

MARGHERITA RAMAJOLI

## PROCEDIMENTO REGOLATORIO E PARTECIPAZIONE (\*) (\*\*)

Sommario. 1. Procedimento amministrativo tra *rule making* e *adjudication*. – 2. Profili strutturali della partecipazione al procedimento regolatorio: il metodo del *notice and comment*. - 3. Profili funzionali della partecipazione al procedimento regolatorio: mandato legislativo impreciso, irresponsabilità politica e legalità procedimentale. - 4. Conflittualità esasperata nell'*adversarial system*. – 5. Obbligo di motivazione e giustificabilità del processo decisionario. - 6. Costi della partecipazione: ossificazione, cattura del regolatore e regolazione negoziata. – 7. La sfida della regolazione e il significato ultimo della partecipazione al procedimento regolatorio.

1. Le Autorità di regolazione svolgono sia un'attività propriamente di regolazione, intesa all'adozione di decisioni di ampia portata rivolte ad un numero indeterminato di destinatari, sia un'attività cd. di aggiudicazione, altrimenti definibile, con linguaggio più vicino al nostro tradizionale, attività puntuale volta all'adozione di decisioni amministrative su casi singoli. Si pensi alla diversità, immediatamente percepibile, tra atti determinativi dei livelli di qualità dei servizi, da un lato, e atti sanzionatori o contenziosi o di decadenza da specifici benefici, dall'altro <sup>(1)</sup>.

Tuttavia non è sempre agevole distinguere tra attività di regolazione e attività puntuale. Esistono atti generali di natura "semi-provvedimentale" che producono effetti individuabili *ex ante* sui singoli operatori, oppure atti puntuali che non producono effetti *una tantum*, ma semmai effetti strutturali e diacronici. Esempio del primo tipo sono le delibere sull'interconnessione, che hanno un numero ridotto di destinatari, mentre esempio del secondo tipo è la delibera che introduce e disciplina l'obbligo di cessione di capacità produttiva virtuale (VPP), che si sostanzia in una dismissione, ossia nell'obbligo in capo agli operatori indispensabili, ovvero all'Enel, di trasferire una quota predefinita della loro produzione ai concorrenti, a prezzi determinati sulla base di un'asta <sup>(2)</sup>.

Questo facile trapasso della linea di confine tra atti generali e atti puntuali costituisce un elemento problematico, sul quale occorrerà ritornare una volta chiarite le coordinate di fondo in materia.

Alla bipartizione tra funzioni di *rulemaking* e funzioni di *adjudication* segue una consequenziale bipartizione della disciplina del relativo procedimento, mutando anche il ruolo che di volta in volta assume in esso la partecipazione dei soggetti interessati. Questo è il risultato, ancora provvisorio, di un percorso evolutivo che ha conosciuto diverse fasi di sviluppo.

In un primo momento il legislatore si è disinteressato pressoché completamente dell'argomento, in ciò supportato dalla giurisprudenza amministrativa, restia a valorizzare la partecipazione ai procedimenti

---

### **(\*\*) Relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri su "La Regolazione dei servizi di interesse economico generale", Firenze, venerdì 6 novembre 2009**

(\*) Desidero ringraziare Sabino Cassese e Bruno Tonoletti per i loro commenti alla prima redazione di questo scritto.

<sup>1</sup> Sul punto G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1997, 647 ss.; M. D'ALBERTI, *Procedimenti "generali" e "singolari": problemi attuali e miglioramenti possibili*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 91 ss., 92.

<sup>2</sup> M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 9 ss., 14; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 317 ss.; K. MARCANTONIO, *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, a commento di Tar Lombardia, Milano, 17 gennaio 2006, n. 246, in *Giorn.dir.amm.*, 2006, 1117. In tema cfr. anche, sia pure con diversità di accenti, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 97 ss., 108.

davanti alle Autorità di regolazione<sup>(3)</sup>. Si è poi passati ad una fase prevalentemente di autoregolamentazione da parte delle Autorità medesime, accompagnata da una maggiore, anche se non compiuta, consapevolezza giurisprudenziale del ruolo della partecipazione nei procedimenti in questione<sup>(4)</sup>. Si giunge da ultimo alla fase attuale, caratterizzata da una puntuale e avanzata disciplina normativa, specie a causa dell'incidenza del diritto comunitario<sup>(5)</sup>, la quale nondimeno lascia alcuni problemi aperti.

Se si limita l'analisi ai procedimenti propriamente di regolazione, il punto di partenza va ravvisato nel fatto che l'art. 3, comma 2, della legge n. 241/90, non richiede la motivazione per gli atti a contenuto generale, mentre l'art. 13 esclude i relativi procedimenti dall'ambito di applicazione del Capo III della legge, che contiene i più rilevanti istituti di partecipazione<sup>(6)</sup>.

Questa esclusione è stata interpretata come rinvio alle discipline di settore, sia perché ai procedimenti intesi all'adozione degli atti generali mal si addice una disciplina uniforme, essendo essi notevolmente differenziati, sia perché le misure partecipative disegnate dalla legge n. 241/90 sono inadeguate nel caso di procedimenti regolativi, visto che la presentazione di memorie e scritti (art. 10) non garantisce un effettivo coinvolgimento dei privati nelle scelte amministrative, massimamente indispensabile nel caso di decisioni di tipo regolatorio<sup>(7)</sup>.

Tuttavia manca una normativa generale sulle procedure preliminari all'adozione di regole da parte delle Autorità di regolazione, anche se essa è stata da più parti caldeggiata, in quanto in grado di individuare

---

<sup>3</sup> "E' inammissibile la domanda di un'associazione nazionale di emittenti o reti televisive private volta all'accertamento del diritto ad essere consultata da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in quanto tale diritto non è desumibile dalla vigente normativa" (Tar Lazio, sez. I, 4 maggio 1999, n. 997).

<sup>4</sup> Cons.Stato, sez. VI, 20 luglio 2009, n. 4558, ha annullato la delibera con cui l'AGCom imponeva agli operatori di telefonia fissa di attivare automaticamente agli utenti il blocco permanente delle chiamate dirette verso numerazioni per i servizi a sovrapprezzo, in quanto adottata senza la prescritta procedura di consultazione. Vi sono, però, alcune pronunce, specie in materia radiotelevisiva, che si pongono sulla falsariga tracciata dall'art. 21-*octies* della legge n. 241/90: si afferma così che nessuna violazione delle garanzie procedurali è stata perpetrata allorché i soggetti interessati, pur non avendo ricevuto avviso dell'avvio del procedimento, sono stati consultati in via informale e con esiti non verbalizzati, atteso che l'obiettivo perseguito dalla legge n. 241/90 è di mettere in condizione gli interessati di prendere parte al procedimento amministrativo (Tar Lazio, Roma, sez. III, 8 marzo 2007, n. 2235).

<sup>5</sup> Nel settore delle comunicazioni elettroniche l'art. 6 della direttiva 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE ha imposto agli Stati membri di assicurare che le Autorità rispettino specifici obblighi di consultazione preventiva e il Protocollo n. 7 del Trattato di Amsterdam impone alla Commissione europea di dare corso a consultazioni preventive in concomitanza con l'avvio dei procedimenti normativi; cfr. Comunicazione 11 dicembre 2002, *Verso una cultura rafforzata della consultazione e del dialogo. Principi generali e standard minimi per la consultazione da parte della Commissione dei soggetti interessati*, COM (2002), 704. Sul punto cfr. anche *infra*. Non può qui essere affrontato un tema limitrofo a quello in esame e cioè il cd. concerto regolamentare, che prevede un contraddittorio tra le diverse autorità nazionali di regolazione e porta a vere e proprie reti di regolatori nazionali che esercitano le proprie funzioni in modo coordinato; sul punto si rinvia a S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn.dir.amm.*, 2002, 689 ss.; sull'evoluzione che ha subito la disciplina dei procedimenti regolatori in ragione della frammentazione dello spazio regolatorio, cfr. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 113 ss.

<sup>6</sup> Ben diversa era l'originaria proposta della Commissione Nigro, che non richiedeva la motivazione solo se specifiche disposizioni lo avessero escluso esplicitamente, se l'amministrazione si fosse conformata ad una domanda e l'atto non avesse leso i terzi, oppure se per la semplicità dell'atto e la sua ripetitività le ragioni della decisione fossero implicite (art. 4 dello schema di disegno di legge contenente "Disposizioni dirette a migliorare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa", pubblicato in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1990, 177 ss.). Inoltre, sempre l'originario disegno di legge predisposto dalla Commissione Nigro prevedeva anche l'istruttoria pubblica "per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche, che incidano in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territori", in una parola, per i cd. procedimenti di massa. Lo strumento aveva lo scopo di realizzare finalità istruttorie con un metodo accentuatamente e originariamente partecipativo; così M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir.proc.amm.*, 1989, 5 ss., 10, 24; G. PERICU, *I procedimenti di massa*, in *Scritti scelti*, Milano, 2009, 601 ss.

<sup>7</sup> Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 271-272; G. NAPOLITANO, *Regole*, cit., 107-110; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2004, 679 ss., 686.

un nucleo minimo di garanzie di trasparenza e di contraddittorio applicabile necessariamente da qualsivoglia Autorità<sup>(8)</sup>.

Inoltre le singole leggi istitutive delle Autorità di regolazione non prevedono particolari garanzie procedurali e risultano altresì ambigue nell'individuare il soggetto competente a dettare le norme in materia e nel differenziare la disciplina a seconda del tipo di potere esercitato. La legge istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, la legge n. 481/1995, rimette ad appositi regolamenti governativi la definizione delle procedure relative alle attività svolte dall'Autorità<sup>(9)</sup>, ma contemporaneamente getta le basi per demandare alla stessa Autorità il modo in cui esercitare i propri poteri, riconoscendole autonomia organizzativa (art. 2, comma 27) e prevedendo che l'Autorità disciplini audizioni periodiche e audizioni speciali delle organizzazioni titolari di interessi collettivi (art. 2, comma 23) ed emetta le direttive relative alla produzione e all'erogazione dei servizi "sentiti i soggetti esercenti e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori" (art. 2, comma 12, lett. h)<sup>(10)</sup>.

