

Procedimenti di regolazione

La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti

Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215 - Pres. Ruoppolo - Est. Montedoro

La legge 7 agosto 1990, n. 241 è legge generale sul procedimento amministrativo, non già nei termini di una codificazione dell'atto e del procedimento, ma piuttosto come individuazione di principi fondamentali cui la successiva normazione, di rango primario e secondario, deve uniformarsi. Pertanto, i principi generali, in tema di partecipazione procedimentale, i quali hanno lo scopo di assicurare, secondo le norme previste dagli speciali ordinamenti di settore, l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere, si pongono come canoni interpretativi della disciplina di settore, non già nel senso di un'interpretazione meramente letterale della legge speciale, ma piuttosto come ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore.

Nonostante ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti (ivi compresa l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas) non si applichino le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della p.a. diretta all'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 3 e 13, l. n. 241 del 1990), deve tuttavia ritenersi che, per l'assenza di responsabilità e di soggezione di dette Autorità nei confronti del Governo, la loro indipendenza e neutralità possa trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Anche l'atto di regolazione, pertanto, è un atto che deve essere motivato, nel senso che devono essere indicati i presupposti di fatto e di diritto della decisione e deve essere dotato di giustificazione sostanziale, ma ciò non impone all'autorità di regolazione, la considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	<i>Conformi:</i> Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, 5105; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, 7553; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, 7972; Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, 2007.
Dottrina	E. Chiti, <i>La disciplina procedurale della regolazione</i> , in <i>Riv. trim. dir. pubbl.</i> , 2004, 679 ss.; M. Ramajoli, <i>Procedimento regolatorio e partecipazione</i> , Relazione tenuta al Convegno su "La regolazione dei servizi di interesse economico generale", Firenze, 6 novembre 2009, reperibile sul sito www.giustam-m.it ; M. Clarich, <i>I procedimenti di regolazione</i> , in <i>Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato</i> , Torino, 1999, 91 ss.; G. Napolitano, <i>Regole e mercato nei servizi pubblici</i> , Bologna, 2005, 97 ss.

Omissis.

Il commento di Sveva Del Gatto

La sentenza del Consiglio di Stato offre l'occasione per tornare sul problema del riconoscimento delle garanzie procedurali nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti e, in particolare, in quelli di regolazione. La garanzia della partecipazione e del contraddittorio in questi peculiari procedimenti è da tempo considerata dalla scienza giuridica più attenta e, da qualche anno, anche dalla giurisprudenza, un indispensabile filtro di legittimazione volto a colmare il *deficit* democratico che caratterizza le autorità indipendenti. Il Consiglio di Stato, tuttavia, non si limita a riaffermare tale principio, ma ne garantisce la piena effettività sancen-

do, allo stesso tempo, anche l'obbligo di motivazione dei regolamenti delle Autorità, nonostante la clausola di esclusione di cui all'art. 13 della l. n. 241/1990. La questione delle garanzie procedurali nei procedimenti di regolazione sembra oggi aver raggiunto un sufficiente grado di definizione, non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza. L'importanza della consultazione dei destinatari delle regole è, altresì, confermata dal legislatore con l'introduzione dell'AlR. Restano, tuttavia, aperti altri importanti problemi tra cui quello del rischio di "ossificazione" dei procedimenti di regolazione, che richiedono, al contrario, tempi rapidi e procedure snelle.

Il fatto

Con la decisione in epigrafe il Consiglio di Stato ha respinto l'appello proposto da Enipower s.p.a. per la riforma della sentenza della sesta sezione del Tar Lombardia, n. 3284 del 2005.

La questione che ha dato luogo alla sentenza tocca aspetti tecnici relativi alla regolazione del mercato elettrico. Con delibera n. 48/04, l'Autorità per l'energia fissava le condizioni per l'erogazione del servizio di dispacciamento e per l'approvvigionamento delle relative risorse, nonché per l'erogazione del servizio di aggregazione delle misure di energia elettrica ai fini della liquidazione dei corrispettivi di dispacciamento per il periodo compreso tra il 1° aprile 2004 (data di entrata in operatività del dispacciamento di merito economico) e il 31 dicembre 2004. La determinazione si innestava nel quadro delle condizioni per l'erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell'energia elettrica sul territorio nazionale e per l'approvvigionamento delle relative risorse su base di merito economico. Tali condizioni erano state introdotte, ai sensi degli artt. 3 e 5 del d.lgs. 79/99 (in forza dei quali deve essere garantita la libertà di accesso alla rete), con la delibera n. 168/03. In particolare, l'intervento regolativo dell'Aeeg nel 2004 era volto a disciplinare l'avvio del sistema di pagamento di corrispettivi per l'assegnazione dei diritti di utilizzo delle capacità di trasporto dell'energia (c.d. CCT), introdotto in forma piena con la delibera n. 48/2004, in quanto il relativo esercizio era legato all'avvio del dispacciamento di merito. Il corrispettivo veniva posto a carico dell'operatore cedente, assegnando al Gestore della Rete il ruolo di stimolo della domanda di energia. Poiché il nuovo sistema aveva determinato forti variabili di prezzo nella Borsa elettrica, l'Aeeg, successivamente, adottava la delibera n. 137/2004 avente ad oggetto l'introduzione, per il 2004, di misure transitorie volte a mitigare la volatilità dei prezzi (stabilendo, nello specifico, un limite massimo degli oneri connessi al corrispettivo sino al 31 dicembre 2004). In un secondo momento, l'Autorità per l'energia definiva gli strumenti per contenere il rischio di incremento dei prezzi, introducendo strumenti di copertura (definiti CCC), volti a paralizzare l'incidenza dei costi per l'assegnazione dei diritti di utilizzo (CCT), da assegnare a seguito di procedure d'asta.

