo ADR è stato letto, oltre che come *Alternative Dispute Resolution*<sup>20</sup>, anche come *Appropriate Dispute Resolution*<sup>21</sup>.

## 2. Logica regolatoria e logica mediatrice

In via generale la logica delle ADR ben si sposa con quella della regolazione, condividendone la filosofia di fondo. Si tratta di istituti che sono nati entrambi nei sistemi di *common law*, dei quali sposano i tratti tipici, e che sono giunti nel nostro ordinamento attraverso l'incidenza esercitata dal diritto dell'Unione europea<sup>21</sup>.

Per quanto riguarda la regolazione, essa è stata incisivamente descritta come *“una produzione normativa di carattere strategico, pragmatico e adattivo, orientata non a produrre coercitivamente certi risultati (ad esempio imporre determinati prezzi), ma a far sì che questi risultati si producano per via di modificazioni spontanee dei comportamenti dei soggetti interessati, che agiscono adattandosi alle nuove condizioni (gli incentivi) definite dalla regolazione”*<sup>22</sup>.

La regolazione è anzitutto una *“produzione normativa”* e nei settori sottopo-

---

19 In tema cfr. S. ISSACHAROFF, *Class action e autorità statale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1031 ss., spec. p. 1052 ss., che osserva comunque come negli Stati Uniti *“per i telefoni cellulari e per le carte di credito ... le condizioni generali di contratto ora proibiscono alla parte aderente di ricorrere alla class action quale mezzo di tutela giurisdizionale e impongono per qualsiasi lite l'arbitrato in forma individuale”*; sulla pluralità di funzioni assolve dall'azione di classe cfr. R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema “class action”*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

20 Ampia è la bibliografia in materia; cfr., almeno, P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna: dal locus standi alla justiciability*, Giappichelli, Torino, 1996; B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review of amministrative agencies*, Cedam, Padova, 2005; A. MASUCCI (a cura di), *Le tutele procedurali: profili di diritto comparato*, Jovene, Napoli, 2007; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, BUP, Bologna, 2007; G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremare*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 169 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2012.

21 Sulle scelte compiute dalle varie direttive comunitarie di affidare la soluzione delle controversie alle autorità nazionali di regolamentazione si veda F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 207 ss.; sull'origine e sullo sviluppo delle ADR negli ordinamenti di *common law* cfr., da ultimo, M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in corso di pubblicazione su *Dir. proc. amm.*

22 B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 313; in senso analogo, sempre dello stesso AUTORE, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, n. 1/2014, p. 5 ss., e bibliografia *ivi* riportata.

sti a regolazione il rapporto tra legge e amministrazione assume sembianze del tutto peculiari: il legislatore riconosce la propria incapacità e la propria inadeguatezza a disciplinare materie ad alto tasso di tecnicità e in costante evoluzione e siffatta rinuncia va a tutto vantaggio delle Autorità di regolazione che, in virtù dell'indipendenza e del sapere specialistico vantati, si trovano a disporre di ampi poteri normativi<sup>23</sup>.

Al fine di evitare il rischio che il soggetto regolatore “sovrapponga il proprio potere all'autonomia altrui”, pericolo particolarmente grave data la già sottolineata assenza di una norma tipicizzante<sup>24</sup>, è necessario che la regolazione presenti quel carattere sopra evidenziato di consensualità, realizzando i suoi obiettivi non in via coercitiva, bensì in virtù di una spontanea modificazione delle condotte dei soggetti regolati, stimolati dagli incentivi posti dalla regolazione stessa<sup>25</sup>.

La perdita del monopolio legislativo è idonea a generare ricadute sia nel corso della fase procedimentale volta all'emanazione di un determinato atto amministrativo – vuoi generale, vuoi puntuale –, sia in una fase successiva all'avvenuto esercizio del potere regolatorio. Pure quest'ultima fase reclama una logica partecipata e consensuale, anche perché la morfologia della regolazione mostra quanto sia arduo identificare una fase propriamente successiva all'esercizio dell'attività regolatoria, come invece solitamente avviene nel caso di esercizio dell'attività amministrativa: la regolazione è attività in perenne divenire e quindi via via da costruire, mediante progressivi assestamenti che impongono un costante intervento da parte del soggetto regolatore.

---

23 Come affermato dal giudice amministrativo, la legge quadro delle Autorità di regolazione (legge n. 481/1995) e le successive leggi istitutive delle varie Autorità (legge n. 249/1997; legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) dettano normative “*d'indirizzo che poggia(no) su prognosi incerte*”, “*rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti generali che spetta all'Autorità concretizzare*” (Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827). Sull'abdicazione legislativa nei settori regolati cfr. G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 1 ss., spec. pp. 4-5. Si aggiunga poi che le norme di attribuzione dei poteri delle Autorità di regolazione fissano obiettivi tra cui esistono reciproche tensioni, stretti tra razionalità economica e sviluppo socialmente sostenibile del mercato. Come chiaramente risulta dall'art. 1 della legge n. 481/1995, la missione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità è sia di massimizzare l'efficienza economica, creando un sistema in cui gli investitori, privati e non, possano aspettarsi di guadagnare un ragionevole tasso reale di ritorno sui loro beni, sia di realizzare una serie di obiettivi in senso lato sociali, garantendo che in siffatto sistema tutti gli utenti possano avere accesso a servizi di pubblica utilità di qualità accettabile e a costi bassi. Questo elemento di complessità in ordine agli obiettivi da perseguire spiega anche la ragione per cui l'attività delle Autorità di regolazione coesista con quella dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; infatti, mentre l'attività dell'Autorità antitrust è indirizzata in via generale alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese, l'attività regolatoria assume finalità eterogenee; sul punto, in giurisprudenza, da ultimo, con particolare chiarezza, Tar Lazio, Sez. I, 27 marzo 2014, n. 3398, in materia ferroviaria. Sulla presenza o meno di una componente di discrezionalità nell'attività regolatoria cfr., da ultimo, E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in questa *Rivista*, n. 1/2014, p. 81 ss.

24 Così F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 15.

25 La dottrina nordamericana ha voluto parlare a tal riguardo di “spinte gentili” (*nudge*), più o meno sofisticate, che si aggiungono o talvolta si sostituiscono ai tradizionali strumenti di *command and control*, quali sono i divieti, gli obblighi e le autorizzazioni; cfr. R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2009, nonché C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The Future of Government*, New York, 2013, su cui cfr. la *Recensione* di A. SPINA in questa *Rivista*, n. 1/2014. In tema cfr. altresì G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in corso di pubblicazione su *Dir. amm.*

Ne consegue che in ambiti regolati non solo il rapporto tra legge e amministrazione presenta spiccate specificità, ma anche il rapporto tra amministrazione e giustizia è connotato da peculiarità di tipo forte. L'attività di regolazione è un flusso costante e gli strumenti di reazione non possono porsi come mera parentesi tra l'attività regolatoria precedente e quella successiva, come invece solitamente accade con l'azione amministrativa<sup>26</sup>. Si pensi ai frequenti "chiarimenti" – atti amministrativi di difficile inquadramento sistematico – che vengono forniti nel corso del processo dall'Autorità di regolazione per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico, i quali sono in grado di definire profili tecnici controversi, con la conseguenza che in tal maniera la regolazione "irrompe" nel processo, "facendosi regola del caso con la sentenza del giudice"<sup>27</sup>. Ma si consideri anche l'estrema difficoltà di individuare con precisione gli effetti dell'annullamento giurisdizionale di un atto regolatorio generale nei confronti di processi non ancora conclusi che abbiano il medesimo oggetto, oppure, ipotesi speculare alla prima, di stabilire se viga la regola della riemersione *erga omnes* dell'atto regolatorio generale nel caso di sentenza d'appello che riformi l'annullamento e rigetti l'originaria impugnazione<sup>28</sup>.

In questo contesto, peculiare e problematico quanto a relazioni tra legge e attività regolatoria, da un lato, e tra attività regolatoria e processo, dall'altro, vanno inseriti gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Come si è sopra sottolineato, la funzione di risoluzione alternativa delle controversie ha contraddistinto sin da subito le Autorità di regolazione e, su un piano più generale, è stato affermato che tali Autorità nascono proprio come soggetti deputati a una complessiva funzione di mediazione o, in una prospettiva parzialmente diversa, sono arbitri chiamati a far rispettare le regole di un gioco che sono altri a giocare<sup>29</sup>.

L'attività regolatoria complessivamente considerata e la specifica attività di soluzione alternativa dei conflitti presentano una profonda radice in comune sono manifestazioni concrete di una medesima logica giuridica e contribuiscono a delineare un nuovo tipo di diritto riferibile ad un'autorità *ad hoc* qualificata dalla sua spiccata indipendenza, contrassegnato da flessibilità e partecipazione da parte degli interessati, in settori specifici che richiedono rapidità di cambiamento.

In primo luogo, anche l'attività di risoluzione dei conflitti in via alternativa, come più in generale l'attività di regolazione, trova la propria base di legittimazione nel principio di tecnocrazia, in quanto demandata a soggetti indipendenti che siano esperti in determinati settori. I rimedi alternativi rappresentano un esempio di quel "professional government" che costituisce un tratto tipico dei sistemi ad "efficienza burocratica"<sup>30</sup>.

---

26 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Il Mulino, Bologna, 1983, p. 23.

27 In questo senso S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., pp. 57-59, citando il caso risolto a favore dell' Aeegi dal Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 23 aprile 2007, n. 1948, a seguito dei Chiarimenti per l'applicazione della delibera 281/05, recante le "condizioni per l'erogazione del servizio di connessione alle reti elettriche con tensione nominale superiore ad 1 KV i cui gestori hanno obbligo di connessione a terzi".

28 Su questo tema controverso cfr. L. PISCITELLI-A. MARRA, *Limiti soggettivi del giudicato di annullamento degli atti generali delle autorità di regolazione*, in questo numero della presente Rivista.

29 Così, rispettivamente, F. BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, p. 201 ss., spec. p. 203, e L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 55 ss., 65; cfr. altresì G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 14 ss., spec. nt. 17.

30 Proprio il tema dell'efficienza riveste sempre più rilevanza anche in sede giudiziale, dal

In secondo luogo, anche i rimedi alternativi hanno un rapporto di sofferenza con la legge: essi sono tradizionalmente disciplinati solo in maniera sommaria dal legislatore, proprio perché l'informalità e la flessibilità ne costituiscono tratti qualificanti. Questo elemento aiuta a capire meglio perché sia del tutto parziale una prospettiva che faccia coincidere con la mera deflazione del contenzioso e con istanze efficientistiche i motivi alla base dell'impiego degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, dal momento che è proprio il particolare tipo di tutela differenziata offerta, né rigida, né predeterminata, a rendere ragione del ricorso alle ADR.

Solitamente nel caso di risoluzione non giurisdizionale della controversie il diritto *"si limita a disegnare i confini esterni del campo da gioco, ma non dà gli strumenti per vincere la partita"*, la quale consiste nel mettere d'accordo le parti. La tutela offerta dai rimedi alternativi non mira a dividere e definire, ma tenta di "rammendare" avendo riguardo all'intera situazione complessiva nella quale s'inserisce l'episodio isolato che ha dato origine al conflitto<sup>31</sup>.