Pertanto, nel settore energetico l'Autorità quasi subito si è attivata adottando la delibera n. 61/97, che regola tutti i procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Aeeg e prevede altresì una disciplina *ad hoc* per l'emanazione di atti normativi e a contenuto generale (art. 5). È intervenuto successivamente, con notevole ritardo rispetto ai tempi prescritti per legge, il regolamento governativo, che, però, detta norme solo per i procedimenti individuali, demandando espressamente all'Autorità la disciplina procedimentale degli atti generali (d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244)<sup>(11)</sup>. Da ultimo, è stata adottata la delibera 30 ottobre 2009 - GOP 46/09, che contiene una nuova disciplina dei procedimenti di regolazione dell'Aeeg, sostitutiva di quella contenuta nella risalente delibera n. 61/97, ed emanata a seguito di una consultazione preventiva volta ad acquisire il contributo di tutti i soggetti interessati<sup>(12)</sup>.

Anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, la legge istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la legge n. 249/1997, tace sulla disciplina dei procedimenti per la formazione delle sue decisioni, la quale risulta implicitamente demandata al regolamento di organizzazione e di funzionamento dell'Autorità, adottato con delibera n. 17 del 16 giugno 1998. Ma il regolamento non si premura di distinguere tra procedimenti volti all'emanazione di atti generali e procedimenti individuali (artt. 31 ss.) e introduce una normativa sommaria e rudimentale, più volte modificata nel corso degli anni<sup>(13)</sup>.

Solo con l'art. 6 della direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002, recepita dall'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259), sono state introdotte alcune garanzie essenziali in tema di partecipazione ai procedimenti generali e per il resto, ai sensi dell'articolo stesso, si rinvia alle normative in tema di procedure di consultazione da emanarsi sia dall'AGcom (ora delibera dell'Autorità n. 453/03/CONS, mentre per i procedimenti individuali cfr. del. n. 425/01/CONS; n. 336/03/CONS in tema di

---

<sup>8</sup> Lamentano questa mancanza M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. TESAURO e M. D'ALBERTI, Bologna, 2000, 171 ss., 178; Id., *Procedimenti "generali" e "singolari"*, cit., 92-93; G. AMATO, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 97 ss., 101; AGCM, *Segnalazione 20 dicembre 2001*, AS 226.

<sup>9</sup> "Atte a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione", come recita l'art. 2, comma 24, lett. a, legge n. 481/1995.

<sup>10</sup> Sottolinea come questo ulteriore tratto di indipendenza accentui la diversità delle AR dalla restante pubblica amministrazione, "che non è padrona della disciplina del proprio procedimento, dettata, invece, dalla legge", S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 37 ss., 37; critico sul punto G. AMATO, *Conclusioni*, cit., 100, secondo cui "è difficile affidarsi ad un giudice soggetto soltanto alla legge, che poi ha potestà di determinare autonomamente le norme che gli si applicano".

<sup>11</sup> L'Autorità, "qualora lo ritenga opportuno, definisce forme di introduzione delle istanze dei soggetti portatori di interessi pubblici e privati nei procedimenti di formazione degli atti normativi o degli atti a contenuto generali"; così l'art. 2, comma 2).

<sup>12</sup> Cfr. delibera 18 marzo 2009, GOP 9/09, avvio del procedimento di consultazione per l'adozione della "Disciplina dei procedimenti di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas".

<sup>13</sup> Per questo giudizio cfr. S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza*, cit., 38-39; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 602 ss.

procedimenti sanzionatori, del. n. 148/01/CONS in tema di risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazione) e sia dal Ministero (<sup>14</sup>).

2. L'attuale disciplina della formazione di atti propriamente di regolazione nel settore energetico e in quello delle comunicazioni risulta assai avanzata sotto il profilo dell'acquisizione del contributo dei soggetti interessati. Tutti hanno l'opportunità di partecipare alla creazione della norma tramite la produzione di dati e argomentazioni scritte e orali.

La disciplina è pressoché simile nei due settori, tuttavia solo nel settore delle comunicazioni elettroniche non sono sottoposte a consultazione tutte le proposte di delibera, ma solo quelle che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento (art. 11, comma 1, Codice delle comunicazioni elettroniche).

Modello di ispirazione per il nostro procedimento regolatorio è lo statunitense *notice and comment*, adottato per l'attività di *rulemaking* informale, cioè normative in senso lato. A sua volta, il *notice and comment*, previsto per la prima volta dall'*Administrative Procedure Act* del 1946, ricalca il metodo dei *legislative hearings*.

Così recita la lett. c, § 553, *Section 4*, APA: “*After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rulemaking through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose*”. L'*agency* rende noti in anticipo mediante pubblicazione i contenuti dell'atto di cui propone l'adozione (fase di *notice*), consente ai soggetti interessati di fornire i loro commenti su tali proposte (fase di *comment*) e dà conto, sia pure sommariamente, delle ragioni che stanno alla base della decisione, rendendo pubblica “una dichiarazione dei principi fondamentali e degli obiettivi” (<sup>15</sup>).

Analogamente in Italia, con la deliberazione di avvio del procedimento di regolazione, generalmente pubblicata sul sito telematico dell'Autorità (<sup>16</sup>), è diffusa una versione preliminare del provvedimento da adottare al fine di acquisire, entro un termine stabilito, osservazioni provenienti da chiunque, anche da singoli privati. Non vi sono infatti vincoli nel proporre all'Autorità note e considerazioni sui documenti di consultazione (<sup>17</sup>).

Con la pubblicazione del documento relativo all'intervento regolativo si intende garantire una sufficiente conoscenza del progetto di decisione da assumere, al fine di innescare un effettivo processo partecipativo. Spesso i documenti di consultazione, oltre ad individuare le finalità che si intendono perseguire, contengono una o più ipotesi di regolazione e eventualmente anche uno schema di regolamento, con allegati dati e analisi quantitative nel caso di documenti più complessi.

Anche se il dettato positivo appare chiaro in ordine alla necessità di creare sin da subito per condizioni per consentire a tutti gli interessati la partecipazione procedimentale, tuttavia ci si scontra con una

---

<sup>14</sup> La frammentazione di compiti regolatori tra Autorità di regolazione e Ministeri è indubbiamente un dato problematico, che però non può essere in questa sede affrontato (cfr. comunque *infra*, spec. nt. 26).

<sup>15</sup> Su questa disposizione cfr. S. BREYER, R. STEWARD, C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, New York, 2006, VI ed., 479 ss.; A. SCALIA, *Le independent regulatory agencies nell'ordinamento statunitense*, in *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Milano, 1996, 31 ss.; F. BOCCHINI, *Adjudication e rulemaking power nell'esperienza giuridica*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunit.*, 2006, 171 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2007, 13 ss.

<sup>16</sup> Mezzo reputato idoneo dalla giurisprudenza; cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 138. Cfr. ora art. 4.6 della delibera GOP 46/09.

<sup>17</sup> Il termine per la presentazione di osservazioni e proposte non può essere di norma inferiore a trenta giorni dalla diffusione del documento di consultazione (art. 11, comma 1, codice delle comunicazioni elettroniche; art. 4 del. GOP 46/09).

giurisprudenza piuttosto ondivaga sul punto. Da una parte, essa afferma che anche atti a contenuto generale, quali, ad esempio, quelli che definiscono i prezzi dell'energia elettrica all'ingrosso nel mercato vincolato, devono essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento, non solo perché lo stabilisce espressamente l'art. 5, comma 1, del. n. 61/97 (ora art. 2 delibera GOP 46/09), ma anche perché in generale una regolazione disposta "senza contraddittorio con i soggetti interessati, dall'alto" non può che dirsi viziata<sup>(18)</sup>. Dall'altra, essa ritiene legittima una delibera (nella specie che dispone l'aggiornamento dei prezzi di cessione dell'energia elettrica prodotta mediante fonti rinnovabili) adottata senza comunicazione dell'avvio di procedimento, sostenendo che agli atti generali non si applicano le norme del Capo III della legge n. 241/90<sup>(19)</sup>. Alcune volte poi la fattispecie concreta si presenta complessa, in ragione della già segnalata ambiguità degli atti di regolazione, in grado di assumere contemporaneamente veste generale e veste puntuale, e pertanto non è chiaro quale disciplina procedimentale occorra seguire in materia<sup>(20)</sup>.

Invero, uniche eccezioni alla comunicazione di avvio di procedimento regolatorio devono riguardare vuoti modifiche di mero dettaglio di provvedimenti già adottati<sup>(21)</sup>, vuoti ipotesi in cui sussistano motivi di oggettiva urgenza e necessità; in particolare, occorre la cd. urgenza qualificata, ossia le ragioni di urgenza devono essere di gravità tale da non consentire la partecipazione senza che risulti compromesso il soddisfacimento dell'interesse pubblico<sup>(22)</sup>.

Ora, però, nel settore energetico gli artt. 4.3 e 4.4 della delibera GOP 46/09 sottraggono esplicitamente alla consultazione gli atti di regolazione che hanno un contenuto vincolato, oltre a quelli attuativi di precedenti atti di regolazione, e affermano altresì che non è necessaria la consultazione se incompatibile con esigenze di "straordinaria urgenza, emergenze o segretezza". Le esclusioni e le deroghe così introdotte al metodo partecipativo risultano non sufficientemente determinate, anche se ciò è controbilanciato dal fatto che l'Autorità ha l'obbligo di indicare le ragioni che non le consentono di procedere alla consultazione e ha la facoltà di attivare una consultazione *ex post*, allo scopo di apportare eventuali adeguamenti e integrazioni dell'atto di regolazione adottato (art. 5.2 del. cit.).

Alla fase di pubblicazione del documento segue la fase partecipatoria vera e propria. Sono previste due diverse forme di partecipazione: da un lato, un contraddittorio di tipo cartaceo realizzato per mezzo di osservazioni scritte sulla proposta di provvedimento, le quali nel settore energetico sono pubblicate, ai sensi dell'art. 4.10 della delibera GOP 46/09, sul sito internet a cura del responsabile del procedimento; dall'altro, un contraddittorio in forma orale per mezzo dell'ascolto, in occasione di apposite audizioni speciali davanti al collegio dell'Autorità, delle istanze di cui i regolati si fanno portatori. La fase di raccolta dei contributi è

---

<sup>18</sup> Cons.Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105.

<sup>19</sup> Cons.Stato, sez. VI, 16 febbraio 2002, n. 961.