Le delibere citate sono state oggetto di impugnazio-

ne da parte di alcuni operatori del mercato, partecipanti all'asta pubblica per l'assegnazione dei CCC, i quali hanno sostenuto di aver subito pregiudizi dal meccanismo stesso di funzionamento dei contributi. Il Tribunale amministrativo della Lombardia ha, tuttavia, respinto il ricorso dichiarandolo inammissibile, al pari dei successivi motivi aggiunti.

Contro la sentenza del Tar lombardo è stato proposto appello al Consiglio di Stato. Tra i numerosi motivi di ricorso, tutti respinti dai giudici di Palazzo Spada, è stato, in particolare, eccepito dalla ricorrente il mancato rispetto delle garanzie del contraddittorio da parte dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e, nella specie, delle norme contenute negli artt. 7 della l. n. 241/1990, 4 del d.P.C.M. n. 197 del 2001 (1) e 2 della l. n. 481/1995. La ricorrente ha, inoltre, censurato la mancanza di motivazione del provvedimento impugnato in violazione degli artt. 3 e 10 della legge sul procedimento.

Secondo quanto sostenuto dai ricorrenti, in particolare, l'Aeeg avrebbe approvato le regole dei CCC alla fine del 2004, prima, dunque, di aver diramato il documento di consultazione contenente le regole per l'anno 2005. Questa inversione procedimentale avrebbe, ad avviso di Enipower s.p.a., impedito, di fatto, l'effettiva partecipazione al procedimento degli interessati determinando, di conseguenza, l'illegittimità, in particolare, di una delle delibere adottate (la n. 237 del 2004).

Inoltre, l'Autorità per l'energia avrebbe omesso di motivare la delibera adottata facendo specifico riferimento alle memorie presentate dall'impresa ricorrente. Il Consiglio di Stato ha, tuttavia, respinto, l'eccezione avanzata dai ricorrenti sul mancato rispetto da parte dell'Aeeg del principio del contraddittorio, nonché quella sul difetto di motivazione. Secondo la sesta sezione, infatti, in base ad un'analisi concreta, risulta che, nel caso di specie, il diritto alla partecipazione procedimentale è stato effettivamente rispettato, poiché l'Aeeg ha previamente approvato e sottoposto al mercato il documento di consultazione. Inoltre, la lamentata inversione procedimentale, seppur attuata, non sarebbe stata, co-

Nota:

(1) L'art. 7 del Regolamento di attuazione della legge sul procedimento amministrativo detta norme in materia di acquisizione obbligatoria di pareri e di valutazioni tecniche di organi o enti appositi.

munque, idonea a condizionare il godimento e la fruizione dei diritti di partecipazione. Infondato è stato ritenuto, anche, il motivo relativo alla carenza di motivazione, in quanto l'Autorità avrebbe motivato la delibera seppur nei limiti dettati dal carattere generale di tale atto.

La sentenza del Consiglio di Stato: la riaffermazione del diritto al contraddittorio procedimentale nei procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti

La sentenza del Consiglio di Stato si inserisce nel dibattito, oggi in parte attenuato, sull'applicabilità delle garanzie del contraddittorio ai procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti e sul ruolo svolto, al riguardo, dalle disposizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo (2).

Come noto (3), l'affidamento di poteri normativi a soggetti indipendenti dal potere politico e sottratti al modello di responsabilità di cui all'art. 95 della Costituzione (4), ha giustificato e, per certi versi, imposto, la ricerca di "filtri di legittimazione" (5) alternativi a quelli offerti dal modello di democrazia maggioritaria e rinvenuti nella garanzia della partecipazione e del contraddittorio. A questa conclusione, è arrivata, dopo un primo momento di iniziale disinteresse sul punto (6), anche la giurisprudenza amministrativa, oggi unanime nel rinvenire nella previsione di garanzie procedimentali stringenti, in materia di partecipazione dei privati al procedimento e di contraddittorio tra le parti, la condizione minima ed essenziale affinché possa essere assicurato ai soggetti privati, destinatari dei provvedimenti, il rispetto delle regole di diritto in assenza di una responsabilità politica delle Autorità (7).