A tal proposito la dottrina che più ha approfondito questa specifica tematica preferisce contrapporre una mediazione facilitativa, basata sugli interessi, a una mediazione aggiudicativa, basata sui diritti. Nella mediazione facilitativa il mediatore non porta l'attenzione sulla fondatezza delle relative pretese, allo scopo di valutare chi abbia ragione e chi abbia torto, quanto piuttosto indaga in ordine alle ragioni che hanno condotto a un conflitto, ai risultati che le parti intendono raggiungere avanzando le rispettive pretese e, infine, alle possibilità di risolvere il conflitto con un assetto, anche innovativo, che le soddisfi entrambe. Di contro nella mediazione aggiudicativa il mediatore valuta la fondatezza delle rispettive pretese e sottopone alle parti un'ipotesi d'accordo inteso a risolvere una singola controversia puntuale<sup>32</sup>.

La dottrina in esame sostiene che si debba applicare la tecnica della mediazione facilitativa unicamente nell'ipotesi in cui l'atto che individua le concrete regole di condotta sia imputabile agli stessi soggetti che sono i destinatari degli effetti del medesimo atto (strumenti autonomi), mentre alla tecnica della mediazione aggiudicativa si ricorre nel caso in cui le concrete regole di condotta sono determinate da un soggetto diverso dai destinatari degli effetti dell'atto (strumenti eteronomi)<sup>33</sup>.

---

momento che attualmente la giurisdizione viene concepita come risorsa pubblica scarsa della quale va garantito un impiego economico e la previsione di metodi alternativi di soluzione delle controversie è uno tra i possibili strumenti intesi ad assicurare un utilizzo parsimonioso della giurisdizione, come dimostrano le recenti riforme del processo civile. Per questa linea di tendenza cfr., di recente, il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha istituito un sistema di mediazione obbligatoria per un'ampia serie di controversie civili e commerciali (su cui comunque cfr. la pronuncia di illegittimità costituzionale di Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, per eccesso di delega); il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che ha reintrodotto la mediazione obbligatoria per quasi tutte le materie previste nell'originario decreto legislativo e ha potenziato la mediazione "ordinata" dal giudice in corso di causa; il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di "degiurisdizionalizzazione", che ha previsto nuovi meccanismi di risoluzione delle controversie e irrobustito quelli già esistenti. Sul fatto che i meccanismi di risoluzione dei conflitti esercitino un'attrattiva proprio in quanto contrassegnati da rapidità, autorevolezza e indipendenza cfr. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), ma, ancor prima, sempre del medesimo AUTORE, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 107 ss.

31 Su questa logica cfr. M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 49 ss.; F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., p. 28 ss.

32 F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., p. 27 ss.

33 F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., pp. 13 ss., 236 ss.

In realtà, si ritiene invece che proprio nelle ADR applicate ai settori regolati, in cui le concrete regole di condotta sono determinate da un soggetto diverso dai destinatari degli effetti dell'atto, la mediazione facilitativa trovi il suo terreno più congeniale. Se infatti è vero in via generale che negli strumenti eteronomi la determinazione del terzo ha necessariamente luogo sulla base di una ricognizione della realtà sostanziale preesistente, secondo una valutazione di chi ha ragione e di chi ha torto, perché l'unico piano accessibile al terzo è quello della fondatezza giuridica delle rispettive pretese delle parti, tuttavia nei settori regolati le contrapposte pretese non si collocano in una situazione di fatto che vede un incontro puntuale fra parti, le quali non si erano mai viste prima e che presumibilmente non si vedranno mai più in seguito, ma tra le parti esistono relazioni di durata che si estendono o possono estendersi nel futuro, cosicché è più facile individuare bisogni e interessi di contenuto compatibile, da soddisfare eventualmente anche mediante soluzioni innovative<sup>34</sup>.

### 3. La concentrazione tra regolazione ed enforcement

Nei settori regolati vi è un flusso indistinto tra il piano del diritto sostanziale e il piano della tutela, o, in altri termini, tra regolazione e risoluzione delle controversie. Questo rilievo vale soprattutto per le controversie intercorrenti tra operatori economici, perché in esse si manifesta in maniera particolarmente intensa, anche se non esclusiva, l'intreccio tra interesse alla risoluzione del conflitto e interesse regolatorio.

La disciplina normativa nel settore delle comunicazioni elettroniche è emblematica a tal riguardo. Il legislatore europeo prima e quello nazionale poi prevedono espressamente che l'Autorità di regolazione debba perseguire gli obiettivi generali della regolazione anche nell'esercizio dell'attività di risoluzione delle controversie. Particolarmente precisa sul punto già la direttiva n. 97/33/CE in materia di accesso e interconnessione alle reti di comunicazione elettroniche che, all'art. 9, comma 5, stabiliva che la decisione dell'Autorità di risoluzione di una controversia *“costituisce un giusto equilibrio tra i legittimi interessi di entrambe le parti”*, dovendo però al contempo *“tenere conto degli interessi degli utenti; obblighi o vincoli imposti alle parti dalla regolamentazione; interesse a promuovere offerte di mercato innovative e ad offrire agli utenti una vasta gamma di servizi di telecomunicazione a livello nazionale e comunitario; disponibilità di alternative valide, dal punto di vista tecnico ed economico, all'interconnessione richiesta; interesse a garantire disposizioni in materia di parità di accesso; necessità di conservare l'integrità della rete pubblica di telecomunicazione e l'interoperabilità dei servizi; tipo di richiesta rispetto alle risorse disponibili per soddisfarla; posizioni relative di mercato delle parti; interesse pubblico (ad esempio, protezione dell'ambiente); promozione della concorrenza; necessità di mantenere un servizio universale”*.

Anche l'attuale testo dell'art. 23 del Cce (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259) espressamente attribuisce all'Agcom il potere di perseguire, attraverso l'attività di risoluzione delle controversie tra operatori<sup>35</sup>, gli obiettivi della regolazione

<sup>34</sup> Sull'esistenza di rapporti di durata come condizione per l'intervento degli strumenti alternativi cfr. R. CAPONI, *La mediazione civile un anno dopo: questioni vecchie e nuove*, in *Foro it.*, 2011, c. 195 ss., spec. c. 198.

<sup>35</sup> Nella specie si tratta di controversie aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal codice

enunciati all'art. 13 del codice, tra cui la promozione della concorrenza nella fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica (comma 4) anche a vantaggio dei consumatori (comma 6 *bis*, lett. c)<sup>36</sup>.

Si riecheggia così il carattere già illustrato della mediazione facilitativa in cui vengono analizzate le ragioni che hanno portato a un conflitto, i risultati che le parti si prefiggono avanzando le relative pretese e, soprattutto, gli spazi per risolvere il conflitto in questione con un assetto, eventualmente innovativo, idoneo a soddisfarle entrambe; in questo contesto l'Autorità di regolazione può anche essere chiamata a sostituirsi alle parti impossibilitate a raggiungere un accordo soddisfacente<sup>37</sup>.

Se in ambito squisitamente civilistico gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie hanno una forte connotazione di tutela soggettiva in quanto tendono a risolvere conflitti di tipo bilaterale, mentre presentano un risvolto di tutela oggettiva, inteso come obiettivo di tutela ordinamentale, solo nella misura in cui servono come strumenti di deflazione del contenzioso, diverso è il discorso nel caso dei rimedi alternativi nei settori regolati. In tali settori domina la presenza di relazioni complesse intercorrenti tra i soggetti regolati, nonché tra soggetti regolati e regolatore, in un viluppo difficilmente districabile, per cui ogni singolo conflitto è in grado di generare ripercussioni al di là del singolo episodio di vita.

Il fatto che l'Autorità sia legittimata a realizzare gli obiettivi dell'attività di regolazione anche attraverso lo strumento della risoluzione delle controversie tra operatori comporta due rilevanti conseguenze, in termini di effetti soggettivi ed effetti oggettivi della decisione che pone fine al conflitto.

In via generale i provvedimenti di definizione della controversia producono effetti non nei confronti della pluralità di operatori, bensì limitati alle sole parti e con riguardo alla specifiche circostanze del caso concreto. Tuttavia tali provvedimenti, in quanto intervengono in un settore che, come si è visto, può essere descrittivamente definito come ordinamento sezionale, sono *"in grado di produrre effetti sul mercato, in termini di esempio o moral suasion, orientando*

---

stesso fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti sempre dal codice.

36 Cfr. altresì l'attuale testo dell'art. 42, comma 5, del Cce, ai sensi del quale, *"ove giustificato, l'Autorità può, di propria iniziativa, intervenire in materia di accesso e interconnessione di cui ai commi 1 e 2 al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi previsti all'art. 13, sulla base delle disposizioni del presente Capo e secondo le procedure di cui agli artt. 11, 12, 23 e 24"*. La commistione tra funzione giudicante e funzione regolatoria (nella specie, funzione di vigilanza) emerge altresì dalla possibilità di instaurare un procedimento sanzionatorio in pendenza di una controversia davanti all'Autorità e addirittura di sospendere il procedimento di risoluzione, con il rischio, però, di un impiego strumentale del contenzioso. Più precisamente, *"nel caso in cui dall'atto introduttivo della (presente) procedura contenziosa, ovvero nel corso del relativo procedimento, emergano fatti circostanziati, non manifestamente infondati, concretanti violazioni della normativa di settore"* il responsabile del procedimento ed il Direttore, per quanto di rispettiva competenza, curano gli adempimenti prescritti e quando l'accertamento di tali violazioni è necessario per decidere la controversia, la Commissione, su proposta del Direttore, può disporre la sospensione, in tutto o in parte, del procedimento contenzioso fino alla definizione del procedimento sanzionatorio (art. 3, comma 3, del regolamento Agcom per la risoluzione delle controversie tra operatori).

37 Si pensi ad esempio alla del. Agcom, del. n. 111/11/CIR, Definizione della controversia fra Fastweb S.p.a. e Telecom Italia S.p.a. ai sensi del regolamento di cui alla delibera n. 352/08/cons, in tema di condizioni economiche per la fornitura del servizio di raccolta delle chiamate originate da rete mobile di Telecom Italia e dirette verso numerazioni non geografiche (nng) con addebito all'utente chiamato attestato sulla rete di Fastweb.

*le negoziazioni su fattispecie analoghe quanto agli aspetti tecnico-economici e giuridici*<sup>38</sup>.

Gli atti di risoluzione delle controversie hanno sì come ambito soggettivo di applicazione le sole parti coinvolte nella controversia, ma parimenti sono idonei a costituire un elemento di orientamento per il mercato, prevenendo l'insorgere di altre controversie sulla medesima materia. Infatti, decisioni di tipo puntuale possono tradursi in vere e proprie raccomandazioni per l'intero sistema, assumendo in tali casi una funzione di tipo regolatorio attraverso l'esercizio della cd. *regulation by litigation*. Nella prassi poi l'Autorità, a seguito della definizione di controversie relative a particolari problematiche, o anche in riferimento a criticità emerse nei procedimenti controversiali, ha proceduto all'avvio di attività di tipo regolamentare, che hanno esteso le previsioni della decisione controversiale a tutto il mercato, o all'istituzione di cd. tavoli tecnici sulle materie che erano state oggetto della controversia<sup>39</sup>.