<sup>20</sup> Così il giudice di primo grado ha ritenuto che l'avvio del procedimento di adozione di una delibera dell'Autorità destinata a produrre effetti tariffari nei confronti della generalità degli utenti del sistema elettrico, ma che al tempo stesso privi il Gestore del sistema elettrico di un provento dell'attività di vendita di ramo d'azienda e quindi presenti anche un carattere afflittivo per la società interessata, debba essere comunicato personalmente a tale società, "dal momento che la partecipazione di quest'ultima al procedimento può far rilevare elementi, di fatto e di diritto, che inducano l'amministrazione a recedere dall'adozione dell'atto finale o a modificarne il dichiarato intendimento" (Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 16 gennaio 2007, n. 39). Invece, il Consiglio di Stato ha sostenuto che l'atto in questione è solo e sicuramente un atto generale tariffario e ha poi fatto propria la posizione meno garantista in materia, secondo cui la caratterizzazione generale del provvedimento tariffario esonera l'Autorità dal comunicare l'avvio del procedimento. "La circostanza che il mercato in oggetto sia *ratione naturae* ristretto e che il provvedimento stesso, in ultima analisi, finisca per produrre effetti nei confronti di soggetti determinati e preconsoscibili, non può condizionare l'apprezzamento sino ad obliarne la natura di atto generale ed in senso impositivo di un obbligo che *ex lege* non sussiste" (Cons.Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 258).

<sup>21</sup> Cons.Stato, sez. VI, 23 aprile 2007, n. 1822, secondo cui la delibera che apporta modifiche e integrazioni a precedenti deliberazioni non abbisogna di una rinnovazione integrale della partecipazione procedimentale, in ragione della caratterizzazione marginale e della connotazione funzionale delle modifiche apportate.

<sup>22</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 1997, n. 2229; Tar Lombardia, sez. II, 19 dicembre 2002, n. 5281; Tar Lombardia, sez. II, 27 gennaio 2003, n. 171. Ad esempio, i *black out* elettrici verificatisi nel 2003 hanno determinato un'urgenza di provvedere che legittima una compressione del contraddittorio nell'adozione di una modifica del sistema delle fasce orarie (Cons.Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 976).

altresì comprensiva di seminari tecnici illustrativi, rivolti in genere non tanto alle imprese del settore, quanto piuttosto ai soggetti meno esperti, quali le associazioni dei consumatori o i movimenti ambientalisti <sup>(23)</sup>.

Siamo dunque di fronte a procedure aperte, con il carattere della comprensività, nel senso che si dispone l'acquisizione, tendenzialmente completa, di tutti i fatti rilevanti e gli interessi coinvolti.

3. I procedimenti regolatori mirano a determinare indirizzi di azione e quindi gli interessati partecipano a tali procedimenti affinché l'Autorità conosca la loro opinione su norme che poi disciplineranno le loro condotte.

A partire dagli anni '70 del secolo scorso si è sottolineato come la partecipazione dei privati alla formazione di decisioni generali tragga origine da motivi diversi: a fini di difesa e quindi garantistici, a fini di collaborazione e quindi democratici, o a fini di buon andamento e quindi di efficacia <sup>(24)</sup>.

Nel caso dei procedimenti regolatori si nota una particolare coniugazione tra la seconda e la terza funzione della partecipazione, mentre la funzione di difesa appare più in ombra, a differenza di quanto accade, ad esempio, negli Stati Uniti <sup>(25)</sup>. Nel nostro ordinamento la partecipazione ai procedimenti regolatori ha una duplice finalità, essendo al servizio sia della società civile sia della pubblica amministrazione: da una parte, i soggetti regolati hanno l'opportunità di rappresentare i propri interessi e di essere così coinvolti nel processo decisionale, dall'altra, l'Autorità di regolazione ottiene una migliore conoscenza dei fatti e acquisisce informazioni utili ai fini della decisione.

La partecipazione assume una coloritura del tutto peculiare in materia di regolazione per ragioni che stanno sullo sfondo della tematica.

In primo luogo, le Autorità di regolazione sono per definizione sganciate dal circuito democratico tradizionale e sono, in tutto o per lo meno in larga parte, indipendenti da soggetti politici-rappresentativi come i Ministri. E' questo un aspetto qualificante della figura delle Autorità di regolazione e le ragioni di tale accentuata indipendenza sono molteplici, ma non è questa la sede per illustrarle. Basti qui ricordare come nei settori in cui operano i servizi d'interesse economico generale permanga in capo al potere esecutivo il controllo, specie azionario, delle imprese *ex monopoliste* pubbliche ed è quindi necessario prevenire gli eventuali conflitti di interesse tra Stato proprietario delle imprese regolate e Stato regolatore <sup>(26)</sup>. Le Autorità di regolazione indipendenti non solo prevencono possibili conflitti di interesse tra Stato proprietario e Stato regolatore, ma consentono altresì di superare i brevi orizzonti temporali imposti dal processo democratico, aumentando la credibilità degli impegni di *policy* a lungo termine. Il Governo non sempre ha adeguati

---

<sup>23</sup> In tema cfr. L. LO SCHIAVO, *I processi di consultazione nelle autorità indipendenti di regolazione. L'esperienza dell'Autorità per l'energia*, in *L'innovazione di frontiera. Relazioni e materiali per l'analisi dei processi innovativi nella Pubblica Amministrazione*, Roma, 2005, 183 ss.; F.M. SALERNO, *Soggetti, funzioni e procedure della regolazione*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. CLARICH e G.F. CARTEI, Milano, 2004, 69 ss., 99.

<sup>24</sup> S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch.giur.*, 1970, 17 ss.; Id., *La partecipazione*, cit., *passim*.

<sup>25</sup> Sulla funzione *adversarial* svolta dalla partecipazione ai procedimenti generali nell'ordinamento statunitense cfr. *infra*, par. 4.

<sup>26</sup> Quest'ultimo dato induce a guardare con sospetto la più recente tendenza volta a instaurare una diarchia regolatoria distribuita tra Autorità di regolazione e Ministro competente, con conseguente superamento del originario modello incentrato sull'indipendenza del regolatore. Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *Le Autorità per l'energia e le comunicazioni e i rischi di un eccesso di regolazione*, in *L'Italia da semplificare*, vol. II. *Le regole e le procedure*, a cura di G. DE CAPRARIIS e G. VESPERINI, Bologna, 1998, 311 ss., 313 ss.; D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Dir pubbl.*, 2004, 1009 ss.; M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, *ivi*, 2004, 1035 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2009, 435 ss.; a maggior ragione suscita perplessità il fatto che l'Autorità di regolazione per il trasporto nazionale sia il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; in tema cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, II ed., 62.

incentivi a perseguire fermamente l'obiettivo dell'efficienza e a implementare le politiche economiche necessarie, in quanto la sua azione, trovando legittimazione nel consenso degli elettori, è fortemente influenzata dalle preferenze di questi ultimi e, specie nelle fasi critiche del ciclo elettorale, si sostanzia nella scelta di politiche economiche strategiche per il successo politico <sup>(27)</sup>.

Più in generale, accanto al modello maggioritario di democrazia, in cui la fonte di legittimazione è la responsabilità verso gli elettori o i rappresentanti elettivi e che tende quindi a concentrare tutto il potere nelle mani della maggioranza, si pone un modello non maggioritario o madisoniano di democrazia, che cerca di disperdere il potere tra istituzioni differenti, al fine di proteggere le minoranze dalla tirannia della maggioranza e le funzioni giudiziarie e amministrative dalle assemblee rappresentative. Di qui la creazione di istituzioni non maggioritarie, cioè deliberatamente create in modo da non renderle direttamente responsabili verso l'elettorato o i rappresentanti elettivi, fermo restando che le politiche redistributive possono essere legittimate unicamente con strumenti maggioritari <sup>(28)</sup>.

Sta di fatto che se le Autorità sono sottratte, in tutto o in larga parte, alla direzione della politica, ne consegue che esse non sono responsabili dal punto di vista politico, né nei confronti degli organi di vertice dell'amministrazione, né nei confronti degli organi elettivi, né nei confronti del corpo elettorale.

Di qui la particolare sottolineatura della procedimentalizzazione dell'agire di siffatte autorità: l'esercizio di poteri regolatori da parte di soggetti "posti al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost. è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative". In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, "l'indipendenza e la neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento" <sup>(29)</sup>.

In questa logica la partecipazione al procedimento regolatorio assicura il coinvolgimento dei privati interessati nel processo decisionale, consentendo alla società civile di esprimere la propria opinione in un processo decisionale di interesse generale, sulla falsariga del modello dell'audizione parlamentare.

Ma la partecipazione ai procedimenti regolatori non si limita a ricalcare i meccanismi della rappresentanza parlamentare nei procedimenti legislativi. Come poco sopra osservato, si viene a valorizzare in materia non solo il principio di democrazia, ma anche quello di efficacia, in quanto la partecipazione consente all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi su cui essa deve basare le proprie scelte.

E' noto come alla base dello sviluppo della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa vi sia la crisi del rapporto classico tra legge e atto amministrativo. La crescente incapacità della legge di risolvere in via preventiva i contrasti tra interessi, la conseguenziale impossibilità dell'amministrazione a porsi come

---

<sup>27</sup> Sul fatto che le Autorità di regolazione abbiano una capacità di impegnarsi a lungo termine in maniera credibile molto superiore a quella dei soggetti democraticamente responsabili cfr. G. MAJONE, *Agency Independence and Accountability*, in *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, 2005, 52 ss.; C. CHECCHI e F. SALA, *Verso una revisione del ruolo dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: quali problemi?*, in *Economia e pol.industriale*, 2002, 175 ss., spec. 177-178.

<sup>28</sup> Sul punto cfr. A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 167 ss.; sul modello madisoniano di democrazia si veda R.A. DAHL, *A Preface of Democratic Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1956; cfr. altresì F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 27 ss..

<sup>29</sup> Cons.Stato, sez.cons.atti normativi, Ad. 6 febbraio 2006, n. 355, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in occasione della formulazione del parere sul codice degli appalti; affermazioni poi riprese da Cons.Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Cons.Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons.Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giorn.dir.amm.*, 2007, 379, con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*.

mera esecutrice del dettato normativo e l'indeterminabilità sostanziale dell'interesse pubblico mutano il quadro consegnatoci dalla tradizione <sup>(30)</sup>.

Il fenomeno si presenta spinto all'estremo nel caso delle Autorità di regolazione, le quali sono destinatarie di un mandato legislativo impreciso. Ciò avviene per varie ragioni, prima tra tutte l'impossibilità da parte del Parlamento di approvare discipline esaustive nei cd. settori sensibili e di adeguarle con rapidità ai mutamenti tecnologici e di mercato <sup>(31)</sup>.

La legge si limita così ad affidare alle Autorità la cura di interessi riconducibili a valori costituzionali sulla base di criteri direttivi generici. La giurisprudenza considera la legge istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità "una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti generali che spetta all'Autorità concretizzare". La "natura della copertura legislativa" è "adeguata" alla "peculiarità dei poteri" esercitati dall'Autorità, la quale si "autoprogramma" secondo le finalità stabilite dal legislatore <sup>(32)</sup>.