Conformandosi a questi orientamenti, i giudici di Palazzo Spada, con la decisione della sesta sezione, hanno, quindi, confermato che, in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e la neutralità delle Autorità possono trovare un fondamento dal basso, nel senso cioè, che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga, poi, in sede

(3) La questione del rispetto delle garanzie procedimentali nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti si giustifica in ragione della necessità, da tempo evidenziata dalla dottrina più attenta, di colmare il *deficit* democratico che caratterizza le autorità indipendenti attraverso un rafforzamento della legalità procedurale, assicurando, cioè, nei procedimenti di regolazione svolti dalle Autorità, la partecipazione e il contraddittorio con gli interessati. Nel caso delle autorità indipendenti si assiste, infatti, al passaggio dal modello maggioritario a quello 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". M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit. Sul punto si rinvia più ampiamente a S. Cassese, *Negoziato e trasparenza nel procedimento davanti alle autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 37 ss.; G. Amato, *Le Autorità indipendenti*, in *Storia di Italia*, Annali, vol. XIV, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 377 ss.; M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss., ma già in *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenzionse*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 149 ss. Sui limiti della democrazia procedurale si vedano, però, le osservazioni di S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss. A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

(4) Lamentano la difficoltà di ricondurre questo modello a quello previsto dalla Costituzione, F. Rigano, *Le Autorità indipendenti nel sistema costituzionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 359 ss.; F. Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. dell'econ.*, 2003, 585 ss.; S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; S. Foà, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Torino, 2002. Si vedano anche le problematiche sollevate da G. Pericu, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti scelti*, Milano, 2009, 601 ss., 881 ss.

(5) Lo evidenzia, tra gli altri, M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 154 ss.

(6) Secondo il Tar Lazio, sez. I, 4 maggio 1999, n. 997 "è 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". In alcuni casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi, la giurisprudenza ha espressamente escluso l'applicazione di singoli istituti di partecipazione disciplinati dalla legge sul procedimento alle ipotesi di atti a contenuto generale adottati dalle autorità di regolazione. In questo senso Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2002, n. 802; Tar Lazio, Roma, sez. III, 8 marzo 2007, n. 2235 in cui non si riconosce una violazione delle garanzie procedimentali allorquando, i soggetti interessati, pur non essendo stata effettuata la comunicazione di avvio del procedimento, sono stati comunque consultati in via informale e in assenza di un verbale. *Contra* Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2009, n. 4558 che annulla 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 non rispettata la procedura di consultazione.

(7) M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio*, cit. 1035. L'opportunità di assicurare il contraddittorio con le parti e la partecipazione di tutti gli interessati è stata sottolineata anche dall'Autorità per la concorrenza ed il mercato che ha osservato come sia necessario, nei procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti «far partecipare sempre e adeguatamente al disegno regolativo, tutti coloro che possono dare un contributo per colmare l'asimmetria di informazione del regolatore, in particolare quei soggetti economici che sono latori di interessi contrapposti a quelli del soggetto regolato» Agcm, segnalazione 20 dicembre 2002, AS 226.

Note:

(2) Su cui E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, Relazione tenuta al Convegno su "La regolazione dei servizi di interesse economico generale", Firenze, 6 novembre 2009, reperibile sul sito www.giustamm.it; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 91 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 97 ss.

giurisdizionale (8). Come si legge nella decisione, secondo i giudici amministrativi, il rispetto degli obblighi di partecipazione, attraverso la consultazione degli interessati, assicura alle Autorità l'*accountability* tradizionalmente derivante al potere pubblico dai suoi collegamenti con gli uffici politici, legittimati, a loro volta, dai principi della democrazia rappresentativa (9).

Dopo aver affermato il c.d. diritto al contraddittorio procedimentale in tema di atti di regolazione, il Consiglio di Stato si è interrogato sul ruolo svolto in materia, dalla legge generale sul procedimento amministrativo. L'applicabilità di tale disciplina anche ai procedimenti davanti alle autorità indipendenti non appare del tutto pacifica, non tanto (o non più) da un punto di vista soggettivo, quanto piuttosto, da un punto di vista oggettivo. Le soluzioni concrete previste dalla legge sul procedimento (10), infatti, sono apparse, ad alcuni (11), non adeguate a consentire l'effettivo esplicarsi delle finalità tipiche della partecipazione nei procedimenti di regolazione (12). Ciò ha portato ad escludere l'applicazione, diretta e integrale, della l. n. 241/1990 suggerendo, per altro verso, forme di garanzia del contraddittorio e della partecipazione "rinforzate" (13), rispetto al paradigma contenuto nella legge generale sul procedimento amministrativo (14), e più adatte alle peculiari caratteristiche della funzione di regolazione (15).

Sul punto, il Consiglio di Stato non si pronuncia nello specifico, ma riconosce, comunque, alla legge generale sul procedimento amministrativo un'auto-noma rilevanza. La l. n. 241/1990, infatti, secondo i giudici amministrativi, rappresenta la fonte di "principi fondamentali cui la successiva normazione, di rango primario e secondario, deve uniformar-

miti alla sfera dei privati, debba svolgersi in modo da consentire ai privati interessati di «*esporre le proprie ragioni, sia a tutela del proprio interesse sia a titolo di collaborazione dell'interesse pubblico*». Corte costituzionale, 22 febbraio 1962, n. 13.