È stato detto che le decisioni delle Autorità sono percepite dai soggetti regolati non come mera risoluzione di conflitti, bensì come interpretazione autorevole della disciplina regolatoria che trascende una singola controversia, con la conseguenza di recare in sé una forza addirittura superiore a quella della cosa giudicata formale, in quanto idonea a soddisfare il forte bisogno di certezza degli operatori economici<sup>40</sup>. Non si dimentichi comunque che le decisioni delle Autorità sono presidiate da strumenti intesi a garantirne l'osservanza: come precisa, ad esempio, l'art. 7, comma 1, del. 188/2012/E/com dell'Aeegsi per la trattazione dei reclami presentati da un operatore contro un gestore, la decisione di accoglimento del reclamo della relativa Autorità contiene un termine entro il quale il gestore è tenuto ad adeguarsi e la mancata ottemperanza alla decisione costituisce una violazione sanzionabile.

La prospettiva di lungo termine propria delle ADR demandate alle Autorità di regolazione è riscontrabile anche in ordinamenti diversi dal nostro. A tal riguardo interessante l'esperienza maturata nel settore idrico del Regno Unito, in cui l'Autorità di regolazione *Ofwat* ha utilizzato il proprio potere di risoluzione delle controversie con l'obiettivo anche di creare precedenti intesi a migliorare il settore, nonché di inviare segnali forti alle società fornitrici circa la necessità di rispetto dei loro obblighi e la recente legge di riforma del settore idrico, il *Water Act* del 2014, ha riconosciuto all'Autorità di regolazione un ampio potere di selezionare le controversie da decidere al fine di concentrare le proprie risorse sui cd. *strategic cases*, demandando le restanti ad organi di conciliazione paritetica<sup>41</sup>.

In secondo luogo, la soddisfazione anche di finalità propriamente regolatorie da parte dell'Autorità in sede di risoluzione delle controversie non significa

---

38 In questo senso Agcom, del. n. 111/11/CIR, cit.; del. n. 63/14/CIR, Definizione della controversia Fastweb S.p.A./Telecom Italia S.p.A. in materia di condizioni economiche per la fornitura del servizio di raccolta del traffico originato da rete mobile di Telecom Italia e diretto a numerazioni non geografiche di Fastweb. La nuova tariffa come determinata dalla delibera n. 111/11/CIR è stata ritenuta legittima dal Tar Lazio, Roma, Sez. I, 21 giugno 2013, n. 6259 e dal Cons. St., Sez. III, 9 aprile 2014, n. 1699.

39 Si pensi, ad esempio, nel settore delle comunicazioni elettroniche al caso della gestione del ripensamento nelle procedure di migrazione delle utenze su rete fissa.

40 S. LUCATTINI, *Modelli*, cit., pp. 36-37.

41 *Reform of the water market – the Water Act 2014*, in [www.gov.uk](http://www.gov.uk); sul punto l'interessante *Indagine conoscitiva in merito alle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti e gestori del servizio idrico integrato*, chiusa dall'Aeegsi con del. 97/2015/idr.

che i rimedi alternativi non siano in grado di offrire al richiedente una tutela adeguata. Vero è: che il soggetto regolato che attiva un rimedio alternativo assume un ruolo di “collaboratore indiretto e involontario” all’esercizio dell’attività regolatoria; che la controversia è l’occasione per esercitare i poteri di controllo sul rispetto da parte dei soggetti regolati degli obblighi regolatori; e che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti in conflitto diviene un tramite per tutelare gli interessi generali istituzionalmente propri dell’Autorità medesima<sup>42</sup>.

Nondimeno si è ben lungi dal riecheggiare i primordi della tutela dell’interesse legittimo, quando l’interesse privato era ridotto a un mero accidente dell’interesse pubblico ed era tutelato solo in occasione o per tramite della protezione dell’interesse pubblico, tant’è che si parlava di interessi occasionalmente protetti o di interessi indirettamente protetti, come pure di principio di legalità e di tutela giurisdizionale intesi in senso oggettivo<sup>43</sup>.

Non solo molto è cambiato rispetto al passato in ordine alla nozione d’interesse legittimo e in particolare sull’elemento della situazione d’interesse legittimo costituito dagli strumenti di tutela accordati dall’ordinamento, al punto che la concezione sopra esposta può dirsi definitivamente superata<sup>44</sup>.

Ma soprattutto la situazione giuridica vantata dal soggetto regolato è e rimane espressione di libera iniziativa economica, sia pure condizionata<sup>45</sup>.

Ed è proprio tale situazione giuridico soggettiva, in quanto *sui generis* sul piano del diritto sostanziale, a reclamare una tutela parimenti *sui generis*, quale quella in esame. Come sopra osservato con riguardo ai ricorsi amministrativi non impugnatori, se i diritti appartengono a soggetti che operano nell’ambito di un sistema settoriale cui è preposta un’autorità amministrativa, le controversie in materia possono essere portate o davanti al giudice ordinario, oppure anche davanti all’autorità amministrativa che si trova in posizione di terzietà. In quest’ultima evenienza il soggetto che adisce l’Autorità non solo soddisfa la sua pretesa a vedere risolta la sua controversia in termini rapidi e semplificati, ma trova un’ulteriore utile occasione per dialogare con il potere regolatorio, contraddistinto da un carattere perenne.

È altrettanto indubbio, comunque, che al fine di evitare il rischio di una sorta di pan-amministrativizzazione degli interessi privati l’agire regolatorio dell’Autorità deve sempre essere mantenuto entro limiti ben precisi, non essendo consentito alla medesima di imporre in sede di risoluzione delle controversie misure, obblighi o prescrizioni assolutamente non contemplati dalla regolazione *ex ante*, potendo tutt’al più meglio precisare quelli preesistenti<sup>46</sup>.

In questa successione di attività regolatoria-attività di risoluzione delle controversie-nuova attività regolatoria è altresì interessante sottolineare, sia pure

---

42 In tema ci si permette di rinviare a M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 482 ss.

43 Per una ricostruzione storica del fenomeno cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 115 ss.

44 Cfr., per tutti, ancora M. NIGRO, *op. cit.*, p. 120 ss.

45 Sul punto si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Giappichelli, Torino, 2014, IV ed., p. 67 ss.

46 Sull’illegittimità di introdurre in esito a un reclamo una regolazione innovativa retroattiva della singola fattispecie concreta cfr., da ultimo, Tar Lombardia, 3 marzo 2015, n. 618. In tema cfr. B. TONOLETTI, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *Aida*, 2013, p. 335 ss., spec. p. 346 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in questa *Rivista*, n. 2/2014, pp. 47 ss., 61 ss.

incidentalmente, il ruolo che il giudice amministrativo tende a ritagliarsi in materia: di fronte all'eccezione di inammissibilità per carenza d'interesse di un ricorso volto a impugnare una delibera dell'Agcom risolutiva di una controversia in tema di condizioni economiche di chiamate telefoniche, in quanto l'eventuale accoglimento del ricorso avrebbe causato addirittura un danno alla società ricorrente<sup>47</sup>, il giudice amministrativo ha precisato che la sentenza d'annullamento vincola la successiva attività dell'amministrazione di riesercizio del potere perché il giudice, quando accerta l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce qual è il corretto modo d'esercizio del potere e fissa la regola cui l'amministrazione si deve attenere nella sua futura attività; di conseguenza, l'accoglimento del ricorso comporta l'annullamento della decisione di risoluzione delle controversie al quale, in base all'effetto conformativo della sentenza nei confronti dell'amministrazione, dovrebbe seguire l'attività dell'Autorità di regolazione di rinnovazione del procedimento per la ridefinizione del prezzo, "utilizzando un modello economico depurato dai profili di irragionevolezza ed illogicità" eventualmente verificati sussistenti dal giudice<sup>48</sup>. Sempre il giudice amministrativo, affermando di far applicazione di un "approccio sistematico", ha ritenuto che la propria giurisdizione si estenda "in via naturale" al contenuto del provvedimento che "sostanzia" l'attività di regolazione dei conflitti tra gli interessi del gestore dell'infrastruttura (nella specie, ferroviaria) e gli interessi delle imprese di trasporto che usufruiscono dell'infrastruttura medesima anche se la controversia riguarda una materia strettamente tariffaria, dal momento che i rapporti tra gestore dell'infrastruttura e imprese sono sì disciplinati da contratti di diritto privato, ma sono altresì "conformati dalla fonte normativa eteronoma"<sup>49</sup>.

Tornando ai rimedi alternativi demandati all'Autorità, esso vengono ad assolvere due distinte funzioni, tra loro intrecciate: da un lato, sono sicuramente volti alla composizione di una controversia puntuale, dall'altro, sono parte integrante della funzione di regolazione, in quanto contribuiscono a tracciare il quadro regolatorio e a rendere concreta l'attività di vigilanza, in una logica per cui tutti gli eterogenei poteri affidati al soggetto regolatore sono contraddistinti da neutralità e terzietà rispetto ad ogni interesse in gioco<sup>50</sup>.

Pertanto, i rimedi alternativi svolgono una funzione più ampia della sola

---

47 Si fa qui riferimento al caso già menzionato alla nt. 38, di impugnazione della delibera dell'Agcom di definizione della controversia in tema di condizioni economiche delle chiamate originate da rete mobile di Telecom Italia e dirette verso numerazioni non geografiche con addebito all'utente chiamato attestato sulla rete Fastweb. L'eccezione della difesa erariale si fondava sul fatto che, ove il ricorso fosse stato accolto, il prezzo per il servizio di raccolta delle chiamate in questione sarebbe stato destinato a diventare più alto rispetto a quanto previsto dalla delibera impugnata, dovendo trovare applicazione le più elevate tariffe applicate da Telecom Italia anteriormente alla definizione della controversia davanti all'Autorità.

48 Così la già citata sentenza del Tar Lazio, Sez. I, n. 6259/2013, richiamando Cons. St., Sez. III, 13 luglio 2011, n. 4231, e riconsiderando il ruolo giudiziale alla luce delle elaborazioni giurisprudenziali registrate nel contiguo settore del diritto antitrust (ad es. Cons. St., Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856; Cons. St., Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837).

49 In questo senso, respingendo la censura di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, Cons. St., Sez. IV, 22 febbraio 2013, n. 1107, in tema di canone dovuto a R.F.I. dalle imprese ferroviarie, fondando la sua decisione sul fatto che i criteri di determinazione delle componenti del canone per l'uso dell'infrastruttura ferroviaria sono contenuti in provvedimenti amministrativi emanati in un contesto normativo in cui sia la fonte legislativa comunitaria, sia la fonte legislativa statale lasciano al riguardo ampia discrezionalità all'amministrazione a ciò competente.

50 Con riferimento a questa logica cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, cit., p. 55 ss.

eliminazione di un singolo pregiudizio individuale subito, reagendo contro eventuali danni per l'intero settore, a tutela dell'interesse della collettività. Ciò in ragione della concentrazione tra regolazione ed *enforcement*, che costituisce una costante della disciplina delle Autorità di regolazione, riscontrabile, tra i tanti esempi che possono essere addotti, anche in tema di repressione delle pratiche commerciali scorrette<sup>51</sup>.

#### 4. Mancata investitura di entrambe le parti in conflitto e soluzione consensuale della controversia

Quanto finora osservato impone di considerare in maniera più approfondita l'ulteriore tratto qualificante delle procedure di ADR dato dalla loro consensualità. Infatti la tradizionale mancanza di coercizione dei rimedi alternativi reclama una soluzione del conflitto condivisa dai soggetti interessati. Tuttavia è stato detto che i rimedi alternativi nei settori regolati difettano del presupposto convenzionale, dal momento che la normativa non richiederebbe un'apposita investitura di entrambe le parti in conflitto<sup>52</sup>.