Del resto, il fenomeno della regolazione ha un rapporto di sofferenza nei riguardi della legge, visto che esso si configura come disciplina non solo in divenire, ma addirittura da costruire, procedente per via di assestamenti successivi <sup>(33)</sup>.

Inoltre, le norme attributive dei poteri stabiliscono obiettivi tra cui esistono tensioni reciproche. Come 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 sociali, garantendo che in siffatto sistema tutti gli utenti possano avere accesso a servizi di pubblica utilità di qualità accettabile e a costi bassi <sup>(34)</sup>.

L'imprecisione del mandato legislativo, in uno con la tensione tra le diverse missioni assegnate, ha portato ad un'ulteriore valorizzazione del procedimento amministrativo, che dovrebbe controbilanciare la ridotta raffrontabilità tra normativa e attività amministrativa. Esiste – si è detto - una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto più la crisi della legge determina una caduta del valore della legalità sostanziale, tanto più occorre potenziare la legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio <sup>(35)</sup>.

---

<sup>30</sup> G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 165 ss.

<sup>31</sup> Non si dimentichi poi che il dogma della legalità rigidamente intesa ha un senso storicamente datato, risalente all'epoca in cui il Parlamento, espressione reale dell'elettorato, era "il momento di garanzia" nei confronti dell'Esecutivo, rappresentato dal monarca; così M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 4 ss., 13 ss.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura del medesimo Autore, tomo I, II ed., Milano, 2003, 173 ss.; G. PERICU, *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, ora in *Scritti scelti*, cit., 613 ss., 619-622.

<sup>32</sup> Cons.Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

<sup>33</sup> Sul punto B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in M. CUNIBERTI, E. LAMARQUE, B. TONOLETTI, G.E. VIGEVANI, M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006, II ed., 310 ss., e, se si vuole, cfr. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale, in Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, Torino, 2006, 265 ss.

<sup>34</sup> Su questi obiettivi cfr. J. STERN, *Regulatory Governance: Criteria for Assessing the Performance of Regulatory Systems*, in *Regulation Initiative Discussion Paper Series*, 1999, n. 20. La situazione venutasi a creare in California insegna quanto gravi possano essere le conseguenze della rottura dell'equilibrio tra le due, in parte contrapposte, esigenze; cfr. P.L. JOSKOW, *California's electricity crisis*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2001, vol. 17, n. 3, 365-388. Che una "sana" Autorità di regolazione abbia un impatto positivo sugli investimenti, sia negli aspetti dinamici, sia in quelli statici, è sostenuto da B. LEVY e P.T. SPILLER, *The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Five Country Studies of Telecommunications Regulation*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 1994.

<sup>35</sup> M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir.amm.*, 2004, 59 ss., 68; G. MORBIDELLI, *Sul regime*, cit., 225; in giurisprudenza Cons.Stato, sez.VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Cons.Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201.



In questo senso la partecipazione al procedimento amministrativo svolge una funzione di acquisizione di conoscenza non solo delle situazioni di fatto su cui intervenire, ma anche dell'interesse o degli interessi concretamente da perseguire. Più specificamente, la partecipazione ai procedimenti di regolazione consente di fare emergere e di dare rappresentanza al complesso degli interessi coinvolti. Nel sistema statunitense si è parlato a tal proposito di un *interest representation model*, che garantisce la partecipazione di gruppi di portatori di diversi interessi ai processi decisionali a carattere amministrativo, proprio perché essi, anziché essere gerarchicamente ordinati dal legislatore, sono messi a confronto e composti in seno al procedimento amministrativo<sup>(36)</sup>.

In virtù della partecipazione l'Autorità di regolazione ha modo di colmare le proprie asimmetrie o carenze informative, ossia il divario nell'esperienza e nella conoscenza diretta dell'attività da regolamentare. Ampliando la propria base conoscitiva, essa migliora il proprio processo decisionale, all'insegna dell'efficacia<sup>(37)</sup>.

In definitiva, il carattere né elettivo né responsabile politicamente delle Autorità di regolazione, da un lato, l'impreciso mandato legislativo, dall'altro, costituiscono elementi problematici all'interno del nostro complessivo sistema. Tuttavia il *deficit* sia di legittimazione democratica sia di legalità sostanziale è in grado di essere colmato, almeno in parte, da garanzie procedurali rinforzate, o, in altri termini, dalla legalità e dalla democrazia procedimentale. L'osservanza di particolari garanzie procedimentali, mediante procedure aperte al massimo grado, diviene condizione indispensabile per legittimare le Autorità di regolazione nel nostro ordinamento, condizione che si aggiunge a numerose altre, tra le quali spicca la sottoposizione delle loro decisioni al sindacato giurisdizionale<sup>(38)</sup>.

4. Si è sopra notato che la partecipazione dei privati alla formazione di decisioni generali può essere finalizzata, oltre che a scopi di democrazia o di efficacia, anche a scopi di equità e di giustizia, servendo a difendere il privato dall'amministrazione stessa.

In particolare, se si accede alla ricostruzione per cui l'Autorità di regolazione, ancorché soggetto pubblico, assume una posizione di terzietà nell'ambito di vertenze che coinvolgono essenzialmente interessi privati, la partecipazione procedimentale acquista un senso ulteriore, in un'ottica più propriamente contenziosa.

I poteri dell'Autorità “non vengono esercitati per la cura di un interesse pubblico di parte, ma al fine di realizzare un contemperamento delle posizioni soggettive sociali ed individuali, su un piano di tendenziale parità”. Di qui la necessità che il provvedimento “sia preceduto il più possibile ... da forme di contatto tra

---

<sup>36</sup> “Such participation ... will not only improve the quality of agency decisions and make them more responsive to the needs of the various participating interests, but is valuable in itself because it gives citizens a sense of involvement in the process of government and increases confidence in the fairness of government decisions” (R. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harv.Law Rev.*, vol. 88, n. 8, 1975, 1667 ss., 1711 ss.). In tema cfr. anche, sempre dello stesso Autore, *Madison's Nightmare*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, n. 2, 1990, 335 ss., con accenti critici verso lo stesso modello (per queste critiche cfr. *infra*, par. 5 e 6), nonché S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello “neoclassico”*, in *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, a cura di L. TORCHIA, Padova, 1993, 1 ss., 3-5; L. TORCHIA, *I modelli di procedimento amministrativo*, ivi, 33 ss.

<sup>37</sup> M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., 12, cui si rinvia anche per le citazioni di letteratura di taglio economico e politico in materia; Id., *Garanzia*, cit., 81 ss.; il punto verrà ripreso *infra*, al paragrafo finale.

<sup>38</sup> S. CASSESE, *Negoziare e trasparenza*, cit., 42; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., 9 ss., 19; A. PREDIERI, *I procedimenti amministrativi*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 29 ss., 36; G. AMATO, *Conclusioni*, cit., 101; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 27 ss., 83 ss.; nella letteratura costituzionalistica, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 215 ss.

Resta comunque aperto il dibattito sulla legittimazione delle Autorità nel nostro sistema costituzionale (sul quale si rinvia a G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, ora in *Scritti scelti*, cit., 881 ss.), e sui limiti che presenta la democrazia procedurale, dal momento che solo alcuni privati possono partecipare ai processi decisionali (in tema cfr. S. CASSESE, *La partecipazione*, cit.). Su quest'ultimo punto cfr. *infra*, par. 6.

l'amministrazione e gli interessati, di cui l'informazione degli intendimenti che la p.a. sta per realizzare costituisce il livello minimo" (39).

A rigore, la logica di difesa dovrebbe ispirare la partecipazione solo qualora vengano in rilievo procedimenti individuali aventi destinatari determinati. Nelle ipotesi di *adjudication* debbono valere le regole del pieno contraddittorio del cd. *adversary system*, di derivazione processuale, garantendo non la semplice possibilità, ma l'effettività del contraddittorio medesimo, in un'ottica processuale che esalta la terzietà dell'Autorità (40).

L'interessato va posto nelle condizioni di esercitare i suoi poteri di difesa sia tempestivamente (41), sia anche in via successiva, in virtù di una motivazione che, come recita l'art. 3 della legge n. 241/1990, deve contenere "i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

Invero, la già segnalata porosità del confine tra attività di *rulemaking* e attività di *adjudication* complica la linearità del quadro di corrispondenze tracciato (procedimenti regolatori/partecipazione collaborativa; procedimenti individuali/partecipazione difensiva). Da un lato, nel caso di *adjudication* il modello processuale non si presenta allo stato puro, perché il parallelo tra Autorità di regolazione e giudice non può essere spinto all'estremo, visto che le competenze delle Autorità sono sempre esercitate d'ufficio e particolarmente valorizzata è la posizione dei terzi che presentano denunce o segnalazioni contenenti elementi utili all'istruttoria. (42).

Dall'altro, anche nel caso di *rulemaking* tende ad affiorare la logica *adversarial* e ciò è particolarmente visibile in sistemi che da più tempo conoscono la regolazione, e cioè negli Stati Uniti. Nell'ordinamento statunitense l'*adversarial system* conosce applicazioni non solo nell'ambito dell'amministrazione della giustizia in senso lato, ma anche in molte altre aree, dalla responsabilità civile alla regolazione.

Ma la logica *adversarial* porta con sé numerosi problemi, quali un eccessivo formalismo giuridico, con norme "sempre più legalistiche, ossia più dettagliate, prescrittive e complesse (e dunque fonte di

---

<sup>39</sup> Tar Lombardia, sez. II, 31 luglio 2001, n. 5288; Tar Lombardia, sez. II, 19 dicembre 2002, n. 5281; Tar Lombardia, sez. II, 27 gennaio 2003, n. 171; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 18 giugno 2004, n. 2474; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 febbraio 2005, n. 203. In dottrina, per questa posizione, cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 55 ss.

<sup>40</sup> In tema F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir.amm.*, 2002, 181 ss., spec. 196 ss.; Id., *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 28 ss.; M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, cit., 149 ss.; Id., *Garanzia del contraddittorio*, cit., 59 ss., e, se si vuole, M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir.proc.amm.*, 2003, 665 ss.