(11) In questo senso, espressamente, G. Napolitano e A. Zoppini, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna 2006, 135. Si rileva, ad esempio, che il Capo III della legge sul procedimento, oltre a non dettare una disciplina specifica per i procedimenti generali (che anzi, risultano espressamente esclusi), non garantisce un effettivo contraddittorio tra i privati e l'autorità pubblica, limitandosi a prevedere un intervento, mediante la presentazione di memorie e documenti, soprattutto in funzione di collaborazione e trasparenza. Emblematica a questo proposito appare l'analisi delle discipline di settore alle quali sono sottoposte le autorità di regolazione. La distanza con il paradigma di partecipazione offerto dalla legge n. 241 del 1990 emerge, ad esempio, se si fa riferimento alla disciplina in materia di partecipazione ai procedimenti dell'Aeeg. In base all'art. 5 della Delibera Aeeg n. 61/97 (oggi modificato dalla Delibera gop n. 46/09 su cui *infra*) possono partecipare al procedimento i soggetti ai quali è stata comunicata la decisione di avvio del procedimento e i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, anche costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dai fatti per i quali è stato avviato il procedimento, o dai provvedimenti che possono essere adottati all'esito di quest'ultimo. Mentre, quindi, la legge sul procedimento amministrativo si limita a prevedere la possibilità di presentare memorie scritte, in questo caso è previsto che le parti vengano effettivamente ascoltate, facilitando così, uno scambio di opinioni e di informazioni. La possibilità che siano richieste audizioni, ai sensi dell'art. 10, inoltre, rappresenta un vero e proprio «valore aggiunto» che si esplica, in particolare, in quei casi, frequenti, in cui la decisione assume contenuto convenzionale e pattizio.

(12) Le diverse finalità che può assumere il contraddittorio e la partecipazione dei privati ai procedimenti davanti alle autorità indipendenti e la differente dimensione - orizzontale o verticale - che il contraddittorio può presentare, sono messi in evidenza in modo molto chiaro da M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., 156 ss. Sulle differenti finalità del modello partecipativo applicato ai procedimenti di regolazione cfr. anche M. Ramajoli, *op. cit.*, 6 ss.

(13) E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., 686; G. Napolitano e A. Zoppini, *op. cit.*, 125 ss., spec. 134 ss.; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 83.

(14) Sui poteri amministrativi discrezionali, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2000.

(15) Su cui S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. e regole*, 2002, 265 ss.; cfr. anche L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., 55 ss. Sull'impossibilità di applicare alle autorità indipendenti e al diritto da queste prodotto la logica tradizionale del conflitto autorità-libertà tipico del rapporto tradizionale tra amministrazione e cittadino, si veda anche Id., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 428 ss. Sul punto, con specifico riferimento alla distanza con il modello di partecipazione offerto dalla legge n. 241 del 1990 cfr. anche F. Merusi, *Democrazie e autorità indipendenti*, cit., 83 ss. e G. Napolitano e A. Zoppini, *op. cit.*, 131, i quali rilevano che l'esercizio della funzione di regolazione, a differenza delle funzioni amministrative, è caratterizzato "ora dalla ponderazione - conciliazione "poli-centrica" tra interessi "di sistema" e privati; ora, dal semplice bilanciamento di interessi privati contrapposti; ora, dal puro giudizio in funzione di controllo o soluzione delle controversie". In giurisprudenza, questa differenza è stata posta in luce da Tar Lombardia, sez. II, 31 luglio 2001, 5288; Tar Lombardia, sez. II, 19 dicembre 2002, 5281; Tar Lombardia, sez. II, 27 gennaio 2003, 171.

Note:

(8) In questo senso Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, 2007 con nota di S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *questa Rivista*, 2007, 377 ss. Cfr. anche, Cons. Stato, sez. VI, n. 2201/2006; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, 7972.

(9) Secondo la giurisprudenza, infatti, «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». Cfr. Cons. Stato n. 2007/06 e n. 2201/06 cit.; Cons. Stato n. 7972/2006 cit.

(10) Sulla partecipazione al procedimento amministrativo si rinvia a A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, parte generale, vol. II, Milano, 2000, 965 ss. L'importanza della partecipazione alle decisioni amministrative è stata, da tempo, messa in risalto dalla giurisprudenza; sul punto la stessa Corte costituzionale, già nei primi anni sessanta, ha, infatti, sottolineato come l'azione amministrativa, almeno se destinata a porre li-

si". Questo complesso di principi in tema di partecipazione procedimentale, ricavabile dalla legge sul procedimento, deve porsi come canone interpretativo della disciplina di settore, eventualmente imponendo di non fermarsi ad un'interpretazione letterale della *lex specialis*, ma di cercare, fra i significati e le interpretazioni possibili di un testo, quello che è meglio in grado di soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore (16). Di conseguenza, secondo il giudice amministrativo, non è sufficiente limitarsi ad affermare, solo formalmente, l'applicazione della partecipazione e del contraddittorio anche ai procedimenti di regolazione, ma bisogna adottare interpretazioni sostanziali volte ad assicurare, in concreto, l'effettività di tali principi.

Verso una partecipazione più effettiva ai procedimenti di regolazione: l'affermazione dell'obbligo di motivazione dei regolamenti delle Autorità

L'interesse dei giudici a garantire reale effettività al principio del contraddittorio si rinviene, soprattutto, nella seconda parte della decisione relativa alla sussistenza o meno, in capo alle autorità di regolazione, dell'obbligo di motivare i propri regolamenti, nonostante l'espressa esclusione contenuta negli artt. 3 e 13 della legge sul procedimento (17).

La soluzione della questione richiede, da un lato, di interpretare correttamente l'esclusione disposta nella l. n. 241/1990 con riferimento all'applicazione del Capo III agli atti amministrativi generali; e, dall'altro, di stabilire, una volta che tale limite sia eventualmente superato, l'intensità e le modalità dell'obbligo di motivazione di atti aventi un contenuto peculiare rispetto ai tradizionali provvedimenti amministrativi.