In realtà il panorama è variegato e la disciplina sul punto è differente a seconda del settore regolato, del carattere nazionale o transnazionale della controversia, nonché dei soggetti coinvolti nel conflitto. È logico che nelle controversie tra operatore e utente sia soprattutto quest'ultimo a nutrire interesse ad attivare i rimedi alternativi, in quanto strumenti rapidi e non onerosi per risolvere controversie spesso di tipo seriale, tant'è che nel settore delle comunicazioni elettroniche l'Autorità ha il potere di disporre la riunione di più procedimenti pendenti dinanzi a sé aventi ad oggetto controversie omogenee (art. 10, del. Agcom n. 173/07/CONS). Così, sempre nel settore delle comunicazioni elettroniche, il procedimento s'apre su istanza dell'utente e l'operatore, una volta proposta la domanda, ha l'onere di comunicare al Co.re.com., cui è affidato il tentativo obbligatorio di conciliazione, la propria volontà di partecipare alla procedura conciliativa entro un determinato termine, decorso il quale, in mancanza di tale comunicazione, o in caso di dichiarazione esplicita di

---

<sup>51</sup> L'individuazione dell'autorità competente per l'applicazione in via primaria delle norme sulle pratiche commerciali scorrette risulta problematica anche (e forse a maggior ragione) dopo l'emanazione del nuovo art. 27, comma 1bis del codice del consumo, ai sensi del quale nei settori regolati "la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta". Come ha precisato M. CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione settoriale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, ESI, Napoli, 2011, vol. III, pp. 1963 ss., 1980-1981, se si attribuisce la competenza in materia all'Agcm s'intende "favorire un'interpretazione uniforme delle norme in questione senza distinzioni tra categorie d'impresa o settori d'attività", mentre l'assegnazione della competenza a un'autorità specializzata porta a "calibrare l'applicazione delle norme sulle caratteristiche peculiari del settore". In tema cfr. altresì L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 953 ss.; M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>52</sup> M.A. ZAMPANO, *Dall'arbitrato alla soluzione amministrativa della controversia, nel percorso delineato dalle delibere dell'AEEG*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2012, p. 475 ss.

non voler partecipare all'udienza di conciliazione, viene redatto un verbale con il quale si dà atto dell'esito negativo del tentativo di conciliazione, trasmettendolo tempestivamente alla parte istante (art. 8, comma 3, del. Agcom n. 173/07/CONS)<sup>53</sup>. Se poi il tentativo di conciliazione ha esito negativo, l'utente ha la facoltà di chiedere all'Agcom di decidere la controversia anche se manca il consenso dell'operatore (art. 14, comma 1, del. Agcom n. 173/07/CONS)<sup>54</sup>.

Sempre rimanendo nell'ambito delle comunicazioni elettroniche e passando alle controversie tra operatori il quadro cambia: per le controversie transnazionali è consentito adire le competenti autorità nazionali di regolazione solo con il consenso di tutte le parti interessate (art. 24, comma 2, del Cce), mentre non è necessario l'accordo delle parti nel caso di controversie nazionali tra imprese, potendo l'intervento dell'Autorità essere attivato anche contro la volontà dell'altra parte (art. 23, comma 1, del Cce e art. 3, comma 1, del. 352/08/CONS). La mancanza di razionalità del sistema è destinata ad accrescere in futuro, dal momento che in sede di consultazione pubblica per la modifica dell'attuale regolamento Agcom per la risoluzione delle controversie tra imprese è stato suggerito dall'Autorità stessa di estendere l'ambito soggettivo di applicazione del regolamento per includervi anche le controversie insorte tra un operatore di comunicazioni elettroniche e un soggetto titolare di infrastrutture di posa (ad esempio, un concessionario di infrastrutture stradali, oppure un ente locale), ma con la precisazione che i soggetti interessati possano attivare tale strumento di tutela solo su base volontaria e quindi solo se entrambe le parti in lite decidano di investire la stessa per tentare una conciliazione<sup>55</sup>.

Nel settore energetico la disciplina normativa è di difficile ricostruzione in quanto maggiormente stratificata. Mentre l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 79/1999, si limitava a stabilire che *"l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è competente ... anche per le controversie in materia di accesso alle reti di interconnessione e di contratti d'importazione ed esportazione"* e l'art. 35 del d.lgs. n. 164/2000, altrettanto laconicamente disponeva che *"l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è l'autorità competente per risolvere in sede amministrativa le controversie, anche transfrontaliere, relative all'accesso al sistema del gas naturale"*, solo l'espressa previsione legislativa di una delega all'Autorità per disciplinare procedure di risoluzione delle controversie, insorte fra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentata da fonti rinnovabili, con decisioni vincolanti fra le parti, adottate dall'Autorità stessa, ha consentito di chiarire alcuni

---

<sup>53</sup> Ma è previsto altresì che sia l'istante a volere rinunciare all'esperimento del tentativo di conciliazione e in tal caso dovrà darne comunicazione al Co.re.com al più presto, e comunque con almeno cinque giorni di anticipo rispetto alla data fissata per l'udienza (art. 8, comma 3bis, del. Agcom n. 173/07/CONS). Si ricordi poi che, in alternativa alla procedura conciliativa dinanzi al Co.re.com, *"gli interessati"* hanno la facoltà di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi alle camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio, previa stipula di apposito protocollo di intesa tra Unioncamere e l'Autorità e *"allo stesso fine"* *"l'utente"* ha altresì la facoltà di rivolgersi agli organismi istituiti con accordi tra gli operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino nel rispetto dei principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione n. 2001/310/CE (art. 13, commi 1 e 2).

<sup>54</sup> È fatta salva comunque la facoltà di adire il giudice ordinario, profilo oggetto d'analisi *infra*, al paragrafo successivo.

<sup>55</sup> Allegato B alla del. n. 256/14/Cons, *Documento di consultazione. Modifiche e integrazione al regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di cui alla del. n. 352/08/CONS*.

punti nevralgici della tematica (art. 14, comma 2, lett. f-ter, d.lgs. n. 387/2003, di attuazione dell'art. 23 della direttiva 2003/54/CE). Così l'art. 3 del. n. ARG/elt 123/08 dell'Autorità ha precisato che l'attivazione della procedura di risoluzione della controversia spetti al produttore e analoga impostazione è riscontrabile nella successiva, più generale, disciplina che ha assorbito la precedente. Attualmente nel caso di controversie contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione, per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, nonché, appunto, nel caso di controversie fra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentata da fonti rinnovabili, il gestore della rete non può impedire la decisione dell'Autorità, che sia stata richiesta dal produttore (art. 3 della del. n. 188/2012/E/com, che disciplina la materia fino all'attuazione delle direttive di cui all'art. 44, comma 3, d.lgs. n. 93/2011)<sup>56</sup>.

Dal momento che le controversie in materia d'accesso alle reti elettriche e al sistema del gas naturale hanno alla base un rapporto di diritto sostanziale profondamente squilibrato, trovandosi il gestore in una particolare posizione di forza, è difficile pensare che possa sorgere un accordo iniziale tra le parti per sottoporsi a una decisione in contraddittorio davanti a un soggetto terzo<sup>57</sup>.

Emerge dunque che sia nel caso di controversie tra gestori e produttori sia nel caso di controversie tra imprese e utenti l'attivazione dei rimedi alternativi in via amministrativa non richieda un previo consenso delle parti, essendo previsto che una sola delle parti possa sottomettere l'altra alla procedura amministrativa<sup>58</sup>.

Di conseguenza la consensualità insita nei rimedi alternativi deve essere declinata in maniera diversa, come collaborazione in vista di una soluzione condivisa. Si pensi, ad esempio, alla disciplina per la trattazione dei reclami contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione, che valorizza le istanze di bilateralità, ma anche di rapidità, insite nel modello delle ADR, introducendo una modalità semplificata di risoluzione delle controversie, per cui, se la problematica oggetto del reclamo risulti di evidente soluzione o possa essere risolta sulla base di precedenti affini o di orientamenti consolidati dell'Autorità, è trasmessa alle parti dalla Direzione competente dell'Autorità, previa informativa del collegio, una proposta di risoluzione della controversia; se le parti, entro 20 giorni dal ricevimento di predetta proposta, si adeguano o dichiarano che si adegueranno alla decisione nel più breve tempo possibile, è disposta l'archiviazione del

---

<sup>56</sup> Anche in questa ipotesi è fatta salva la facoltà di adire il giudice ordinario, come si avrà modo di precisare *infra*, par. successivo.

<sup>57</sup> Ciò spiega perché l'Aeegsi abbia revocato la sua del. n. 127/2003, recante regolamento per lo svolgimento delle procedure arbitrali, sostituendola con la del. 42/2005; infatti l'Autorità ha preferito limitarsi ad agevolare l'accesso alla procedura arbitrale per le controversie relative ai servizi di trasmissione elettrica e di trasporto del gas, perché la regolazione in via negoziale avviene solo quando non vi siano grossi squilibri tra le parti; in questo senso M.A. ZUMPANO, *Dall'arbitrato alla soluzione amministrativa delle controversie, nel percorso delineato dalle delibere dell'AEEG*, cit., p. 475 ss.

<sup>58</sup> Diverso il discorso per quanto riguarda gli strumenti grazie ai quali l'utente risolve una controversia direttamente con l'operatore tramite reclamo, dal momento che tali strumenti, per loro natura e per il loro funzionamento, richiedono necessariamente una base volontaria (spesso fondata su precedenti Protocolli d'intesa). I rimedi alternativi qui considerati si collocano invece a valle di questo primo contatto con l'operatore avvenuto mediante reclamo.

reclamo (art. 3, comma 6, del. 188/2012/E/com). In questa maniera, si addi- viene a una soluzione consensuale che ha maggiori probabilità di essere at- tuata dalle parti e si elimina alla radice il pericolo di contenzioso sulle decisioni di risoluzione delle controversie pronunciate dall'Autorità<sup>59</sup>.

## 5. Rapporti tra tutele alternative e tutela giurisdizionale

Chiarire il rapporto tra rimedi di soluzione delle controversie affidati al re- golatore e tutela giurisdizionale è essenziale non solo in termini di certezza del diritto e di economia dei mezzi giuridici, ma anche allo scopo di comprendere l'effettiva funzione assolta dagli strumenti alternativi e in particolare se essa sia alternativa oppure complementare a quella fornita dal giudice.

I settori regolati si caratterizzano per molteplici binari di tutela e gli inevitabi- li meccanismi di coordinamento tra le forme differenziate di protezione non ri- spondono affatto a un disegno unitario. Non solo ognuno dei settori regolati ri- ceve una disciplina normativa diversa in termini di tutela, nonostante le tipolog- ie di conflitti in essi configurabili siano sostanzialmente simili, involgendo sempre, da un lato, operatori e utenti, e, dall'altro, operatori tra loro.

Ma soprattutto il rapporto tra procedure di conciliazione e procedure giuri- sdizionali non è disciplinato in maniera uniforme, perché talvolta i meccanismi di risoluzione alternativa precludono alle parti la possibilità di adire l'Autorità giudiziaria (che è, logicamente, quella ordinaria), mentre altre volte le parti so- no libere di scegliere indifferentemente la strada amministrativa oppure quella giurisdizionale, altre volte ancora sussiste una sorta di tutela a tappe, alcune delle quali mai possono essere omesse. In aggiunta, con riferimento ad alcu- ne ipotesi la disciplina, frequentemente modificata nel corso del tempo, è completa e analitica, in altre invece del tutto lacunosa, in altre ancora addirittu- ra carente<sup>60</sup>.