<sup>41</sup> La disciplina del settore dell'energia elettrica e del gas prevede che l'Autorità è tenuta a comunicare, con almeno quindici giorni di anticipo e tenuto conto del termine di conclusione del procedimento, le risultanze istruttorie e la data di conclusione del procedimento stesso. I soggetti intervenienti possono presentare memorie scritte e documenti fino a quindici giorni prima del termine di conclusione dell'istruttoria e possono chiedere l'audizione finale entro cinque giorni dalla comunicazione delle risultanze istruttorie (art. 16, commi 1 e 3, d.P.R. n. 244/01). La giurisprudenza ha chiarito che la normativa configura "un'articolazione bifasica del contraddittorio": la prima fase si basa sulla produzione di memorie e documenti effettuata quindici giorni prima della conclusione del procedimento, quando ancora il privato può non avere conoscenza di come l'Autorità abbia elaborato le risultanze istruttorie, mentre la seconda fase avviene in sede di audizione finale, nella quale il privato può chiedere di essere sentito entro cinque giorni dalla ricezione delle suddette risultanze, proprio al fine di integrare e precisare, anche documentalmente, gli elementi che l'Autorità ritenga ancora incerti (Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 marzo 2009, n. 1884).

<sup>42</sup> Essi, se hanno un interesse diretto, immediato e attuale all'esito del procedimento, sono destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, al pari dei soggetti diretti destinatari dell'emanando provvedimento finale, e possono essere chiamati ad esporre oralmente la propria posizione, analogamente agli altri partecipanti; cfr. E. CHITI, *La disciplina*, cit., 710 ss.; P. LAZZARA, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'energia*, in *Giorn.dir.amm.*, 2002, 363 ss., 367.

maggior confusione e più difficili da rispettare)” e con regimi regolativi che applicano le regole “in modo legalistico” (43).

Uno degli studiosi più attenti del fenomeno ha osservato che non necessariamente l'*adversarial legalism* renda la regolazione americana “meno efficace di quella di altri Stati economicamente avanzati - anche se qualche volta ciò accade - ma la rende decisamente più costosa, più inefficiente e più inflessibile. Questa inefficienza e mancanza di flessibilità tende, poi, a minare quella forma particolare di collaborazione tra Stato e imprese che è essenziale per soddisfare la domanda di regolazione che proviene dalla gente comune”. L'*adversarial legalism*, se confrontato con modelli di regolazione di tipo cooperativo, produce maggior incertezza giuridica, maggior litigiosità e un aumento delle spese legali, maggiori costi di adeguamento e più alti costi-opportunità, oltre a generare atteggiamenti difensivi e di alienazione tra le imprese regolate (44).

5. Una volta precisate le logiche alla base della partecipazione ai procedimenti regolatori, occorre chiarire quali siano gli effetti giuridici e gli effetti fattuali, specie in termini di tempo e quindi di efficacia, che la partecipazione procedimentale produce sul processo decisorio.

Una partecipazione è reale ed effettiva quando è in grado di incidere in qualche maniera sulla decisione, quando le parti contribuiscono al processo regolatorio, quando le proposte iniziali e il provvedimento finale differiscono in relazione ai contributi giunti in consultazione.

Ma quale vincolo giuridico scaturisce in capo all'Autorità di regolazione dalla partecipazione procedimentale dei regolati? La partecipazione va configurata esclusivamente in termini collaborativi, oppure anche codecisionali? La partecipazione gioca a favore di tutti i soggetti coinvolti, compresi quelli meno attrezzati sul piano delle competenze tecniche?

In un primo tempo, la giurisprudenza amministrativa è stata netta nell'affermare che la partecipazione ai procedimenti regolatori svolge solo una funzione collaborativa e non codecisionale. Di conseguenza, non esiste alcun obbligo di controdeduzione alle osservazioni presentate dagli interessati, né, in generale, alcun obbligo di motivazione degli atti di regolazione, né, tantomeno, di motivazione dello scostamento dell'atto finale rispetto allo schema provvedimento diffuso in fase di consultazione.

L'Autorità non è tenuta ad adottare un provvedimento conforme allo schema diffuso in fase di consultazione. Ove essa fosse obbligata a diffondere un nuovo documento di consultazione ogni qual volta intendesse discostarsi da quello già diffuso, il procedimento decisionale “risulterebbe sostanzialmente paralizzato ... da una superfetazione della fase di consultazione” che finirebbe per allungare i tempi dell'istruttoria “senza alcun apprezzabile costrutto, posto che la partecipazione degli operatori non è funzionale al raggiungimento di una regolazione concordata”. Inoltre l'Autorità non è obbligata a svolgere ulteriori accertamenti istruttori a giustificazione dello scostamento rispetto allo schema originario (45).

Dal momento che “nessuna norma di legge prevede che i provvedimenti debbano essere codecisi o comunque concertati con gli operatori del mercato”, il principio della partecipazione non può essere “dilatato al punto da imporre una sorta di formazione progressiva dell'atto, con un'acquisizione delle valutazioni degli

---

<sup>43</sup> R.A. KAGAN, *La giustizia americana, Come il contraddittorio fa il diritto*, Bologna, 2009, 331-332, trad. it. di *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge, 2001, 331-332.

<sup>44</sup> R.A. KAGAN, *La giustizia americana*, cit., 324, 348; cfr. anche D. WALLACE, *Environmental Policy and Industrial Innovation: Strategies in Europe, the U.S., and Japan*, London, 1995, XVII, secondo cui un approccio di tipo *adversarial* alle politiche pubbliche ha esacerbato le tensioni che comunque circondano le questioni relative alla regolazione, specie ambientale.

<sup>45</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 18 febbraio 2005, n. 402; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 marzo 2005, n. 660; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 27 maggio 2005, n. 1144; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 28 febbraio 2006, n. 528.

interessati sui diversi e successivi passaggi della decisione, quasi che si trattasse di una misura sanzionatoria implicante la necessità di una contestazione *in eundo* onde garantire la piena corrispondenza tra quanto deciso con quanto contestato”<sup>(46)</sup>.

Tuttavia, con l’importante pronuncia n. 7972 del 2006 la sez. VI del Consiglio di Stato ha decisamente mutato orientamento. La giurisprudenza ha riconosciuto che “non è corretto ritenere che la partecipazione degli interessi ha una mera funzione collaborativa e non impone all’Autorità alcun conseguente obbligo motivazionale”. Non solo l’Autorità è sempre tenuta a motivare la decisione finale, ma lo deve fare anche con riguardo alle osservazioni presentate, che vanno tenute in debita considerazione. “Pur non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione”, l’Autorità “deve dare conto delle ragioni giustificative dell’atto di regolazione”, né è ammissibile una motivazione postuma del provvedimento, magari introdotta in corso di giudizio dall’Avvocatura dello Stato<sup>(47)</sup>.

Emerge qui in tutta la sua rilevanza la tematica della motivazione degli atti di regolazione. La motivazione è l’elemento dell’atto amministrativo che consente di passare dal piano strettamente formale a quello sostanziale dell’agire amministrativo. Con la motivazione non restano più in ombra i contenuti della decisione, nascosti dai modi della decisione stessa. La funzione della motivazione è di rendere chiaro e intelligibile l’*iter* logico seguito dall’amministrazione nell’assumere una decisione, dando contezza dei motivi per cui si è prescelta una soluzione piuttosto che un’altra<sup>(48)</sup>.

Per queste ragioni è grazie allo strumento del difetto di motivazione che fa breccia un tipo di controllo più incisivo: il sindacato sulla motivazione “o non è formale - non si limita cioè a verificare da un punto di vista estrinseco la mera coerenza del discorso motivatorio - oppure, se è formale, è anche inutile”<sup>(49)</sup>.

Queste ultime considerazioni valgono in generale per la motivazione dei provvedimenti amministrativi. Si è detto però dell’esclusione dell’obbligo di motivazione per gli atti generali, operata dall’art. 3 della legge n. 241/90. Tuttavia, un ripensamento nei confronti di siffatta esclusione deriva non solo dalla giurisprudenza sopra citata, ma anche dal mutamento del contesto normativo di riferimento.

Infatti, il legislatore, in uno specifico settore, al fine di tutelare i cittadini-risparmiatori, rimasti vittima della scarsa e incongruente predeterminazione dei criteri di vigilanza sul credito e del conseguente arbitrio di cui hanno goduto le Autorità preposte<sup>(50)</sup>, ha stabilito, all’art. 23 della legge n. 262/2005 (legge per la tutela del risparmio), che i provvedimenti della Banca d’Italia, della Consob, dell’Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, devono essere motivati “con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”. Tali atti sono poi accompagnati da una relazione che ne illustra “le conseguenze sulla regolamentazione, sull’attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori”.

La maggiore sensibilità mostrata dal legislatore verso la qualità del processo regolatorio è poi culminata con l’obbligo di introduzione dell’AIR (analisi di impatto della regolazione) per le delibere più rilevanti di tutte le Autorità di regolazione. L’art. 12, comma 1, della legge n. 229/2003, prevede che le Autorità di regolazione si debbano dotare, nell’ambito dei propri ordinamenti, di forme e metodi di analisi di

---

<sup>46</sup> Cons.Stato, sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467. Sulla problematica cfr. A. TRAVI, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo*, in *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, Torino, 2007, 73 ss., 82-83.

<sup>47</sup> Cons.Stato, sez. VI, n. 7972/06, cit.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 245 ss.

<sup>49</sup> Così G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 75-76, ma cfr. anche F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 524.

<sup>50</sup> Sottolinea la conflittualità dei principi posti dal legislatore in materia M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 126 ss.

impatto della regolazione; in particolare l'analisi consiste nella valutazione *ex ante* della regolazione in via di adozione e nella considerazione delle concrete ricadute in termini di costi-benefici su imprese, utenti e amministrazione<sup>(51)</sup>.

Da ultimo, nel settore energetico la nuova disciplina sulla partecipazione ai procedimenti regolatori dispone che l'atto di regolazione è motivato "tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte tempestivamente presentate nel corso della consultazione" (art. 5.1 del. GOP 46/09).

La parabola manifestatasi nel nostro ordinamento in tema di motivazione degli atti regolatori generali presenta notevoli assonanze con quella che si è avuta nell'ordinamento statunitense.

Si è sopra sottolineato che nella procedura di *notice and comment* le regole, adottate dopo "aver preso in considerazione" i commenti del pubblico, devono essere accompagnate da una "concisa dichiarazione generale ... del loro fondamento e della loro finalità" ("*concise general statement ... of basis and purpose*") (lett. c, § 553, *Section 4*, APA). Muovendo da questi due requisiti generali le corti federali hanno introdotto nuovi principi per migliorare trasparenza e razionalità nel processo decisionale. A partire dagli anni Settanta del secolo scorso la giurisprudenza ha iniziato ad interpretare il par. 553 in modo diverso, chiedendo alle *agencies* di "scrutinare attentamente" ("*hard look*") anziché semplicemente "prendere in considerazione" ("*consideration*") i commenti del pubblico e pretendendo una "precisa spiegazione dell'azione intrapresa dall'agenzia" ("*exacting explanations for agency action*") e non una "concisa dichiarazione" ("*concise statement*")<sup>(52)</sup>.