Sul primo punto, dottrina e giurisprudenza appaiono ormai concordi nel ritenere che l'esclusione prevista dall'art. 13 della l. n. 241/1990 vada letta, non come negazione *in toto* dell'utilità dell'apporto fornito dalla partecipazione dei privati ai procedimenti generali, ma, piuttosto, come rimando alle discipline di settore, sul presupposto che queste siano più idonee a regolare la partecipazione all'interno di procedimenti con caratteristiche peculiari e, spesso, connotati da un alto grado di tecnicismo di tipo "avanzato" (18).

Più complessa si è, invece, mostrata la problematica relativa alla sussistenza o meno dell'obbligo di motivazione dei regolamenti.

La giurisprudenza ha, inizialmente, escluso che la partecipazione a questi procedimenti potesse avere un ruolo "codecisionale", riconoscendole, al contrario, solo una funzione collaborativa, con l'evidente intento di evitare la paralisi o, comunque, il

rallentamento di procedimenti che, per loro natura, richiedono tempi brevi e soluzioni rapide (19). Ciò ha portato in un primo momento, a ritenere non sussistente, in capo alle Autorità né un generale obbligo di motivazione dei regolamenti, né, soprattutto, un obbligo specifico di controdedurre alle osservazioni fatte dai privati.

La lettura richiamata è stata, tuttavia, recentemente superata a favore di un'interpretazione più conforme alle finalità della partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti. Secondo il nuovo orientamento, infatti, la partecipazione non svolge una funzione puramente collaborativa, ma rappresenta lo strumento attraverso il quale vengono accertati i fatti, eseguite le istruttorie ed espletati gli accertamenti tecnici.

Le Autorità di regolazione sono sempre tenute, pertanto, a motivare i propri atti a contenuto generale, dando conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, pur non dovendo dare puntuale replica ad ogni osservazione (20).

In questo senso si è pronunciata anche la sesta sezione secondo la quale l'Aeeg, nell'adozione di provvedimenti generali, è, comunque, tenuta al rispetto dei principi contenuti nella legge sul procedimento amministrativo e, dunque, all'obbligo di motivazione, nonostante l'esclusione di cui all'art. 13 della l. n. 241/1990 (21). Solo garantendo l'obbligo di motivazione può essere realmente assicura-

Note:

(16) In senso conforme Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, 5105.

(17) Gli artt. 3 e 13 della l. n. 241/90, infatti, espressamente escludono gli atti generali (tra cui vanno fatti rientrare gli atti di regolazione adottati dalle *authorities*) dall'obbligo di motivazione e dall'applicazione dei principali istituti di partecipazione disciplinati dal Capo III. Le previsioni citate si discostano da quanto originariamente previsto dallo schema di legge proposto dalla Commissione Nigro (cfr. art. 4 dello schema di disegno di legge recante "Disposizioni dirette a migliorare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa" pubblicato in *Il procedimento amministrativo tra riforma legislative e trasformazione dell'amministrazione*, a cura di F. Trimarchi, Milano, 1990, 177 ss.). Evidenzia questa differenza M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio*, cit., 2. Sugli atti a contenuto generale nonché sull'esclusione di cui agli articoli citati si rimanda a G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 271 ss.

(18) In questi termini, A. Sandulli, *op. cit.*, 965 ss.

(19) In questo senso Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 18 febbraio 2005, 402; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 marzo 2005, 660; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 27 maggio 2005, 1144; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 28 febbraio 2006, 528.

(20) Cons. Stato, sez. VI, n. 7072/2006. Sul punto cfr. M. Ramajoli, *op. cit.*

(21) Sull'operare, nel nostro ordinamento, di un generale principio di partecipazione che non tollera deroghe o eccezioni cfr. anche Cons. St., sez. V, 18 novembre 2004, 7553 dove si afferma che "la partecipazione al procedimento amministrativo [...] ha di-

(segue)

ta l'effettività della partecipazione e del contraddittorio. La necessaria motivazione, da un lato, infatti, permette agli interessati di poter incidere concretamente sulle decisioni dell'Autorità; dall'altro, consente un più intenso sindacato giurisdizionale, in quanto offre al giudice la possibilità di comprendere l'*iter* logico seguito dalle Autorità indipendenti e le ragioni giustificative dell'atto, nonché di valutare l'effettivo rilievo attribuito alle osservazioni dei privati intervenuti nel corso del procedimento.

Nella stessa direzione, volta a garantire maggiore effettività alla partecipazione degli interessati, sembra essersi mossa, invertendo la precedente tendenza, la normativa di settore: l'art. 23 della l. n. 262/2005 (legge per la tutela del risparmio) stabilisce, ad esempio, che i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, debbano essere motivati "con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono". Analogamente, nel settore dell'energia, l'art. 5 dell'allegato A) alla nuova delibera n. 46/09 gop, in materia di consultazione, prevede che l'atto di regolazione debba essere motivato tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte tempestivamente presentate nel corso della consultazione.