Fin da subito l'impostazione fatta propria dalla legge quadro delle Autorità di regolazione è stata di configurare, ma nelle sole controversie coinvolgenti gli utenti, la previa proposizione di un particolare rimedio alternativo, ossia del tentativo di conciliazione, come un onere da osservare necessariamente per potere adire in un secondo tempo le vie giurisdizionali.

È una regola che il legislatore ha ritenuto nevralgica nei rapporti tra tutele se si pensa che la legge quadro delle Autorità di regolazione è stata per il re- sto oltremodo laconica in ordine alla disciplina dei rimedi alternativi, avendo demandato a un regolamento governativo, tra l'altro mai emanato, la configu- razione dei suoi aspetti fondamentali<sup>61</sup>. Così, in tutti i settori di pubblica utilità viene stabilito con riferimento alle controversie tra utenti ed esercenti il servi-

59 In tema cfr. AEEGSI, *Relazione annuale 2013*, pp. 171-172. Ma si pensi anche alla prassi seguita dalla maggior parte degli esercenti aderenti alle conciliazioni nel settore energetico di sospendere, nel corso della procedura, le azioni di recupero dei crediti vantati nei confronti degli utenti. Questo atteggiamento collaborativo consente lo sviluppo di una *best practice* nell'ambito delle attività di autoregolamentazione degli esercenti a vantaggio dei clienti finali (sempre AEEGSI, *Relazione annuale 2013*, p. 156).

60 Si pensi, da ultimo, alla (mancanza di) disciplina nel settore dei trasporti, ove è finora in- tervenuto il sintetico art. 37, comma 3, lett. h), d.l. n. 201/2011, istitutivo della relativa Autorità di regolazione, ai sensi del quale l'Autorità stessa "*favorisce l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti*".

61 Cfr. su questo specifico punto, *supra*, par. 1.

zio che fino alla scadenza del termine fissato per la proposizione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri siano sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale e che il ricorso ugualmente proposto sia da considerare improcedibile (art. 2, comma 24, lett. b), legge n. 481/1995)<sup>62</sup>.

Essenzialmente due sono gli scopi della disposizione normativa: evitare che una controversia sia affrontata in più sedi giustiziali in senso lato e incentivare il ricorso a uno strumentario appetibile per l'utente in termini economici e temporali. Ma nel momento in cui sorge la necessità di disciplinare più nel dettaglio le relazioni tra gli strumenti di tutela il settore delle comunicazioni elettroniche e quello dell'energia elettrica e del gas si diversificano tra loro e la normativa si complica.

a) Nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche il legislatore ha inizialmente esteso il principio della giurisdizione condizionata a tutte le controversie, anche a quelle tra le sole imprese. Sempre e in ogni caso il ricorso in sede giurisdizionale non avrebbe potuto proporsi fino a che non fosse stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine i termini per agire in sede giurisdizionale erano sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione (art. 1, comma 11, legge n. 249/1997; e, con specifico riferimento alla risoluzione di controversie tra organismi di telecomunicazioni, art. 7 della del. n. 148/01/CONS dell'Agcom).

In questo contesto normativo non risultava chiaro se l'impedimento giuridico frapposto all'esercizio della pretesa in sede giudiziaria in mancanza del previo tentativo di conciliazione, ovvero in pendenza del termine fissato per la durata della fase conciliativa, fosse da qualificare in termini di improponibilità o di improcedibilità o di inammissibilità della domanda<sup>63</sup>.

Ma nel corso del tempo la disciplina ha subito un'evoluzione, più accentuata con riferimento alle controversie tra operatori. In queste ultime, da un lato, è stata superata l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, dall'altro, è stata valorizzata la priorità della sede giurisdizionale. Sullo sfondo di questa evoluzione vi è una posizione critica nei confronti dei rimedi alternativi se e in quanto obbligatori, ossia l'idea che la configurazione della previa proposizione di un rimedio alternativo come onere da osservare per adire le vie giurisdizionali sia più d'intralcio che di sollievo per la protezione giuridica dei soggetti regolati, anche se esso comunque rimane nell'esperienza pratica un buon veicolo per la veloce soluzione delle liti.

Nelle controversie tra operatori a seguito del superamento dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione ciascuna parte è libera di adire *immediatamente* il giudice, anziché l'Autorità di regolazione. Non solo. Ciascuna parte è libera di adire *in ogni momento* il giudice, anziché l'Autorità di regolazione.

Attualmente, in conformità a quanto disposto dall'art. 20, comma 5, della di-

---

62 Sul rapporto nei settori regolati tra tutela arbitrale e tutela giurisdizionale, tema che qui non viene affrontato, in quanto si ritiene l'arbitrato vera e propria giustizia privata e non rimedio alternativo di risoluzione delle controversie nel senso qui declinato, cfr. P. CHIRULLI, *Commento all'art. 2, co. 24, legge n. 481/95*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 383 ss., spec. p. 392 ss.; G. NAPOLITANO, *Commento all'art. 2, co. 24, della legge n. 481/95, ivi*, 1998, p. 397 ss., spec. p. 400 ss.

63 Come pure non era chiaro se la corrispondente eccezione potesse essere fatta valere senza limiti di tempo nel corso del processo, ovvero fosse soggetta a preclusioni e/o decadenze. In tema cfr. M. LIBERTINI-G. SCOGNAMIGLIO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie fra "organismi di telecomunicazioni"*, in *Dir. inform. e inf.*, 2002, p. 699 ss.

rettiva 2002/21/CE, l'art. 23, comma 5, del Cce dispone che la procedura davanti all'Autorità non preclude alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale, rendendo così facoltativo ed esperibile in qualsiasi fase del procedimento il tentativo di conciliazione, analiticamente disciplinato dall'art. 9 del nuovo regolamento Agcom n. 352/2008. Più nello specifico l'art. 3, commi 3 e 4, del regolamento stabilisce che il deferimento della soluzione della controversia all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria. Se poi una delle parti propone azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda proposta all'Agcom diviene improcedibile.

Dunque non è previsto un parallelismo perfetto tra tutela davanti all'Autorità di regolazione e tutela davanti al giudice ordinario: se nel caso di procedimento originariamente instaurato davanti all'Autorità non è precluso sulla medesima materia l'intervento del giudice, che provoca l'archiviazione della domanda inizialmente proposta all'Autorità, nell'ipotesi di procedimento originariamente incardinato davanti al giudice ordinario l'Autorità non ha mai titolo alcuno per intervenire. La regola della declinatoria, per cui la parte chiamata davanti all'Autorità può rifiutare la futura decisione di quest'ultima deferendo la controversia al giudice, ha sottostante l'idea della naturale e perdurante primazia della tutela giurisdizionale, anche in ragione del fatto che l'atto con cui si conclude il procedimento giurisdizionale è definitivo e copre il maggior danno, mentre l'atto dell'Autorità di regolazione rimane sempre impugnabile davanti al giudice amministrativo e non è suscettibile di esecuzione forzata diretta<sup>64</sup>.

Ma è indubbio il rischio che la trasposizione in sede giurisdizionale della controversia originariamente incardinata davanti all'Autorità si presti a pratiche strumentali e dilatorie delle controversie. Ciò è oltretutto aggravato dal fatto che la disciplina tace su un punto nevralgico, ossia sul termine entro il quale la parte resistente possa chiedere d'adire le vie giurisdizionali, mentre sarebbe opportuna, per escludere effetti dilatori, la fissazione dell'onere per la parte resistente di rifiutare il contraddittorio in ragione del ricorso davanti al giudice entro il termine per la costituzione innanzi l'Autorità.

L'attuale disciplina lascia aperte anche altre questioni, non tutte facilmente risolvibili. Anzitutto la normativa tace sull'eventuale preclusione, nel caso di proposizione di un'azione davanti all'Autorità giudiziaria, del diritto degli altri operatori di devolvere anche all'Autorità la risoluzione della medesima controversia, ma la regola concreta pare ricavabile dal contesto generale, alla luce del principio del *ne bis in idem*. Infatti l'espressa previsione dell'improcedibilità della domanda all'Agcom nell'ipotesi in cui una delle parti abbia rimesso all'autorità giudiziaria la cognizione della controversia è attuazione concreta del principio generale del *ne bis in idem*.

Nel modello fatto proprio dall'attuale disciplina il rimedio offerto dall'Autorità è propriamente alternativo a quello giurisdizionale: entrambi i procedimenti sono attivati su istanza di parte, hanno il medesimo oggetto e sono posti in essere per la tutela delle medesime situazioni giuridiche soggettive a carattere di-

---

<sup>64</sup> Analoga è la dialettica tra rimedi giurisdizionali e rimedi davanti all'Autorità di regolazione che si è venuta a creare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, ai sensi degli artt. 7, comma 7 e 12, comma 4 del regolamento sempre adottato dall'Agcom con del. 680/13/Cons. In tema, se si vuole, cfr. M. RAMAJOLI, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *Aida*, 2014, p. 88 ss., spec. p. 106 ss.

sponibile. L'esigenza che si intende soddisfare attraverso la previsione di meccanismi di garanzia ulteriori a quelli classici processuali è di fornire una tutela più semplificata, più tempestiva e quindi più efficiente, stante l'inadeguatezza sotto il profilo temporale dei rimedi giurisdizionali, rispondendo così in pieno alla sopra evidenziata logica delle ADR.

Tuttavia l'applicazione del principio del *ne bis in idem* sottende anche l'idea che il procedimento davanti all'Autorità e il procedimento giurisdizionale perseguano parimenti la medesima finalità e cioè la diretta tutela di diritti privati individuali. È evidente però che questo elemento mal si concilia con la sopra evidenziata tendenza del legislatore ad assegnare al procedimento davanti all'Autorità un'esplicita, specifica e spiccata funzione di regolazione.

Tant'è che la proposta di modifica dell'attuale regolamento n. 352/08 per la risoluzione delle controversie tra operatori stabilisce che qualora sia la parte convenuta a rivolgersi al giudice ordinario non si debba archiviare in ogni caso il procedimento. *“Atteso che l'ambito di intervento dell'Autorità è prettamente di carattere regolamentare”*, l'Autorità stessa dovrebbe comunque riservarsi la possibilità di concludere il procedimento instaurato pronunciandosi con un atto interpretativo generale sui temi di propria competenza; ciò dovrebbe avvenire, in particolare, qualora la questione sia di particolare importanza e la sua definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi regolatori<sup>65</sup>.

Ad oggi permane però ancora una tipologia di controversie in cui il legislatore continua a privilegiare la (o, meglio, una particolare) procedura stragiudiziale rispetto ai procedimenti giurisdizionali. Infatti, a differenza delle controversie tra operatori, nelle controversie tra operatori e utenti resta ancora ferma l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, con la conseguenza di rendere improcedibili le eventuali azioni giurisdizionali proposte.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della regola, più volte la Cassazione è intervenuta a chiarire i confini delle controversie tra utenti e operatori, come tali sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione, e ha precisato che esse non sono solo quelle concernenti l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di utenza telefonica, ma anche quelle nelle quali si controverta sull'esistenza stessa di tale contratto. Si è ritenuto che l'adozione di una diversa tesi interpretativa comporterebbe complicazioni processuali non indifferenti, poco rispettose dell'art. 111 Cost., in ordine al principio del giusto processo e della ragionevole durata del medesimo: dapprima il giudice ordinario dovrebbe pronunciarsi sulla sussistenza o meno del contratto e solo nel caso di pronuncia positiva e cioè di accertamento di tale sussistenza, l'attore dovrebbe promuovere dapprima il preventivo tentativo di conciliazione dinanzi al Co.re.com competente per territorio e successivamente l'eventuale azione ordinaria (senza limiti quanto all'oggetto) innanzi al giudice civile<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Allegato B alla del. n. 256/14/Cons, *Documento di consultazione. Modifiche e integrazioni al regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di cui alla del. n. 352/08/CONS*, p. 9.