Ora le *agenzie* sono obbligate a formare un fascicolo d'istruttoria, contenente tutto il materiale documentario e di prova raccolto, utilizzabile dal giudice in sede di sindacato (*paper hearing procedure*), e sono tenute a esplicitare sia il percorso logico sia i dati di fatto su cui si fonda la decisione, i passaggi del ragionamento e soprattutto le risposte ai commenti e la spiegazione dei motivi per i quali non sono stati accolti i commenti contrari<sup>(53)</sup>.

Le ragioni di questo mutamento di indirizzo giurisprudenziale sono state ravvisate nel tentativo di porre freno ai rischi di "*agency capture and abuse*", che si realizzano quando gruppi economicamente più forti e meglio organizzati riescono a influenzare a loro favore le decisioni regolative in misura maggiore dei gruppi più diffusi come i consumatori<sup>(54)</sup>.

---

<sup>51</sup> L'Aeeg, con del. n. 203/2005, ha avviato una sperimentazione triennale della metodologia di analisi di impatto della regolazione su alcuni dei provvedimenti principali dell'Autorità, e con delibera 3 ottobre 2008, GOP 46/08, ha introdotto, a seguito della sperimentazione triennale, la metodologia di analisi di impatto della regolazione, approvando contestualmente le linee guida e applicando tale metodologia AIR ai provvedimenti che saranno di norma individuati nell'ambito del Piano strategico triennale e del piano operativo annuale. Sul tema cfr. A. ARCURI e R. Van Den BERGH, *Metologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2001, 223 ss.

<sup>52</sup> La giurisprudenza in materia è riportata e commentata da S. BREYER, R. STEWARD, C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy*, cit., 527-544.

<sup>53</sup> Il fenomeno è descritto da W.F. PEDERSEN jr., *Formal Records and Informal Rule-Making*, in *Yale Law Journal*, 1975, 85, 38 ss.; M. SEIDENFELD, *Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking*, in *Texas Law Review*, 1997, 75, 483 ss.; R.J. PIERCE, *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, in *Administrative Law Review*, 1995, 47, 59 ss.; J.W. YACKEE - S.W. YACKEE, *Administrative Procedures and Bureaucratic Performance: Is Federal Rulemaking "Ossified"?*, in *Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1079*, 2009; A. LA SPINA e D. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 185 ss.; A. SCALIA, *Le independent regulatory agencies*, cit., 36; S. CASSESE, *La partecipazione*, cit.; G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1993, 273 ss., 277, nt. 15.

<sup>54</sup> Così R.E. SCHILLER, *Rulemaking's Promise: Administrative Law and Legal Culture in the 1960s and 1970s*, in *Admin.Law Review*, 2001, 53, 1139 ss.; la teoria della cattura delle agenzie regolative da parte dei produttori è stata formulata la prima volta da G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, 3 ss. e poi sviluppata da cfr. A. OGUS, *Regulation-Legal form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 57 ss.; cfr. altresì in tema cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., 87 ss.; G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 66-67, 104-105; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, 93 ss.

Vi è dunque un indubbio legame tra la posizione assunta dalle Corti federali negli anni Settanta del secolo scorso e la nostra giurisprudenza più recente, che impone all’Autorità di chiarire i fondamenti delle proprie decisioni e di dimostrare di avere preso in considerazione e valutato ogni commento.

Per non rendere del tutto inutile, insieme alla motivazione, anche la partecipazione procedimentale, occorre che la decisione finale motivi sempre in ordine a quanto esposto dagli interessati che sono intervenuti nel procedimento amministrativo. Chiaro è infatti che la motivazione è vuoi uno strumento per aumentare il peso delle influenze democratiche sull’amministrazione, in quanto rende il procedimento decisorio più trasparente, vuoi uno strumento a garanzia di razionalità, perché l’amministrazione che offre una giustificazione del proprio operato probabilmente adotterà decisioni più ragionevoli (<sup>55</sup>).

6. Tuttavia l’impostazione adottata, che potrebbe portare l’Autorità a fornire una risposta puntuale a tutte le considerazioni avanzate, incluse quelle che l’Autorità stessa giudica come non pertinenti e irrilevanti, apre un pericoloso varco, che riguarda quelli che sopra abbiamo definito come effetti fattuali della partecipazione procedimentale. Il rischio è quello di una procedura tortuosa e una dilatazione eccessiva dei tempi per addivenire ad una decisione, con notevoli ritardi nell’azione amministrativa.

La cd. razionalità comprensiva, che porta a valutare tutti i valori e gli interessi in gioco e a raccogliere tutti i fatti e le informazioni rilevanti, conduce alla possibile redazione di documenti sovrabbondanti, di dossier inutilmente lunghi, che includono tutto ciò sia riconducibile al provvedimento. In questa maniera la comprensione del processo decisionale risulti oscurata anziché chiarita, con costi non sopportabili, in termini di tempo e di denaro (<sup>56</sup>).

Per inciso si osservi che la cd. razionalità comprensiva è in realtà obiettivo del tutto utopistico. In sito nel sistema è il rischio per così dire di autoselezione dei regolati, ossia di una scarsa, insufficiente, non adeguata partecipazione al processo di consultazione dell’Autorità dei soggetti che hanno minor visibilità e maggior bisogno di tutela, quali le associazioni di utenti-consumatori, le associazioni ambientaliste, gli operatori di dimensioni minori (<sup>57</sup>).

Motivazione analitica e razionalità comprensiva cospirano dunque nel senso di un più basso livello decisionale e eventualmente di una stagnazione nel sistema regolatorio. Nel sistema statunitense si è parlato a tal proposito di processo di “ossificazione” dell’attività regolativa in ragione dei vincoli procedurali: le restrizioni procedurali imposte all’amministrazione hanno reso la procedura regolatoria talmente onerosa ed inefficiente da indurre l’amministrazione stessa ad emanare atti importanti solo dopo un lasso di tempo significativo (<sup>58</sup>).

In Italia mancano adeguati approfondimenti sulla cd. *regulatory fatigue* e sul processo di ossificazione, nondimeno la complessità e l’onerosità delle procedure di consultazione davanti alle Autorità di regolazione sono evidenti. Ad esempio, la disciplina in materia di qualità dei servizi energetici per il

---

<sup>55</sup> Così M. SHAPIRO, *The giving-reasons requirement*, Chicago, The University of Chicago Legal Forum, 1992, 183.

<sup>56</sup> H.A. SIMON, *Administrative Behavior.*, New York, 1947, trad.it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 2001, 119 ss.; D. BRAYBROOKE e C.E. LINDBLOM, *A Strategy of Decision*, New York, 1963, *passim*.

<sup>57</sup> Sul punto cfr. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati*, cit., 13 ss.

<sup>58</sup> E.D. ELLIOTT, *Re-Inventing Rulemaking*, in *The Duke Law Journal*, 1991-1992, 41, 1490 ss.; T.O. Mc GARTY, *Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process*, *ivi*, 1991-1992, 41, 1385 ss.; Id., *The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld*, in *Texas Law Review*, 1997, 75, 525 ss.; M. SEIDENFELD, *Demystifying Deossification*, cit., 483 ss.; R.J. PIERCE, *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, cit., 59 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole*, cit., 137, che critica la mancata fissazione di termini dell’attività preprocedimentale, nonché di un regolamento generale sul termine dei diversi procedimenti. Interessante il saggio di J.W. YACKEE e S.W. YACKEE, *Administrative Procedures and Bureaucratic Performance: Is Federal Rulemaking “Ossified”?*, cit., i quali sostengono, sulla base dei risultati di un’analisi empirica, le amministrazioni mantengono inalterate le loro capacità di regolamentare malgrado l’imposizione di restrizioni procedurali.

periodo di regolazione 2004-2007, è stata emanata dopo ben tre diversi *round* di consultazioni: dapprima si è avuta la pubblicazione di un primo documento per la consultazione, cui sono seguite audizioni, poi nuovi cicli di consultazioni su altri due diversi documenti per la consultazione e infine è stata emanata la delibera n. 4/04.

La lentezza nelle decisioni, che deve oltre a tutto fare i conti con la rapida evoluzione del contesto di riferimento, non è l'unico costo non desiderato scaturito dalla partecipazione regolatoria. Si è già accennato al rischio di cattura del regolatore da parte del regolato. Invero, risulta poco agevole dimostrare la cattura vera e propria, dal momento che quando l'autorità resta prigioniera degli interessi economicamente più forti, ciò avviene attraverso un negoziato informale e non trasparente. Si assiste quindi ad una fuga dalle procedure formali (<sup>59</sup>).

Ad aggravare il quadro vi è poi l'ambiguo emergere della logica del *adversarial system*, della quale parimenti si era accennato in precedenza. Manca infatti una sorta di foro di composizione degli interessi, manca uno scambio immediato e diretto tra regolatori e regolati. I soggetti regolati che partecipano al procedimento, se vengono ascoltati, lo sono separatamente e agiscono spesso secondo una logica di conflitto, sulla base del "principio delle aree di influenza" (<sup>60</sup>).

Emerge sullo sfondo una questione irrisolta della partecipazione regolatoria, data dall'accettazione o meno delle regole da parte dei regolati e quindi dall'individuazione dei presupposti necessari per la creazione di un clima regolatorio condiviso.

Nel più avanzato ordinamento statunitense (nel senso che in esso pregi e difetti del sistema tracciato sono più evidenti perché hanno avuto maggior tempo per consolidarsi) la più importante risposta a questa situazione di stagnazione decisionale, di agire non trasparente e di alta conflittualità è stata rinvenuta nella cd. regolazione negoziata.

Alla base vi è l'idea che siano non solo opportuni ma addirittura necessari rapporti di intensa collaborazione tra regolatore e i grandi operatori economici, dal momento che una regolazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere poi accolta e seguita. Infatti un modello consensuale consente di migliorare il livello di accettazione degli atti regolatori da parte dei regolati, che vengono responsabilizzati con un notevole rafforzamento del loro ruolo, e, di conseguenza, permette anche di ridurre i tempi di adozione degli atti medesimi (<sup>61</sup>). Inoltre in questa maniera si esce dalla "opacità tradizionale" che caratterizza l'agire amministrativo e si evita altresì che su ogni decisione incomba il rischio di impugnativa (<sup>62</sup>).