Il carattere generale dei regolamenti delle Autorità, tuttavia, non rimane privo di conseguenze, ma viene, correttamente, utilizzato dai giudici come criterio interpretativo per stabilire quando e in che modo, concretamente, l'obbligo di motivazione possa dirsi effettivamente rispettato.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, nel caso dei regolamenti delle Autorità, non può pretendersi che la motivazione debba dar conto in maniera puntuale di tutti gli argomenti dedotti da ogni operatore di mercato. Al contrario, è sufficiente che siano indicati i presupposti di fatto e di diritto e che sia rinvenibile una giustificazione sostanziale della decisione assunta. E tale onere sarebbe stato pienamente assolto dall'Aeeg nel caso di specie.

L'importanza crescente di una regolazione di qualità e il connesso rischio dell'"ossificazione" delle procedure

La sentenza del Consiglio di Stato offre una nuova conferma dell'importanza che la partecipazione degli interessati riveste nel processo di formazione della regola. Tale principio, superate le prime iniziali incertezze, appare ormai unanimemente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa alla quale, anzi, va riconosciuto un ruolo fondamentale nel valorizzare gli istituti della consultazione nei procedimenti di regolazione, evidenziandone il fondamento e le finalità.

L'opera dei giudici appare, poi, particolarmente importante a causa della mancanza di una normativa specifica sulla partecipazione nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti. L'affermazione, per via giurisprudenziale, di un diritto al contraddittorio procedimentale con valenza generale rafforza, infatti, il vincolo al quale, in larga parte, sono sottoposte le autorità di regolazione con le rispettive normative di settore e riduce il rischio che il significato e la funzione della partecipazione nei procedimenti di regolazione siano, un domani, da queste snaturati, o addirittura, derogati (22).

L'importanza assunta dalla consultazione degli interessati nel processo di regolazione, si ricava, tuttavia, oggi, non solo, dalle sempre più numerose pronunce giurisprudenziali in tal senso, ma anche, da alcuni interventi del legislatore. Si fa riferimento, in particolare, all'introduzione (seppur con un po' di ritardo rispetto ad altri ordinamenti (23)), per gli atti del Governo (24) e per quelli delle autorità di regolazione (25), di forme di misurazione delle *performance* della regolazione, quale ad esempio l'Analisi di impatto della regolazione volta a misurare e a migliorare la qualità della regolazione sulla base di criteri dell'analisi economica, avvalendosi dell'istituto della consultazione (26).

La previsione, nella maggior parte dei Paesi Ocse, di processi di analisi di impatto della regolazione che richiedono al loro interno, momenti di consul-

Note:

(segue nota 21)

gnità di principio generale dell'ordinamento, strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento". Tale principio "non tollera interpretazioni che ne limitino arbitrariamente l'applicazione generalizzata a tutti procedimenti".

(22) Evidenzia questo problema, G. Napolitano, *Regole e mercato*, cit., 113 ss.

(23) Per un'analisi comparata delle caratteristiche e dello stato di approfondimento dell'istituto in altri ordinamenti europei e negli Stati Uniti si rinvia a F. Barazzoni, V. De Magistris, A. La Spina, A.T. Imbriano, *L'analisi di impatto della regolazione in dieci paesi dell'Unione Europea*, in *La qualità delle regolazione - Politiche europee e piano d'azione nazionale*, a cura di F. Basilica, Maggioli, 2006, 571 ss.; C. M. Radaelli, (a cura di) *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Rubettino, 2001.

(24) L. n. 50 del 1999, modificata dalla l. n. 246 del 2005.

(25) L. n. 229 del 2003.

(26) Per un'analisi di carattere generale sull'istituto e sulla sua evoluzione si rinvia a S. Cavatorto, A. La Spina, *L'analisi di impatto della regolazione nella recente esperienza italiana*, in *Riv. It. di Politiche Pubbliche*, 2002, 43 ss.; F. De Francesco, *L'Air nel processo di riforma della regolazione*, in *Riv. trim. di scienza dell'amm.*, 2000, 19 ss.; D. Ielo, *L'analisi di impatto della regolazione*, in *Amministrare*, 2005, 289 ss.; A. La Spina, *L'analisi di impatto della regolazione: i caratteri distintivi, le tecniche, la ricezione in Italia*, in *Riv. Trim. scienze dell'amm.*, 2004, 11 ss. In materia si veda anche la documentazione contenuta su www.osservatorioair.it.

tazione con gli interessati, testimonia l'autonomia oggi assunta dal metodo partecipativo applicato all'attività di regolazione e consente di individuare un vero e proprio principio di comunicazione, al di là del generico paradigma offerto dalla legge sul procedimento. La normativa in materia di Analisi di impatto della regolazione sembra, dunque, rappresentare, un fondamento autonomo, rispetto alla legge sul procedimento amministrativo, del principio di partecipazione e contraddittorio nei procedimenti di *rulemaking* (27).