<sup>66</sup> In questo senso Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2008, n. 24334, ma cfr. altresì Cass. civ., Sez. III, 8 aprile 2010, n. 8362, secondo cui il tentativo obbligatorio di conciliazione trova applicazione anche nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto il risarcimento del danno derivante dall'attivazione di un servizio non richiesto dall'utente, in quanto, trattandosi di applicare un diverso regime tariffario rispetto a quello originariamente concordato, occorre verificare la corretta applicazione di un patto aggiuntivo nell'ambito di un contratto di utenza telefonica già stipulato in precedenza. Invece la disciplina in questione non si applica quando l'attore non abbia stipulato alcun contratto di utenza telefonica e quando si controverta di situazioni soggettive derivanti da rapporti che nulla hanno a che vedere con quello di utenza telefonica; così Cass.

Se quindi nel caso di controversie in tema di accesso e interconnessione i rimedi alternativi si applicano solo relativamente a questioni che, almeno in via indiretta, riguardino prescrizioni regolatorie<sup>67</sup>, invece nel caso di rapporti d'utenza i rimedi sono attivabili ogniqualvolta venga in rilievo una controversia inerente al contratto<sup>68</sup>.

Il primo punto qualificante il modello di tutela nelle controversie che coinvolgono gli utenti sta nell'opzione fatta propria dall'ordinamento di concepire i diversi meccanismi di risoluzione delle controversie come facenti parte di una struttura piramidale o, se si preferisce, come un insieme di tutele crescenti. Quest'insieme tuttavia non è affatto tracciato con chiarezza, ma si ricava mediante una faticosa e macchinosa lettura dei vari frammenti di normativa sparsi in varie fonti di diverso grado. È evidente che questo aspetto è altamente problematico, se si considera che specie nelle *small claims* la previsione di rimedi differenziati di tutela reclama un quadro lineare, semplice e agevolmente conoscibile cui fare riferimento.

Vi è un primo livello di rimedi, rapidi, informali e scarsamente giuridicizzati, che è affidato alle singole imprese<sup>69</sup>.

Tali rimedi rischiano però di soffrire di un *deficit* di effettività, dal momento che non sempre gli utenti sono adeguatamente informati in merito all'esistenza di tali procedure.

Le forme differenziate di tutela si dipanano attraverso le seguenti tappe: qualora un utente non riesca attraverso un reclamo a risolvere direttamente un problema insorto nel rapporto con il fornitore di servizi, l'utente e l'operatore, coadiuvati da una parte terza (i Co.re.com., su delega di funzioni dell'Autorità, ma anche altri organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie, quali le Camere di commercio) sono tenuti a un tentativo di soluzione bonaria alla loro controversia, da concludere entro un termine brevissimo (trenta giorni decorrenti dalla data di proposizione dell'istanza). Infine, dopo la scadenza di tale termine varie sono le strade che è dato percorrere e, di conseguenza, differenziate sono le forme di tutela. Le parti possono proporre ricorso giurisdizionale anche se la relativa procedura non sia stata conclusa purché il relativo termine di conclusione sia spirato. Oppure, se il tentativo di conciliazione ha avuto esito negativo, oppure, nel caso di conciliazione parziale, per i punti ancora controversi, le parti congiuntamente ma anche il solo utente hanno la facoltà di chiedere all'Autorità e ai Co.re.com. da essa delegati la definizione

---

civ., Sez. II, 27 ottobre 2008, n. 25853, che ha cassato la sentenza di merito che aveva accolto l'eccezione preliminare di improponibilità in presenza di un'azione risarcitoria conseguente all'installazione di quattro pali telefonici su terreno di proprietà degli attori.

67 Nello specifico, ai sensi dell'art. 2 della delibera n. 352/08/CONS (Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori) sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione.

68 Sul punto cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione*, cit., p. 70; E.L. CAMILLI-M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 107 ss., 123, secondo cui vi è "un collegamento solo indiretto tra il servizio prestato e gli ulteriori interessi pubblici perseguiti dall'Autorità".

69 È questa una forma di tutela risalente nel tempo, a far data almeno dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994, contenente Principi sull'erogazione dei servizi pubblici; sul punto cfr. S. BATTINI, *La carta dei servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 707 ss.

della controversia<sup>70</sup>. Tuttavia il deferimento della soluzione della controversia all'Autorità non può essere promosso ove siano decorsi più di tre mesi dalla data di conclusione del primo tentativo di conciliazione, ovvero qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria (artt. 3 e 14 del regolamento adottato con delibera 19 aprile 2007, n. 173/07/CONS)<sup>71</sup>.

Si è sopra sottolineato il fatto che il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione rischia talvolta di essere percepito come mero adempimento formale che allunga ulteriormente i tempi della definizione delle controversie. Ma nel caso di controversie che coinvolgono l'utente è l'effettività della tutela che sarebbe vanificata se l'utente stesso non disponesse di forme di tutela differenziate, che costringono la controparte forte a confrontarsi in una sede meno formale del processo, in tempi rapidi e senza costi eccessivi<sup>72</sup>, in armonia con la linea evolutiva del nostro ordinamento verso una generalizzazione della conciliazione preprocessuale obbligatoria, per lo meno in ambito civilistico.

Tuttavia, in ogni caso, la centralità del diritto d'azione di cui all'art. 24 Cost. impedisce di introdurre una disciplina eccessivamente rigida sul punto. A tal proposito va sottolineato come la regola della obbligatorietà del tentativo di conciliazione nella controversie tra utenti sia passata indenne davanti alla Corte costituzionale, nonostante le plurime censure di violazione degli artt. 3, 24, 25 e 102 Cost., nonché dell'art. 6 della Cedu sollevate dai giudici remittenti, che in particolare lamentavano la limitazione del diritto d'azione, la costrizione a un esperimento "dilatatorio" e "defatigante" e l'irragionevole disparità di trattamento tra gli utenti degli organismi di telecomunicazione e gli utenti di servizi diversi, legittimati ad adire direttamente e immediatamente l'autorità giudiziaria<sup>73</sup>.

La Corte ha avuto modo di precisare che la denunciata disparità di trattamento nei confronti degli utenti dei servizi di telecomunicazione muove dall'erroneo presupposto interpretativo secondo cui la prescrizione del tentativo obbligatorio di conciliazione costituirebbe un aggravio per l'utente, quando in realtà tale strumento è finalizzato ad assicurare "l'interesse generale al soddi-

---

70 Ma, fallito il tentativo di conciliazione, se la definizione della controversia è delegata al Co.re.com., è "ciascuna delle parti" e quindi anche l'operatore, a disporre della facoltà "chiedere di definire la controversia" (art. 22 del reg. 173/07/Cons.). Come osserva F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., pp. 228-229, in questo caso un soggetto non può sottrarsi alla scelta dell'altro di investire l'autorità amministrativa della decisione della controversia.

71 Ai sensi dell'art. 84 del Cce, l'Autorità adotta "procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie tra i consumatori e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, relative alle disposizioni di cui al presente Capo ed inerenti alle condizioni contrattuali o all'esecuzione dei contratti riguardanti la fornitura di tali reti o servizi. Tali procedure consentono una equa e tempestiva risoluzione delle controversie prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo, fermo restando la tutela giurisdizionale dei contraenti prevista dalla vigente normativa". In dottrina cfr. M. CLARICH, *La tutela degli utenti tra rimedi amministrativi e giurisdizionali*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 221 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo*, cit., p. 215 ss.

72 Del resto, ancor prima che la controversia venga formalizzata, ciascuna Autorità di regolazione ha il potere di ordinare al soggetto esercente il servizio "la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo ... l'obbligo di corrispondere un indennizzo" (art. 2, comma 20, lett. d), legge n. 481/1995).

73 Cfr. Corte cost. (ord.), 24 marzo 2006, n. 125; (ord.), 6 luglio 2006, n. 268; 30 novembre 2007, n. 403; (ord.), 18 febbraio 2009, n. 51; ma cfr., altresì, sempre sulla giurisdizione condizionata, 13 luglio 2000, n. 276.

*sfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo”, garantendo un più “elevato livello di protezione dei consumatori e promuovendo la fiducia dei consumatori”<sup>74</sup>.*

L’art. 24 Cost. non comporta infatti l’assoluta immediatezza dell’esperimento del diritto d’azione e ciò consente al legislatore di imporre oneri finalizzati a salvaguardare “interessi generali”, con la conseguente dilazione. Nel caso in esame la composizione preventiva della lite assicura un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguibile mediante un processo e quindi una tutela differenziata maggiormente appropriata alla situazione soggettiva di cui si domanda protezione e, al tempo stesso, evita un sovraccarico dell’apparato giudiziario con riferimento alle controversie bagatellari.

In particolare la previsione della cd. giurisdizione condizionata, cioè della giurisdizione il cui esercizio è condizionato alla previa proposizione da parte dell’attore (o del ricorrente) di un rimedio amministrativo, non è contraria a Costituzione fino a che essa non renda eccessivamente difficile l’accesso alla tutela giurisdizionale e non conduca a un sostanziale svuotamento della medesima. Quando l’introduzione di una procedura di tentativo obbligatorio di conciliazione costituisce una condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, occorre sempre esaminare in concreto se ciò sia compatibile con una “*tutela giurisdizionale effettiva*”<sup>75</sup>.

Di conseguenza la giurisprudenza ha ritenuto che non sia necessario esperire preventivamente il tentativo di conciliazione ai fini della proposizione della domanda cautelare davanti al giudice ordinario. Si è ritenuto infatti che il tempo necessario per l’esperimento del tentativo potrebbe compromettere definitivamente esigenze cautelari che debbono essere soddisfatte immediatamente, pregiudicando in radice la stessa possibilità di adire l’autorità giurisdizionale anche in un secondo momento al fine di ottenere un provvedimento utile<sup>76</sup>.

Anche se parimenti l’Autorità è titolare di un potere cautelare, per cui contestualmente alla proposizione dell’istanza per l’esperimento del tentativo di conciliazione o per la definizione della controversia, o nel corso delle relative procedure, l’utente può chiedere ai Co.re.com. delegati oppure all’Autorità l’adozione di provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità nell’erogazione del servizio o a far cessare forme d’abuso o di scorretto funzionamento da parte dell’operatore di telecomunicazioni sino al termine della procedura conciliativa o di definizione (art. 2, comma 2, lett. e), legge n. 481/1995), tuttavia i provvedimenti amministrativi temporanei diretti a garantire l’erogazione del servizio sono privi di quell’esecutività e coercibilità necessarie per rispondere con immediatezza ed effettività alle esigenze di natura cautelare<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Corte cost., sent. n. 403/2007; ord. n. 51/2009.

<sup>75</sup> Corte di Giustizia, 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, Telecom Italia S.p.A.