La disciplina della regolazione negoziata (*Negotiated rule-making* o *Regulatory negotiation*) è stata introdotta negli Stati Uniti con il *Negotiated Rulemaking Act* del 1990: all'interno del procedimento ordinario volto all'adozione di atti regolatori è inserita una fase aggiuntiva, successiva all'avvio e precedente alla consultazione. La sua utilizzazione necessita della ricorrenza di due presupposti: occorre che vi siano

---

<sup>59</sup> S. BREYER, R. STEWARD, C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy*, cit., spec. 502 ss.; .M.M. GOLDEN, *Interest Groups in the Rule-Making Process: Who Participates? Whose Voices Get Heard?*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1998, 8.

<sup>60</sup> Ritene che il metodo del *notice and comment* "too adversary to create real dialogue" J. FREEMAN, *Collaborative Governance in the Administrative State*, in *UCLA Law Review*, 1997, 45, 1. Di "principio delle aree di influenza" parla L. TORCHIA, *I modelli*, cit., 41-42.

<sup>61</sup> L'idea di regolazione negoziata appartiene a P.J. HARTER, *Regulatory Negotiation*, in *Practice and Perspective*, 1988, 62; sulla continuità delle relazioni tra regolatore e regolati cfr. L. HANCHER, M. MORAN, *Organizing regulatory*, in L. HANCHER, M. MORAN, *Capitalism, culture and economic regulation*, Clarendon Press, Oxford, 1989, spec. 287 ss.; sui "giochi ripetuti" in cui si deve difendere la propria reputazione e che gettano le basi di un comportamento cooperativo cfr. D.G. BAIRD, R.H. GERTNER, R.C. PICKER, *Game theory and the law*, Harvard University Press, Cambridge, 1994, 173-174, ripresi da M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., 18-19; in tema cfr. altresì M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti*, cit., 1064.

<sup>62</sup> S. CASSESE, *Negoziare*, cit., 40-41.

interessi chiaramente distinguibili e adeguatamente rappresentabili (“*there is a limited number of identifiable interests that will be significantly affected by the rule*”) e che vi sia volontà al negoziato (*feasibility analysis*).

Una volta verificati questi due presupposti si procede alla creazione di un comitato composto dai rappresentanti degli interessi ritenuti rilevanti, compresi quelli di cui è portatrice l’agenzia, e presieduto da un *facilitator*, ossia un mediatore nominato dallo stesso comitato. La fase di regolazione negoziata, o la preistruttoria negoziale, che si svolge in pubbliche sedute, termina con la formazione di una proposta di regolamento, trasmessa all’agenzia, che la renderà pubblica e raccoglierà i commenti su di essa delle diverse parti interessate, anche se è indubbio che la fase di *comment* sarà molto più agile e breve di quella tradizionale. Infatti scopo della fase procedurale della regolazione negoziata è di individuare gli aspetti controversi di un atto di regolazione, favorendo mediazioni su di esso tra i soggetti interessati e di trovare l’assenso di tutti su un testo condiviso (<sup>63</sup>).

E’ evidente comunque che la regolazione negoziata è una risposta parziale ai difetti della disciplina procedimentale regolatoria, visto che essa è utilizzabile solo per i provvedimenti che coinvolgono un numero limitato di imprese, ossia per quei provvedimenti che stanno a cavallo tra gli atti generali e gli atti puntuali.

Da quanto esposto risalta che non esiste un unico modello procedimentale regolatorio. Meccanismi che sono appropriati (o necessari) per una determinata tipologia di regolazioni possono essere inappropriati o addirittura controproducenti per altre tipologie. Nel campo delle comunicazioni elettroniche è poi possibile un confronto stabile con i soggetti regolati anche in seno ad appositi comitati consultivi, con un tipo di partecipazione definibile organica (<sup>64</sup>). Oltremanica si è anche suggerito l’utilizzo del meccanismo di controllo dato dalla valutazione delle comunità specialistiche (*peer review*), oppure il dibattito pubblico (*deliberative democracy mechanisms*), a seconda della tipologia regolatoria in rilievo (<sup>65</sup>). In questa logica di differenziazione della procedura in base al tipo di attività è altresì da riprendere e da estendere l’impostazione comunitaria da noi finora adottata nel settore delle comunicazioni elettroniche secondo cui la sottoposizione a procedure rafforzate vale solo per un sottoinsieme di atti regolatori e cioè per quelli aventi un rilevante impatto sul mercato di riferimento (<sup>66</sup>).

7. Il procedimento amministrativo ha un suo *proprium* che lo rende irriducibile sia al processo giudiziario, sia al processo politico, in ragione della peculiarità della funzione svolta. Questo dato può considerarsi acquisito nella nostra cultura giuridica, grazie a una lunga e intensa elaborazione dottrinale (<sup>67</sup>). Tuttavia, la forza e l’evidenza in tal modo acquisite dal concetto di procedimento amministrativo rischiano di portare su una falsa strada la riflessione sul procedimento regolatorio, perché tendono a far passare in secondo piano le peculiarità della regolazione rispetto alla funzione amministrativa in generale.

Si è sopra sottolineato che la regolazione è una disciplina non solo in divenire, ma addirittura da costruire, che segue una strada lunga e complessa e procede per via di assestamenti successivi. In essa non è prioritario risolvere statici conflitti di interessi attraverso il riconoscimento di diritti e obblighi, bensì,

---

<sup>63</sup> G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation*, cit., 273 ss.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., 17; S. CASSESE, *Negoziazione*, cit., 40.

<sup>64</sup> Su questa esperienza cfr. G. BRUZZONE, *La consultazione nell’adozione degli atti di regolazione: esperienze delle autorità indipendenti e modelli di riferimento*, in *L’innovazione di frontiera*, cit., 197 ss., 203-204.

<sup>65</sup> “*Peer review if the rulemaking really involves only applying expertise; notice and comment when the goal is to inform and receive information; deliberative mechanisms when the goal is to achieve consensus and facilitate implementation*”; così D. RUBINSTEIN REISS, *Tailored Participation: Modernizing the APA Rulemaking Procedures*, in <http://ssrn.com>.

<sup>66</sup> In questo senso cfr. G. NAPOLITANO, *Regole*, cit., 123.

<sup>67</sup> Cfr. sul punto, riassuntivamente, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, IV ed., vol. I, 531 ss., spec. 537 ss.



promuovere, assecondare e incanalare un processo economico dinamico e tendenzialmente anarchico, attraverso regole opportunamente mirate a creare vincoli e opportunità per i regolati (<sup>68</sup>).

La regolazione proviene da una cultura giuridica lontana e porta con sé un'idea di azione amministrativa estranea a quella propria della nostra tradizione. Essa non si basa affatto su di una razionalità di scopo, bensì su di una razionalità pragmatica, nella quale centrale non è il rapporto mezzo-fine, ma il rapporto azione-apprendimento (<sup>69</sup>).

L'introduzione della regolazione nel nostro ordinamento costituisce pertanto un esperimento culturale, il cui esito finale non è possibile prevedere, e che potrebbe modificare profondamente l'idea stessa di funzione amministrativa, così come potrebbe, all'opposto, portare ad uno snaturamento della regolazione con una sua assimilazione alla nostra funzione amministrativa tradizionale. Senza poter tirare alcuna conclusione in merito, è però da ritenere che la capacità di sopravvivenza della regolazione all'interno del nostro ambiente dipenda in maniera determinante proprio dal tema della partecipazione.

Nella filosofia della regolazione, l'azione (la misura regolatoria) è funzionale all'acquisizione di nuova conoscenza (apprendimento), mediante la valutazione delle reazioni e delle conseguenze che si sono sviluppate a partire da quella azione

Poiché il rapporto mezzo-fine è sostituito dal rapporto azione-conoscenza, la regolazione non è uno strumento finalizzato a produrre linearmente determinati risultati di interesse pubblico (<sup>70</sup>), ma a far sì che i risultati si producano. Questa distinzione tra mirare a produrre risultati e far sì che i risultati si producano è talmente sottile ed estranea alla nostra cultura, da rischiare di restare inavvertita, ma è la distinzione cruciale per comprendere il senso della regolazione.

La regolazione è un processo conoscitivo perché si basa sull'assunto, implicito ma fondamentale, che il regolatore non sia in grado di prevedere razionalmente un piano d'azione adatto a produrre certi risultati, non possedendo né le informazioni né le capacità previsionali necessarie (<sup>71</sup>).

La conoscenza si acquisisce mediante l'azione regolatoria – cioè, è importante ripeterlo, mediante l'osservazione delle conseguenze prodotte da una certa misura – perché prima non è già disponibile al regolatore. In altri termini, la regolazione nasce dalla consapevolezza che la razionalità del regolatore è

---

<sup>68</sup> S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 265 ss., spec. 276; B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica*, cit., 312-313.

<sup>69</sup> Fra le numerose definizioni tradizionali dell'attività amministrativa quella che forse più direttamente rivela la presenza di un assioma di razionalità degli organi pubblici rispetto ai propri fini si rinviene in A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* (1916), rist. a cura di A. TRAVI, Padova, 1986, 7: "l'amministrazione ha il compito di realizzare i fini per i quali lo Stato è costituito ... Per l'attuazione di questi fini, e con ciò per la soddisfazione degli interessi, sia dello Stato come persona giuridica, sia della collettività, lo Stato è capace di una attività, che esso può svolgere nei limiti della libertà che il diritto gli riconosce" [corsivo aggiunto]). Si vedano per contrasto le considerazioni di S. BREYER, *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, 184 s.: "First and most obviously, modesty (in corsivo nel testo) is desirable in one's approach to regulation. It should be painfully apparent that whatever problems one has with an unregulated status quo, the regulatory alternatives will also prove difficult ... Increased efforts to fine-tune regulation often will not yield improved results. Regulators of great intelligence, with genuine good will, working extremely hard, are nonetheless unlikely to deal effectively with borderline cases. The defects and difficulties inherent in the system make regulation a crude weapon of governmental intervention – a blunderbuss, not a rifle. These defects are embedded in the process to such an extent that they cannot readily be changed".

<sup>70</sup> Si pensi, per contrasto, quale rigorosa rappresentazione della linearità dell'azione amministrativa rispetto al fine, al concetto di funzione amministrativa come trasformazione del potere in atto di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass.dir.pubbl.*, 1950, 1 ss.; Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1952, 121 ss..