Nelle Air, infatti, la consultazione degli interessati svolge un ruolo di primaria importanza che caratterizza metodologicamente tutta la sequenza procedimentale e che risulta strumentale a più di un'esigenza (28). La consultazione dei soggetti interessati, oltre ad essere un elemento di legittimazione del soggetto regolatore, assume, qui, importanza, soprattutto, come elemento di supporto delle scelte regolatorie, per selezionare l'opzione preferibile, raccogliere le informazioni necessarie ad una regolazione efficace e far emergere tutti gli elementi (economici, giuridici e sociali) necessari per una corretta e completa analisi degli effetti della regolazione. Il coinvolgimento dei soggetti, direttamente o indirettamente interessati dall'intervento di regolazione, risponde, inoltre, alla domanda crescente dei cittadini di partecipare alla formazione delle politiche da parte dei pubblici poteri. Ciò ha il duplice effetto di rendere tali politiche più accettabili, in quanto condivise, e di ridurre, di conseguenza, il rischio della mancata attuazione delle regole adottate (29). L'Air consente, dunque, nel rispetto, oltre che di quello di partecipazione, anche, e soprattutto, del principio di proporzionalità, di garantire, attraverso lo scambio di informazioni tra i privati e il pubblico potere, non solo la regola più efficiente, ma, anche, quella che comporti il minor sacrificio possibile degli interessi incisi, graduando correttamente la misura dell'esercizio del potere amministrativo. Essa, inoltre, come osservato, "permette di verificare che l'azione amministrativa - dalla decisione di intervenire alla scelta della tecnica di regolazione, alla definizione del contenuto delle singole determinazioni - non fuoriesca dai confini della neutralità rispetto alle situazioni sostanziali in gioco, come imposto dal peculiare assetto di interessi proprio della funzione regolativa" (30).

L'esigenza di dare maggiore ampiezza possibile alla consultazione degli interessati nel processo regolativo, di cui si sono fatti portavoce, specie di recente, non solo la giurisprudenza, ma anche il legislatore, si scontra, tuttavia, con quella di assicurare celerità e snellezza ai procedimenti di regolazione.

La normativa sulle Air e le discipline di settore relative ai procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti (31), infatti, assicurano tutte,

seppur in vario modo e misura, agli interessati il diritto di essere ascoltati e contribuire alla formazione della regola che, direttamente o indirettamente, li assumerà come destinatari. Ciò avviene attraverso l'istituto della consultazione, presente anche in altri ordinamenti (32) e analogo all'istituto del *notice and comment*, introdotto nell'ordinamento statunitense con l'approvazione dell'*Administrative Procedure Act* del 1946 (33).

I meccanismi di consultazione che si vanno diffondendo, dunque, sono volti ad assicurare, in attuazione anche degli indirizzi comunitari e superando

Note:

(27) Sulla distinzione, che deriva dall'ordinamento statunitense, tra procedimenti di *adjudication* e procedimenti di *rulemaking* si rimanda, nella letteratura italiana, a F. Bocchini, *Adjudication e rulemaking power nell'esperienza giuridica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 171 ss.

(28) In questo senso M. De Benedetto, *Il quasi-procedimento per l'analisi di impatto della regolazione*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 145-146, 2004, 145 ss., spec. 151; A. La Spina e S. Cavotorto (a cura di), *La consultazione nell'analisi di impatto della regolazione*, Rubettino, 2001; S. Cavotorto, *Metodi di consultazione nell'Air*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 2002, 137 ss. In particolare, per un'indicazione delle funzioni alla base della consultazione nell'attività normativa cfr. A. Celotto, *La consultazione dei destinatari delle norme*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 145-146, 2004, 55 ss.

(29) M. De Benedetto, *Il quasi procedimento*, cit., 152.

(30) E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit., 705.

(31) Per l'Autorità per l'energia elettrica e il gas cfr. la delibera n. 61 del 1997, relativa allo svolgimento dei procedimenti per l'adozione di atti normativi e a contenuto generale, successivamente modificata, per fornire una «più articolata disciplina della consultazione, considerata un importante strumento di democrazia deliberativa di trasparenza e di qualità della regolazione», dalla delibera gov. n. 46/09, all. A. In materia di procedimenti davanti all'Agcom, cfr. l'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, che recepisce le disposizioni contenute dalla direttiva 2002/21/Ce. La disciplina prevista nella disposizione citata è stata ulteriormente specificata da una delibera dell'Autorità (Delibera n. 453/03/CONS) contenente disposizioni in materia di procedure di consultazione. Anche per i procedimenti delle autorità di vigilanza, Banca d'Italia, Consob e Isvap, l'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 prevede alcuni importanti obblighi di partecipazione da rispettare nell'adozione di atti regolamentari e a contenuto generale aventi natura prescrittiva.

(32) Come mostrano le disposizioni in materia di adozione di atti regolamentari da parte dell'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep)* in Francia, dell'*Ofcom* nel Regno Unito e della *Spain Telecommunication Commission (Cmt)* in Spagna.

(33) Il *notice and comment* tipico del modello dell'*interest representation*, analogamente a quanto avviene nei procedimenti davanti all'Aeeg e all'Agcom, si articola, infatti, nella comunicazione dell'avvio del procedimento di regolazione, nella pubblicazione dello schema di regolazione, nella fissazione di un termine per la presentazione dei commenti ed, infine, nell'adozione del provvedimento finale. Sul punto 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.; L. Torchia, *I modelli di procedimento amministrativo*, ivi, 33 ss.; E. Chiti, *La disciplina procedurale*, cit., 679 ss.

gli schemi offerti dalla legge sul procedimento, effettività ed ampiezza alla partecipazione degli interessati. Ciò, tuttavia, può porre alcuni problemi, già riscontrati nel modello dell'*interest representation* (34) al quale le discipline sulla partecipazione nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti si ispirano.