<sup>76</sup> Trib. Arezzo, 30 agosto 2012, in *www.dejure.it*; Trib. Bari, 18 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, p. 1557 ss.; in passato parte della giurisprudenza di merito aveva ritenuto che il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione costituisse condizione di procedibilità anche dell’azione cautelare innanzi all’autorità giurisdizionale (cfr. Trib. Pescara, 25 ottobre 2006, in *www.dejure.it*). La Corte Costituzionale, tuttavia, con la già citata sentenza n. 403 del 2007, ha dichiarato non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 11, legge n. 249/1997, in riferimento all’art. 24, comma 1, Cost., nella parte in cui, stabilendo il tentativo obbligatorio di conciliazione, escluderebbe anche la possibilità di proporre ricorso in sede cautelare, determinando così una lesione del diritto di agire in giudizio.

<sup>77</sup> Invece il provvedimento di definizione della controversia è un ordine dell’Autorità e

Ma soprattutto il diritto d'azione costituzionalmente garantito impone di non interpretare il tentativo obbligatorio di conciliazione come presupposto per agire in giudizio. In realtà l'originario regolamento dell'Agcom (del. n. 182/02/Cons) qualificava il tentativo in questione proprio come presupposto per agire in giudizio (art. 3, comma 1) e tuttavia la Cassazione aveva già chiarito che esso dovesse intendersi prescritto a pena di improcedibilità, alla luce di una interpretazione conforme al dettato costituzionale<sup>78</sup>.

La questione ha poi trovato una definitiva soluzione con il nuovo regolamento n. 137/07/Cons, che, all'art. 3, prevede la improcedibilità della domanda in sede giurisdizionale fino a che non sia esperito il tentativo e pone un termine di definizione della procedura conciliativa di 30 giorni, decorsi i quali vi è piena possibilità di ricorso giurisdizionale. Di conseguenza, il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione rende l'azione proposta davanti al giudice non improponibile, con conseguente chiusura del processo con una pronuncia di rito, bensì soltanto improcedibile sino a quando non sia spirato il termine per darvi corso o non si sia preso atto del fallimento del tentativo medesimo. In questi casi, fatta comunque salva l'originaria introduzione dell'azione agli effetti sostanziali e processuali, il processo riprende con la rinnovazione del giudizio e, quindi, dell'attività processuale espletata, salvo per quanto le parti avessero consentito di non rinnovare. In altri termini il tentativo obbligatorio comporta unicamente la sospensione dell'azione giurisdizionale già iniziata e la nullità dell'attività processuale svolta, esclusa la domanda giudiziale agli effetti sostanziali e processuali.

Infine, per quanto riguarda i rapporti tra procedimento amministrativo di definizione della controversia davanti all'Autorità di regolazione e processo davanti al giudice ordinario vige la regola dell'alternatività tra rimedi: si è sopra sottolineato che il procedimento davanti all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria (art. 14, comma 2, del. 173/07/Cons).

Tuttavia la normativa tace sulla situazione, speculare alla prima, in cui venga proposta istanza davanti al giudice una volta che sia già stata adita l'Autorità. Si è già sottolineato che, invece, nel caso di controversie tra operatori l'Agcom, nell'esercizio del suo potere regolamentare, ha provveduto espressamente a disciplinare la relazione tra procedimento previamente instaurato davanti all'Agcom e successivo procedimento giurisdizionale, a tutto vantaggio di quest'ultimo. Colmare la lacuna relativa alle controversie con utenti è oltremodo opportuno, al fine di chiarire se, una volta che l'Agcom sia stata adita su richiesta di una sola delle parti, l'altra rimanga libera di agire a tutela dei suoi diritti davanti all'Autorità giudiziaria e, soprattutto, se la procedura innanzi all'Agcom debba essere archiviata in attuazione del principio del *ne bis in idem* oppure possa proseguire in quanto procedimento complementare e non propriamente alternativo<sup>79</sup>.

Infine va ricordato che anche nel caso di controversie con gli utenti l'alternatività tra tutela giurisdizionale e rimedio extraprocessuale non è perfetta sot-

---

l'inottemperanza al medesimo costituisce un illecito per il quale è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa (art. 19, comma 3, del. 173/07/Cons), ma non può essere dotato della forza di titolo esecutivo, perché, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., possono essere considerati titoli esecutivi solo i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva.

<sup>78</sup> Cass. civ., Sez. III, 27 giugno 2011, n. 14103.

<sup>79</sup> Riferendosi alla precedente del. n. 182/02/Cons F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo*, cit., pp. 217-218, ritiene che la procedura innanzi all'Agcom debba essere dichiarata improcedibile.

to il profilo dei risultati ottenibili: le misure elargibili in sede di risoluzione della controversia ad opera dell'Autorità amministrativa non sono identiche a quelle che offre il giudice ordinario, precisando il relativo regolamento che l'Autorità di regolazione può condannare l'operatore a rimborsare le somme risultate non dovute oppure al pagamento degli indennizzi normativamente previsti, ma il maggior danno deve essere chiesto in sede giurisdizionale (art. 19, commi 4 e 5, del. 173/07/Cons.).

b) Per quanto riguarda il settore dell'energia elettrica e del gas, punto fermo della disciplina è segnato dalla legge quadro delle Autorità di regolazione che impone la realizzazione di un meccanismo obbligatorio di conciliazione per le sole controversie tra utenti ed esercenti il servizio, per cui fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile (art. 2, comma 24, lett. b)<sup>80</sup>.

Ma al di là di questa regola è difficile tracciare confini tra i vari rimedi alternativi introdotti e individuare meccanismi di coordinamento tra i medesimi. Per lungo tempo la dinamica di relazioni tra diverse forme di tutela è stata demandata pressoché in via esclusiva all'Autorità di regolazione e da ultimo, in un contesto regolatorio molto complesso e molto stratificato<sup>81</sup>, si è inserito l'art. 44 del d.lgs. n. 93/2011, che attua l'art. 37, par. 11, della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41, par. 11, della direttiva 2009/73/CE<sup>82</sup>. Esso provvede a disciplinare, da una parte, i reclami contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione, per quanto concerne gli obblighi imposti a tali gestori in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale (commi 1-2), dall'altro, i reclami e procedure di conciliazione dei clienti finali nei confronti dei venditori e distributori di gas naturale ed energia elettrica, ove ci si avvalga dell'Acquirente unico (comma 4).

In particolare, il primo tipo di controversie non riguarda né i clienti finali, né i *prosumers*, ossia i soggetti che sono al tempo stesso produttori e consumatori finali di energia elettrica<sup>83</sup>, ma include anche le controversie insorte tra produttori e gestori di rete in relazione all'erogazione del servizio di connessione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, non concernenti obblighi imposti in attuazione a direttive comunitarie (cfr. art. 14, comma 2, lett. *f-ter*, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387).

Con riferimento alle controversie tra operatori e gestore il legislatore, dopo avere fissato tempi rapidi per la decisione (due mesi dalla recezione del re-

---

<sup>80</sup> La già menzionata *Indagine conoscitiva in merito alle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti e gestori del servizio idrico integrato*, cit., pp. 34-35, suggerisce la realizzazione anche nel settore idrico di una procedura di conciliazione obbligatoria prima di un ricorso alla magistratura ordinaria.

<sup>81</sup> Si ricordino almeno, in tema di accesso alle infrastrutture, l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 79/1999, per il settore elettrico; l'art. 35 del d.lgs. n. 164/2000, per il settore del gas; l'art. 14, comma 2, lett. *f-ter*, d.lgs. n. 387/2003, in materia di controversie tra produttori d'energia da fonti rinnovabili e gestori della rete.

<sup>82</sup> Ma cfr. altresì l'art. 3, comma 13, direttiva 2009/72/CE e l'art. 3, comma 9, direttiva 2009/73/CE, che impongono agli Stati membri di predisporre un meccanismo indipendente, come un mediatore dell'energia o un organismo dei consumatori, al fine di assicurare un trattamento efficiente dei reclami e della risoluzione stragiudiziale delle controversie dei clienti finali relative ai servizi di energia elettrica e di gas naturale.

<sup>83</sup> I reclami presentati dai clienti finali e dai *prosumers* possono invece rientrare nell'ambito di applicazione soggettiva rispettivamente del TIQE (del. ARG/elt 198/11) e del TICA (del. ARG/elt 99/08).

clamo), ha demandato il potere di ulteriore specificazione della disciplina all'Autorità, che ha così adottato la del. 188/2012/E/com, più volte rimaneggiata e ampliata nel suo ambito oggettivo di applicazione<sup>84</sup> e che ha sostituito la precedente delibera ARG/elt n. 123/2008. Da questa disciplina emerge anzitutto che non è previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori quale condizione di procedibilità per la trattazione dei reclami<sup>85</sup>, anche se non è escluso che l'istituto della conciliazione possa essere introdotto in fase di completa e definitiva attuazione del già citato art. 44, comma 3, d.lgs. n. 93/2011<sup>86</sup>.

In secondo luogo è disegnata una tutela graduata a tappe, dal momento che per poter adire l'Autorità di regolazione è dapprima necessario realizzare un tentativo di soluzione della controversia direttamente con l'esercente mediante la proposizione di un reclamo, oppure essersi rivolti al Servizio Conciliazione o ancora allo Sportello per il consumatore (art. 3, comma 1, del. 188/2012/E/com). Nell'eventualità in cui sussista il pericolo di danni gravi e irreparabili il reclamo può essere presentato contestualmente al gestore e all'Autorità, mentre se è stato già presentato ricorso davanti all'autorità giudiziaria il reclamo proposto all'Autorità di regolazione viene archiviato (art. 3, commi 5 e 9).

Per quanto riguarda le controversie dei consumatori, in attuazione delle già menzionate direttive comunitarie intese a rafforzare la tutela in particolare dei clienti vulnerabili, l'art. 44, comma 4, d.lgs. n. 93/2011, ha imposto all'Autorità di assicurare "il trattamento efficace" delle procedure di conciliazione dei clienti finali nei confronti dei venditori e dei distributori di gas naturale ed energia elettrica, "avvalendosi dell'Acquirente unico". Attualmente anche con riferimento a questo tipo di controversie gli strumenti di tutela sono differenziati e concepiti a più livelli: si va dai reclami dei clienti finali agli esercenti al Servizio Conciliazione clienti energia (del. 260/2012/E/com; del. 605/2014/E/com), dallo Sportello per il Consumatore (del. 323/2012/E/com; del. 548/2012/E/com; del. 162/2013/E/com), fino al procedimento di decisione del reclamo davanti all'Autorità<sup>87</sup>. In linea di massima, mentre lo Sportello, gestito in avvalimento dall'Acquirente Unico, fornisce indicazioni circa le modalità di risoluzione di una controversia i cui aspetti sono regolati, il Servizio Conciliazione, il quale s'avvale anch'esso dell'Acquirente Unico, è una procedura volontaria di risoluzione extragiudiziale delle controversie che si svolge integralmente *on line*, mediante incontri virtuali con un conciliatore terzo e imparziale, su qualsiasi contenzioso, relativo ad aspetti sia regolati sia non regolati (ad eccezione di aspetti fiscali o tributari), relativi alla fornitura. Presupposto per l'accesso a questi due strumenti di tutela è la presenza di un preventivo reclamo al venditore/distributore e tra essi, entrambi gratuiti, è prevista l'alternatività<sup>88</sup>, al fine di evitare parallelismi e duplicazioni, anche se resta la facoltà del cliente, che già si è rivolto allo Sportello, di accedere ugualmente al Servizio Conci-

---

84 Da ultimo cfr. art. 29 della del. 46/2015/R/gas, ai sensi del quale le controversie insorte tra produttori e gestori di rete per le connessioni di impianti di biometano alle reti del gas naturale sono risolte con decisione vincolante dell'Autorità ai sensi della deliberazione 188/2012/E/com.