<sup>71</sup> Il concetto di "razionalità limitata" (*bounded rationality*) è stato elaborato da H.A. SIMON, fondatore della moderna teoria dell'organizzazione, in *Model of man*, Wiley, New York, 1957; *From Substantive to Procedural Rationality*, in S.J. LATZIS (a cura di), *Method and Appraisal in Economics*, 1976; *Model of thought*, Yale University Press, New Haven, 1979; oltre che nel già citato *Administrative Behavior*. E' poi K. BINMORE, *Modelling Rational Players*, in *Economics and Philosophy*, 1987, a sostituire alla nozione tradizionale di razionalità sostantiva quella di razionalità algoritmica, riprendendo e generalizzando la nozione di razionalità di Herbert Simon. Sul dibattito relativo al concetto di razionalità si rinvia ad A. RONCAGLIA, *La ricchezza delle idee. Storia del pensiero economico*, Roma-Bari, 2003, 554 ss.

limitata e deve quindi essere supportata mediante stratagemmi atti a rendere visibile, attraverso le reazioni degli operatori, una conoscenza che si trova dispersa tra una miriade di soggetti, i quali non sono inclini a condividere con altri questa conoscenza e sono per lo più inconsapevoli del reale valore che quella conoscenza potrebbe avere (<sup>72</sup>).

Al contrario, la nostra concezione tradizionale dell'azione amministrativa si basa sull'assunto che la razionalità dell'autorità amministrativa sia illimitata e che le carenze informative dell'amministrazione procedente possano essere colmate attraverso la collaborazione dei soggetti interessati. Di qui una sottile ma determinante differenza nel modo di intendere la partecipazione procedimentale.

Nel contesto tradizionale si raffigura il procedimento come luogo di emersione dei fatti rilevanti e degli interessi in gioco e la partecipazione come lo strumento atto a rendere possibile questa emersione. Questa visione, anche quando non consegna al decisore la responsabilità di operare razionalmente la sintesi finale, attribuendo al procedimento la virtù di operare da sé questa sintesi proprio grazie alla partecipazione, assume comunque che dal procedimento possa scaturire una decisione razionale dal punto di vista del rapporto mezzo-scopo, oltre che ragionevole dal punto di vista dell'assetto degli interessi (<sup>73</sup>).

Nel processo di regolazione, invece, la partecipazione si configura come uno stratagemma posto in essere in vista di un esito che va ben al di là del provvedimento conclusivo del procedimento. Il regolatore rende noto in anticipo il contenuto del provvedimento che intende emanare: già questo differenzia radicalmente la partecipazione in questione da quella tradizionale. Infatti si comunicano prima le conclusioni, perché al regolatore interessa imparare dalle reazioni degli interessati all'ipotesi di misura regolatoria preannunciata. Il *surplus* di conoscenza così acquisito servirà al regolatore per elaborare una strategia più efficace, non solo perché basata su informazioni maggiori di quelle possedute prima della consultazione degli interessati, ma soprattutto perché la reazione degli interessati all'ipotesi di provvedimento consente di formulare un'ipotesi migliore.

Ma il processo conoscitivo non finisce con il provvedimento finale, poiché regola fondamentale in materia è che gli atti di regolazione siano soggetti a periodica revisione (<sup>74</sup>). La regolazione è soggetta a revisione non solo perché evolve il contesto di riferimento, ma, ancora una volta, perché la razionalità del regolatore è limitata: sono le reali reazioni dei regolati a una misura non più annunciata ma effettivamente stabilita quelle che consentono realmente al regolatore di approfondire la propria conoscenza e quindi di adattare la propria strategia e di comprendere meglio i risultati che si possono attendere dalle misure introdotte.

In questo quadro, la partecipazione è di nuovo centrale, perché il regolatore potrà confrontare le reazioni dichiarate dagli interessati di fronte all'annuncio della misura regolatoria con le reazioni effettive dagli stessi tenute di fronte all'introduzione della misura. Dalla valutazione di questa differenza il processo di apprendimento del regolatore si approfondirà ulteriormente, consentendogli magari di rendersi conto che nel corso del procedimento aveva dato troppa importanza ad alcuni elementi e troppo poca ad altri.

Insomma, la regolazione è un processo conoscitivo che si sviluppa nell'interazione tra il comportamento del regolatore e il comportamento dei regolati, sul presupposto che né l'uno né gli altri posseggano una razionalità sufficiente a pianificare esattamente l'azione necessaria per il benessere collettivo. E, nell'ambito di una regolazione in tal modo intesa, la partecipazione è una delle due modalità fondamentali dell'interazione, l'altra essendo la reazione degli operatori alla misura adottata.

---

<sup>72</sup> B. MORGAN – K. YEUNG, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, 53-76.

<sup>73</sup> Si fa qui riferimento all'idea di provvedimento come riepilogo preformato del procedimento elaborata in Italia da M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., 16.

<sup>74</sup> Cfr., per tutti, l'art. 23, comma 3, della legge n. 262/2005.

Se si accetta questa logica e non si pretende di sovrapporre ad essa la nostra logica volontaristica, allora la partecipazione assume un ruolo strategico rispetto alla regolazione e consente anche di precisare qualcosa sul ruolo del regolatore. E' noto, è stato richiamato in precedenza e ha interessato anche la regolazione nel mondo anglosassone che un eccesso di partecipazione può produrre un'incapacità di decidere da parte del regolatore, così come un'eccessiva enfasi sulla legalità procedimentale e sull'obbligo di motivazione è in grado di determinare una fuga del regolatore nel legalismo. Questo problema è importante, perché la regolazione, in quanto processo conoscitivo e adattativo, funziona solo se si instaura una corretta interazione tra regolatore e regolati, e ciò non dipende ovviamente dai regolati, i quali sono per definizione opportunisti, ingannatori, reticenti, non lungimiranti ed egoisticamente dediti alla massimizzazione del proprio interesse immediato, ma da come il regolatore è capace di giocare a questo gioco <sup>(75)</sup>.

Allora la dottrina non dovrebbe concentrarsi solo sulla disciplina della regolazione, sui poteri delle Autorità di regolazione e sui limiti del controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione, ma dovrebbe porsi il compito, allo stesso tempo più ambizioso e più modesto, di diffondere una cultura giuridica adeguata alla regolazione, che possa essere d'ispirazione per i regolatori di talento e che possa formare regolatori che comprendano realmente la propria missione e siano in grado di giocare al gioco della regolazione da protagonisti, senza restare schiacciati dal peso delle forze in campo.

Su questo fronte il testo più importante con cui confrontarsi, per capire quanto siamo immersi in una cultura giuridica inadeguata rispetto alla regolazione, sono le pagine iniziali di *Law, Legislation and Liberty* di Friedrich August von Hayek, dedicate alla contrapposizione tra costruttivismo e evoluzionismo <sup>(76)</sup>. E' sufficiente qui richiamare i termini dell'alternativa posta da Hayek, per capire che noi siamo per formazione e tradizione costruttivisti e quindi strutturalmente incapaci di comprendere la regolazione, che è un gioco giuridico evoluzionista.

Secondo Hayek, il costruttivismo "ritiene che le istituzioni umane siano in grado di servire gli scopi degli individui solo se sono state deliberatamente progettate per servire tali scopi ... e afferma costantemente che noi dovremmo ridisegnare la nostra società e le sue istituzioni, in modo che tutte le nostre azioni siano guidate da fini noti". L'evoluzionismo, e cioè "l'altro modo di vedere le cose", "consiste nel ritenere che l'ordine istituzionale della società, il quale ha grandemente ampliato le possibilità di successo dell'azione individuale, non fu dovuto soltanto a istituzioni e modi di agire inventati e progettati per tale fine preciso, ma fu in gran parte dovuto a un processo descritto prima come *crescita* e poi come *evoluzione*: un processo in cui regole e modi di agire, che furono prima adottati per altre ragioni o magari anche accidentalmente, si mantennero perché furono in grado di far prevalere su altri il gruppo in cui erano sorti" <sup>(77)</sup>.

Scriva ancora Hayek che il costruttivismo "ci dà la sensazione di avere un potere illimitato nel realizzare i nostri desideri, mentre il secondo (l'evoluzionismo) ci porta a considerare che vi sono limiti a ciò che possiamo tentare, e a riconoscere che alcune delle nostre presenti speranze sono delle illusioni. Ciononostante, l'effetto delle illusioni create dal primo modo di considerare le cose è sempre stato quello di limitare di fatto quanto si sarebbe potuto raggiungere: poiché è sempre stato il riconoscimento dei limiti del possibile a rendere l'uomo in grado di utilizzare appieno le sue capacità" <sup>(78)</sup>.

---

<sup>75</sup> Prendendo a prestito immagini utilizzate da S. CASSESE, *Dalle regole del gioco*, cit., 265-276. Storicamente la teoria dei giochi venne elaborata per fornire uno strumento logico con il quale studiare situazioni in cui i risultati delle scelte di alcuni agenti sono parzialmente determinati dalle scelte di altri agenti con interessi possibilmente conflittuali; cfr. E. SCREPANTI e S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Gli sviluppi contemporanei*, Roma, 2004, III ed., 139 ss.

<sup>76</sup> F.A. von HAYEK, *Legge, legislazione, libertà*, trad. it. di P.G. MONATERI, Milano, Il Saggiatore, 2000. Sul punto cfr. S. MORONI, *L'ordine sociale spontaneo. Conoscenza, mercato e libertà dopo Hayek*, Torino, 2005.

<sup>77</sup> F.A. von HAYEK, *op.cit.*, 14.

<sup>78</sup> F.A. von HAYEK, *op.cit.*, 13. Osservano E. SCREPANTI e S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Gli sviluppi contemporanei*, cit., 227, che in Hayek c'è la preoccupazione, tutta postmoderna, di porre in guardia economisti e filosofi contro l'aspirazione faustiana a raggiungere una razionalità perfetta.

E' evidente come la regolazione trovi il suo senso autentico soltanto nell'ambito del secondo modo di vedere descritto da Hayek. Proprio in virtù del riconoscimento dei limiti della razionalità del decisore pubblico la regolazione si affida alla partecipazione in senso affatto peculiare, rinunciando alla *hybris* del volontarismo, ma nello stesso tempo richiedendo una forte capacità di decidere.

Non di decidere in modo giusto, perché in un contesto di razionalità limitata l'errore di previsione è fisiologico, bensì di emanare misure che abbiano effetto e che siano in grado di determinare reazioni negli operatori e così di mettere in moto il processo evolutivo della conoscenza istituzionale. Quest'ultima non produce risultati, ma nel suo ambito i risultati si producono, senza alcun *deus ex machina*, per la forza stessa delle cose, aiutate dagli stratagemmi della regolazione ad esprimere appieno il loro potenziale.