L'introduzione di istituti volti all'acquisizione degli interessi in gioco, infatti, ingenera rischi di «ossificazione» dei programmi regolatori, quali l'eccesso di rigidità e la lentezza delle procedure che, in quanto volti all'adozione di norme a contenuto tecnico, destinati ad una rapida obsolescenza, richiedono, al contrario, rapidità e snellezza (35).

Per questo, da parte della dottrina italiana, accanto all'ipotesi di prevedere una disciplina generale specifica per la partecipazione ai procedimenti delle autorità indipendenti (36), già da qualche tempo, è stato ipotizzato di limitare l'obbligo delle misure partecipative, sulla scia di quanto già previsto dalla disciplina in materia di comunicazioni elettroniche (37), agli atti di regolazione con un "significativo impatto sul mercato", o di prevedere, per gli atti regolativi che coinvolgono un numero relativamente limitato di imprese, forme di negoziazione della regolazione (38).

In questo senso, si possono leggere alcune disposizioni della citata delibera gop n. 46/09, relativa al settore dell'energia (39). La delibera dell'Aeeg, recante nuove norme in materia di partecipazione ai procedimenti di regolazione, pur rafforzando, in generale, le garanzie nei procedimenti di *rulemaking* davanti all'Autorità, sottrae esplicitamente alla consultazione gli atti aventi un contenuto vincolato e quelli attuativi di precedenti atti di regolazione ed esclude l'obbligo di consultazione laddove sia incompatibile con esigenze di straordinaria urgenza, emergenza o segretezza (40).

Anche la giurisprudenza ha rilevato la necessità di contemperare le esigenze di effettività e di ampiezza della partecipazione e del contraddittorio, con quelle di efficienza e celerità dei procedimenti di regolazione. In questo senso, ad esempio, sia il Consiglio di Stato che il Tar, pur in assenza di previsioni normative di settore, hanno ritenuto non necessaria la partecipazione ai procedimenti di regolazione nel caso in cui sussistano ragioni di urgenza (41), o nell'ipotesi di provvedimenti marginali, volti cioè, ad apportare solo modifiche di scarso rilievo (42).

La decisione della sesta sezione si colloca su questa linea interpretativa e per questo va accolta positivamente. Da un lato, infatti, il Consiglio di Stato non si è limitato a mere affermazioni di principio, ma ha voluto assicurare maggiore effettività alla partecipazione affermando l'obbligo generale di motivazione dei regolamenti delle Autorità. Dall'altro, la delimitazione di tale obbligo, effettuata in ragio-

ne del carattere generale di questi atti, appare funzionale a circoscrivere i possibili rischi di appesantimento derivanti dalla consultazione. In questo modo, gli stessi giudici hanno, quindi, mostrato di comprendere appieno l'opportunità di calibrare l'intensità degli obblighi di partecipazione in ragione delle peculiari caratteristiche e finalità dei procedimenti regolatori e di specifiche esigenze contingenti, contribuendo, così, a dare una lettura non solo formale del principio del contraddittorio procedimentale nel processo di regolazione.

Note:

(34) Su cui R. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 88, 8, 1975, 1711 ss.

(35) Nella dottrina americana si veda, senza pretesa di completezza, T.O. McGarity, *Some thoughts on "Deossifying" the Rule-making Process*, in *Duke Law Journal*, 41 (1991-1992), R.J. Pierce, *Seven Way to Deossify Agency Rulemaking*, in *Administrative Law Review*, 1995, 47, 59 ss. In Italia il problema è stato segnalato da L. Torchia, *I modelli di procedimento*, cit., 33 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato*, cit., 122 ss.; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, cit.; M. Ramajoli, *Procedimento di regolazione*, cit., 11 ss.

(36) M. D'Alberty, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaro e M. D'Alberty, Bologna, 2000, 171 ss.; G. Amato, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 97 ss. In questo senso anche la segnalazione dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato Agcm AS 226/2002, cit.

(37) Cfr. art. 11 del codice delle comunicazioni e art. 1 comma 3 Delibera n. 353/03 CONS cit.

(38) G. Napolitano, *Regole e mercato*, cit., 123.

(39) Cfr. artt. 4.3 e 4.4. Delibera 46/09 cit. Una deroga al principio di partecipazione per ragioni di necessità ed urgenza è prevista anche nel comma 4 dell'art. 23 della l. n. 262/05 cit., che, tuttavia, rimanda l'individuazione e la concreta disciplina delle ipotesi di deroga a successivi regolamenti adottati dalle Autorità.

(40) Le disposizioni citate hanno ricevuto la critica di parte della dottrina. Secondo M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio*, cit., 5 ss., le esclusioni e le deroghe introdotte nella nuova delibera non sono sufficientemente determinate, anche se ciò viene, ad avviso dell'A., 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.

(41) Tar Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 1997, 2229; Tar Lombardia, sez. II, 19 dicembre 2002, 5281; Tar Lombardia, sez. II, 27 gennaio 2003, 171. Nelle sentenze richiamate, i giudici hanno, in particolare, fatto applicazione del principio previsto dall'art. 7 della l. n. 241 del 1990, affermando che in casi di urgenza gravi (c.d. urgenza "qualificata") è possibile derogare ai principi e alle disposizioni in materia di partecipazione nei procedimenti di regolazione.

(42) Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2007, 1822.