85 Evenienza invece contemplata in alcune norme del Codice di rete tipo per la distribuzione del gas naturale.

86 In questo senso del. 188/2012/E/com, in replica alle osservazioni pervenute in merito al documento di consultazione.

87 Senza poi dimenticare gli strumenti risultanti da accordi bilaterali tra le associazioni di consumatori e gli operatori di settore, quali le conciliazioni paritetiche.

88 Come pure rispetto ad altre procedure di risoluzione, quali le Conciliazioni paritetiche.

liazione nel caso di assenza di regolazione, o di zone grigie di disciplina, oppure nell'ipotesi di richiesta di danni (del. 93/2013/E/com); è parimenti prevista l'improcedibilità del reclamo già oggetto di procedimento giurisdizionale (del. 162/2013/E/com).

La molteplicità di forme di tutela è sicuramente una ricchezza, perché consente al soggetto di scegliere la procedura che meglio s'adatta alla controversia di cui è parte, all'insegna di quella "appropriatezza" della tutela insita nelle ADR. Tuttavia questa molteplicità porta con sé parimenti il rischio di incertezza e disorientamento in capo al soggetto debole, stante la mancanza di una razionalizzazione e di una semplificazione del mosaico di tutele, che impedisce a chi ne fruisce di avere la piena consapevolezza della loro diversa portata ed efficacia<sup>89</sup>.

In questa logica è attualmente in discussione una riorganizzazione degli strumenti di assistenza disponibili ai clienti vulnerabili per la trattazione dei loro reclami e in particolare la scelta tra un modello che prevede un unico strumento, costituito da una serie di strumenti coordinati, e un modello ancora articolato su livelli plurimi, ma maggiormente integrati tra loro, nonché la scelta tra l'ipotesi di un approccio sequenziale alla trattazione dei reclami o l'ipotesi di un'alternatività fra procedure<sup>90</sup>. Ma forse non è a livello di disciplina regolamentare settoriale che è opportuno intervenire, come si cercherà di dimostrare in seguito.

## 6. La dialettica tra istanze di differenziazione ed esigenze di uniformità e la dialettica tra ruolo della regolazione e ruolo della legge

Nei settori regolati la soluzione alternativa delle controversie è affidata a una pluralità di strumenti eterogenei: i rimedi introdotti nei settori regolati sono tanti e molto diversi gli uni dagli altri, quanto a struttura, forma, finalità e grado di effettività. Si è più volte sottolineato che le ADR soddisfano un'istanza di differenziazione, dove l'alternatività è intesa come appropriatezza della tutela offerta. Si è anche cercato di dimostrare che la logica delle ADR ben si armonizza con la logica della regolazione, contribuendo entrambe a disegnare un nuovo tipo di diritto contrassegnato da elasticità e consensualità, inteso a disciplinare relazioni di durata che si estendono nel tempo. Nel caso dei rimedi alternativi nei settori regolati prevale una dialettica di tipo facilitativo in cui s'analizzano le ragioni del conflitto, i risultati che le parti si prefiggono nell'avanzare le relative pretese e, soprattutto, la possibilità di risolvere il conflitto con un assetto, eventualmente innovativo, idoneo a soddisfarle entrambe in una prospettiva di lungo periodo. I rimedi alternativi assolvono così una funzione non integralmente coincidente a quella propria dei rimedi giurisdizionali, dal momento che essa trascende il singolo caso di specie. Profili soggettivi e

---

<sup>89</sup> Le scienze cognitive forniscono un prezioso ausilio con riferimento a queste problematiche, grazie alle nozioni di capacitazione e di *empowerment* cognitivo del consumatore, sulle quali si rinvia a F. DI PORTO, *Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it).

<sup>90</sup> AEEGSI, *Linee guida per la razionalizzazione del sistema di tutele dei clienti finali per la trattazione dei reclami e la risoluzione extragiudiziale delle controversie tra clienti finali ed esercenti dei servizi regolati*, 7 agosto 2014.

oggettivi (intesi come ordinamentali) di tutela s'intersecano tra loro, in quanto i rimedi in questione offrono un peculiare tipo di *enforcement* della regolazione, la quale tramite l'emersione del conflitto meglio riesce a correggere i suoi errori ed a colmare le sue lacune.

Nondimeno si rischiano di perdere i vantaggi insiti nella varietà di meccanismi di risoluzione alternative delle controversie qualora le forme differenziate di tutela non siano organizzate secondo sistema. Come l'analisi ha tentato di chiarire, nei settori regolati accentuate sono la frammentarietà e la disomogeneità del quadro normativo di riferimento: ogni settore regolato, o, meglio, ogni singolo sottosettore regolato<sup>91</sup> è un mondo a sé, che obbedisce a (numerose e poco coordinate) regole peculiari di tutela e che rende difficoltosa l'emersione di eventuali costanti. A ciò si aggiunga che le modifiche in materia si susseguono a ritmo vorticoso e spesso restano in piedi tronconi di disciplina che s'innestano in contesti normativi mutati, in modo tale che le forme di tutela differenziata paiono quasi giustapposte e non inquadrabili all'interno di un disegno sistematico, creando un alto livello di confusione applicativa.

Da tempo si discute in ordine all'opportunità di predisporre una disciplina legislativa unitaria delle Autorità di regolazione, o, meglio, più in generale delle autorità indipendenti. Già durante la XIV legislatura l'allora Ministro per la funzione pubblica aveva prospettato l'elaborazione di un testo di riforma organico del sistema delle autorità amministrative indipendenti, sulla base delle risultanze dell'indagine conoscitiva svolta in precedenza dalla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati<sup>92</sup>.

Successivamente – e paradossalmente – si è ritenuto di perseguire l'istanza di omogeneità delle Autorità non mediante la previsione di una legge generale, bensì attraverso diversi spezzoni di normative, ossia vari decreti d'urgenza introduttivi di volta in volta di specifiche disposizioni volte a uniformare segmenti di disciplina (art. 1, commi 65 e ss., legge 23 dicembre 2005, n. 266; art. 47-*quater* del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, come convertito nella legge 28 febbraio 2008, n. 31; art. 23 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, e soprattutto art. 22 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, significativamente rubricato Razionalizzazione delle autorità indipendenti)<sup>93</sup>.

Fino ad oggi questa, sia pur limitata, tendenza all'uniformità ha riguardato solamente i profili relativi all'organizzazione e all'attività delle Autorità, mai invece quello giudiziale. Infatti vi è stato un solo isolato tentativo di uniformare anche la disciplina processuale delle Autorità di regolazione, in particolare sotto il profilo della competenza funzionale, prevedendo il comma 12 dell'art. 22 del d.l. n. 90/2012 l'abrogazione della norma del c.p.a. che devolve la compe-

---

91 Si pensi alle già in precedenza evocate procedure di ADR nel settore idrico, su cui l'Aeegsi ha avviato un'indagine conoscitiva, conclusasi con del. 97/2015/E/idr, a seguito dell'attribuzione alla medesima delle funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici ad opera dell'art. 21, commi 13 e 19, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214.

92 A tutt'oggi il più importante disegno di riforma organica delle Autorità è il disegno di legge A.S. 1366, recante Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi, presentato dal governo Prodi il 5 marzo 2007 nel corso della XV legislatura, sul quale cfr. G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Le Autorità al tempo della crisi*, Il Mulino, Bologna, 2009, nonché M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in *www.aic*.

93 Non senza contraddittorietà; si pensi, ad esempio, al fatto che, mentre è intervenuto l'art. 47 *quater* del d.l. n. 248/2007 per uniformare la durata in carica dei membri di tutte le autorità (sette anni, senza possibilità di rinnovo), successivamente l'art. 5 del d.l. n. 101/2013 ha disposto che la durata dell'Autorità nazionale anticorruzione sia invece di sei anni.

tenza esclusiva delle controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico al Tar Lombardia, ma la disposizione è stata poi soppressa in sede di conversione in legge. Comunque, se l'intento di concentrare nel solo Tar Lazio l'intero contenzioso in materia di regolazione muove dall'esigenza di pervenire a indirizzi giurisprudenziali il più possibile uniformi già in sede di primo grado di giudizio, è stato giustamente notato che pure oggi si è in presenza di una giurisprudenza complessivamente omogenea e privilegiante logiche interne, in ragione del fatto che il contenzioso nei confronti dell'Aeegsi è trattato dal Tar Lombardia, Milano<sup>94</sup>.

Manca invece una disciplina legislativa unitaria, neppure a livello di progetto, con riferimento a quegli aspetti che più necessiterebbero di uniformità e tra essi sicuramente rientrano quelli relativi alle forme differenziate di tutela non giurisdizionale. Sia per le controversie che coinvolgono unicamente operatori economici sia per le controversie tra imprese e utenti del servizio si dovrebbe costruire un vero e proprio sistema integrato e organico di tutele alternative, valevole per ogni settore regolato. Vi sono alcuni snodi nevralgici della disciplina dei rimedi alternativi che reclamano soluzioni uniformi, relative al grado di stabilità della decisione e agli strumenti intesi a garantirne l'ottemperanza, alle modalità per informare il singolo dei vari rimedi disponibili, ai meccanismi di coordinamento tra le diverse forme di tutela differenziate e alla relazione tra rimedio alternativo e tradizionale rimedio giurisdizionale<sup>95</sup>.

Infatti anche in un ambito come quello regolatorio, contraddistinto da tecnicismo, elasticità e consensualità, la legge deve continuare ad assolvere un ruolo essenziale nel disegnare le forme differenziate di tutela, perché essa è fondamentale strumento di garanzia per i litiganti. Vero è che tratti qualificanti dei rimedi alternativi sono l'informalità e la flessibilità, ma questo rapporto di sofferenza con la legge non deve far dimenticare che la legge è e resta un fondamentale strumento di tutela per le parti. È la precostituzione di un minimo di regole procedurali da parte del legislatore ad assicurare generalità, uniformità, certezza e stabilità del quadro normativo, beni supremi laddove sorgano controversie da risolvere.

---

94 Sul carattere omogeneo e privilegiante logiche interne dalla giurisprudenza del Tar Lombardia cfr. A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 73 ss., 78.

95 Quello dell'ottemperanza alle decisioni che risolvono in via alternativa una controversia è un tema nevralgico, perché l'effettività della tutela passa attraverso meccanismi forti per garantire l'ottemperanza. Si pensi, ampliando l'orizzonte di riferimento, alle decisioni dell'organo di aggrudicazione del WTO, per cui se i Paesi membri della WTO sono condannati per non avere rispettato quanto previsto negli accordi istitutivi della WTO e a questi collegati, gli Stati vincitori della controversia ai sensi degli artt. 21 e 22 del *Dispute Settlement Understanding* hanno il potere, se autorizzati da un nuovo *Panel* appositamente interpellato, di applicare dazi e tariffe normalmente vietati nei confronti dello Stato soccombente. In tema cfr. S. CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009, p. 131.